

REVISTA

do TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

ANO XXXII - N. 149 - ABRIL/JUNHO DE 2021 - ISSN 1982-1506



Proteção de dados pessoais: o surgimento de um novo direito fundamental no Brasil

Fabiolla Labelle Ornelas Canedo



Novas tecnologias e controle social: desafios jurídicos contemporâneos

Douglas Camarinha Gonzales
L'Inti Ali Miranda Faiad



Da anulação de ofício de sentença por suposta deficiência probatória

Tiago Bologna Dias
Fábio Rubem David Müzel



Aferição dogmática da (in)adequação da insignificância nos crimes complexos

Fernando França Magri

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO

REVISTA

Diretor da Revista
Desembargador Federal Baptista Pereira

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

ISSN 1982-1506

Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região	São Paulo	Ano XXXII	n. 149	p. 1-455	Abr./Jun.2021

Expediente

DIRETOR DA REVISTA: Desembargador Federal Baptista Pereira

ASSESSORA: Simone de Alcantara Savazzoni

EQUIPE:

Renata Bataglia Garcia / Silvio Pires de Queiroz

Capa e Diagramação dos artigos: Paulo Polimeno

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

Bimestral a partir de 2001.

Trimestral a partir de julho de 2012.

Repositório Oficial de Jurisprudência do TRF 3ª Região.

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

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

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

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

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

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



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

DESEMBARGADORES FEDERAIS⁽¹⁾

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

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

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

DIVA Prestes Marcondes MALERBI - 30/3/89

Paulo Octavio BAPTISTA PEREIRA - 04/8/95

ANDRÉ NABARRETE Neto - 04/8/95

MARLI Marques FERREIRA - 04/8/95

NEWTON DE LUCCA - 27/6/96

Otávio PEIXOTO JUNIOR - 21/5/97

THEREZINHA Astolphi CAZERTA - 02/10/98

NERY da Costa JÚNIOR - 17/6/99

Luís CARLOS Hiroki MUTA - 13/6/2002

Luís Antonio JOHONSOM DI SALVO - 13/9/2002

NELTON Agnaldo Moraes DOS SANTOS - 07/1/2003

SÉRGIO do NASCIMENTO - 02/4/2003

ANDRÉ Custódio NEKATSCHALOW - 21/5/2003

LUIZ de Lima STEFANINI - 06/10/2003

Luís Paulo COTRIM GUIMARÃES - 06/10/2003

ANTONIO Carlos CEDENHO - 15/6/2004

Maria LUCIA Lencastre URSAIA - 01/7/2010

JOSÉ Marcos LUNARDELLI - 01/7/2010

DALDICE Maria SANTANA de Almeida - 22/12/2010

FAUSTO Martin DE SANCTIS - 28/1/2011

PAULO Gustavo Guedes FONTES - 24/2/2012

NINO Oliveira TOLDO - 24/4/2013

MÔNICA Autran Machado NOBRE - 24/4/2013

TORU YAMAMOTO - 04/10/2013

MARCELO Mesquita SARAIVA - 04/10/2013

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

DAVID Diniz DANTAS - 04/10/2013

MAURÍCIO Yukikazu KATO - 11/12/2014

GILBERTO Rodrigues JORDAN - 11/12/2014

HÉLIO 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

João BATISTA GONÇALVES - 23/04/2020

⁽¹⁾ Composição do TRF 3ª Região atualizada até 08/06/2021.

⁽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
CARLOS MUTA
NELTON DOS SANTOS
ANTONIO CEDENHO - Presidente

QUARTA TURMA:

ANDRÉ NABARRETE
MARLI FERREIRA - Presidente
MÔNICA NOBRE
MARCELO SARAIVA

SEXTA TURMA:

DIVA MALERBI
JOHONSOM DI SALVO - Presidente
TORU YAMAMOTO
SOUZA RIBEIRO

TERCEIRA SEÇÃO

SÉTIMA TURMA:

PAULO DOMINGUES - Presidente
CARLOS DELGADO
INÊS VIRGÍNIA
MARCELO GUERRA - Juiz Federal

OITAVA TURMA:

NEWTON DE LUCCA
THEREZINHA CAZERTA
LUIZ STEFANINI
DAVID DANTAS - Presidente

NONA TURMA:

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

DÉCIMA TURMA:

BAPTISTA PEREIRA - Presidente
SÉRGIO NASCIMENTO
LUCIA URSAIA
NELSON PORFÍRIO

QUARTA SEÇÃO

QUINTA TURMA:

ANDRÉ NEKATSCHALOW
PAULO FONTES
MAURÍCIO KATO - Presidente

DÉCIMA PRIMEIRA TURMA:

JOSÉ LUNARDELLI - Presidente
FAUSTO DE SANCTIS
NINO TOLDO

EX-DIRETORES DA REVISTA

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

Sumário

ARTIGOS DOUTRINÁRIOS

<i>Proteção de dados pessoais: o surgimento de um novo direito fundamental no Brasil</i> Fabiolla Labelle Ornelas Canedo	15
<i>Novas tecnologias e controle social: desafios jurídicos contemporâneos</i> Douglas Camarinha Gonzales L'Inti Ali Miranda Faiad.....	33
<i>Da anulação de ofício de sentença por suposta deficiência probatória</i> Tiago Bologna Dias Fábio Rubem David Müzel	49
<i>Aferição dogmática da (in)adequação da insignificância nos crimes complexos</i> Fernando França Magri	63

JURISPRUDÊNCIA

DIREITO ADMINISTRATIVO

<i>Anulação de auto de infração. Impossibilidade. Ausência de vícios. Irregularidade na utilização de agrotóxico.</i> ApCiv 0007718-26.2005.4.03.6120 Desembargadora Federal Mônica Nobre	89
<i>Auto de infração. ANVISA. Multa por infringência à legislação sanitária. Propaganda de medicamento. Legitimidade da autuação e da multa.</i> ApCiv 0018569-87.2005.4.03.6100 Desembargador Federal Marcelo Saraiva.....	93
<i>Comercialização de carvão vegetal. Multa imposta pelo IBAMA. Irregularidades apresentadas na 2ª via da ATPF. Conduta reiterada. Auto de infração. Legalidade.</i> ApCiv 0000145-10.2013.4.03.6102 Desembargadora Federal Marli Ferreira	99

Desmatamento de imóvel rural sem autorização do órgão ambiental competente. Auto de infração. Termo de ajustamento de conduta. “Bis in idem”. Configurado. Dupla punição na esfera administrativa por órgãos distintos. Impossibilidade.

ApCiv 0000431-51.2014.4.03.6005

Desembargador Federal Nelton dos Santos..... 110

Contrato. Inexecução. Multa contratual. Falhas logísticas. Mérito administrativo.

ApCiv 5028022-98.2017.4.03.6100

Desembargador Federal Toru Yamamoto 115

Ação Popular. Convênio firmado entre a DPE/SP e a OAB/SP. Nomeação de advogados dativos. Caráter suplementar do convênio. Questão dirimida pela Suprema Corte. Artigo 109 da CE/SP. Interpretação conforme a Constituição. Ausência de ilegalidade do Convênio nº 003/2016.

ApelRemNec 5001135-26.2018.4.03.6138

Desembargador Federal Nery Júnior..... 121

Mandado de Segurança. Servidor. Pensão estatutária. Lei nº 3.373/1958. Filha solteira maior de 21 anos. Comprovação de dependência econômica. Desnecessidade.

ApCiv 5012109-08.2019.4.03.6100

Desembargador Federal Peixoto Junior 127

Suspensão de Tutela Antecipada. Ação Civil Pública em face da União e do Estado de São Paulo pleiteando a condenação na obrigação de fazer consistente em prover todas as instituições de saúde referenciadas ao tratamento de pessoas acometidas de covid-19, no âmbito da Subseção Judiciária de Marília (SP), em especial aquelas com leitos de unidade de terapia intensiva (UTI), com os medicamentos que compõem o “kit intubação”.

SLAT 5006928-22.2021.4.03.0000

Desembargador Federal Mairan Maia..... 132

DIREITO CONSTITUCIONAL

Reforma agrária. Ação Civil Pública. Perda do objeto. Inocorrência. Regularização de assentamentos na região leste de Mato Grosso do Sul. Deveres previstos em normatização específica. Omissão do INCRA. Configuração. Graves consequências. Intervenção do Poder Judiciário. Possibilidade. Invocação da “reserva do possível”.

ApCiv 0001360-95.2011.4.03.6003

Desembargadora Federal Diva Malerbi 143

DIREITO PENAL

Crime de contrabando. Cigarros. Prescrição da pretensão punitiva retroativa. Inocorrência. Redução da pena-base. Confissão. Substituição da pena privativa de liberdade por somente uma pena restritiva de direitos.

ApCrim 0000870-68.2015.4.03.6121

Desembargador Federal José Lunardelli 155

Uso de documento falso. Passaporte estrangeiro. Visto falsificado. Princípio da insignificância. Inexigibilidade de conduta diversa. Dificuldades financeiras. Desclassificação. Falsa identidade. Dosimetria. Pena-base. Circunstâncias. Crime continuado.

ApCrim 0002086-70.2015.4.03.6119

Desembargador Federal Maurício Kato 161

Tráfico transnacional de drogas. Materialidade e autoria. Dosimetria da pena. Quantidade e natureza da droga apreendida.

ApCrim 0000315-12.2018.4.03.6003

Desembargador Federal Nino Toldo 168

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

Pensão por morte. Qualidade de segurado. Ex-condenado. Uso de outro nome para a prática de certos atos da vida civil. Finalidade. Inviabilizar pesquisa de antecedentes criminais por potenciais empregadores. Questão afeta à seara penal. Prestação de serviços. Substrato material corroborado pela prova oral. Caráter securitário da previdência social. Contribuições previdenciárias. Regularidade demonstrada.

ApelRemNec 0006127-29.2008.4.03.6183

Desembargador Federal Carlos Delgado 177

Pensão por morte. Juízo de retratação. Menor sob guarda.

ApCiv 0003078-36.2012.4.03.9999

Desembargador Federal Newton De Lucca 185

Ação de ressarcimento ao erário. Fraude na obtenção de benefício previdenciário. Auxílio-reclusão. Vínculos empregatícios inexistentes. Perda da qualidade de segurado ao tempo do recolhimento prisional. Ato ilícito. Obrigação de restituição dos valores auferidos indevidamente.

ApCiv 0020484-73.2016.4.03.6105

Desembargador Federal Gilberto Jordan 190

Aposentadoria especial. Atividade especial. Dobrador. Frio. Clorofórmio.

ApCiv 5001097-50.2017.4.03.6105

Desembargador Federal Baptista Pereira 196

Aposentadoria especial. Tutela de urgência. Vedação de continuidade na atividade especial. Tema 709 da Suprema Corte. Erro material. Possibilidade de correção.

ApCiv 5010053-15.2017.4.03.6183

Desembargador Federal Sérgio Nascimento 203

Aposentadoria por invalidez. Auxílio-doença. Incapacidade laborativa. Constatação. HIV. Requisitos preenchidos.

ApCiv 5004874-31.2018.4.03.6130

Desembargador Federal Luiz Stefanini 206

Aposentadoria por idade. Trabalhador rural. CNIS. Exercício de atividade urbana no período imediatamente anterior ao implemento do requisito etário. Sucumbência recursal.
ApCiv 0000799-33.2019.4.03.9999

Desembargador Federal Paulo Domingues 214

IRDR – Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Suspensão do julgamento do processo-piloto em razão da constatação do óbito do autor. Possibilidade de imediato julgamento do mérito do IRDR. Autonomia entre os procedimentos. Readequação dos benefícios previdenciários concedidos anteriormente à promulgação da CF/88 aos novos tetos previdenciários instituídos pelas Emendas Constitucionais nºs 20/1998 e 41/2003. Aplicação da norma jurídica extraída do RE 564.354/SE (“ampliative distinguishing”), desde que, no momento da concessão, o benefício tenha sofrido limitação pelo MVT – maior valor teto, devendo tal limitação e eventual proveito econômico daí decorrente serem demonstrados na fase de conhecimento.
IRDR 5022820-39.2019.4.03.0000

Desembargadora Federal Inês Virgínia 218

Auxílio-doença previdenciário. Tema 998 do STJ. Reconhecimento de especialidade.
AI 5021652-65.2020.4.03.0000

Desembargador Federal David Dantas 287

Aposentadoria por tempo de contribuição. Enquadramento de atividade especial. Regime próprio de previdência. Ilegitimidade de parte do INSS.

AI 5023614-26.2020.4.03.0000

Desembargador Federal Batista Gonçalves 291

Restabelecimento de pensão por morte. Filha maior. Doença não incapacitante e posterior ao óbito. Dependência econômica não demonstrada.

ApCiv 5245904-27.2020.4.03.9999

Juíza Federal Convocada Leila Paiva 293

Aposentadoria por tempo de contribuição. Trabalhador rural. Cortador de cana. Enquadramento. Possibilidade. Requisitos preenchidos.

ApCiv 5348184-76.2020.4.03.9999

Desembargadora Federal Daldice Santana 297

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Obrigação de fazer cumulada com indenização por perdas e danos. Embraer. “Golden share”. Ausência de interesse da União. Incompetência da Justiça Federal.

ApCiv 0002874-16.2007.4.03.6103

Juíza Federal Convocada Denise Avelar 307

Embargos de Terceiro. Fraude à Execução Fiscal. Alienação de bem na vigência da Lei Complementar nº 118/2005 e anterior à propositura da Execução Fiscal. Negócio jurídico válido.

ApCiv 0005037-51.2016.4.03.6103

Desembargador Federal Carlos Francisco 317

Coisa julgada. Tríplex identidade. Necessidade. Reconhecimento de tempo especial. Periculosidade. Insalubridade. Diversidade de situações fático-jurídicas subjacentes. Ausência de identidade. Prosseguimento do feito.

ApCiv 5005296-07.2019.4.03.6183

Desembargadora Federal Therezinha Cazerta 323

Imparcialidade do perito judicial não comprovada. Exceção de suspeição rejeitada.

ApCiv 6128790-84.2019.4.03.9999

Desembargadora Federal Lucia Ursaia.....327

Conflito de Competência. Justiça Federal e Juizado Especial Federal. Associação de moradores. Similaridade fática entre ação de cobrança de taxa de manutenção e de cotas condominiais. Valor da causa inferior a sessenta salários mínimos. Competência do Juizado Especial Federal.

CCCV 5014641-82.2020.4.03.0000

Desembargador Federal Valdeci dos Santos..... 330

Levantamento do saldo de conta vinculada ao FGTS. Doença grave não prevista expressamente pela Lei nº 8.036/1990. Possibilidade. Interpretação extensiva. Tutela ao direito fundamental à saúde do titular da conta.

RemNecCiv 5020804-14.2020.4.03.6100

Desembargador Federal Cotrim Guimarães.....335

Conflito Negativo de Competência. Previdenciário. Artigo 109, § 3º, da Constituição da República. Competência territorial. Competência delegada. Lei nº 13.876/2019.

CCCV 5030265-74.2020.4.03.0000

Desembargador Federal Nelson Porfírio 340

Conflito Negativo de Competência. Mandado de Segurança. Foro competente. Aplicação da regra contida no artigo 109, § 2º, da CF/88.

CCCV 5033915-32.2020.4.03.0000

Desembargador Federal Souza Ribeiro 344

Penhora de recebíveis de cartão de crédito. Direito de crédito. Retenção de parte do faturamento. Requisitos específicos. Suspensão da ação.

AI 5001000-90.2021.4.03.0000

Desembargador Federal Antonio Cedenho..... 349

Embargos de Declaração interpostos contra decisão que não conheceu do Agravo de Instrumento. Alegação de contradição por entender viável a aplicação do Comunicado 01/2020-UFEP aos casos em que os precatórios ainda não foram expedidos.

AI 5003647-58.2021.4.03.0000

Juiz Federal Convocado Marcelo Guerra..... 353

DIREITO PROCESSUAL PENAL

Mandado de Segurança, com pedido de liminar, contra ato omissivo de Desembargador Federal, que teria deixado de apreciar diversos pedidos de revogação das medidas cautelares impostas à impetrante.

MSCrim 5002663-74.2021.4.03.0000

Desembargadora Federal Marisa Santos 359

“Habeas Corpus”. Deferimento de acesso aos dados contidos nos aparelhos celulares apreendidos na ocasião do flagrante. Decisões fundamentadas. Nulidade e falta de fundamentação não configuradas. Constrangimento ilegal não configurado.

HCCrim 5003008-40.2021.4.03.0000

Desembargador Federal Fausto De Sanctis 362

“Habeas Corpus”. Crime de injúria racial. Recebimento da denúncia. Prova da materialidade. Indícios suficientes de autoria. Ausência do “animus injuriandi”. Necessidade de dilação probatória. Ordem denegada.

HCCrim 5006153-07.2021.4.03.0000

Desembargador Federal André Nekatschalow 371

“Habeas Corpus”. Prisão preventiva. Reiteração criminosa. Resolução nº 62/2020 do CNJ. Covid-19. Ausência de requisitos para liberdade provisória. Medidas cautelares diversas da prisão. Insuficiência. Prisão preventiva mantida.

HCCrim 5006465-80.2021.4.03.0000

Desembargador Federal Paulo Fontes 375

DIREITO TRIBUTÁRIO

PIS/COFINS. Não cumulatividade. Insumo. Creditamento de despesas. Publicidade. Propaganda. Marketing. Impossibilidade. Ausência de essencialidade e relevância.

ApCiv 0000073-97.2011.4.03.6100

Desembargador Federal André Nabarrete..... 383

Ação anulatória. Multa por descumprimento de obrigação acessória. Prestar informações ao INSS. Obrigação que deve ser cumprida mesmo por entidade que goze de imunidade tributária.

ApCiv 0004699-27.2014.4.03.6110

Desembargador Federal Hélio Nogueira 394

Ação declaratória cumulada com repetição de indébito. Ato declaratório interpretativo RFB nº 42/2011. Compensação. Verba honorária.

ApCiv 0025708-07.2016.4.03.6100

Desembargador Federal Wilson Zauhy 400

ICMS. Exclusão da base de cálculo do PIS e da COFINS. Recurso Extraordinário nº 574.706. Pendência de julgamento dos Embargos de Declaração. Modulação dos efeitos dessa decisão. Recurso sobrestado.

Ag ApelRemNec 5001107-25.2017.4.03.6128

Desembargadora Federal Consuelo Yoshida 409

Redução de alíquotas de CSL e IRPJ. Lucro presumido. Serviços hospitalares. Artigo 15 da Lei nº 9.249/1995. Conceito. REsp 1.116.399 (Repetitivo). Requisitos adicionais. Lei nº 11.727/2008. Sociedade empresarial. Prova de regularidade sanitária. Redução de alíquota: serviços de exames complementares e procedimentos cirúrgicos.

ApCiv 5004370-03.2019.4.03.6126

Desembargador Federal Carlos Muta 416

“Escrow accounts”. Conta caução. PIS. COFINS. Incidência. “Per relationem”.

AI 5027211-03.2020.4.03.0000

Desembargador Federal Johonsom Di Salvo..... 424

SENTENÇAS

Procedimento Comum Cível. Anulação de sanção disciplinar de suspensão do exercício profissional de advocacia imposta em razão de inadimplência de anuidade da OAB.

5002264-14.2019.4.03.6144

Juíza Federal Marilaine Almeida Santos..... 431

Procedimento Comum Cível. Anulação de procedimento administrativo de rescisão contratual de financiamento habitacional. Transferência do financiamento para outro empreendimento do “Programa Minha Casa Minha Vida”.

5000828-58.2020.4.03.6120

Juiz Federal Márcio Cristiano Ebert 434

Mandado de Segurança Cível. Pedido de liminar, impetrada preventivamente, com o fim de reconhecer a não incidência do Imposto de Renda Pessoa Física sobre verbas percebidas pelos impetrantes como decorrência de pagamento de indenização estabelecida em ação judicial que institui servidão de passagem sobre o imóvel dos contribuintes.

5000027-75.2021.4.03.6131

Juiz Federal Mauro Salles Ferreira Leite 437

Procedimento Comum Cível. CEF. Instrumento particular de compra e venda de unidade isolada e mútuo com obrigações e alienação fiduciária – programa carta de crédito individual – FGTS. Pleito de redução da parcela para 30% do valor do salário mínimo. Perda de renda pelo mutuário. Situação imprevisível e consequências incalculáveis decorrentes da pandemia COVID-19.

5001368-11.2021.4.03.6108

Juiz Federal Joaquim E. Alves Pinto..... 443

SÚMULAS

Súmulas do TRF da 3ª Região..... 449

*Súmulas da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 3ª
Região 453*



Artigos Doutrinários

Proteção de dados pessoais: o surgimento de um novo direito fundamental no Brasil



Fabiolla Labelle Ornelas Canedo

Analista Judiciária Federal. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC/GO). Especialista em Direito Público pela Universidade Dom Bosco. Mestranda em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica de SP (PUC/SP).

RESUMO: A revolução tecnológica e a transformação digital alteraram significativamente a sociedade, seus impactos têm o condão de modificar a vida dos indivíduos e os arranjos sociais até então estabelecidos. Diante das novas tecnologias disruptivas, negócios passaram a ser movidos por um ativo de alto valor agregado: dados pessoais. O futuro da economia e sociedade será baseado em dados, que hoje são a matéria-prima fundamental das *big techs*. Com o aumento massivo do fluxo de dados, surgiram ameaças às informações pessoais dos indivíduos e à vida privada, o que levou ao aparecimento de um novo conceito de privacidade: a privacidade informacional, ou o direito à autodeterminação informacional. Nesse contexto emergiu o direito à proteção de dados pessoais, um direito novo, que apesar de despontar inicialmente como uma extensão do direito à privacidade, com ela não se confunde, em que pese protegerem valores semelhantes. No Brasil, o direito à privacidade é um direito fundamental

garantido desde a Constituição Federal de 1988, enquanto a Proteção de Dados vem ganhando corpo nos últimos anos, e se consolidou com o advento da Lei nº 13.709/2018, vigente desde setembro de 2020. O presente artigo pretende analisar a importância que a proteção de dados vem ganhando no universo jurídico, econômico e político, inclusive irrompendo com o *status* de um novo direito fundamental já em diversos países no mundo, bem como conjecturar acerca da Proposta de Emenda à Constituição nº 17/2019 que propõe o reconhecimento da proteção de dados como um direito fundamental no Brasil, e sua consequente inserção no rol do artigo 5º da Carta de 1988, posicionamento que ganhou força com recente decisão do Supremo Tribunal Federal, que em plenário firmou o entendimento pelo reconhecimento da proteção de dados pessoais como direito fundamental, que deve ser garantido constitucionalmente.

PALAVRAS-CHAVE: Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Direitos fundamentais. Proteção de dados pessoais. Privacidade. Interesse público. LGPD.

ABSTRACT: Technological revolution and digital transformation have significantly changed society, their impacts have the ability to modify the lives of individuals and the social arrangements hitherto established. Faced with the new disruptive technologies, businesses started to be driven by a high added value asset: personal data. The future of the economy and society will be based on data, which today are the fundamental raw material of big techs. With the massive increase in the flow of data, threats to individuals' personal information and private life arose, which led to the appearance of a new concept of privacy: information privacy, or the right to informational self-determination. In this context, the right to the protection of personal data has emerged, a new right, which, although initially emerging as an extension of the right to privacy, is not to be confused with it, despite the fact that they protect similar values. In Brazil, the right to privacy is a fundamental right guaranteed since CF/88, while Data Protection has been taking shape in recent years, and was consolidated with the advent of Law 13.709/2018, in force since September 2020. This article intends to analyze the importance that Data Protection is gaining in the legal, economic and political universe, even emerging with the status of a new fundamental right already in several countries in the world, as well as, conjecture about the PEC 17/2019 that proposes the recognition of Data Protection as a fundamental right in Brazil, and its consequent insertion in the list of art. 5. the 1988 Charter, a position that gained strength with a recent decision by the Supreme Federal Court, which in plenary established the understanding for the recognition of the protection of personal data as a fundamental right, which must be constitutionally guaranteed.

KEYWORDS: General Law on Protection of Personal Data. Fundamental rights. Protection of personal data. Privacy. Public interest. LGPD.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Revolução tecnológica, ascensão da proteção de dados pessoais no mundo e o advento da Lei Geral de Proteção de Dados brasileira. 3 Direito à privacidade e proteção de dados. 4 Proteção de dados pessoais como um direito fundamental autônomo. 5 A posição do STF. 6 Conclusão. Referências.

1 Introdução

A proteção de dados pessoais veio ganhando importância ao longo dos últimos anos na cena mundial e, atualmente, destaca-se no contexto de inovação tecnológica e transformação digital ocorridas nas últimas décadas.

Desde os primórdios da modernidade, as inovações tecnológicas e seus impactos são objetos de reflexão, suscitando controvérsias e desencadeando mudanças. A revolução tecnológica que vem ocorrendo de forma exponencial no mundo está causando grandes transformações inerentes ao surgimento de novas tecnologias, e seus impactos têm o condão de modificar a vida dos indivíduos e os arranjos sociais até então estabelecidos.

Em ritmo acelerado, a tecnologia passou a fazer parte do cotidiano dos indivíduos e, diante da sua utilização e das transformações decorrentes da era digital, criou-se um paradoxo: de um lado, as promessas de grandes inovações, seus benefícios e facilidades; e de outro lado, a possibilidade de perigos e ameaças à humanidade advindas desta revolução digital. Dilemas relacionados à liberdade, privacidade, igualdade, segurança e ética, são os grandes novos desafios na atual era digital.

Vivemos em um tempo de verdadeira profusão de novas possibilidades tecnológicas, onde parece que o futuro outrora almejado finalmente chegou, o que é sem dúvida instigante, se observamos maravilhados as facilidades proporcionadas pela tecnologia, mas por outro lado já começamos a sentir os impactos negativos que colocam em xeque nossa humanidade e a segurança da preservação dos direitos humanos.

A sociedade digital e suas tecnologias disruptivas desencadeiam mudanças nos diversos segmentos da sociedade, como na economia, medicina, educação, trabalho, política e, especialmente, no Direito. Em decorrência deste novo cenário, surgiram

também novos comportamentos e questionamentos sociais, sendo necessário que o Direito acompanhe essas transformações e responda em tempo aos conflitos jurídicos que decorrerão desta revolução de um mundo tecnológico e hiperconectado.

Hoje dados são a matéria-prima fundamental das empresas mais valiosas do mundo, as chamadas *big techs*. Sem dúvida, podemos afirmar que futuro da economia, dos negócios e da sociedade será baseado em dados pessoais. Em razão da importância que ganhou este ativo tecnológico, recentemente, países em todo o mundo sentiram a necessidade de criar ou reformular suas legislações no tocante à privacidade e proteção de dados pessoais.

No universo digital, houve um aumento de fluxo de dados motivado pela atuação das empresas de tecnologia e pela globalização, assim como uma consequente mitigação do direito à privacidade, facilitada pelos próprios indivíduos titulares dos dados, que por vezes fornecem seus dados pessoais gratuitamente. Através destas informações, seus rastros e seu comportamento *on-line* são constantemente monitorados, e estes dados coletados circulavam livremente, quase sempre sem o consentimento de seus titulares.

Em consequência das novas tecnologias, também foram possibilitadas ações de monitoramento ostensivo das pessoas, como controle de geolocalização, cruzamento de dados por *big data*, reconhecimento biométrico e facial, dentre outras atividades, que desencadearam preocupações com o excesso de vigilância e o surgimento das chamadas “sociedades de controle” ressaltando a necessidade de proteção a direitos fundamentais de liberdade, privacidade dos indivíduos.

Neste panorama, despontaram questionamentos essenciais ao desenvolvimento sustentável do ecossistema digital: quem são os proprietários dos dados

pessoais? Quem controla o tratamento destes dados? Quem controla os controladores? Como regular estas questões de forma a proteger direitos fundamentais dos indivíduos, a fim de não estabelecer sociedades de controle e vigilância ostensiva construídas pelo poder digital?

Se existem leis e normas de conduta para todos os ambientes nos quais convivemos, na *internet* e no mundo virtual de novas tecnologias também são necessárias regras de comportamento e relacionamento, para que pessoas não tenham seus direitos violados.

Em decorrência dos avanços tecnológicos e do cenário de transformação digital, uma nova vertente emergiu no universo jurídico: a proteção dos dados dos indivíduos. Consequentemente, houve a necessidade de efetivar a tutela jurídica da proteção de dados pessoais em todo o mundo, e também no Brasil, o que ocorreu através de uma lei específica no ano 2018, com a sanção da Lei nº 13.709, em 14 de agosto de 2018, que ficou conhecida pela sigla LGPD¹.

Com a vigência da Lei nº 13.709/2018, o país assume o desafio de garantir o respeito à proteção de dados pessoais e o cumprimento do regramento previsto na lei pelas instituições públicas, privadas, terceiro setor e governo, de forma a estabelecer uma governança ética da proteção de dados pessoais e uma cultura de respeito à privacidade e à proteção de dados dos indivíduos.

O presente artigo almeja refletir sobre a atual expressão do direito à proteção de dados pessoais no mundo, alertando sobre a necessidade de uma governança ética dos dados e o estabelecimento de uma cultura de proteção de dados no Brasil, de forma a garantir a efetividade da preservação deste direito, inclusive inserindo-o no rol de direitos

fundamentais garantidos pelo artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

O método utilizado na abordagem do tema foi o indutivo, partindo de um agrupamento de informações com a finalidade de caracterizar as questões apresentadas. A técnica de pesquisa é a bibliográfica, utilizando-se de obras da filosofia, tecnologia e Direito. A pesquisa foi desenvolvida com base em materiais já publicados, como livros, artigos, matérias em jornais e revistas, bem como a legislação brasileira atual, valendo-se assim de fontes formais estatais, e não estatais, para se chegar às conclusões apresentadas.

2 Revolução tecnológica, ascensão da proteção de dados pessoais no mundo e o advento da Lei Geral de Proteção de Dados brasileira

Para compreender a transformação digital ocorrida nos últimos anos, é necessário entender como ela se desenvolveu dentro da chamada quarta revolução industrial. Nesse desiderato, convém traçar um breve panorama das revoluções industriais, entendendo seus principais propulsores e as mudanças ocorridas na sociedade, a fim de observar como cada revolução foi desencadeada por novas tecnologias, as quais fizeram alterações profundas na vida dos indivíduos, transformando a sociedade até chegarmos na atual era digital.

Observando a história, denota-se que revoluções sempre ocorreram quando novas tecnologias e novas formas de perceber o mundo desencadearam alterações profundas nas estruturas sociais e nos sistemas econômicos.

A revolução industrial estruturou os alicerces do mundo desenvolvido, desde a chamada “primeira revolução”, onde significativos avanços tecnológicos alteraram a organização econômica, bem como a estrutura política e social no mundo.

1 BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 15 jun. 2020.

Observando os avanços da atual transformação da sociedade em comparação a outras anteriores, podemos refletir que a era digital surge em substituição à era industrial que, por sua vez, emergiu outrora em substituição à era da agricultura. Assim, em tese, estaríamos passando por um terceiro ciclo de renovações de ideias, ações e pensamentos que marcam a história da humanidade.

A primeira revolução industrial foi um marco na relação sociedade-natureza e no estabelecimento de novas formas de produção. Eclodiu a partir de um processo iniciado na Inglaterra, aproximadamente na metade do século XVIII, que teve como um dos principais acontecimentos a invenção da máquina a vapor e sua aplicação na produção têxtil. Ademais, houve o surgimento

das grandes fábricas, alterações no espaço geográfico e o crescimento das cidades.

A segunda revolução industrial ocorreu entre meados do século XIX e XX, marcada pelo desenvolvimento de indústrias química, elétrica, de petróleo e aço, bem como pelo progresso dos meios de transporte e comunicação. Durante esse período, emergiram inventos tais como automóvel, telefone, televisor, rádio, avião.

Logo após a Segunda Grande Guerra, a economia internacional começou a passar por profundas transformações que caracterizaram a terceira revolução industrial, nas décadas de 60 e 70, no século XX, com o desenvolvimento de semicondutores, computadores pessoais e mais tarde da *internet*. Estas tecnologias possibilitaram uma maior conexão entre as pessoas, principalmente pelo uso do



Fonte: <https://pixabay.com/pt>

computador e da criação da *internet*, que chegou ao uso doméstico na década de 1990, modificando profundamente o modo como vivemos.

Diferentemente das revoluções anteriores, a terceira revolução englobou mudanças além das transformações industriais, esse período nos apresentou processos tecnológicos decorrentes de uma integração física entre ciência e produção, sendo chamada de revolução tecnocientífica. Todas estas transformações implicaram em mudanças socioeconômicas importantes que possibilitaram o fenômeno da globalização, mudando inclusive a geopolítica no mundo.

Já a quarta revolução industrial ocorre marcada pelo crescimento exponencial da capacidade computacional e da combinação de novas tecnologias físicas, digitais e biológicas. Esta revolução apresentou à humanidade a chamada “era da informação”, trazendo novas tecnologias como *big data*, inteligência artificial, *internet* das coisas, resultando assim em mudanças de paradigmas e novos arranjos sociais, que vêm transformando tecnologia em poder.

Para Klaus Schwab, a escalada e amplitude da atual revolução tecnológica foi maior que as anteriores e ainda irão se desdobrar em mudanças econômicas, sociais e culturais de proporções tão fenomenais que chega quase ser impossível prevêê-las. Para o autor, as novas tecnologias advindas da atual revolução acarretam inovações tangíveis e perceptíveis na economia, negócios, governos, indivíduos, países e na sociedade².

É importante destacar, dentro deste contexto histórico, que as mudanças ocorridas com a terceira e quarta revolução industrial alteraram totalmente a mecânica econômica e social mundial, principalmente em virtude da evolução da informática desde o início dos anos 1970, o desenvolvimento dos

computadores de uso pessoal, intensificando-se com a chegada da *internet* na década de 1990. Em razão dessas mudanças tecnológicas, ocorreu um aumento de captação e fluxo de dados, aperfeiçoamento do processamento desses dados, e transferência internacional de informações, o que consequentemente despertou a preocupação com a privacidade dos indivíduos titulares desses dados, emergindo a necessidade da proteção de seus dados no cenário mundial.

Dados foram ganhando valor econômico e se transformaram em geradores de riqueza. O futuro da economia, negócios e sociedade será baseado em dados pessoais e, em razão da importância que ganhou esse ativo tecnológico, recentemente, países em todo o mundo sentiram a necessidade de criar ou reformular suas legislações no tocante à privacidade e proteção de dados pessoais.

Podemos afirmar que a revolução digital mudou o mundo como conhecemos e, dentro desse cenário de transformação, surgiram – e continuarão surgindo – dilemas éticos, questionamentos sobre a vida, liberdade e privacidade dos indivíduos diante dessa nova existência do homem em meio a tanta tecnologia.

Sobre essa temática, o historiador e filósofo Yuval Noah Harari sustenta que vivemos em uma religião dos dados, segundo a qual cada palavra e ação suas são parte de um grande fluxo de dados, em que algoritmos o vigiam constantemente e se importam com tudo que você faz ou sente³.

Nesse cenário, importa destacar que o Direito sempre orbitou na perspectiva de tentar compreender o mundo com o escopo de organizar o possível caos das coisas. Contudo, tende a olhar para o passado na pretensão de prever o futuro e, por vezes, chega atrasado no seu intento de ordenar conflitos. Certamente,

2 SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. São Paulo: Edipro, 2016, p. 15.

3 HARARI, Yuval Noah. *Homo Deus: uma breve história do amanhã*. São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 388.

um dos maiores desafios do Direito, na atualidade, é acompanhar a velocidade com que se desenvolve a transformação decorrente das novas tecnologias e ordenar as relações dentro desse progresso exponencial.

Dentre os desafios da revolução tecnológica, desponta justamente a proteção do direito à privacidade dos indivíduos. Afinal, com a transformação digital, a evolução da tecnologia e globalização, os modelos de negócios passaram a ser cada vez mais pautados em dados, baseados no trinômio: *big data*, *internet* das coisas e inteligência artificial. Nesse contexto da revolução digital, as empresas passaram a ter maior controle sobre os dados, tendo a capacidade de interferir de forma direta nas decisões, privacidade, intimidade e vida das pessoas.

Sobre esse aspecto, ressalta Eduardo Magrani que:

[...] Cada vez mais as informações que circulam não serão colocadas na rede tão somente por pessoas, mas por coisas e algoritmos dotados de inteligência artificial que trocam dados e informações entre si, formando um espaço de conexões de rede e de informações cada vez mais automatizadas⁴.

Para Patrícia Peck, foi justamente esse avanço tecnológico, com modelos de negócios baseados na economia digital, dependente do fluxo internacional de dados, que desencadeou a elaboração das leis de proteção de dados⁵.

Desse modo, o escopo do surgimento de leis de proteção de dados pessoais em diversos países, inclusive no Brasil, foi exatamente proteger os direitos fundamentais de liberdade e privacidade, além do livre

desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

3 Direito à privacidade e proteção de dados

No tocante à preocupação com a privacidade na sociedade, pontua Rony Vainzof:

As primeiras organizações tribais tinham como prioridade a sobrevivência em ambientes hostis ao ser humano. Daí a escolha, consciente ou inconsciente por relegar a privacidade a um segundo plano. Com o passar do tempo, porém as civilizações humanas passaram a, consciente ou inconscientemente, desejar um certo grau de isolamento de assuntos pessoais diante da exposição ou intromissão social ou pública⁶.

Assim, para o autor, as sociedades civilizatórias perceberam que a proteção da privacidade é elemento indissociável da dignidade da pessoa, razão pela qual qualquer ato capaz de afetar a intimidade seria também atentatório à experiência humana de uma vida digna⁷.

Nessa perspectiva, Viviane Maldonado cita a concepção de privacidade idealizada por Aristóteles, que formulou a distinção entre a esfera pública e a esfera doméstica, assim denominadas, respectivamente, *polis* e *oikos*, esta última atribuível ao que se pode chamar de reino da vida privada⁸.

Ademais, cumpre ressaltar que as primeiras discussões jurídicas acerca da privacidade nasceram a partir do ensaio intitulado “The Right to privacy” (1890), de Samuel Warren e Louis Brandeis, pelo qual a privacidade passou a ser vista como um direito do indivíduo. Neste trabalho, os autores citam o direito de estar só, e apontam

4 MAGRANI, Eduardo. *Entre dados e robôs: ética e privacidade na era da hiperconectividade*. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2019, p. 247.

5 PECK, Patrícia Pinheiro. *Proteção de dados pessoais, comentários à Lei 13.709/2018*. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 17.

6 *Apud* MALDONADO, Viviane Nóbrega; OPICE BLUM, Renato. *LGPD: Lei de Proteção de Dados comentada*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 25.

7 *Ibidem*, p. 25.

8 *Ibidem*, p. 215.

as hipóteses que poderiam infringir esta condição⁹.

Segundo Tércio Sampaio Ferraz Júnior, a privacidade pode ser conceituada como o que diz respeito somente a um indivíduo; refere-se sobre a sua vida familiar, seu íntimo, que deve ser guardado por ele discricionariamente¹⁰.

Por isso, o direito à privacidade é tido como um direito humano fundamental, celebrado pela Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, e garantido pela nossa Constituição Federal de 1988, cuja violação enseja para a vítima o direito de buscar a reparação do dano junto ao agente causador, o qual, demonstrado o dano e nexos causal, responderá, patrimonialmente, pelo ato praticado¹¹.

Assim sendo, uma das pautas mais importantes da revolução tecnológica, na sociedade global, é a proteção à privacidade dos indivíduos, vez que os dados pessoais se tornaram a matéria-prima fundamental da economia digital. Nesse sentido, um dos grandes focos de atenção do Direito, diante da transformação digital, deve ser justamente a proteção do direito fundamental à privacidade que, em decorrência da indiscriminada captação e uso de informações pessoais dos indivíduos, passou a ser facilmente violado.

Nesse contexto, emergiu o direito à proteção de dados pessoais, um direito novo, que, apesar de surgir inicialmente como uma extensão do direito à privacidade, com ela não se confunde, em que pese protegerem valores semelhantes. Assim, na atual “sociedade de dados”, houve a necessidade de se estender o tratamento dispensado ao direito à privacidade também à proteção de dados pessoais.

A discussão sobre a necessidade de haver uma tutela jurídica para a privacidade dos dados das pessoas iniciou-se na década de 1970, na Europa, culminando na Diretiva 95/46/CE do Parlamento e do Conselho Europeu¹².

A preocupação com a temática da proteção de dados foi intensificada com a chegada da *internet* para uso doméstico, na década de 1990, bem como com o aumento no fluxo de captação de dados, vendas de listas de e-mails e envio de mensagens não solicitadas, prática bastante utilizada nas empresas, como estratégia de *marketing* digital.

Na atualidade, incidentes de vazamentos de dados tornaram-se corriqueiros, ocorrendo em empresas, instituições e até no governo. Alguns casos de grande repercussão e proporção acabaram por ensejar mudanças na legislação referente à proteção de dados pessoais em alguns países no mundo. Como no caso do regulamento de proteção de dados europeu, que foi estabelecido após o grande escândalo de vazamento de dados na campanha eleitoral da presidência nos EUA, em 2016, protagonizada pela empresa de *marketing* eleitoral britânica Cambridge Analytica e o Facebook¹³.

Assim, em 2016, foi promulgado o Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais Europeu nº 679, o GDPR¹⁴, que substituiu a Diretiva 95/46/CE, servindo de inspiração e base para o surgimento das legislações de diversos países no mundo, inclusive no Brasil¹⁵. Os efeitos do GDPR foram

9 WARREN, Samuel; BRENDIS, Louis. *Harvard Law Review*, v. 4, n. 5, p. 193-220, 15 dez. 1890.

10 FERRAZ JÚNIOR. Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites da função fiscalizadora do Estado. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 1, out./dez. 1992, p. 141.

11 TEIXEIRA, Tarcisio. *Direito digital e processo eletrônico*. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 87.

12 UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 95/46/CE. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:l14012>. Acesso em: 15 jun. 2020.

13 *Privacidade hackeada*. Filme, 2019. Disponível em: <https://www.netflix.com/br/title/80117542>. Acesso em: 15 jun. 2020.

14 UNIÃO EUROPEIA. Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia (GDPR) – EU 2016/679. Disponível em: <https://gdpr-info.eu/>. Acesso em: 15 jun. 2020.

15 PECK, Patrícia Pinheiro. *Proteção de dados pessoais*,

econômicos, sociais e políticos, mudando a cultura dos negócios e a proteção de dados em quase todo mundo.

No Brasil, a situação é semelhante, frequentemente são noticiados incidentes envolvendo o uso indevido e vazamentos de dados pessoais, intensificando a necessidade de uma legislação específica sobre de proteção de dados, que regulasse tais situações.

Desse modo, é importante frisar que o direito à privacidade é um direito fundamental garantido desde a Constituição Federal de 1988, enquanto a proteção de dados veio ganhando corpo nos últimos anos, consolidando-se com o advento da Lei Brasileira de Proteção de Dados Pessoais, Lei nº 13.709/2018, que ficou conhecida pela sigla LGPD¹⁶.

Decerto a lei brasileira foi inspirada no Regulamento Europeu, aprovado em abril de 2016, que entrou em pleno vigor em 25 de maio de 2018. Na esteira do Regulamento Europeu, a lei brasileira teve também uma *vacatio legis* estendida, considerando o alto grau de complexidade para a adequação às novas regras, pelas instituições públicas e privadas em todo país, estando vigente desde setembro de 2020.

Antes do advento da Lei nº 13.709/2018, privacidade e proteção de dados pessoais eram temas tratados em leis esparsas e a questão ainda era observada de forma difusa e pouco objetiva, sendo difícil determinar se houve coleta, tratamento e descarte de dados alinhados aos padrões mínimos recomendados.

Sendo assim, apesar da proteção à privacidade ser anteriormente resguardada pela Constituição Federal de 1988 e alguns dispositivos de leis esparsas, que já

sinalizavam uma preocupação com segurança da informação e a proteção de dados pessoais – tais como o Código de Defesa do Consumidor, Código Civil, Marco Civil da *Internet*, Lei de Cadastro Positivo, Lei de Acesso à Informação, dentre outros –, somente com o advento da LGPD, o país passou a ter um diploma específico sobre a matéria, uma lei geral, que concentra as principais regras acerca de tratamento de dados pessoais.

A LGPD dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, tendo por objetivo proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade, bem como o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. Ademais, a lei reconhece a efetivação e promoção de direitos humanos fundamentais como justificativa para a tutela dos dados pessoais (art. 2º, VII)¹⁷.

Com a nova lei no país, os dados pessoais passam a ser de propriedade do seu titular e não mais das empresas, como se acreditava anteriormente, e os titulares poderão solicitar a qualquer momento o acesso aos seus dados, correções, adequações, portabilidade, e até exclusão dos bancos das empresas.

Além disso, a lei não é apenas uma norma proibitiva, ou que assegura direitos apenas aos titulares dos dados, mas também implica em previsões legais para tratamento de dados pessoais, definindo em quais hipóteses uma empresa ou o poder público podem tratar esses dados, trazendo segurança jurídica e garantias também às instituições.

Para tanto, a LGPD abriga conceitos e terminologias fundamentais para a compreensão da temática da proteção de dados no Brasil. Consoante o artigo 5º, I, da lei, dado pessoal é qualquer tipo de “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável”¹⁸.

comentários à Lei 13.709/2018. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 19.

16 BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 15 jun. 2020.

17 *Ibidem*.

18 *Ibidem*.

Fonte: <https://pixabay.com/pt>

Dessa maneira, denota-se que o conceito de dados é bem abrangente, uma informação é considerada um dado pessoal quando ela permite a identificação, direta ou indireta, da pessoa natural por trás deste dado, o que não abrange apenas o nome, data de nascimento, RG, CPF, endereço residencial, comercial e de IP, mas também informações tais como: biometria, reconhecimento facial, geolocalização, histórico de navegação, informações de saúde armazenadas em aplicativos e relógios que medem horas de sono, períodos de atividade física, peso, índices de massa corpórea, hábitos alimentares, etc.

Atualmente, essas informações personalizadas têm alto valor de mercado, especialmente para determinados segmentos de negócios, como por exemplo as empresas de saúde, seguros, medicamentos, suplementos alimentares, artigos esportivos, estética e bem-estar, dentre outras.

No contexto de transformação digital em que vivemos, dados pessoais se tornaram um ativo de alto valor agregado, já se fala em dados pessoais como o novo “petróleo”¹⁹, sendo de suma importância a regulação no manejo destes dados, visto que dados dizem respeito à identidade e podem ser considerados uma extensão dos indivíduos.

Impende ressaltar, ainda, que por tratamento de dados deve-se entender o ato de coletar, produzir, recepcionar, classificar, utilizar, acessar, reproduzir, transmitir, distribuir, processar, arquivar, armazenar, eliminar, avaliar ou controlar a informação, modificar, comunicar, transferir, difundir ou extrair, conforme disposto no artigo 5º, X, da LGPD²⁰.

19 The world's most valuable resource is no longer oil, but data. *The Economist*, 06 maio 2017. Disponível em: <https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>. Acesso em: 15 jun. 2020.

20 BRASIL. *Lei nº 13.709*, de 14 de agosto de 2018. Lei

Para contribuir na efetividade da proteção dos direitos fundamentais de liberdade e privacidade, bem como para o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, foi criada a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), consoante estabelecido no Decreto nº 10.474/2020²¹, para garantir a efetividade do cumprimento da lei, responsável assim por estipular as diretrizes para a Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade, bem como fiscalizar e aplicar sanções em caso de tratamento realizado em descumprimento à legislação.

4 Proteção de dados pessoais como um direito fundamental autônomo

Foi na esteira do direito à privacidade, no Brasil garantido constitucionalmente como um direito fundamental, que se estruturou a princípio a tutela do direito à proteção de dados pessoais, vislumbrado inicialmente como uma extensão do próprio direito à privacidade, visto a semelhança dos valores protegidos por ambos.

Todavia, na atual fenomenologia da era digital, o direito à proteção de dados pessoais seria melhor inserido como um direito fundamental autônomo.

Nesse âmbito, Danilo Doneda considera que:

A utilização de dados pessoais não é, em si, um problema. Na verdade, ela torna possíveis várias atividades, desde o planejamento administrativo

até a ação humanitária, passando pela pesquisa de mercado e por mais um número infindável de áreas. Ocorre que a atividade do tratamento de dados pessoais requer instrumentos que harmonize com os parâmetros de proteção da pessoa humana presentes nos direitos fundamentais e funcionalizados por instrumentos regulatórios que possibilitem aos cidadãos um efetivo controle em relação aos seus dados pessoais, garantindo o acesso, a veracidade, a segurança, o conhecimento da finalidade para a qual serão utilizados, entre tantas outras garantias que se fazem cada vez mais necessárias²².

A LGPD, em seu primeiro artigo, deixa evidente que a natureza jurídica das normas protetivas de dados pessoais guarda coesão com outras garantias constitucionais, tais como o direito à privacidade e à intimidade

Sendo assim, sob o prisma de que a proteção de dados pessoais do indivíduo se perfaz como uma proteção do próprio indivíduo e da sua personalidade, é necessário se posicionar na defesa da inclusão da proteção de dados pessoais no rol do artigo 5º da Constituição Federal.

Consoante esse entendimento, foi aprovada no Senado e tramita na Câmara dos Deputados a Proposta de Emenda à Constituição nº 17/2019²³, que propõe a inclusão da proteção de dados pessoais no rol de direitos e garantias fundamentais constitucionais e fixa a competência privativa da União para legislar acerca da matéria.

A referida PEC pretende alterar a redação do inciso XII do artigo 5º, para

Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 15 jun. 2020.

21 BRASIL. *Decreto nº 10.474*, de 26 de agosto de 2020. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança da Autoridade Nacional de Proteção de Dados e remaneja e transforma cargos em comissão e funções de confiança. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Decreto/D10474.htm. Acesso em: 10 out. 2020.

22 DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto. *Da privacidade a proteção de dados pessoais*: elementos da formação da Lei Geral de Proteção de Dados [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 380.

23 BRASIL. Senado Federal. *Proposta de Emenda à Constituição nº 17*, de 2019. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/matéria/135594>. Acesso em: 15 nov. 2019.

incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos fundamentais do cidadão; e acrescentar o inciso XXX ao artigo 22, para fixar a competência privativa da União para legislar sobre a matéria.

Não há como vislumbrar incoerência nem inconstitucionalidade na proposta, visto que não incide em qualquer das limitações materiais do § 4º do artigo 60 da Constituição, pois não tende a abolir a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes, nem os direitos e garantias individuais.

A justificativa da proposta de emenda se assenta exatamente no fato de que diversos países adotaram leis de proteção de dados pessoais, pelos riscos às liberdades e garantias individuais dos cidadãos, e ainda que, mesmo sendo a privacidade o ponto de partida de discussões e regulações dessa natureza, a autonomia se justifica face às suas peculiaridades em torno da proteção de dados pessoais, de maneira a merecer tornar-se um direito constitucionalmente assegurado.

No que tange à competência, haja vista que a LGPD se trata de lei nacional a ser observada por todos os entes federados, não há que se falar em uma situação de competência legislativa concorrente. Nesse sentido, o tema exige uma disciplina nacional, uma autoridade nacional para regular e interpretar a lei, evitando legislações estaduais sobre a temática, como foi regulamentado com a ANPD, através do Decreto nº 10.474/2020²⁴.

Em sentido oposto à autonomia da proteção de dados pessoais e sua classificação como um direito fundamental, poderíamos argumentar no sentido de que incluir a proteção de dados no rol de direitos

fundamentais autônomos da Constituição causaria o engessamento da LEI na prática.

Todavia, concluímos que estabelecer o reconhecimento à proteção de dados pessoais como direito fundamental, além de ser constitucionalmente pertinente, gera impactos políticos e legislativos de coesão e transparência em relação ao tema, extremamente necessários, dado o aumento e a importância do fluxo global de dados pessoais, bem como a posição da matéria na atual sociedade digital.

No caso do Brasil, por ora, ainda não existe uma previsão expressa de direito fundamental autônomo à proteção de dados pessoais na Constituição Federal.

Entretanto, caminhamos para avanços na doutrina e jurisprudência que resultaram no reconhecimento de um direito fundamental autônomo positivado recentemente pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em uma decisão paradigmática proferida pela Corte em Plenário, referendando decisão monocrática, em sede de liminar, da Ministra Rosa Weber nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 6387, 6388, 6389, 6390 e 6393, que tramitaram conjuntamente²⁵.

5 A posição do STF

Embora a proteção de dados já tenha alcançado grande visibilidade na sociedade tecnológica atual, o reconhecimento do tema como um direito humano e direito fundamental autônomo ainda não foi totalmente consolidado no Brasil. Contudo, como já mencionado, avançamos nesse sentido com decisão recente do STF.

A decisão histórica da Corte reconheceu à proteção de dados pessoais como um direito

24 BRASIL. Decreto nº 10.474, de 26 de agosto de 2020. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança da Autoridade Nacional de Proteção de Dados e remaneja e transforma cargos em comissão e funções de confiança. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Decreto/D10474.htm. Acesso em: 10 out. 2020.

25 BRASIL. STF. STF suspende compartilhamento de dados de usuários de telefônicas com IBGE. *Notícias STF*, 07 maio 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442902>. Acesso em: 21 nov. 2020.



Fonte: <https://pixabay.com/pt>

fundamental autônomo, com julgamento em Plenário que referendou a Medida Cautelar nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 6387, 6388, 6389, 6390, 6393, suspendendo a aplicação da Medida Provisória nº 954/2020, que dispõe sobre o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadoras de serviço telefônico fixo comutado (STFC) e de serviço móvel pessoal (SMP) com o IBGE para fins de suporte à produção estatística²⁶.

As ações foram propostas pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB (ADI 6387), pelo Partido da Social Democracia Brasileira - PSDB (ADI 6388), pelo Partido Socialista Brasileiro – PSB (ADI 6389), pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL (ADI 6390) e pelo Partido Comunista do Brasil (ADI 6393).

Dentre outros argumentos, alegaram que a Medida Provisória nº 954/2020, ao obrigar as empresas de telefonia fixa e móvel a disponibilizar ao IBGE a relação dos nomes, dos números de telefone e dos endereços

de seus consumidores, pessoas físicas ou jurídicas, viola os dispositivos da Constituição Federal que asseguram a dignidade da pessoa humana, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas e o sigilo dos dados²⁷.

O julgamento se orientou sob a perspectiva de que a proteção de dados é de grande importância na manutenção da democracia. O alerta da Corte foi no sentido de que a preocupação com a vigilância atual justificada pela crise sanitária em razão da COVID-19 fosse estendida além desse momento, mitigando direitos e liberdades dos indivíduos.

O avanço no sentido de uma positivação formal pode ser implementado pela Proposta de Emenda à Constituição nº 17/2019, já aprovada de forma unânime nas comissões parlamentares, pelo plenário do Senado Federal e na Comissão Especial da Câmara dos Deputados. A decisão do STF reforça o mérito de tal proposição, que por ora aguarda apreciação desta última Casa Legislativa.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ *Ibidem*.

Nessa perspectiva, vale destacar que o princípio da finalidade do tratamento de dados, estabelecido na Lei nº 13.709/2018, exige que os propósitos do tratamento sejam legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular. O tratamento posterior somente será possível se for compatível com esses propósitos e finalidades (art. 6º, I).

No caso do setor público, a finalidade relaciona-se com a execução de políticas públicas, devidamente estipuladas em lei, mediante o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador. O consentimento, quando exigido pelos órgãos públicos, será medida excepcional e deverá se referir a finalidades determinadas e comunicadas claramente ao titular do dado.

A autodeterminação informativa deve ser levada em consideração para o uso de dados pessoais, conjuntamente com as garantias de transparência, segurança e minimização no uso de dados.

Ressalta Ingo Wolfgang Sarlet:

Mesmo que se possa, como já o fez o STF, reconhecer a proteção de dados como um direito fundamental implícito, daí extraindo todas as consequências atinentes à tal condição, o fato é que sua positivação formal, em sendo o caso, carrega consigo uma carga positiva adicional, ou seja, agrega (ou, ao menos, assim o deveria) valor positivo substancial em relação ao atual estado da arte no Brasil²⁸.

A inclusão do tema no texto constitucional impõe-se ao Estado, por força de seus deveres de proteção aos indivíduos, bem como para promover sua integração e harmonização produtiva com a LGPD, de modo a superar eventuais contradições e

assegurar ao direito fundamental à proteção de dados, sua máxima eficácia e efetividade.

Modelos de governança de dados mais justos, responsáveis e sustentáveis, que protejam e defendam princípios éticos e regulatórios, ampliam a confiança dos indivíduos e da sociedade na utilização de seus dados para responder a situações de legítimo interesse público.

Só chegaremos a uma regulação jurídica adequada e democraticamente legítima nas questões relacionadas à utilização de dados, se nortearmos todo o aparato de novas tecnologias e avanço o tecnológico à luz da governança ética e da proteção de dados pessoais nas instituições públicas e privadas, alinhada ao cumprimento do regramento estabelecido na Lei nº 13.709/2018.

6 Conclusão

O futuro da economia, negócios e sociedade será baseado em dados pessoais, que são a matéria-prima fundamental das novas tecnologias advindas da quarta revolução industrial. Por esta razão, países em todo o mundo sentiram a necessidade de reforçar a proteção ao direito à privacidade, criando ou reformulando suas legislações no tocante à proteção de dados pessoais.

O escopo do surgimento de leis de proteção de dados pessoais em diversos países no mundo, inclusive no Brasil, foi o de proteger os direitos fundamentais de liberdade e privacidade, além do livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Nesse desiderato, a LGPD impõe a utilização ética e transparente dos dados, bem como o respeito da privacidade dos indivíduos quanto ao uso e tratamento dos dados, visando garantir não só a proteção da privacidade dos dados, mas também que as instituições e governo atuem de forma segura, transparente e adequada no manejo

28 SARLET, Ingo Wolfgang. Precisamos da previsão de um direito fundamental à proteção de dados no texto da CF? *Conjur*, 04 set. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-04/direitos-fundamentais-precisamos-previsao-direito-fundamental-protecao-dados-cf>. Acesso em: 21 nov. 2020.

desses dados, o que vai gerar maior segurança jurídica na sociedade.

Nesse aspecto, impende destacar que, consoante a lei, o tratamento de dados sensíveis e dados de crianças e adolescentes terão regramento ainda mais rigoroso, visto que o tratamento dessas categorias de dados terá que se dar de forma restrita, sendo que dados relativos à saúde se enquadram na categoria de dados sensíveis.

Imprescindível ressaltar, ainda, que está tramitando a Proposta de Emenda à Constituição nº 17/2019, a qual pretende alterar a redação do inciso XII do artigo 5º, para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos fundamentais do cidadão; e acrescentar o inciso XXX ao artigo 22, para fixar a competência privativa da União para legislar sobre a matéria.

Certamente, estabelecer o reconhecimento à proteção de dados pessoais como direito fundamental e a competência legislativa privativa da União em matéria de proteção de dados pessoais gera impactos políticos e legislativos, além de ser constitucionalmente pertinente e necessário, dado o aumento e a importância do fluxo global de dados pessoais, bem como a posição matéria na atual sociedade digital.

Afinal, é essencial que o Direito acompanhe as transformações advindas da era digital, e esteja pronto a orientar soluções aos dilemas éticos que surgirão a partir das questões sociais e políticas decorrentes das novas tecnologias.

Assim, a autodeterminação informativa deve ser levada em consideração para o uso de dados pessoais, conjuntamente com as garantias de transparência, segurança e minimização no uso de dados.

Por tais conjecturas apresentadas, concluímos que esteja nascendo um novo direito fundamental no Brasil – o direito à proteção de dados pessoais –, o que de fato contribuirá ainda mais para a sua efetividade

e o cumprimento do regramento estipulado pela LGPD.

Só chegaremos a uma regulação jurídica adequada e democraticamente legítima nas questões relacionadas à utilização de dados, se nortearmos todo o aparato de novas tecnologias e avanço o tecnológico à luz da governança ética e da proteção de dados pessoais nas instituições públicas e privadas, alinhada ao cumprimento do regramento estabelecido na Lei nº 13.709/2018.

Referências

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 15 jun. 2020.

BRASIL. *Decreto Legislativo nº 6*, de 2020. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm. Acesso em: 15 jun. 2020.

BRASIL. *Decreto nº 10.474*, de 26 de agosto de 2020. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança da Autoridade Nacional de Proteção de Dados e remaneja e transforma cargos em comissão e funções de confiança. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Decreto/D10474.htm. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. *Guia de Boas Práticas e LGPD*. Disponível em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/governanca-de-dados/GuiaLGPD.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2021.

BRASIL. *Lei nº 13.709*, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 15 jun. 2020.

BRASIL. *Lei nº 14.010*, de 10 de junho de 2020. Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14010.htm. Acesso em: 15 jun. 2020.

BRASIL. Senado Federal. *Proposta de Emenda à Constituição nº 17*, de 2019. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135594>. Acesso em: 15 nov. 2019.

BRASIL. STF. Ministro assegura que estados, DF e municípios podem adotar medidas contra pandemia. *Notícias STF*, 08 abr. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441075>. Acesso em: 15 jun. 2020.

BRASIL. STF. STF suspende compartilhamento de dados de usuários de telefônicas com IBGE. *Notícias STF*, 07 maio 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442902>. Acesso em: 21 nov. 2020.

BRASIL. STJ. *HC 572.996/SP*, Relatora Ministra Laurita Vaz, j. 16/04/2020, DJe 17/04/2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=108566392&tipo_documento=documento&num_registro=202000861909&data=20200417&formato=PDF. Acesso em: 24 mar. 2021.

DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. *Espaço*

Jurídico Journal of Law [EJLL]. Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 91-108, jul./dez. 2011. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1315>. Acesso em: 15 jun. 2020.

DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto. *Da privacidade a proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei Geral de Proteção de Dados* [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

FERRAZ JÚNIOR. Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites da função fiscalizadora do Estado. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 1, p. 141, out./dez. 1992.

GONÇALVES, André Luiz Dias. Google e Facebook podem ajudar EUA a combater o coronavírus. *Tecmundo*, 18 mar. 2020. Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/mercado/151186-google-facebook-ajudar-eua-combater-coronavirus.htm>. Acesso em: 15 jun. 2020.

HAN, Byung-Chul. *No enxame: perspectivas do digital*. Petrópolis: Vozes, 2019.

HAN, Byung-Chul. O coronavírus de hoje e o mundo de amanhã. *El País*, 22 mar. 2020. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/ideas/2020-03-22/o-coronavirus-de-hoje-e-o-mundo-de-amanha-segundo-o-filosofo-byung-chul-han.html>. Acesso em: 18 maio 2020.

HARARI, Yuval Noah. *21 lições para o século 21*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

HARARI, Yuval Noah. *Homo Deus: uma breve história do amanhã*. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

HARARI, Yuval Noah. The world after coronavirus. *Financial Times*, 20 mar. 2020. Disponível em: <https://www.ft.com/content/19d90308-6858-11ea-a3c9-1fe6fedcca75>. Acesso em: 15 jun. 2020.

KAUFMAN, Dora. Sistemas de vigilância digital: combate o coronavírus, mas ameaça a privacidade e a liberdade. *Época Negócios*, 27 mar. 2020. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/colunas/IAgora/noticia/2020/03/sistemas-de-vigilancia-digital-combate-o-coronavirus-mas-ameaca-privacidade-e-liberdade.html>. Acesso em: 18 maio 2020.

MAGRANI, Eduardo. *Entre dados e robôs: ética e privacidade na era da hiperconectividade*. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2019.

MALDONADO, Viviane Nóbrega; OPICE BLUM, Renato. LGPD: Lei de Proteção de Dados comentada. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MARTINS, Ives Gandra; PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge. *Direito à privacidade*. São Paulo: Ideias & Letras, 2005.

ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, 10 de dezembro de 1948. Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 16 jun. 2020.

O plano chinês para monitorar – e premiar – o comportamento de seus cidadãos. *BBC News*, 20 nov. 2017. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-42033007>. Acesso em: 15 jun. 2020.

PECK, Patrícia Pinheiro. *Proteção de dados pessoais, comentários à Lei 13.709/2018*. São Paulo: Saraiva, 2019.

Privacidade hackeada. Filme, 2019. Disponível em: <https://www.netflix.com/br/title/80117542>. Acesso em: 15 jun. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. Precisamos da previsão de um direito fundamental à proteção de dados no texto da CF? *Conjur*, 04 set. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-04/direitos-fundamentais-precisamos-previsao-direito-fundamental-protecao-dados-cf>. Acesso em: 21 nov. 2020.

SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. São Paulo: Edipro, 2016.

TEIXEIRA, Tarcisio. *Direito digital e processo eletrônico*. São Paulo: Saraiva, 2020.

The world's most valuable resource is no longer oil, but data. *The Economist*, 06 maio 2017. Disponível em: <https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>. Acesso em: 15 jun. 2020.

TIDY, Joe. Coronavírus leva governo de Israel a se dar “poderes especiais” de espionagem. *BBC News*, 18 mar. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-51938946>. Acesso em: 15 jun. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia (GDPR) – EU 2016/679. Disponível em: <https://gdpr-info.eu/>. Acesso em: 15 jun. 2020.

WARREN, Samuel; BRENDENIS, Louis. *Harvard Law Review*, v. 4, n. 5, p. 193-220, 15 dez. 1890.

Novas tecnologias e controle social: desafios jurídicos contemporâneos



Douglas Camarinha Gonzales

Juiz Federal em São Paulo. Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Doutorando em Direito Econômico pela mesma Universidade.



L'Inti Ali Miranda Faiad

Professor Universitário. Mestre e Doutor em Direito Econômico pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

RESUMO: O Direito, como instrumento de regulação da vida, usualmente anda a reboque da realidade; não obstante alguns defenderem, em especial no Brasil – por força da nossa Constituição –, o seu caráter transformador. No presente artigo, serão apresentados alguns aspectos e aplicações das denominadas novas tecnologias no que tange ao controle social, tanto no âmbito privado, quanto por parte de agentes estatais, bem como as tensões decorrentes. Debater-se-á inexorável tensão entre segurança jurídica, limitação da liberdade e o caráter transformador do Direito, com o escopo de tecer considerações sobre como o Direito e a sociedade podem e/ou devem se posicionar perante tais desafios com base no contexto social e ordenamento jurídico atuais, especialmente por força dos direitos fundamentais.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Direito e controle social: segurança jurídica, limitação da liberdade e transformação social. 3 Desafios contemporâneos. 3.1 A fluidez peculiar da tecnologia digital. 3.2 A customização da publicidade nas plataformas digitais. 3.3 A institucionalização de programas de *profiling*. 4 Conclusão. Referências.

1 Introdução

As duas últimas décadas apresentam-se como uma verdadeira inovação cultural, social e tecnológica, sequer imaginada há poucos anos, cujo fio condutor é justamente a inovação tecnológica com repercussão em todos os aspectos da vida social. Deveras, as redes sociais remodelaram o poder dos feudos do Cairo às últimas eleições presidenciais norte-americanas, pois as inovações tecnológicas não apresentam fronteiras; manifestam-se da agricultura à aviação espacial; das inovadoras formas de comunicação (redes sociais e mecanismos de comunicação interativas) às formas de conviver em cidades, com reflexos diretos sobre a democracia, vez que as tentativas de controle social, político e mercadológico não poderiam ser realizadas sem as novas tecnologias.

Nesse contexto, o Direito, como instrumento supremo de regulação do convívio humano, enfrenta novos desafios.

Com efeito, a tecnologia tem proporcionado mudanças radicais no âmbito social e profissional que impõem uma nova abordagem de visão de mundo, sob os olhos

das redes sociais e das novas formas de troca empresarial, a conferir uma revolução tecnológica permeada pela inteligência artificial e o algoritmo, como forma de controle comercial, social e político.

Diante disso, o artigo busca dimensionar os desdobramentos das inovações tecnológicas trazidas principalmente pelas plataformas digitais, cujas forças tecnológicas medeiam poder com as próprias instituições democráticas e, conseqüentemente, com o Direito, ao mudar o comportamento de agentes econômicos e redesenhar, por exemplo, a noção de privacidade, em prol do controle dos gigantes da tecnologia e das forças políticas estatais.

Objetiva-se examinar a viabilidade jurídica de controle¹ digital do comportamento

¹ Controle aqui compreendido como palavra conteúdo ao sentido weberiano de dominação: “Por dominação compreenderemos, então, aqui, uma situação de fato, em que uma vontade manifesta (‘mandado’) do ‘dominador’ ou dos ‘dominadores’ quer influenciar as ações de outras pessoas (do ‘dominado’ ou dos ‘dominados’), e de fato as influência de tal modo que estas ações, num grau socialmente relevante, se realizam como se os dominados tivessem feito do próprio conteúdo do mandado máxima de suas ações (‘obediência’)” (WEBER, 2009, p. 191). Necessário pontuar, desde já, a dificuldade de se identificar, nas relações do meio ambiente digital,

individual e político consoante as interações das plataformas digitais. *Seriam lícitos aparatos com tal finalidade aos olhos da legislação nacional?*

Esse será o foco principal do artigo, que abordará diretamente essa questão, à luz de exemplos e demandas atuais no âmbito nacional em cotejo com as experiências e tensões internacionais similares.

Deveras, o amanhecer do século XXI se iniciou, efetivamente, ainda no século passado, com os embriões das tecnologias então nascentes, em especial a rede mundial de computadores, por meio da qual manifestações em cadeia regional podem atingir impactos globais. Como ocorrido, por exemplo, no continente africano, com notícias e reviravoltas na chamada Primavera Árabe da Tunísia até a Praça Tahrir no Egito, onde um movimento revolucionário emergiu graças à ebulição das mídias sociais² que, sem um aparato centralizador ou de controle³, propagou múltiplas comunicações nas plataformas digitais e comandou milhares às ruas, o que resultou na queda de monarcas e déspotas de toda uma região (Gadafi e Mubarak) que reinavam há décadas – genuína disrupção política em cadeia sequer imaginada até mesmo nas artes.

Tamanha revolução social só fora efetivada mediante o uso em cadeia das redes sociais que despertaram sentimentos convergentes em prol de efetivas mudanças na política dos países do norte da África e atiraram multidões às ruas, em que pese a repressão estatal. A força conjunta do movimento propulsionado pelas tecnologias de comunicação ocasionou a queda dos regimes ultrapassados.

Desde então muito tem-se estudado a respeito da força disruptiva da tecnologia, com alcance em todos os setores da vida em sociedade, muito além de reivindicações políticas; o que representa um desafio de adaptação ao Direito.

2 Direito e controle social: segurança jurídica, limitação da liberdade e transformação social

O Direito, na sua concepção liberal, surgiu, também, como instrumento de implementação primeira da segurança jurídica por meio de construções racionais atreladas ao individualismo. Assim, a história do Direito contemporâneo segue a reboque da história do constitucionalismo no mundo eurocêntrico⁴.

Não obstante o constitucionalismo liberal ser associado aos denominados direitos fundamentais de primeira geração (ou dimensão) – os vinculados ao valor liberdade –, reconhece-se que as liberdades eram restritas à parcela bem delimitada do tecido social, beneficiada pelas revoluções liberais no mundo eurocêntrico. Não se

a existência ou não de “vontade manifesta”, consciente e transparente dos envolvidos. Por tal razão, um dos princípios fundamentais da novel Lei Geral de Proteção de Dados, a Lei nº 13.709/2018, é o da transparência (art. 6º, VI).

2 Os mencionados movimentos e diversos outros talvez tenham surgido e efetivamente produzido efeitos apenas em decorrência da possibilidade de formação e operacionalização, por meio da *internet*, das denominadas “inteligências coletivas”, compreendidas como “uma inteligência distribuída por toda parte, constantemente valorizada, coordenada ao vivo, que leva a uma mobilização efetiva das competências”. (LOVELUCK, Benjamin. *Redes, liberdades e controle: uma genealogia política da internet*. Tradução de João F. Teixeira. Petrópolis/RJ: Vozes, p. 98)

3 Para um profundo estudo sobre a centralização ou não da *internet*, ver: LOVELUCK, Benjamin. *Redes, liberdades e controle: uma genealogia política da internet*. Tradução de João F. Teixeira. Petrópolis/RJ: Vozes, 2018.

4 Para uma análise aprofundada sobre estes aspectos, ver: TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 32-40; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1991, p. 259-274; HABERLE, Peter. *El estado constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2007, p. 135-154. Para uma análise do constitucionalismo brasileiro “tardio”, ver: SILVA NETO, Manoel Jorge. *O constitucionalismo brasileiro tardio*. Brasília: ESMPU, 2016.



Fonte: <https://pixabay.com/pt>

tratava de alterar as estruturas sociais de forma a assegurar a plena liberdade em benefício do todo, mas apenas de determinados segmentos, com o intuito, primeiro, de garantir a segurança jurídica, principalmente nas relações econômicas.

Com o recrudescimento dos tensionamentos sociais, em decorrência da insuficiência do direito liberal em face das disputas sociais, surge o denominado constitucionalismo social, que possui como finalidade primeira moldar os sistemas jurídicos através da criação das denominadas constituições sociais, de forma a promover alterações estruturais nas sociedades no sentido da promoção da redução das desigualdades sociais⁵.

Neste esteio, nos países que postulam o constitucionalismo social, a finalidade do

Direito não é, apenas, estabelecer as regras do jogo da vida política, social e econômica. Mas é, principalmente, instituir mecanismos, baseados em normas jurídicas, que possuem a finalidade de alterar as estruturas sociais⁶.

No caso brasileiro, o artigo 3º do texto constitucional não deixa dúvidas sobre tal compreensão do fenômeno atual do constitucionalismo pátrio.

3 Desafios contemporâneos

3.1 A fluidez peculiar da tecnologia digital

A utilização da tecnologia digital tem-se mostrado a mais inovadora e ao mesmo tempo intrusiva. Diversas formas de tecnologia avançaram para dentro de nossos lares,

5 Não se desconhece que os modelos, constitucionalismo liberal e constitucionalismo social, sejam categorizações dinâmicas, em constante movimento, e que, em diversas experiências, como no caso da brasileira de 1988, convivem em confronto. Mas se considera que a redução das desigualdades sociais seja, ao final, a grande meta do constitucionalismo social.

6 Nas palavras de Pablo Lucas Verdu, as normas constitucionais devem conter “eficácia social organizadora e transformadora”. (VERDU, Pablo Lucas. *O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 123)

telefones, relógios, salas de aula, *tablets* e computadores. Sua maleabilidade é ampla e difusa para toda a sociedade, atributo que outrora era quase impensado, já que a maioria das máquinas vinham com denso manual de informações de difícil compreensão para o cidadão comum.

Tudo mudou com a tecnologia expressa em janelas (*Windows*) de modo autoexplicativo, onde o usuário poderá expressar suas opções, através de erros e tentativas, exercendo o controle dos comandos operacionais. É essa a tecnologia que predomina na imensa maioria das plataformas digitais e seus aplicativos.

Nesse contexto, a tecnologia reinventou o seu modo de uso, sua simplicidade operacional ganhou outro patamar e conquistou a imensa parte da população, com reflexos impactantes.

E, como tem se constatado, a tecnologia geralmente não tem pedido licença para avançar sobre as diferentes áreas de atuação, quer se trate de crianças ou jovens, boa parte dos aplicativos simplesmente abrem janela própria e a partir de um clique uma nova forma de interação com o usuário começa.

Essa característica, de certo modo invasiva, tem se tornado peculiaridade no mundo digital e seu caráter segue a mesma retórica frente ao Direito. Pois muitas vezes ingressa ao mundo já estabelecendo operacionalidade, independente de autorizações ou aquiescência de terceiros.

Essa tecnologia invasiva ganha voga em aplicativos dos mais variados, dos jogos aos filtros de fotografia digital e até em campanhas políticas, por intermédio de mensagens subliminares ou do *micromarketing*.

Nota-se, pois, que as forças tecnológicas medeiam poder com as próprias instituições democráticas, especialmente o Direito, ao mudar o comportamento de agentes econômicos e redesenhar a noção de privacidade, publicidade e reivindicações políticas, além de uma nova abordagem econômica em múltiplos setores do comércio.

A constatação curiosa e desafiadora que se depara é que o modelo tradicional de negócios está em xeque, em razão da transformação digital operada pelas grandes plataformas digitais, cujos desdobramentos atingem diretamente a forma de publicidade, as relações sociais e a autonomia individual; bem como as forças políticas de viés eleitoral, já que o cenário da chamada *tecnocracia* trouxe ingredientes nunca antes vistos.

Deveras, Durkheim notabiliza-se ao registrar para a Sociologia que as verdadeiras mudanças só se estabilizam quando o consciente coletivo assimila essas mudanças.

Em paralelo a isso, muitos tecnólogos pregam mudanças efetivas na sociedade, como a mudança do conceito de rastreamento e de privacidade, como explicita o tecnólogo Kevin Kelly⁷, ao construir uma nova ideia de privacidade, baseada na covisão e administração do usuário sobre seus respectivos, entre outros conceitos abordados como inevitáveis.

Desse modo, os tecnólogos já incorporaram essa visão ao jogo empresarial e social, ao passo que boa parte da população se questiona qual a regra prevalecente. Da parte dos profissionais da tecnologia, a regra prevalecente é justamente a que impera no mundo digital, muitas vezes imposta pelas forças do mercado ou dos usos e costumes digitais. E muitos pensam que o Direito vai se adaptar aos comandos do mundo digital e só posteriormente percebem que não raras vezes as Cortes Judiciais não compartilham dessa visão.

Entre tais dilemas, um caso de grande repercussão concerne à determinação, inicialmente administrativa, da *Agencia Española de Proteccion de Datos* e Mario Costeja González frente ao *Google*, sobre a imposição (europeia) no sentido de que esse

7 KELLY, Kevin. *Inevitável: as 12 forças tecnológicas que mudarão o nosso mundo*. Tradução de Cristina Yamagami. São Paulo: HSM, 2017, p. 280.

deveria retirar de sua indexação de dados de acesso algumas informações ultrapassadas a respeito de cerca de 60 pessoas, as quais se sentiam profundamente constrangidas acerca de fatos longínquos que foram superados – o chamado direito ao esquecimento –, posteriormente ratificada pelas Tribunal de Justiça Europeu³ e, finalmente, pela Corte Europeia de Direitos Humanos.

Em que pese o inconformismo de profissionais da tecnologia e do *Google*, todos os seus recursos foram fracassados e a tese de que a dignidade da pessoa humana e a autodeterminação dos povos devem preponderar sobre interesse de sua eterna divulgação. Tal ilação ganhou força normativa, a partir da Diretiva Europeia 95/46, a qual normatizou as condições próprias ao direito ao esquecimento, posteriormente superada pela Lei Europeia de Proteção de Dados (RGPD⁴), artigos 65 e seguintes, cuja aplicação não requer ato normativo nacional que a complemente, tendo vigor imediato, diversamente da Diretiva.

Ao fundamentar o direito de ser esquecido, o Tribunal declarou que a autoridade soberana sobre o futuro digital recai sobre o povo, suas leis e suas instituições democráticas. Afirmou que indivíduos e sociedades democráticas devem lutar por seus direitos ao tempo futuro e vencerão, mesmo que a disputa seja contra um gigante poder privado.

A partir desse julgamento, o *Google* lançou um formulário *on-line* acessível a todos os interessados em solicitar a remoção de dados. Em julho de 2015, mais de um ano depois, o *Google* avaliou mais de 290 mil pedidos e retirou do ar mais de um milhão de informações⁸.

Como se vê, resta um conflito de valores jurídicos em colisão, de forma que os Tribunais europeus bem como os brasileiros têm acolhido o direito ao esquecimento como

expressão do direito à personalidade de cunho constitucional, quando ausente interesse público na manutenção da reportagem, em face da harmonia social que deve zelar nossas relações.

Por sua vez, a doutrina nacional abaliza o direito ao esquecimento quando ausente interesse público como desdobramento do direito fundamental da dignidade da pessoa humana, frente ao caráter perene da mídia digital em cotejo com a psique social que tem como parâmetro o esquecimento frente o decorrer do tempo.

Justamente nesse sentido é o Enunciado 531 do Conselho da Justiça Federal. Já o STF, em julgado recente, manifestara-se, por maioria, contra o direito ao esquecimento em face da liberdade de expressão no Tema nº 786. Contudo, a Corte fixou que eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e informação devem ser analisados caso a caso, consoante apontou o voto divergente do Ministro Fachin.

Não obstante, o dilema das forças da tecnologia e do Direito é um tema profundo que deita raízes nas transformações da sociedade no século XXI, com relevantes consequências no âmbito econômico, como se verá no próximo tópico.

3.2 A customização da publicidade nas plataformas digitais

Nesse capítulo, será exposto o percurso traçado pelas plataformas digitais, em especial as gigantes de tecnologia, que remodelaram a forma de publicidade customizada, com profundas consequências sobre as escolhas econômicas, os meios de comunicação e opções ao consumidor.

Nada melhor que o exemplo trivial de nossa realidade para melhor ilustrar essa abordagem que é uma das bases do capitalismo digital, conforme ilustra Relatório da Comissão Federal de Comércio dos EUA

8 FERRIANI, Luciana de Paula. *Direito ao esquecimento*. São Paulo: Instituto dos Advogados de São Paulo, 2017.

(*Free Trade Commission, FTC*), para propor políticas de melhor proteção ao consumidor:

- se você pesquisa por produtos ou serviços *online*, anunciantes podem coletar e compartilhar informações sobre suas atividades, inclusive sobre as suas pesquisas, os *sites* que você visitou, e o conteúdo que você viu;
- se você participa de um *site* de relacionamento social (i.e. rede social) os aplicativos da empresa terceira provavelmente terão acesso às informações ou conteúdos que você ou seus amigos “postar” (publicar) no referido *site*;
- se você usa aplicativos de localização no seu *smartphone* (i.e. telefone móvel com acesso à *internet*), diversas companhias podem ter acesso ao seu paradeiro de forma exata;
- se você utiliza cartões de fidelidade com uma loja de doces ou preenche um cartão de garantia de produto, seu nome, endereço e informações sobre a sua compra talvez sejam compartilhadas com corretores de dados (“*data brokers*”) e combinadas com outras informações⁹.

Certamente, muitos já vivenciaram como experiência pessoal, a realização de uma pesquisa de um objeto de compra em um *site* comercial qualquer e logo em seguida, quando se muda de *site* (para notícias gerais), imediatamente já se aponta publicidade dirigida para a compra relacionada à pesquisa que a pessoa segundos atrás estava focada.

Trata-se de uma nova forma de abordagem publicitária, baseada em uma linguagem computadorizada em algoritmos, cuja leitura que faz advém das reações humanas nas mídias digitais – majoritariamente por nossos sentimentos mais primários – e com um viés particularizado em mensagens subliminares, voltada a persuadir o indivíduo.

Constata-se, assim, uma forma de indução de comportamento do internauta, baseada em suas prévias manifestações ou leituras digitais, uma autêntica forma de intervir em suas opiniões sociais, culturais, políticas e até econômicas.

Nota-se, pois, uma revolução a um só tempo da publicidade em geral, do jornalismo e do próprio capitalismo, nominado capitalismo digital, já que todo esse aparato orbita perante a rede mundial de *internet*.

Todo esse comportamento das plataformas digitais é objeto de acurado estudo, cuja visão aponta algumas vicissitudes do sistema e efetivas luzes nos possíveis anseios capitalistas a respeito do futuro.

A professora de *Harvard* Shoshana Zuboff aponta que tal como o mundo social mudou seus anseios e paradigmas, de certa forma conforme preconizado por Henry Ford, o mundo digital busca o implemento de suas aspirações (novos anseios)¹⁰.

Zuboff apresenta uma temática disruptiva a esse contexto ao desenhar o capitalismo de vigilância e os anseios por detrás da sociedade digital – o controle de nossa vida, através dos comportamentos preconfigurados de nossa vida pessoal.

Entre os novos anseios digitais ergue-se a bandeira da chamada “*permissionless innovation*” (inovação sem permissão), atributo utilizado por aqueles que pregam uma mutação no capitalismo digital, com a bandeira positiva da inovação, mas sem alertar para seu intento dominador ou manipulador – seja pela lógica onipresente de aferição ou busca de sua pesquisa digital e sucessiva publicidade direcionada; seja com a modificação comportamental a partir das mídias digitais (efeito *networking*).

9 Apud BLUM, Rita Peixoto Ferreira. *O direito à privacidade e à proteção de dados do consumidor*. São Paulo: Almedina, 2018, p. 130.

10 ZUBOFF, Shoshana. *The age of surveillance capitalism: the fight for a human future at the new frontier of power*. London: Profile books, 2019.

John Battelle estuda a política e a própria lógica da publicidade das grandes plataformas digitais ao apontar que essa dinâmica de rastreamento e vigilância são de certa forma camufladas pelo *Google* e outros gigantes da tecnologia, mediante uma política de confidencialidade estrita, consoante expressam vários jornalistas¹¹.

A metodologia consiste na captação colossal de informações dos consumidores, por meio da supervisão de nossos afazeres pessoais, sociais e profissionais e, assim, sobrepor-se às nossas decisões. Como?

Zuboff arrisca uma explicação, baseada na previsão de nossos comportamentos e na venda dos nossos comportamentos e demandas futuras – o objeto de nossas necessidades/demandas é a nova *commodity*.

As previsões sobre nosso comportamento são o produto do *Google* e são vendidas para seus clientes reais, e não para os internautas, até em forma de leilão na *internet*.

A pesquisadora americana flerta, assim, com o termo “a nova mão invisível”, ao comentar que essa deixa de ser configurada estritamente pelas forças da economia, mas agora transfigurada pela tecnologia digital das plataformas da *internet*. Descreve, ainda, a possibilidade da tecnologia domar os usuários arredios, com castigos ou recompensas, através de comportamentos que incentivam o internauta ou facilitam seu crédito.

Justamente por isso, é preocupante a nova forma de publicidade digital e a consequente erosão do jornalismo profissional, já que os atores protagonistas desse papel passaram a se confundir com o eclosão do capitalismo digital.

Até poucos anos atrás, o mercado jornalístico operava de modo estruturado e regulado normativamente para afastar

conflitos de interesses. Publicidade, editoração e distribuição de informações recebiam tratamento legal e regulatório distinto, tanto que nos últimos 200 anos, os ocidentais em geral formularam políticas para descentralizar o poder dos meios de comunicação, exatamente para manter neutras as redes de comunicação e factível a rede de informações à realidade.

Contudo, devido a um acentuado afrouxamento na política de fusão e da atenuação da lei antitruste, os americanos criaram gigantes conglomerados da mídia, conforme explica o estudioso Richard John, a parêmia da neutralidade fora ameaçada e a própria tradição americana¹².

Esse afrouxamento normativo e político criou um ambiente propício para o ataque das grandes empresas de tecnologia, engendrado por um apetite peculiar de crescimento, assim, a *internet* passou por sucessivas aquisições.

Observa-se, pois, que os dados agora são a chave essencial para a publicidade, pois se o anunciante sabe quem está visualizando o seu anúncio, esse espaço se torna muito mais valioso. E os gigantes digitais agora sabem quem está vendo cada um dos anúncios, e seus concorrentes – os jornais – não têm essa informação.

O pesquisador Matt Stoller narra a revolução ocorrida pela displicência normativa e regulatória e a força da tecnologia digital que rompeu os padrões da comunicação e da política, ao ponderar que a reestruturação operacional do meio jornalístico ocorrera em detrimento da própria lisura da informação e sua ética:

Em outras palavras, não foi apenas a tecnologia, mas também uma filosofia favorável à concentração que moldou a revolução da informação, nos anos 1990 a 2000. *Google* e *Facebook*

11 BATTELLE, John. *The search: how google and its rivals rewrote the rules of business and transformed our culture*. UK: Hachette, 2011.

12 JOHN, Richard. *When did americans stop being antimonopoly?* Disponível em: <https://promarket.org/americans-stop-antimonopoly-q-richard-r-john/>. Acesso em: 21 fev. 2020.

cresceram para controlar utilitários de informação, como pesquisa geral, redes sociais e mapeamento. Novas formas de publicidade – sustentadas pelo uso não regulamentado de dados e vendidas por meio de leilões não transparentes e complexos – minaram a barganha das editoras e permitiram novas formas de fraude usando *bots* e conteúdo falso.

Um resultado dessas mudanças é a centralização radical do poder sobre o fluxo de informações. As plataformas tecnológicas agora controlam a receita da publicidade online, que é a principal fonte de financiamento das notícias. Mas este não é apenas um problema da monopolização da indústria. Google e Facebook não estão no ramo do jornalismo. [...] O financiamento da publicidade apresenta um conflito de interesses, pois a publicidade é uma terceira parte pagando para manipular alguém. Na mídia tradicional, ela pode influenciar escolhas editoriais. Há uma série de estruturas éticas projetadas para inibir o controle excessivo de anunciantes sobre os meios de comunicação, resultados de debates por centenas de anos entre figuras públicas sobre a natureza da publicidade e editoração. [...]

Mas tais debates éticos ainda precisam ocorrer em torno dos utilitários de informação. Consequentemente, a deturpação da publicidade – dependência, manipulação, fraude, ruptura de um tecido social – foi recebida com pouca imunidade cultural, respostas políticas ou defesas institucionais.

Antes de o *Google* virar uma enorme empresa de publicidade, seus fundadores – Sergey Brin e Larry Page – notaram esse problema. Eles analisaram o mercado de mecanismos de pesquisa da década de 90 – com empresas oferecendo aos anunciantes a chance de pagar para serem listados como resultado de uma pesquisa orgânica – e argumentaram que o financiamento de um mecanismo de pesquisa por meio

da publicidade era fundamentalmente imoral.

Esses utilitários de informações teriam um incentivo de manter os usuários em suas propriedades para que eles continuassem vendendo mais anúncios. Eles também teriam um incentivo à autonegociação, colocando um conteúdo diante dos usuários que beneficia o utilitário – e não o usuário final. E eles teriam um incentivo de vigiar seus usuários, para que eles pudessem segmentá-los de maneira mais eficaz. Brin e Page estavam certos quanto à influência corruptora da publicidade. Esse modelo de negócios de comunicações é de onde vem o vício, a vigilância, a fraude e a “isca de cliques”. Infelizmente, estamos vivendo no mundo que eles previram.

A combinação dessas dinâmicas – concentração de poder e novos dilemas éticos apresentados pelo financiamento das redes de informação pela publicidade – criou uma crise para a democracia. A monopolização da receita publicitária tira o financiamento de instituições legítimas. [...] A tarefa dos formuladores de políticas agora é montar estruturas éticas para mitigar tais conflitos.

O colapso do jornalismo e da democracia não é inevitável. Para salvar a democracia e a imprensa livre, precisamos eliminar o controle do *Google* e do *Facebook* sobre o bem comum. Isso significa descentralizar esses mercados e separar os utilitários de informação, para que pesquisa, mapeamento, o *Youtube* e outras subsidiárias do *Google* sejam empresas separadas [...] Também significa restringir ou limitar a publicidade nessas plataformas. A receita publicitária deve voltar a fluir para o jornalismo e a arte¹³.

13 STOLLER, Matt. *Tech companies are destroying democracy and the free press*. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2019/10/17/opinion/tech-monopoly-democracy-journalism.html>. Acesso em: 20 fev. 2020.

Notável, portanto, a preocupação de diversos pensadores e juristas a respeito das formas mais agressivas da tecnologia digital, ao expor as vicissitudes de um sistema *big brother* que ameaça a autonomia individual de escolhas do indivíduo, mediante informação distorcida ou até manipulada pelos gigantes da tecnologia, cuja introdução fundara o *big data* na imprensa com grande repercussão aos profissionais do jornalismo, situação que deu ensejo à criação das *fake news* em um ambiente de compartilhamento virtual.

3.3 A institucionalização de programas de profiling

Para além das atribuições engendradas pelos gigantes de tecnologia, outras severas implicações da tecnologia têm ocorrido por programas ou incentivos estatais ou paraestatais, com variados exemplos pelo mundo.

Um dos exemplos mais marcantes é o programa chinês de observação dos seus cidadãos, conhecido como sistema de crédito social, uma espécie de programa de monitoramento social e político do cidadão, firmado pelo próprio governo chinês em parceria com empresas de tecnologia, para o fim de conhecer, rastrear e ranquear o cidadão através de pontos e implementar políticas públicas de censura e indução de comportamento (ou quiçá sua manipulação). As medidas vão desde o monitoramento facial e digital, até a averiguação de visitas aos ascendentes e ajudas às pessoas com dificuldade financeira (pontos positivos), com o consequente crédito ou descrédito (pontos negativos) para acesso à transporte público, assistência social, financiamento e vaga estudantil.

O historiador de Harvard Julian Gewirtz descreve a obra do governo chinês de controle social, digna de um filme de ficção científica.

Quando o governo chinês viu que a tecnologia da informação estava se tornando uma parte da vida diária, percebeu que teria uma nova ferramenta poderosa para reunir informação e controlar cultura, para tornar o povo chinês mais “moderno” e mais “governável”¹⁴.

Por sua vez, Christina Larson discute a substituição da democracia pela tecnocracia, ao apontar o aparato do Estado Chinês e sua busca para uma política eficiente de controle e monitoramento de sua população e respectivas instituições, ao pontuar:

A ideia do uso da tecnologia como ferramenta do controle governamental chinês remonta aos anos 80. [...] há várias iniciativas que compartilham uma estratégia comum de coleta de dados sobre pessoas e empresas para informar a tomada de decisões e criar sistemas de incentivos e punições para influenciar o comportamento. Essas iniciativas incluem o “Sistema de Crédito Social” do Conselho de Estado de 2014, a Lei de Cibersegurança de 2016, vários experimentos em nível local e iniciativa privada em planos de “crédito social”, “cidade inteligente” e policiamento orientado por tecnologia na região oeste de Xinjiang. Geralmente envolvem parcerias entre o governo e as empresas de tecnologia da China. O mais abrangente é o Sistema de Crédito Social, embora uma tradução melhor em inglês possa ser o sistema de “confiança” ou “reputação”. [...] Listas negras são as primeiras ferramentas do sistema. Nos últimos cinco anos, o sistema de Tribunais da China publicou os nomes de pessoas que não pagaram multas ou cumpriram os julgamentos. Sob novas regulamentações de crédito social, essa lista é compartilhada com várias empresas e agências governamentais. As pessoas na lista se viram impedidas

14 Apud MURILLO, Javier. *La democracia y el ojo de Sauron*. Disponível em: <https://www.elfinanciero.com.mx/opinion/javier-murillo/la-democracia-y-el-ojo-de-sauron>. Acesso em: 27 fev. 2020.



Fonte: <https://pixabay.com/pt>

de pedir dinheiro emprestado, reservar voos e ficar em hotéis de luxo. As empresas nacionais de transporte da China criaram listas negras adicionais para punir os passageiros por comportamento como: bloquear as portas dos trens ou escolher brigas durante uma viagem; os infratores são impedidos de compras futuras de ingressos por seis ou 12 meses. No início deste ano, Pequim estreou uma série de listas negras para proibir empresas “desonestas” de serem premiadas com futuros contratos governamentais ou concessões de terras. [...]

A Prefeitura exibe cartazes de modelos locais, que exibiram “virtude” e obtiveram altas pontuações. “A ideia do crédito social é monitorar e administrar como as pessoas e instituições se comportam”, diz Samantha Hoffman, do Instituto Mercator de Estudos da China, em Berlim. “Quando uma violação é registrada em uma parte do sistema, ela pode engatilhar respostas em outras partes do sistema. É um conceito concebido para apoiar tanto o

desenvolvimento econômico quanto a gestão social, e é inerentemente político”. [...] Uma das maiores preocupações é que, como a China carece de um Judiciário independente, os cidadãos não têm como contestar alegações falsas ou imprecisas. Alguns encontraram seus nomes escrutinados em listas negras de viagem, sem notificação após uma decisão judicial. Peticionários e jornalistas investigativos são monitorados de acordo com outro sistema, e as pessoas que entraram na reabilitação de drogas são vigiadas por um sistema de monitoramento diferente. “Teoricamente, os bancos de dados de usuários de drogas deveriam apagar nomes depois de cinco ou sete anos, mas eu vi muitos casos em que isso não aconteceu”, diz Wang da *Human Rights Watch*. “É imensamente difícil se livrar de qualquer uma dessas listas”. [...].

A opacidade do sistema torna a evolução dessa sistemática particularmente difícil¹⁵. (tradução livre)

15 LARSON, Christina. *Who needs democracy when*

Resta a pergunta se tal sistema tecnológico seria viável no Brasil?

De início, há de se frisar que os fundamentos da Constituição de 1988 não compartilham de tamanha intervenção estatal na vida do cidadão, através de marcação de pontos negativos e até o ranqueamento do cidadão e seu perene monitoramento, pois gera sentimentos de aversão ao próprio princípio da dignidade da pessoa humana e do objetivo central da nação, a constituição de uma sociedade livre, justa e solidária – objetivos da Constituição do Brasil.

A rigor, um programa estatal de permanente monitoramento de todos os cidadãos repercute sobre a própria peculiaridade do Estado Democrático, sistema que afugenta o princípio republicano da liberdade, como direito fundamental do cidadão em suas diversas manifestações. Deveras, uma fonte digital de permanente fiscalização mais parece uma reprimenda do que uma política pública.

Situação diversa seria um programa estatal de benefícios e vantagens para aquele cidadão ou consumidor que cumprir determinados comportamentos – chamada lista positiva; o que não chancela sua recíproca a imposição de lista de penalidades, pois subversiva ao próprio conceito de liberdade e do Estado Democrático de Direito expresso na Constituição Federal.

Além disso, qualquer forma pública de constrangimento moral poderá ensejar afronta ao objetivo de se promover o bem de todos, sem preconceito de origem ou outras formas de discriminação (CF/88, art. 3º, IV).

Nesse esteio resta propício mencionar interessante notícia a respeito de assunto que medeia a questão. Segundo informações publicadas na grande mídia:

Governo de SP muda edital que previa contratar empresa para monitorar apoiadores e críticos nas redes sociais

A polêmica estava no item de monitoramento dos produtos e serviços, que trazia a exigência de que a empresa acompanhasse 24 horas por dia, sete dias por semana a imagem do governo em veículos *online* e redes sociais. [...]

O governo de São Paulo desistiu de monitorar quem fala bem ou mal dele na *internet*. A Secretaria de Governo publicou nesta quarta-feira (12) um novo edital para contratar uma empresa de inteligência em comunicação digital. O serviço deve custar R\$ 15,8 milhões em contrato de 15 meses. Em nota, o governo do estado disse que “em nome do interesse público, foram retirados do texto os termos que davam margem a falsas interpretações”, trazendo ainda mais transparência ao processo e que “o edital está de acordo com a Lei de Proteção de Dados, com total respeito ao direito de privacidade dos usuários das redes sociais, que não serão classificados por comportamentos.

O edital original previa que a empresa contratada divulgasse políticas do governo, informações de interesse público e oferecesse um atendimento digital ao cidadão, via rede social”. [...]

No dia 3 de fevereiro, o Tribunal de Contas do Estado notificou o governo para se pronunciar sobre o edital. Nesta quarta-feira, a Secretaria de Governo publicou o novo documento. O item “monitoramento e análise de dados” passou a ser “captação e análise de dados”¹⁶.

Com efeito, a instituição de um programa ou forma de monitoramento político

you have data? Disponível em: <https://www.technologyreview.com/s/611815/who-needs-democracy-when-you-have-data/>. Acesso em: 27 fev. 2020.

¹⁶ GUEDES, Philipe. Governo de SP muda edital que previa contratar empresa para monitorar apoiadores e críticos nas redes sociais. *G1 – São Paulo*, 12 fev. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/02/12/governo-de-sp-muda-edital-que-previa-contratar-empresa-para-monitorar-apoiadores-e-criticos-nas-redes-sociais.ghtml>. Acesso em: 20 fev. 2020.

ao cidadão aponta para perigoso precedente tecnológico frente ao direito à liberdade de expressão, censura, bem como prejuízos ao conceito de liberdade política expresso em Tratados Internacionais. Pois, implica numa tentativa do governo de monitorar detratores e assim levar a um processo de autocensura nas redes sociais, além de abrir um precedente perigoso para a perseguição de opositores políticos, fiel ao princípio da impessoalidade e da privacidade na vida do cidadão – vide ADPF 722 (sem prejuízo de atividade de inteligência produzida pelo órgão adequado para apurar fato determinado).

Vale lembrar que a liberdade de expressão é um direito consagrado como inerente ao ser humano, essencial à realização e proteção de toda forma de manifestação social e política. O primeiro documento a garanti-lo internacionalmente foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, no âmbito da Assembleia das Nações Unidas, cujo artigo 19 dispõe:

Art. 19. Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

A rigor, o próprio regime democrático que preside todo o arcabouço valorativo-normativo das regras jurídicas admite por sua própria natureza o direito a discordar de um ponto de vista ou de uma forma de política, pois condizente com a essência da liberdade de expressão, imortalizada na irreverente máxima “*não concordo com uma palavra do que dizes, mas defenderei até a morte o teu direito de dizê-las*”.

Deveras, o direito à livre manifestação do pensamento e de expressão tem como marco moderno a obra de Stuart Mill, defensor do “mercado de ideias”, justamente no sentido de poder falar o que pensa em grupo. E a censura é propriamente uma

forma de atentar contra essa liberdade, de maneira que o monitoramento perene é uma nova ferramenta de censura, pois provoca exatamente a autocensura, ao constranger o debate democrático através da tecnologia de monitoramento.

Ademais, a lei brasileira de proteção de dados parte da concepção da *autodeterminação informativa*, de forma que o titular da informação tem a prerrogativa de acesso e compartilhamento de seus dados (art. 2º, II), o que implica profundas modificações na atual gestão empresarial dos dados, então relegados ao alvedrio das forças capitalistas da auto-organização.

Conjuntura distinta, porém, tem as considerações a respeito de monitoramento em questões de saúde pública, cuja *conditio sine qua non* é justamente a anonimização dos dados particulares – isto é, quando a tecnologia procura saber a quantidade de pessoas que estão frequentando determinados lugares. Essa preocupação tornou-se relevante em tempos da pandemia da Covid-19, pois há necessidade das autoridades de saúde terem noção do índice de deslocamento social para implementar uma política de saúde pública para o combate da pandemia.

Por essa razão, há vozes que apontam que, nesse caso de análise social desconectada da identidade do portador do celular ou seu chip (anonimizada), não há ultraje à autonomia individual. Relevante observar que a própria Lei nº13.709/2018 já prevê essa possibilidade em seu artigo 13, ao dispor sobre situações de relevância sanitária, como a presente, bem como exigir expressamente sua anonimização:

Art. 13. Na realização de estudos em saúde pública, os órgãos de pesquisa poderão ter acesso a bases de dados pessoais, que serão tratados exclusivamente dentro do órgão e estritamente para a finalidade de realização de estudos e pesquisas e mantidos em ambiente controlado e seguro, conforme práticas de segurança

previstas em regulamento específico e que incluam, sempre que possível, a anonimização ou pseudonimização dos dados, bem como considerem os devidos padrões éticos relacionados a estudos e pesquisas.

§ 1º A divulgação dos resultados ou de qualquer excerto do estudo ou da pesquisa de que trata o *caput* deste artigo em nenhuma hipótese poderá revelar dados pessoais.

§ 2º O órgão de pesquisa será o responsável pela segurança da informação prevista no *caput* deste artigo, não permitida, em circunstância alguma, a transferência dos dados a terceiro.

§ 3º O acesso aos dados de que trata este artigo será objeto de regulamentação por parte da autoridade nacional e das autoridades da área de saúde e sanitárias, no âmbito de suas competências.

§ 4º Para os efeitos deste artigo, a pseudonimização é o tratamento por meio do qual um dado perde a possibilidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo, senão pelo uso de informação adicional mantida separadamente pelo controlador em ambiente controlado e seguro.

Acresça-se, por oportuno, que tal ingerência implica na impossibilidade do processo de reverter a anonimização geral, sob pena de afronta à garantia legal da autoinformação e da própria higidez legal da LGPD que preceitua tal orientação como princípio.

O desafio é justamente aferir o deslocamento de pessoas contaminadas; cujo regramento legal deverá caminhar para uma espécie de pseudonimização, cujas relativizações deverão vir expressas na lei, baseadas em motivações de saúde pública. Já a identificação do usuário só poderá ser sustentada com base em decisão judicial, na chamada cláusula de reserva de jurisdição, por se tratar de relativização de direitos fundamentais, por meio de decisão

que efetivamente pondere o caso concreto e a política de saúde pública para aferir o caso, em afinada ponderação aos direitos fundamentais em conflito.

Essa conclusão advém da hermenêutica que sustenta que qualquer relativização de direitos fundamentais seja realizada com parcimônia em face de outro direito fundamental, como a segurança e a saúde, através do próprio Poder Judiciário, consagrado pela expressão reserva de jurisdição, cuja medida de ponderação é autorizada na forma do artigo 489, 2º, do Código de Processo Civil.

4 Conclusão

À guisa de conclusão, convém ressaltar: um programa estatal de permanente monitoramento de todos os cidadãos repercute sobre a própria peculiaridade do Estado Democrático, trata-se de sistema que afugenta o princípio republicano da liberdade, como direito fundamental do cidadão em suas diversas manifestações.

Referências

AGAMBEN, Giorgio. *Por uma teoria do poder destituente*. Disponível em: <https://5dias.wordpress.com/2014/02/11/por-uma-teoria-do-poder-destituente-de-giorgio-agamben/>. Acesso em: 02 fev. 2020.

ANDRADE, José Maria Arruda de. *Economicização do direito concorrencial*. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

BATTELLE, John. *The search: how Google and its rivals rewrote the rules of business and transformed our culture*. UK: Hachette, 2011.

BLUM, Rita Peixoto Ferreira. *O direito à privacidade e à proteção de dados do consumidor*. São Paulo: Almedina, 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1991.

FERRIANI, Luciana de Paula. *Direito ao esquecimento*. São Paulo: Instituto dos Advogados de São Paulo, 2017.

FONTES, Paulo G. *Neoconstitucionalismo e verdade: limites democráticos da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

GONZALES, Douglas C. O argumento econômico na análise judicial. *Revista Brasileira de Direito Comercial*, 23. ed., p. 50-75, jun./jul. 2018.

GUEDES, Philipe. Governo de SP muda edital que previa contratar empresa para monitorar apoiadores e críticos nas redes sociais. *G1 – São Paulo*, 12 fev. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/02/12/governo-de-sp-muda-edital-que-previa-contratar-empresa-para-monitorar-apoiadores-e-criticos-nas-redes-sociais.ghtml>. Acesso em: 20 fev. 2020.

HABERLE, Peter. *El estado constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2007.

HARARI, Yuval Noah. *Sapiens: uma breve história da humanidade*. Porto Alegre: LM&PM, 2020.

JOHN, Richard. *When did americans stop being antimonopoly?* Disponível em: <https://promarket.org/americans-stop-antimonopoly-q-richard-r-john/>. Acesso em: 21 fev. 2020.

KELLY, Kevin. *Inevitável: as 12 forças tecnológicas que mudarão o nosso mundo*. Tradução de Cristina Yamagami. São Paulo: HSM, 2017.

LARSON, Christina. *Who needs democracy when you have data?* Disponível em: <https://www.technologyreview.com/s/611815/who-needs-democracy-when-you-have-data/>. Acesso em: 27 fev. 2020.

LOVELUCK, Benjamin. *Redes, liberdades e controle: uma genealogia política da internet*. Tradução de João F. Teixeira. Petrópolis/RJ: Vozes, 2018.

MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor; RAMGE, Thomas. *Reinventing capitalism in the age of big data*. New York: Basic Books, 2018.

MURILLO, Javier. *La democracia y el ojo de Sauron*. Disponível em: <https://www.elfinanciero.com.mx/opinion/javier-murillo/la-democracia-y-el-ojo-de-sauron>. Acesso em: 27 fev. 2020.

NUNES, Dierle. *A tecnologia no controle das massas em processos decisórios*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-12/dierle-nunes-tecnologia-controle-massas-processos-decisorios>. Acesso em: 27 fev. 2020.

SILVA NETO, Manoel Jorge. *O constitucionalismo brasileiro tardio*. Brasília: ESMPPU, 2016.

STOLLER, Matt. *Tech companies are destroying democracy and the free press*. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2019/10/17/opinion/tech-monopoly-democracy-journalism.html>. Acesso em: 20 fev. 2020.

TAVARES, André Ramos. APP's e plataformas *on line* na intermediação econômica no Brasil. *Revista de Direito Constitucional & Econômico*. Unialfa, v. 1, jan./jun, 2019.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2018.

TEIXEIRA, Tarcísio; ARMELIN, Ruth M. G. *Lei geral de proteção de dados pessoais*. São Paulo: Juspodivm, 2019.

VERDU, Pablo Lucas. *O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ZUBOFF, Shosana. *The age of surveillance capitalism: the fight for a human future at the new frontier of power*. London: Profile books, 2019.

Da anulação *de ofício* de sentença por suposta deficiência probatória

Tiago Bologna Dias

Juiz Federal.

Fábio Rubem David Müzel

Juiz Federal.

RESUMO: Este artigo propõe uma análise crítica acerca da anulação *de ofício* de sentença por suposta deficiência probatória em cotejo com as regras e princípios que regem o processo civil.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Princípios essenciais envolvidos. 3 Contextualização da questão. 4 Problemática. 5 Conclusão. 6 Referências.

1 Introdução

Atualmente, quicá em decorrência da positivação pelo Código de Processo Civil de 2015 dos princípios da cooperação e não surpresa, buscando o aprimoramento da resolução de mérito, tendo por fim o alcance da maior certeza possível quanto aos fatos em causa, em prestígio à *segurança jurídica* quanto à solução da crise de direito material posta nos autos, verifica-se na jurisprudência uma crescente tendência na prolação de decisões em segundo grau no sentido da anulação de sentenças *de ofício* em razão de, no entender do juízo *ad quem*, haver a necessidade da produção de outras provas, quer o juízo *a quo* as tenha indeferido motivadamente, quer tenha deixado de determinar sua produção de ofício, *mesmo à falta de recurso da parte prejudicada a esse respeito*, levando, colateralmente, a um prejuízo à *celeridade processual* e à *própria segurança jurídica em sentido mais amplo*, vale dizer, à autonomia das partes, com a instauração de conflito processual entre elas inexistente, e à estabilização da lide, pela postergação da solução do conflito material.

Diante desse conflito entre princípios fundamentais ao processo, dado que, de um lado, um de seus escopos essenciais é a solução dos conflitos sociais apresentados ao Judiciário¹, mas, de outro, a prestação jurisdicional tardia acaba por esvaziar a substancial efetividade desta solução²,

pretende este artigo propor solução que os equilibre, em conformidade com os parâmetros estabelecidos pelo sistema processual civil.

2 Princípios essenciais envolvidos

O processo civil é informado pelo *princípio da demanda ou dispositivo ou da inércia*, que se funda na ideia de que compete às partes a iniciativa para movimentar a estrutura do Judiciário e delimitar o objeto do litígio (art. 2º, CPC).

Em consonância com esse princípio, se a parte autora é credora de R\$ 145.000,00 (cento e quarenta e cinco mil reais) e veicula pretensão de cobrança de apenas R\$ 135.000,00 (cento e trinta e cinco mil reais), seja por qual motivo for, o Judiciário, mesmo na hipótese de procedência total do pedido, não pode deferir o pagamento de R\$ 145.000,00 (cento e quarenta e cinco mil reais), restando cingido ao valor que efetivamente foi pretendido na petição inicial, ou seja: R\$ 135.000,00 (cento e trinta e cinco mil reais)³.

1 “O escopo de *pacificar pessoas mediante a eliminação de conflitos com a justiça* é, em última análise, a razão mais profunda pela qual o processo existe e se legitima na sociedade.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 1, p. 132.)

2 “A justiça atrasada não é justiça, senão injustiça, qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade.” (BARBOSA, Rui. Elogios acadêmicos e orações de paraninfo. Edição da Revista de Língua Portuguesa, 1924, p. 381. In RIBEIRO, Luiz Rezende de Andrade. *Dicionário de conceitos e pensamentos de Rui Barbosa*. São Paulo: Livraria Editora/Edart, 1967, p. 224.)

3 “[...] o princípio de demanda baseia-se no pressuposto da disponibilidade não da causa posta sob julgamento, mas do próprio direito subjetivo das partes, segundo a regra básica de que ao titular do direito caberá decidir livremente se o exercerá ou deixará de exercê-lo. A compulsoriedade de exercício de uma faculdade legal ou de um direito subjetivo contradiz o próprio conceito de direito. Ninguém pode ser obrigado a exercer os direitos que porventura lhe caibam, assim como ninguém deve ser compelido, contra a própria vontade, a defendê-los em juízo. Desse pressuposto decorre o princípio de que nenhum juiz prestará tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais, inscrito no art. 2º do CPC. Se alguém, sendo credor de cem, pede que o juiz condene seu devedor a pagar-lhe apenas oitenta, por mais convencido que o magistrado esteja de que o autor realmente deveria receber os cem de que era credor, nunca poderá condenar o réu a pagar-lhe mais do que os oitenta pedidos na ação. De igual modo, se o autor de uma ação de reivindicação deixar de cumular ao pedido de restituição da coisa o pedido de condenação do possuidor injusto a indenizar-lhe perdas e danos, o juiz jamais poderá incluir em sua sentença esta condenação não cumulada pelo demandante em seu pedido inicial”. (SILVA, Ovídio Araújo Batista da. *Curso de processo civil*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 1, p. 64.)

De sua parte o princípio da correlação ou congruência estabelece que o juiz não pode conhecer de questões não suscitadas, a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte (art. 141, CPC).

Tais princípios têm especial relevância no que toca à esfera recursal, haja vista que prestada a jurisdição em primeiro grau cabe às partes a disposição quanto aos conflitos, tanto processuais, quanto materiais, resolvidos na sentença, com cujo resultado se conformam, vale dizer: *proferida a sentença, os recursos estabelecerão novos limites à lide, à luz dos princípios em tela*.

Releva notar que são exatamente o *escopo da pacificação social e a segurança jurídica os prestigiados por tais princípios*, na medida em que se prestam a evitar que o Judiciário instaure conflito antes não havido entre as partes, bem como a estabilizar a solução encontrada e não impugnada, do que decorre, ainda, a concreta deferência ao princípio constitucional da *razoável duração do processo* (art. 5º, LXXVIII, CF: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”), *também positivado no Código de Processo Civil em vigor* (art. 4º, CPC: “As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”), cuja parte final evidencia a preocupação não só com o amparo urgente para preservação do objeto do processo, mas com a célere obtenção da *solução definitiva* à lide.

Nesse contexto, embora o Código de Processo Civil em vigor tenha incorporado diversos princípios a recomendar atuação ativa do juiz na busca da melhor solução possível à crise de direito material, deve-se atentar para que nesse afã não se alcance resultado oposto ao perseguido. Assim, não obstante em seu artigo 6º estabeleça que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de

mérito justa e efetiva”, enunciando o *princípio da cooperação*, inclusive por parte do juiz, sua aplicação deve ter em conta os princípios gerais suprarreferidos, ressaltando-se que em *seu próprio bojo traz à lembrança o princípio da razoável duração do processo*, já se tendo decidido que “o princípio da cooperação não pode ser confundido com substituição da vontade da parte”⁴.

O mesmo vale quanto ao *princípio da não surpresa*, trazido pelo artigo 10, “o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”, que não deve ser empregado de forma a causar delonga processual desnecessária, como a conversão do feito em diligência para instar as partes sobre pontos inerentes à espécie de lide, portanto evidentes, pressupondo imprópriamente grave inépcia técnica do patrono da parte ao invés de *opção processual deliberada* deste, ressaltando-se que não há que se falar em indevida surpresa quando “se tratar de exigência inerente ao próprio ato da impetração, cujo ‘iter’, ademais, não consente com a possibilidade de dilação probatória, mediante o tardio aporte de prova documental que, desde logo, deveria ter acompanhado a exordial”⁵, bem como que “o enunciado processual da ‘não surpresa’ não implica exigir do julgador que toda solução dada ao deslinde da controvérsia seja objeto de consulta às partes antes da efetiva prestação jurisdicional, mormente quando já lhe foi oportunizada manifestação acerca do ponto em discussão - no caso, a produção probatória”⁶.

4 STJ, AgInt no AREsp 1.193.444/SP, Relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 07/06/2018, DJe 14/06/2018.

5 STJ, EDcl no RMS 60.158/RJ, Relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 22/09/2020, DJe 02/10/2020.

6 STJ, AgInt no REsp 1.841.905/MG, Relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 31/08/2020, DJe 02/09/2020.



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

Importante salientar, ainda, que o atual Código de Processo Civil é mais liberal (princípio dispositivo), que autoritário (princípio inquisitivo), tendo admitido pela primeira vez a possibilidade das próprias partes estabelecerem regras sobre procedimento, inclusive normas específicas sobre ônus e produção de provas (art. 190, CPC), caracterizando-se como verdadeiro negócio jurídico processual, o que denota que há uma tendência de enfraquecimento e, porventura, com a evolução esperada da sociedade, ulterior supressão das determinações judiciais de ofício sobre assuntos em que há clara possibilidade de disposição pelas partes.

Esses são os princípios essenciais para a análise que se propõe nesse trabalho.

3 Contextualização da questão

A questão central a ser debatida neste artigo envolve a aferição negativa da necessidade de produção da prova na sentença, contra a qual, em atenção aos

princípios enunciados, descabe a anulação *de ofício* do julgado por suposta deficiência probatória.

Tal problemática se verifica em duas hipóteses distintas, embora ambas sujeitas à mesma solução ao final, por fundamentos próprios: a do indeferimento motivado pelo juízo de primeiro grau de prova requerida pela parte e a da ausência de produção probatória de ofício do juízo de primeiro grau, quando as partes nada requerem a esse respeito.

Os poderes instrutórios do juiz enunciam-se no artigo 370, *caput*, do Código de Processo Civil ao expor que “caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito”, sendo certo que o parágrafo único do mesmo dispositivo estatui que “o juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.

Como se nota, o dispositivo em tela norteia as duas hipóteses tratadas, sendo

direcionado ao juiz responsável pelo julgamento do feito⁷.

Assim, na primeira, havendo postulação de provas que o magistrado entenda inúteis, protelatórias ou desnecessárias (art. 464, II, CPC), a produção das provas pretendidas será indeferida motivadamente. Nessa hipótese, portanto, estar-se-á diante de *decisão expressa* resolvendo a questão processual posta.

Nessa hipótese, *não se cogita de omissão judicial*, e, por conseguinte, *não há vício formal*.

Na outra, não foram requeridas provas, cabendo ao julgador avaliar se é caso de se determinar, de ofício, sua produção.

Nesse caso, embora ampla a possibilidade de o juiz determinar a produção da prova que reputar necessária, pode ele, além de entender que o contexto fático-probatório é efetivamente suficiente, vislumbrar provas passíveis de produção e não requeridas, mas que, por serem inerentes e evidentes à causa tal como posta, considerar que os patronos das partes não as ignoraram, sendo tomada sua inércia como uma opção processual deliberada ou uma impossibilidade material, sob pena de se adotar posição demasiado intrusiva, em substituição a eles, incidindo aqui diretamente o princípio dispositivo⁸, ou, ainda, que não há nos autos elementos suficientes para que verifique sua existência

e disponibilidade, de forma que a conversão em diligência seria demasiadamente custosa em termos de duração do processo, em detrimento do aparente desejo de pronto julgamento das próprias partes⁹, e, portanto, julga o feito no estado em que se encontra.

Releva notar que ainda que o juiz conserve a prerrogativa da produção probatória de ofício, diante da inércia da parte, mesmo oportunizada a manifestação sobre eventuais provas a produzir, não tem ela mais a faculdade processual de reclamar após o julgamento do feito no estado em que se encontra, eis que fulminada pela preclusão¹⁰.

Dada essa condição, preclusa a faculdade da parte de requerer a prova, é ainda *mais evidente a ausência de vício formal*.

Desse modo, tendo sido proferida sentença em que restou decidido pelo juiz responsável pela instrução do feito, motivadamente, que as provas que se pretendiam produzir eram inúteis, meramente protelatórias ou desnecessárias em vista de outras provas produzidas, ou não tendo ele reputado necessário determinar de ofício produção de outras provas não requeridas pelas partes, impõe o Código de Processo Civil, artigo 1.009, §§ 1º e 2º, que eventual deficiência probatória *seja necessariamente alegada em preliminar de apelação ou contrarrazões*.

Chega-se, assim, ao cerne deste artigo.

7 “Ninguém melhor do que o juiz, a quem está afeto o julgamento, para decidir sobre a necessidade de produzir determinada prova. Como ele é o destinatário dela, pode avaliar quais os meios de que necessita para a formação de seu convencimento.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 7ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 17.)

8 “Como regra geral e inerência do fundamental princípio dispositivo, o juiz não deve exceder-se em iniciativas probatórias ou liberalizar *ajudas* às partes, sob pena de transmutar-se em defensor e acabar por perder a serenidade, além de comprometer, pela perda de tempo, o pontual cumprimento de seus próprios deveres perante a massa dos consumidores do serviço jurisdicional.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 3, p. 55-56.)

9 “Não obstante isso, a iniciativa probatória oficial não pode acarretar excessiva demora, sob pena de ofensa à garantia constitucional da celeridade, segundo a qual o processo deve terminar em tempo razoável (art. 5º, LXXVIII da CF/88). Se a produção da prova mostrar-se inviável ou ineficaz, deve o juiz contentar-se com o conjunto probatório existente nos autos e decidir com fundamento no juízo de probabilidade ou segundo as regras de distribuição do ônus da prova.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 7ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 169.)

10 “A preclusão faz com que a parte não mais possa exigir a produção da prova por ela desejada. Mas não afasta o poder conferido ao juiz de determinar, de ofício, a realização das provas que, a seu ver, possam contribuir para a justiça do provimento a ser por ele proferido.” (*Ibidem*, p. 22.)

4 Problemática

Uma vez tendo sido proferida sentença em que se entendeu ser desnecessária a produção das provas requeridas ou não tendo o juízo determinado de ofício a produção de provas tidas por necessárias pelo órgão *ad quem*, é possível ao órgão com competência recursal a determinação da produção desta prova? E, se positiva a resposta, isso implica anulação da sentença por suposta deficiência probatória?

O artigo 1.013 do Código de Processo Civil explicita que: “a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada”.

Por ser essencial, frise-se a parte final do mencionado texto legal: “da matéria impugnada”.

Esse preceito legal ao se valer da expressão “matéria impugnada” presta inequivocamente¹¹ reverência ao princípio dispositivo acima aludido, e impõe estrita observância aos lindes intransponíveis à atuação do magistrado de segunda instância, em sua competência recursal, quanto à extensão (*tantum devolutum quantum appellatum*), bem como quanto à profundidade¹² da matéria a ser objeto de consideração.

Na hipótese em que *a prova foi requerida e expressamente indeferida*, houve, portanto, decisão expressa e motivada a respeito, sendo certo que a questão está claramente sujeita à preclusão, não tendo sido devolvido seu conhecimento ao Tribunal por meio de recurso, vale dizer: *a questão foi debatida, sob pleno contraditório, e as partes*

se conformaram com a decisão prolatada, não havendo mais conflito quanto a tal ponto.

Com efeito, se a parte interessada *não* se insurgiu contra a ausência de produção de determinada prova, eventual decisão *ad quem de ofício* em sentido contrário ofende diretamente o princípio da demanda ou dispositivo ou da inércia (art. 2º, CPC), bem como o princípio da correlação ou congruência (art. 141, CPC), eis que o magistrado de segunda instância estaria conhecendo de questão não suscitada pela parte interessada, cuja iniciativa é exigida pela lei processual civil, perpetuando a lide sobre ponto já pacificado, em descompasso com o comportamento processual adotado pelas próprias partes.

Nessa ordem de ideias, deve ser salientado que o processo civil é desenvolvido pelo impulso oficial (art. 2º, CPC) e nesse sentido é umbilicalmente atrelado ao instituto da preclusão¹³, sendo certo que se

13 “O instituto da preclusão liga-se ao princípio do impulso processual. Objetivamente entendida, a preclusão consiste em um fato impeditivo destinado a garantir o avanço progressivo da relação processual e a obstar ao seu recuo para as fases anteriores do procedimento. Subjetivamente, a preclusão representa a perda de uma faculdade ou de um poder ou direito processual; as causas dessa perda correspondem às diversas espécies de preclusão, vistas logo a seguir. A preclusão não é sanção. Não provém de ilícito, mas de incompatibilidade do poder, faculdade ou direito com o desenvolvimento do processo, ou da consumação de um interesse. Seus efeitos confinam-se à relação processual e exaurem-se no processo. A preclusão pode ser de três espécies: a) temporal, quando oriunda do não-exercício da faculdade, poder ou direito processual no prazo determinado (CPC, art. 183); b) lógica, quando decorre da incompatibilidade da prática de um ato processual com relação a outro já praticado (CPC, art. 503); c) consumativa, quando consiste em fato extintivo, caracterizado pela circunstância de que a faculdade processual já foi validamente exercida (CPC, art. 473). Em oposição à preclusão ‘consumativa’, as duas primeiras também são denominadas ‘impeditivas’. Politicamente justifica-se a preclusão em virtude do princípio pelo qual a passagem de um ato processual para outro supõe o encerramento do anterior, de tal forma que os atos já praticados permaneçam firmes e inatacáveis. Quanto mais rígido o procedimento - como o é o brasileiro, por desenvolver-se através de fases claramente determinadas pela lei - maior se torna a importância da preclusão”. (CINTRA, Antônio Carlos

11 “Há muitas palavras parecidas, mas que têm significados diferentes, e este facto linguístico pode produzir um acordo comicamente equívoco”. (DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*. Tradução de Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012, p. 163.)

12 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 28 ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 134-135.

a parte interessada não pratica determinado ato, no tempo e modo oportunos, perde processualmente a faculdade para tanto.

O processo é uma marcha adiante, cujo escopo é o fim do litígio o mais rápido possível.

Portanto, o instituto da preclusão, enquanto fenômeno jurídico, é fundamental para abreviar o processo, tornando-o finito¹⁴, não podendo ser ignorado por meras convicções morais¹⁵ do julgador, sejam quais forem¹⁶.

Saliente-se que a sucumbência parcial ou total é inerente a todas as sentenças, sendo certo que, com exceção da homologação de um acordo excepcional, não existe hipótese da decisão judicial agradar a todas as partes envolvidas igualmente. A parte vencida, total ou parcialmente, pode até reconhecer o valor da fundamentação, mas evidentemente não ficará feliz em ser sucumbente.

É um fato da vida que toda sentença que decida o mérito da questão posta em Juízo necessária e forçosamente irá desagradar alguma das partes envolvidas na lide, em maior ou menor grau. Eventualmente, quiçá, gerará descontentamento até para o próprio julgador¹⁷, uma vez que o Judiciário aplica a lei e não legisla¹⁸, e que nem sempre a

- de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 17. ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 328-329.)
- 14 “[...] não há exagero em dizer que a preclusão é instituto essencial ao processo, enquanto considerado marcha à frente. Para ir adiante e sem retrocessos, é indispensável que a marcha considere superadas as fases já ultrapassadas. Como se vê, sem a preclusão, os processos correriam o risco de se tornarem intermináveis”. (PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 174.)
- 15 “Não conseguimos evitar uma sensação de vacuidade e contingência nas nossas convicções morais, porque sabemos que outras pessoas pensam aquilo que nós não podemos pensar e que não existe uma alavanca de um argumento que possamos acionar para as vencer. Ou para os outros nos convencerem a nós. Não há experiências que reconciliem as nossas certezas diferentes”. (DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*. Tradução de Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012, p. 163.)
- 16 “[...] A falta de clareza está muito mais vezes nas paixões e preconceitos daquele que argumenta do que no assunto. Os homens, em inúmeras ocasiões, não fazem jogo honesto com os seus próprios pontos de vista, mas, cedendo a alguma teimosa parcialidade, enredam-se em palavras e confundem-se em subtilezas”. (HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista* [O Federalista n. 31 – Acerca do poder geral de tributação (continuação), Alexander Hamilton, 1 de janeiro de 1788]. 2. ed. Tradução, introdução e notas de Viriato Soromenho-Marques e João C. S. Duarte. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, p. 287.)

- 17 “- Disseram-me que o senhor chegou do tribunal num estado de humor muito sombrio. Creio que seja algo muito penoso para pessoas de coração – disse em francês. - Sim, é verdade – respondeu Nekhlíúdvov –, muitas vezes dá a sensação de que [...] a sensação de que não temos o direito de julgar [...]”. (TOLSTÓI, Liev. *Ressurreição*. Tradução e apresentação de Rubens Figueiredo. São Paulo: Cosac Naify, 2010, p. 101.)
- 18 “[...] No fim de abril, David Souter, ministro da Suprema Corte, ligou para dizer que iria se aposentar, me proporcionando a primeira oportunidade de preencher uma cadeira na instância jurídica mais elevada do país. Obter a confirmação de alguém para a Suprema Corte nunca foi nenhuma barbada, em parte porque o papel desse tribunal no governo americano sempre foi controverso. Afinal, a ideia de dar a nove advogados togados e não eleitos, de cargo vitalício, o poder de rejeitar leis aprovadas por uma maioria de representantes do povo não soa muito democrática. Mas desde Marbury vs. Madison, o caso de 1803 que proporcionou à Suprema Corte a última palavra sobre o significado da Constituição dos Estados Unidos e estabeleceu o princípio da revisão judicial das ações do Congresso e do presidente, é assim que nosso sistema de separação de poderes tem funcionado. Na teoria, os ministros da Suprema Corte não ‘criam leis’ quando exercem suas prerrogativas; seu papel, na verdade, é meramente ‘interpretar’ a Constituição, ajudando a fazer a ponte entre o modo como suas cláusulas eram compreendidas por seus criadores e o modo como se aplicam ao mundo em que vivemos hoje. Para o grosso dos casos constitucionais levados à Suprema Corte, a teoria funciona muito bem. Em sua maioria, os ministros se mantêm atrelados ao texto da Constituição e aos precedentes estabelecidos por tribunais anteriores, mesmo quando essa atitude acarreta um resultado com o qual pessoalmente não concordam. Ao longo da história americana, porém, os casos mais importantes sempre envolveram decifrar o significado de expressões como ‘devido processo legal’, ‘privilégios e imunidades’, ‘igual proteção’ ou ‘estabelecimento de religião’ – termos tão vagos que é duvidoso que dois dos Pais Fundadores concordassem sobre seu significado preciso. Essa ambiguidade dá aos ministros uma ampla margem de manobra para ‘interpretar’ de maneiras que reflitam seus juízos morais, suas preferências políticas, suas tendências e medos. É por isso que, na década de 1930, um tribunal de maioria conservadora pôde determinar que as políticas do New Deal de Franklin Delano Roosevelt violavam a Constituição, ao passo que quarenta anos depois um tribunal mais liberal determinou que a Constituição garantia ao Congresso poder quase ilimitado para regulamentar a economia.

lei vigente pode corresponder ao ideal de justiça inerente subjetivamente ao magistrado prolator da decisão.

Impõe-se ressaltar que, tendo sido proferida a sentença, em que se *entendeu expressamente ser desnecessária* a produção das provas pretendidas, e considerando que o processo é inequivocamente uma marcha para a frente, a reavaliação de eventual necessidade de produção de determinada prova somente será suscetível de cognição na segunda instância exclusivamente se houver recurso de apelação em que essa matéria seja expressamente impugnada como preliminar de cerceamento de defesa.

Essa seria, no caso aventado, a “*matéria impugnada*” exigida pela legislação processual civil para a cognição específica da temática de produção probatória pelo magistrado de segunda instância no exercício de competência recursal.

Na ausência de preliminar expressa de cerceamento de defesa, competiria ao magistrado com competência recursal *apenas e tão somente* as possibilidades de reforma ou de manutenção da sentença, segundo os elementos probatórios existentes nos autos e em consonância com as regras de distribuição de ônus da prova.

A rigor, a ausência da preliminar de cerceamento de defesa por indeferimento de produção de prova ou *a ausência do próprio recurso* deveriam produzir o mesmo efeito, qual seja: *a impossibilidade de cognição em grau recursal de matéria não impugnada*.

Mesmo a utilização de expressões desprovidas de autêntico conteúdo e valor jurídicos, tais como *in dubio pro misero*, a alegação de busca de uma hipotética, inalcançável e irracional “*verdade real*”¹⁹, ou a invocação imponderada dos princípios da cooperação e não surpresa, já discutida, não podem ser admitidas como fundamento para supressão *de ofício* de suposta deficiência probatória que não foi objeto expresso de irresignação recursal, eis que a lei processual exige estrita e especificamente iniciativa da parte interessada para tanto, sob pena, conforme todo o exposto, de criar litígio sobre ponto processual resolvido e dilatar indevidamente o feito, levando à lesão, e não ao prestígio, do escopo de pacificação social, da segurança jurídica e da razoável duração do processo.

Já na hipótese de *o juízo ad quem entender necessária a produção de prova não requerida em primeiro grau e cuja eventual pertinência não foi objeto de análise na sentença* caracteriza-se situação diversa, pois *não houve decisão expressa a se submeter a contraditório ou a recurso*, preservando, assim, os poderes instrutórios de ofício que a lei processual reserva também ao órgão de segundo grau, em sua competência recursal, em seu artigo 938, § 3º, segundo o qual “reconhecida a necessidade de produção de prova, o relator converterá o julgamento em diligência, que se realizará no tribunal ou em primeiro grau de jurisdição, decidindo-se o recurso após a conclusão da instrução”.

Não obstante, aplicam-se aí os mesmos limites e observações anteriormente expostos sobre os poderes instrutórios do juízo de

Foi assim que um quadro de ministros, no caso Plessy vs. Ferguson, pôde interpretar que a Cláusula de Proteção Igual permitiu a adoção de leis que mantinham cidadãos brancos e negros ‘separados mas iguais’, enquanto outra composição do tribunal, no caso Brown vs. Conselho de Educação, pôde se fiar exatamente nessa mesma linguagem para chegar por unanimidade à conclusão oposta. No fim das contas, a Suprema Corte criava leis o tempo todo”. (OBAMA, Barack. *Uma terra prometida*. Tradução de Berilo Vargas, Cássio de Arantes Leite, Denise Bottmann e Jorio Dauster. São Paulo: Companhia das Letras, 2020. Edição do Kindle, p. 620-622.)

19 “Meu amigo, a verdade verdadeira é sempre inverossímil, você sabia? Para tornar a verdade mais verossímil, precisamos necessariamente adicionar-lhe a mentira. Foi assim que as pessoas sempre agiram. É possível que aí haja algo que não compreendemos. O que você acha, existe algo que não compreendemos nesse ganido inverossímil? Eu desejaria que houvesse. Desejaria”. (DOSTOIÉVSKI, Fiódor Mikháilovitch. *Os demônios*. Tradução de Paulo Bezerra. 5. ed. São Paulo: Editora 34, 2013, p. 217.)



Fonte: <https://pixabay.com/pt>

primeiro grau, além do fato de que as provas a serem agora produzidas devam estar abarcadas pelo âmbito das questões de mérito recorridas.

Em suma: *a)* havendo decisão anterior indeferindo expressa e motivadamente prova requerida, a ausência de recurso acarreta plena preclusão, não admitindo rediscussão do ponto em hipótese alguma; *b)* não havendo requerimento ou decisão anterior, mas meramente omissão do juízo de primeiro grau quanto a análise de eventual prova que o juízo recursal entenda necessária, restam ao órgão recursal reservados poderes instrutórios análogos aos daquele quando da instrução, nos limites do mérito recorrido.

A presença da hipótese versada no item “*b*” do parágrafo antecedente, porém, *não implica nulidade da sentença*, mas produção originária da prova em segundo grau, com eventual *reforma*, e não *anulação* da decisão recorrida.

Realmente, quer não haja recurso impugnando expressamente o indeferimento de prova requerida, quer entenda o órgão de segundo grau originalmente pela produção de prova não requerida e sobre a qual não exista nenhuma decisão expressa, se a decisão de indeferimento foi motivada e/ou se houve oportunidade geral às partes para especificação de eventuais provas a produzir, *não há que se falar em nulidade, simplesmente porque a sentença não contém nenhum vício formal, nenhum defeito de validade, mas sim, eventualmente, de conteúdo, assim reformável, nunca anulável*²⁰.

20 “Por mais amplo que seja o campo de atuação do juiz, no exercício da função de buscar o sentido da lei, sua decisão será sempre fundamentada e representará a única solução possível para a situação examinada, segundo seu entendimento. Em sede recursal, é perfeitamente admissível a obtenção de resultado diverso, visto que o órgão colegiado pode concluir ser outra a solução adequada ao caso concreto. Uma e outra, todavia, representam a única opção correta para o intérprete que a adotou [...] Representando a visão de determinado integrante da função jurisdicional a respeito do fenômeno em exame, a decisão será sempre passível de impugnação,

Ora, sendo as decisões de ambas as instâncias válidas, por formalmente perfeitas, e *corretas do ponto de vista da fundamentação de cada instância acerca do contexto fático-probatório considerado quando do julgamento*, não há nenhum fundamento para que seja a sentença anulada.

A questão da suposta supressão de instância quanto ao exame da prova é superada pela aplicação da *teoria da causa madura*.

O que já era assim entendido por parte da doutrina à luz do § 4º do artigo 515 do Código de 1973²¹, é hoje ainda mais claro, conforme o texto expresso do já citado § 3º do artigo 938, do Código de Processo Civil em vigor, que nada fala acerca de nulidade, como não poderia deixar de ser, mas sim em “conversão do julgamento em diligência, que se realizará no tribunal ou em primeiro grau de jurisdição, decidindo-se o recurso após a conclusão da instrução”, ou seja, *nada de prolação de nova sentença em primeiro grau*.

Tal procedimento, ao invés da pura e simples anulação da sentença, é salutar pois, a par da efetiva ausência de qualquer nulidade, se, como exposto, a sentença como proferida é a única correta ao juízo de primeiro grau, que já analisou o caso

de forma exauriente, conforme seu livre convencimento motivado à luz do contexto fático-probatório por ele entendido adequado e suficiente, *para ele*, a instância está pronta e acabada, de forma que uma alteração do contexto probatório, imposta por ordem *ad quem*, em divergência com sua convicção já manifestada, não só é um revolvimento indevido da instância já concluída, como, a rigor, *uma imposição exógena a seu livre convencimento quanto à prova, levando invariavelmente a uma sentença distorcida quanto à sua independência funcional*.

Ademais, esta anulação da sentença *de ofício* poderia acarretar a afronta a outro princípio em consequência da anomalia e ilegalidade²² perpetrada pela segunda instância, em sua competência recursal, em desfavor da parte contrária, qual seja: a afronta ao princípio da *reformatio in peius*²³ na modalidade indireta, *inclusive quanto a pontos que nada tenham a ver com a nova prova*, inseridos estes, por pura desproporcionalidade no ato de anulação da sentença *de ofício*, que alcança não só o objeto de discordância instrutória (sequer tecnicamente nulo), mas *toda* a sentença, mesmo nas partes que o órgão de segundo grau eventualmente a confirmaria, não fosse a inadvertida anulação.

Realmente, a nova oportunidade de sentença, que pode ser julgada de forma diversa daquela originalmente proferida,

pois a solução adotada pode não ser a melhor, segundo entendimento de quem dela discorda. Esse ataque, manifestado pela via recursal, propiciará nova análise da situação, podendo levar a resultado diverso”. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 7ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 162-163.)

21 “Essa conclusão é aplicável inclusive em segundo grau de jurisdição, podendo o relator do recurso ou a turma julgadora converter o julgamento em diligência, para a produção de determinada prova considerada essencial ao julgamento. Aliás, por força do disposto no art. 515, §4º, essa é a providência esperada pelo legislador, que pretende evitar a anulação de decisões em razão de vícios processuais, entre os quais o cerceamento de defesa. Tal solução não implica o fenômeno denominado supressão de instância, pois o juiz já examinou o mérito, considerando suficiente para tanto o conjunto probatório até então existente. Por considerar necessária a produção de outras provas para melhor compreensão da matéria fática, nada obsta ao tribunal determiná-la.” (*Ibidem*, p. 25.)

22 “Em geral, a função do juiz, quanto aos textos, é dilatar, completar e compreender; porém não alterar, corrigir, substituir. Pode melhorar o dispositivo, graças à interpretação larga e hábil; porém não negar a lei, decidir o contrário do que a mesma estabelece”. (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 79.)

23 “Nas hipóteses de sucumbência *recíproca*, se um único dos litigantes parcialmente vencidos impugnar a decisão, a parte desta que lhe foi favorável transitará normalmente em julgado, não sendo lícito ao órgão ‘*ad quem*’ exercer sobre ela atividade cognitiva – nem, por conseguinte, retirar ao recorrente único, no todo ou em parte, a vantagem obtida com o pronunciamento de grau inferior (proibição da ‘*reformatio in peius*’).” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 28 ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 123.)

inclusive quanto a pontos sem qualquer nexos com a nova prova, caso o magistrado de primeira instância não se atente para tal fato, podendo ser até mesmo outro juiz em exercício no órgão de primeiro grau, com entendimento diferente do original, poderá levar à *reformatio in peius* indireta, eis que a parte contrária seria vítima de uma piora substancial de sua situação processual, acarretada por uma repetição indevida de instância superada, por manifesta desobediência ao § 3º do artigo 938 do Código de Processo Civil em vigor.

Deve ser dito que a devolutividade ampla com a possibilidade de *reformatio in peius* tinha previsão no direito romano²⁴ e no direito português do século XV²⁵, donde a anulação de sentença *de ofício*, por suposta deficiência probatória, caracteriza um manifesto retrocesso.

Com efeito, a nulidade indevida da sentença, *de ofício*, para repetição de instância já esgotada, quando bastaria a conversão em diligência para realização da prova e posterior retomada do recurso, leva a uma dilação do processo vazia de qualquer efetividade, ainda mais protelatória e contrária aos princípios da segurança jurídica, razoável duração do processo e ao escopo da pacificação social que aquela que se tem no caso, também indevido, de determinação em instância recursal de produção de prova expressamente indeferida quanto à qual não houve recurso. A *determinação de ofício desta prova*, com cuja decisão de primeiro grau as partes já haviam se conformado, em conjunto com a *desnecessária e desproporcional* anulação da sentença, configura uma dupla agressão a todos os princípios referidos neste artigo, inclusive aos próprios fins supostamente almejados por esse tipo de provimento.

5 Conclusão

Algumas discussões jurídicas são percebidas pelas pessoas leigas como frívolas, sendo objeto de sátira, inclusive, em clássicos da literatura universal, tal como, por exemplo, nas incríveis “*Viagens de Gulliver*”, em que se relata a guerra sangrenta entre dois Impérios, com duração de 36 (trinta e seis) luas, em decorrência da divergência quanto ao modo escorreito de se quebrar um ovo, a partir da extremidade maior, para um Império, ou a partir da extremidade menor, para o outro Império, tendo em conta que a regra estabelecia que: “o ovo deve ser quebrado na extremidade conveniente”²⁶.

26 “Ademais, nossas Crônicas de seis mil Luas não mencionam nenhuma outra Região que não os dois grandes Impérios de Lilipute e Blefuscu. E essas duas grandes Potências, ia eu dizendo, estão empenhadas numa Guerra mui obstinada há trinta e seis Luas. Tudo começou na seguinte Ocasão. Todos sabem que o modo primitivo de quebrar Ovos antes de comê-los era fazê-lo na Extremidade maior: porém o Avô de nosso atual Imperador, quando menino, certa vez foi comer um Ovo, e ao quebrá-lo segundo a Prática antiga, por acaso cortou um dos Dedos. Então o Imperador, seu Pai, promulgou um Édito que obrigava todos os seus Súditos, sujeitos a grandes Penas, a quebrar o Ovo pela Extremidade menor. O Povo reagiu de tal modo a essa Lei que, segundo nos dizem nossas Crônicas, ocorreram seis Rebeliões por esse motivo; numa das quais um Imperador perdeu a Vida, e outro a Coroa. Essas Comoções civis foram constantemente fomentadas pelos Monarcas de Blefuscu; e quando eram esmagadas, os Exilados sempre buscaram Refúgio naquele Império. Calcula-se que onze mil Pessoas, em diferentes ocasiões, preferiram a Morte a ter de quebrar os Ovos na Extremidade menor. Muitas centenas de Tomos volumosos já foram publicados sobre essa Controvérsia: porém os livros dos Extremidade-Grandistas são de longa data proibidos, sendo todos os seus Adeptos proibidos por Lei de ocuparem Cargos. No decorrer desses Conflitos, os Imperadores de Blefuscu, via seus Embaixadores, com frequência nos acusam de criar um Cisma na Religião ofendendo uma Doutrina fundamental de nosso grande Profeta Lustrog, no capítulo cinquenta e quatro do Blundecral (que é o Alcorão deles). Essa acusação, porém, é vista como uma Torcedura do Texto: pois as Palavras são as seguintes: Que todos os verdadeiros Fiéis quebrarão seus Ovos na Extremidade conveniente: sendo a questão de qual das Extremidades é a conveniente, na minha humilde Opinião, deixada à Consciência de cada Homem, ou ao menos para ser determinada pelo Principal Magistrado. Ora, os Exilados Extremidade-Grandistas têm sido tão bem recebidos pelo Imperador de Blefuscu, e tido tanto apoio e estímulo particular dos de seu Partido aqui,

24 ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 18. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 265.

25 PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 277.

Em que pese a compreensão correta de uma coisa e a má compreensão dessa mesma coisa não se excluam completamente²⁷, reconhecemos que sem interpretação não há Direito²⁸, sendo que a discussão exposta neste artigo nos parece muito relevante.

Reputamos que as regras e princípios que regem o processo civil não autorizam que haja *anulação de ofício* de uma sentença por suposta deficiência probatória, *sem* interposição de recurso de apelação com preliminar *expressa* de cerceamento de defesa pela parte interessada, se houve decisão motivada indeferindo a prova requerida ou se foi oportunizado às partes que se manifestassem quanto a eventuais provas a produzir em geral, *em qualquer hipótese*, por não haver qualquer vício de *validade* na sentença.

que uma Guerra sangrenta entre os dois Impérios vem se desenrolando há trinta e seis Luas, com Resultados variados; no decorrer desse Período perdemos quarenta Navios de Guerra de grande porte, e um número muito maior de Embarcações menores, juntamente com trinta mil de nossos melhores Marinheiros e Soldados; os Danos sofridos pelo Inimigo, segundo se calcula, foram um pouco maiores que os sofridos por nós. Contudo, eles acabam de guarnecer uma Frota numerosa, e preparam-se para nos atacar; e sua Majestade Imperial, pela grande Confiança que tem no seu Valor e sua Força, encarregou-me de lhe transmitir este Relato da situação. Pedi ao Secretário que apresentasse ao Imperador minhas humildes Manifestações de Obediência, e lhe dissesse que, embora me parecesse impróprio que um Forasteiro como eu me intrometesse em assuntos políticos, eu estava disposto a arriscar minha vida para defender sua Pessoa e seu Estado contra todos os Invasores". (SWIFT, Jonathan. *Viagens de Gulliver*. Tradução de Paulo Henriques Britto. São Paulo: Penguin. Edição do Kindle., p. 102-104.)

27 KAFKA, Franz. *O processo*. Tradução e posfácio Modesto Carone. São Paulo: Companhia das Letras. Edição do Kindle, posição 3.499.

28 "A interpretação é a sombra que segue o corpo. Da mesma maneira que nenhum corpo pode livrar-se da sua sombra, o Direito tampouco pode livrar-se da interpretação, disse o constitucionalista espanhol Javier Perez Royo, no capítulo V do seu 'Curso de Direito Constitucional'. E a seguir completou a base de sua lição com outra assertiva não menos lúcida e lapidar: Sem interpretação não há direito, ou, com mais propriedade, não há direito que não exija ser interpretado." (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 579.)

No caso de *prova requerida e expressamente indeferida, à falta de recurso de apelação com preliminar de cerceamento de defesa*, não há devolução da matéria, já devidamente contraditada e definitivamente decidida. Ao órgão de segundo grau, em sua competência recursal, é *vedada qualquer iniciativa que possa ensejar nova dilação probatória*.

Caso o juízo *ad quem* entenda necessária prova *não* requerida e *tampouco* determinada de ofício pelo juízo de primeiro grau, poderá, conforme seus poderes instrutórios, buscar a produção de tal prova, mas deverá o fazer *convertendo o feito em diligência* para a complementação da instrução, com fins de *exame do recurso*, dentro do limite de sua devolutividade material, mas *nunca anular a sentença de ofício por essa razão*.

Em suma, anular a sentença *de ofício*, nas hipóteses retratadas nesse artigo, configura-se como violação aos valores que supostamente se pretendem amparar, pelas razões expostas, sendo contraproducente para a celeridade processual e para a própria percepção²⁹ que as pessoas possuem do Poder Judiciário.

Consoante o exposto, propomos maior ponderação, exame e discussão das questões aqui trazidas, a fim de que se observem as regras e princípios que regem o processo civil, para que a decisão da instância recursal esteja em consonância com a estrita legalidade.

6 Referências

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 18. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

29 "[...] Quando Duchamp pendurou um urinol na parede de uma galeria de arte, fez uma afirmação sobre a natureza da arte – uma afirmação na qual os críticos se empenhavam por muitos anos – que não poderia ter feito ao convidar um público voluntário para ver o mesmo objeto num sanitário público. O seu meio certamente era a sua mensagem [...]" (DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 508.)

BARBOSA, Rui. Elogios acadêmicos e orações de paraninfo. Edição da Revista de Língua Portuguesa, 1924. In RIBEIRO, Luiz Rezende de Andrade. *Dicionário de conceitos e pensamentos de Rui Barbosa*. São Paulo: Livraria Editora/Edart, 1967.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 17. ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 1 e v. 3.

DOSTOIÉVSKI, Fiódor Mikháilovitch. *Os demônios*. Tradução de Paulo Bezerra. 5. ed. São Paulo: Editora 34, 2013.

DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*. Tradução de Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista* [O Federalista n. 31 – Acerca do poder geral de tributação (continuação)], Alexander Hamilton, 1 de

janeiro de 1788]. 2. ed. Tradução, introdução e notas de Viriato Soromenho-Marques e João C. S. Duarte. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

KAFKA, Franz. *O processo*. Tradução e posfácio Modesto Carone. São Paulo: Companhia das Letras, 2005. Edição do Kindle.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 28 ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

OBAMA, Barack. *Uma terra prometida*. Tradução de Berilo Vargas, Cássio de Arantes Leite, Denise Bottmann e Jorio Dauster. São Paulo: Companhia das Letras, 2020. Edição do Kindle.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SILVA, Ovídio Araújo Batista da. *Curso de processo civil*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 1.

SWIFT, Jonathan. *Viagens de Gulliver*. Tradução de Paulo Henriques Britto. São Paulo: Penguin, 2010. Edição do Kindle.

TOLSTÓI, Liev. *Ressurreição*. Tradução e apresentação de Rubens Figueiredo. São Paulo: Cosac Naify, 2010.

Aferição dogmática da (in)adequação da insignificância nos crimes complexos



Fernando França Magri

Mestrando em Direito Penal pela Universidade de São Paulo – USP, sob a orientação do Prof. Livre-Docente Vicente Greco Filho. Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra e em Ciências Criminais pela Escola Paulista de Direito – EPD. Advogado criminalista e professor da Universidade Presbiteriana Mackenzie e da Escola Superior de Advocacia – ESA. Coordenador acadêmico do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Ciências Criminais da Escola Paulista de Direito – EPD, sendo professor nessa mesma instituição.

RESUMO: O presente artigo acadêmico se direciona ao estudo do critério hermenêutico da insignificância e sua projeção no tocante aos crimes complexos, com a formulação de objeções e apontamento de contribuições, com o propósito de se estabelecer um quadro sólido para essa discussão. Para garantir uma coerência à conclusão final, o presente estudo descerra seu programa abordando a evolução epistemológica da dogmática penal, alcançando a edificação do funcionalismo, assim como a função fundamental do Direito Penal, trazendo também considerações conceituais e de desenvolvimento acerca do bem jurídico-penal. Finalmente, tem-se formado um cenário propício para que sejam compulsadas as nuances do tema, com o fito de se determinar o caminho dogmático mais apto à compreensão e solução dessa questão, de sobrelevada relevância no contexto da análise da tipicidade penal.

PALAVRAS-CHAVE: Dogmática. Tipicidade. Funcionalismo. Intervenção penal mínima. Insignificância. Crimes complexos.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Evolução epistemológica da dogmática penal. 2.1 Desenvolvimento histórico das correntes de cognição penal. 2.1.1 Escolas Penais. 2.1.1.1 Escola Clássica ou Crítico Forense. 2.1.1.2 Escola Positivista. 2.1.1.3 Escola Correcionalista. 2.1.1.4 *Terza Scuola Italiana* ou Escola Crítica. 2.1.1.5 Escola Moderna Alemã. 2.1.1.6 Escola Penal Humanista. 2.1.1.7 Escola Técnico-Jurídica. 2.1.1.8 Escola de Kiel. 2.1.2 Estruturas sistemáticas do pensamento penal. 2.1.2.1 Neokantismo. 2.1.2.2 Finalismo. 2.1.2.3 Funcionalismo. 3 Função precípua do Direito Penal moderno. 4 Análise da insignificância como critério hermenêutico nos crimes complexos. 5 Considerações finais. Referências.

1 Introdução

O presente trabalho acadêmico apresenta a proposta de fornecer elementos sólidos para um debate acerca da adequação, ou não, do critério interpretativo da insignificância no contexto dos crimes complexos, com uma exposição pormenorizada da essência caracterizadora desse instituto, sem olvidar a colocação de considerações críticas acerca das objeções e contribuições depreendidas de cada uma das proposições.

Trata-se, por certo, de um tema de grande controvérsia no contexto do estudo da tipicidade, haja vista a ausência de pacificidade acerca da matéria, sobretudo na jurisprudência, uma vez que são absolutamente escassos os julgados que acolhem a insignificância quando em pauta crimes complexos que envolvem circunstâncias elementares atinentes à violência ou à grave ameaça.

Entretanto, antes de se alcançar a reflexão direta sobre o tema proposto, de rigor um aprofundamento determinista no que toca à evolução histórica dos pressupostos do saber do Direito Penal, em especial a trajetória das Escolas Penais e dos sistemas estruturantes do pensamento penal, bem como no que diz respeito à missão fundamental do Direito Penal moderno, porquanto certo que qualquer

definição a respeito da proposta dogmática mais adequada deverá, necessariamente, guardar coerência com as cognições firmadas com relação a estas matérias, haja vista a correlação havida, mesmo porque somente se poderá adentrar no tema objetivamente proposto e até mesmo conferir a ele justificação e relevância após o enfrentamento dessas premissas.

Como toda e qualquer proposta englobada pelas ciências jurídicas, indeclinável a fundamentação de toda a arguição em uma base principiológica, a fim de que seja conferida consonância com a estrutura do pensamento penal à luz das disposições constitucionais.

Finalmente, colhidos todos estes elementos concretos, definir-se-á um quadro autorizador da investigação e da formulação da vertente dogmática mais adequada para a solução da controvérsia penal em questão.

2 Evolução epistemológica da dogmática penal

Para descerrar a proposta de pesquisa do presente estudo, oportuna uma incursão histórica, a retratar a evolução construtiva da dogmática penal, haja vista a correlação de tal temática com o conteúdo em referência, a conferir margem para reflexões mais densas e críticas ao final.

2.1 Desenvolvimento histórico das correntes de cognição penal

A ciência penal, tal como compreendida nos dias atuais, no tocante à ponderação da legitimação das normas de imputação e de incriminação e à hermenêutica das suas regras, foi edificada por meio de vagaroso caminhar histórico e sob influência direta dos ideais iluministas, de modo que importante a análise, sob padrões cronológicos e sequenciais, de todas as categorias epistemológicas, eis que cada nova construção científica se forja como crítica à anterior ou até mesmo como uma releitura, aproveitando e mantendo melhoramentos reconhecidos.

2.1.1 Escolas Penais

As Escolas Penais, definidas por Luís Jiménez de Asúa como sendo um arcabouço orgânico que contrapõe compreensões a respeito da natureza delitiva, da legitimidade estatal punitiva e das orientações penológicas¹, apresentaram sensível representatividade no contexto da trajetória histórica da ciência penal, razão pela qual oportuna uma incursão na passagem de cada uma delas, assim como no tocante aos movimentos de política criminal e às estruturas sistemáticas do pensamento penal, de modo a facilitar a compreensão do panorama atual e os possíveis caminhos vindouros.

2.1.1.1 Escola Clássica ou Crítico Forense

Para a Escola Clássica² ou Crítico Forense, com suas raízes no século XVIII e primeira a ser estruturada e dotada de

premissas próprias, o significado da pena estava diretamente ligado à admissão da existência do livre arbítrio como condutor das condutas humanas, uma vez que, a partir do momento em que o indivíduo é capaz de se autodeterminar de acordo com suas próprias vontades, começa a ser possível que sobre ele recaia a responsabilidade criminal pelas consequências de seus atos, de modo que a pena exsurge como resposta ao crime; uma expiação. O merecimento da pena decorreria da afronta à norma penal e ao valor nela contido, sendo que o peso da pena confrontado com o substrato negativo da conduta criminoso deveria, em um simples cálculo de adição, findar em zero³.

A Escola Clássica ou Crítico Forense, eminentemente conceitualista e fundada sob os ditames iluministas, também se pautava pelo abstrativismo, de modo que o Direito Penal era estudado com base no Direito Natural, atribuindo-se atenção ao plano considerado ideal e desconsiderando-se os fenômenos sociais. Assim, os clássicos não deram atenção aos conflitos advindos da Revolução Industrial, o que acabou por acarretar um aumento da criminalidade, porquanto algumas condutas não haviam recebido a correta tipificação. Um ponto positivo desta Escola Penal, em que pese o caráter retributivo atribuído à pena pela grande maioria dos pensadores clássicos⁴, exceção feita ao utilitarismo de Jeremy Bentham, residiu na sua contribuição para o afastamento das penas cruéis.

No seio do classicismo penal, a dialética hegeliana e as proposições kantianas estabeleceram enfrentamento no que tange à

1 ASÚA, Luís Jiménez. *Tratado de derecho penal: filosofia y lei penal*. Buenos Aires: Losada, 1950, v. 2, p. 31.

2 A denominação desta escola como "Clássica" se deve a uma atribuição denominativa feita pelos positivistas, que pretendiam carrear a ela a ideia de que suas proposições eram obsoletas.

3 SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da pena: conceito material de delito e sistema penal integral*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 59.

4 O reato se situaria em um fato do homem e não em um pensamento ou forma de ser deste; a gravidade da manifestação do reato perante o corpo social exigiria uma reação de mesma monta, a saber, a pena. (BETTIOL, Giuseppe; BETTIOL, Rodolfo. *Instituições de direito e processo penal*. 1. ed. Tradução de Amilcare Carletti. São Paulo: Pillares, 2008. p. 49)

justificação da pena, eis que, de acordo com aquela, a pena vislumbria em si mesma uma legitimação lógica, de maneira que a pena apresenta função social, consubstanciando a oportunidade conferida ao Estado de reafirmar a ordem pública, ao passo que, no contexto dessas, a pena somente alcançaria tal legitimação sob uma perspectiva de eticidade do imperativo categórico, eis que o responsável pelo reato seria merecedor de um sancionamento, cognição esta que desconsiderava qualquer concepção finalística⁵.

No tocante ao seu viés humanitário, a Escola Clássica encontrou em Cesare Bonesana⁶, o Marquês de Beccaria, seu maior expoente. A sedimentação da sua contribuição veio, notadamente, na publicação da sua mais famosa obra, “Dos Delitos e das Penas”, que se constituiu em uma declaração política de clara contrariedade ao domínio do *Ancien Régime*, donde buscava estabelecer mecanismos de proteção face o modelo absolutista, em especial pelo respeito ao princípio da humanidade das penas e à observância da legalidade estrita e da proporcionalidade.

Em continuidade às contribuições de Beccaria, a Escola Clássica, já nos idos do século XIX, considerando que consolidadas as construções humanistas do Direito Penal, passa a assumir um viés mais tecnicista, transportando seu enfoque do plano político para o plano jurídico, o que fica perceptível na obra do jurista italiano Francesco Carrara,

que, inspirado nas contribuições anteriores de Pelegrino Rossi e Giovanni Carmignani, sobrelevou a consideração do livre-alvedrio.

O Professor da Universidade de Pisa, em seu Programa de Direito Criminal, publicado em 1859, pensava o reato sob uma perspectiva jusnaturalista, no sentido de que seria ele um ente jurídico, violador de um direito, praticado mediante vontade livre e inteligente. Carrara definiu o conceito de delito como sendo uma “infração da lei do Estado, promulgada para proteger a segurança dos cidadãos, resultante de um ato externo do homem, positivo ou negativo, moralmente imputável e politicamente danoso”⁷.

A Escola Clássica sofreu nítida influência do contratualismo iluminista e ostentava como verdade filosófica a metafísica e como método científico o lógico-dedutivo, baseando-se no tripé conduta, culpabilidade e pena, sendo que esta teria a finalidade de restabelecer a ordem externa na sociedade. O Direito Penal é considerado como ciência autônoma, recebendo mero auxílio aditivo das demais ciências fundamentais, havendo uma prevalência das normas absolutas e definitivas sobre as normas postas⁸.

2.1.1.2 Escola Positivista

Na passagem do século XIX para o século passado, exsurge a Escola Positivista (recebe esse nome em razão do método e não por adotar a filosofia de Auguste Comte), que, por seu turno, vem estudar o Direito Penal com base nos fenômenos sociais dotados de concretude, sendo certo que a atenção se voltava, naquele momento, para o enfrentamento continente da criminalidade. Subdividiu-se em positivismo criminológico (determinista) e positivismo jurídico.

⁵ *Ibidem*, p. 48.

⁶ Há quem posicione Beccaria, John Howard e Jeremy Bentham entre os juristas pré-clássicos, assim como o fazem com relação a Giandomenico Romagnosi, filósofo jusnaturalista que fundamentava o Direito Penal sob o direito da sociedade de proteger-se da criminalidade, negando o contrato social, e a Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach, conselheiro secreto do Rei da Baviera, entendendo que suas contribuições seriam muito particulares, não se coadunando com o padrão das Escolas Penais que se seguiram. (SMANIO, Gianpaolo Poggio; FABRETTI, Humberto Barrionuevo. *Introdução ao direito penal: criminologia, princípios e cidadania*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 35-37)

⁷ CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal*. Tradução de José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra. São Paulo: Saraiva, 1956, v. 1, p. 48.

⁸ LYRA, Roberto. *Novíssimas escolas penais*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956, p. 6.

A Escola Positivista, em sua vertente criminológica ou determinista, congregadora das fases antropológica e sociológica, considerou que a pena não teria qualquer eficácia, uma vez que o homem era predestinado ao crime em função de sua estrutura genética, sendo um ser atávico, destituído de livre arbítrio, de modo que seria mais apropriada a aplicação de uma medida de segurança.

No período antropológico, cujo principal precursor foi Cesare Lombroso, médico italiano autor, em 1876, da obra *“L'uomo Delinquente”*, o criminoso assim era considerado por critérios atávicos. Lombroso, sob forte inspiração darwinista, empregando metodologia empírica, classificava os criminosos em natos, ocasionais, habituais, loucos e passionais. Por outro lado, no período sociológico, destacam-se as proposições de Enrico Ferri, que, na linha de uma concepção determinista, considerava a influência do meio social sobre o indivíduo, donde se depreendia a compreensão de uma responsabilidade social em sobreposição à moral e a adoção do caráter preventivo da pena, uma vez que, destituído o criminoso de livre-arbítrio, não mais faria sentido o fundamento retribucionista da pena.

Já o positivismo jurídico, por meio de Raffaele Garofalo, veio criticar esta outra vertente, sob o argumento de que a mesma não havia se recordado de um elemento fundamental para o estudo do Direito Penal, a saber, o próprio Direito, ostentando uma visão formalista e normativista. Não se preocupa com o valor da norma (função que caberia exclusivamente ao legislador), mas apenas e tão somente com a norma em si. Tendo o Código Penal brasileiro sido elaborado com base no Código Penal italiano (Código Rocco), muito se sustenta que o positivismo jurídico ainda vige no ordenamento penal pátrio, entretanto, tendo em vista que, hoje, dentre outros fatores, muito se debate acerca da lesividade das condutas como fator de ajuste da tipicidade material, havendo, inclusive, larga aplicação prática pelos tribunais, não

há como defender a remanescência incólume desta Escola Penal, ao menos não sob este arquétipo. Conhecido como formalismo normativista na Alemanha, o positivismo jurídico tem como método científico o indutivo, sendo a norma penal lapidada com vistas à ciência das relações sociais.

Embora tenha começado a contestar o retribucionismo puro, a Escola Positivista manteve o sistema dogmático fechado herdado do classicismo, cenário que apresentou sensível mudança com o advento do neokantismo (sucessor do causalismo), que alçou a dimensão axiológica à condição de critério de apuração dos eventos ajustados no cerne jurídico, ou seja, os valores culturais reinantes condicionavam, de forma desmedida, a compreensão do sistema penal, sendo certo que toda e qualquer conduta humana tinha o seu valor, uma razão para ter sido praticada⁹.

9 Há quem sustente a autonomia da Escola do Idealismo Atualístico, propugnadora de uma responsabilidade irrestrita, em que todos os homens, independentemente das suas condições, seriam responsáveis por seus atos, tendo a pena uma natureza educativa, sendo o juiz um “educador, apóstolo, missionário”. Seus principais precursores foram Giovanni Gentile, Ugo Spirito (discípulo de Ferri), Benedito Groce, Francesco Orestano, entre outros. (GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 6. ed. São Paulo: Max Limonad, 1982, v. 1, p. 119-120). Não obstante, pela ausência de unicidade entre os autores, o Idealismo Atualístico não chega a ser considerado propriamente uma Escola Penal: “Vê-se, por tudo isso, que o Idealismo Atualístico, que Florian denominou de ‘endereço menor’, é a mais eclética de todas as variantes do classicismo ou do positivismo penal. Faltam-lhe, por isso, todas as condições para pretender os foros de uma Escola criminal. E se esses foros lhe pudessem caber, seria uma escola de todo inaceitável, tal a imensurabilidade de seus ilogismos.” (ARAGÃO, Antonio Moniz Sodré de. *As três escolas penais*. São Paulo: Freitas Bastos, 1955, p. 316). Nesse passo, Roberto Lyra estruturou a Escola Socialista, construção essa derivada de forte influência da ideologia política de seu precursor, que acreditava estar o crime diretamente relacionado a questões econômicas, sendo a pena, ao menos do ponto de vista prático, um castigo, eis que a justiça penal seria uma justiça de classes e não social, de modo que a solução para a criminalidade estaria na solução das demandas sociais, que teria o poder de extinguir ou, ao menos, transformar a realidade da criminalidade. No entanto, o próprio Roberto Lyra reflete sobre a necessidade uma auto-revisão de sua proposta, uma vez que Direito Penal e Criminologia teriam encontrado uma pacificação no tocante aos seus objetos. (LYRA, Roberto. *Novíssimas*



<https://www.pexels.com/pt-br/>

2.1.1.3 Escola Correccionalista

Por derradeiro, a Escola Correccionalista, de origem alemã, mas com destaque e difusão nas doutrinas espanholas (Concepción Arenal, Pedro Dorado Montero, Romero Girón, entre outros), erigiu em 1839, tendo como precursor Karl Röder e fundando suas diretrizes em valores morais, razão pela qual não aceita o agente criminoso sob a qualidade de um ser normal, sem qualquer consideração a respeito da imputabilidade, mas, sim, como alguém com desígnios anômalos, disfunção esta corporificada com a ocorrência do delito. Diante disso, a pena apresenta um viés de ferramenta saneadora do seio social, uma vez que visa a “cura” (correção/emenda) do “doente” (apenado), donde se compreende um quadro de favorecimento a este, eis que a pena passa a ser considerada um bem ao invés de um mal.

Dorado Montero, em contraposição a Garofalo, embora mantenha o determinismo, rechaça a existência de um delito meramente natural, compreendendo-o como um fenômeno político, dado que a sociedade elege as condutas tidas por criminosas. O criminoso é de ser considerado como um indivíduo débil de corpo e/ou de espírito (e o crime seria a clara manifestação dessa debilidade), razão pela qual precisa ser fortalecido, sendo esse um direito dele perante a sociedade. Para tanto, o professor espanhol garante ao juiz, por ele chamado de médico social, por oferecer a cura ao delinquente, um certo arbítrio, não ficando restrito às condutas previstas pelas leis penais; sempre que verificasse um indivíduo que julgasse nocivo à preservação da boa ordem social, ainda que por critério de previsibilidade, poderia determinar as medidas que entendesse pertinentes¹⁰.

escolas penais. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956, p. 10-15)

¹⁰ MONTERO, Pedro Dorado. *Bases para un nuevo derecho penal*. Buenos Aires: La Palma, 1973, p. 62-84.

Em tempo, para a Escola Correcionalista, a pena ideal é a privativa de liberdade, por ser neste cenário aperfeiçoado o processo curativo. Ainda, dada esta natureza corretiva, a pena deve ser indeterminada, eis que deverá ter a duração necessária para a emenda do condenado.

2.1.1.4 *Terza Scuola Italiana* ou Escola Crítica

A *Terza Scuola Italiana*, também conhecida como Escola Crítica, que teve como grandes precursores, na segunda metade do século XIX, logo em seguida à publicação do Código Penal Zanardelli, Emanuele Carnevale¹¹, Giambattista Impallomeni e Bernardino Alimena, sustenta suas bases no determinismo psicológico, de modo que o delito é aceito como um fenômeno social/natural e a pena assume a qualidade de defesa social, sem perder seu caráter angustioso. O retribucionismo do período clássico cede espaço para as filosofias preventivistas.

Compreende o Direito Penal com personalidade própria, o que era absorvido pelo positivismo dentro da concepção de sociologia criminal, sendo a reforma social uma obrigação inerente ao Estado no combate ao crime, de modo que a defesa social, importada do positivismo, se realize com o mínimo de sofrimento dos indivíduos. Se o classicismo e o positivismo teriam incorrido, respectivamente, em inadequadas hipertrofias “metafísica” e “naturalista”, o tecnicismo jurídico teria se perdido em uma “hipertrofia dogmática”¹².

Essa Escola surge justamente para oferecer um equilíbrio, um sopeso entre as vertentes clássica e positivista até então edificadas, sugerindo a aplicabilidade do método dedutivo no tocante à dogmática

penal. Entretanto, por desconsiderar o livre-alvedrio e ao mesmo tempo tomar como parâmetro para a responsabilidade penal critérios de ordem moral, premissas essas que, claramente, não se coadunam, acabou por não ser muito difundida.

2.1.1.5 Escola Moderna Alemã

A Escola Moderna Alemã, também conhecida como Escola de Política Criminal, estruturada, no final do século XIX, com base nas preleções de Franz Von Liszt, formula uma proposta eclética, criando um meio termo entre o livre arbítrio (adota o critério da normalidade) e a causalidade determinista (causalismo naturalista), de forma que a pena apresenta finalidade coercitiva, sendo destinada aos criminosos ocasionais, e a medida de segurança fica resguardada para garantir a estrutura social, face à presença de criminosos habituais (a ideia nuclear dizia com a correção dos tidos por corrigíveis, a intimidação dos passíveis de tal e a inocuidade dos incorrigíveis). Esta orientação de política criminal avocou para o instituto da pena a contribuição das teorias preventivistas.

Propõe, com efeito, a distinção do Direito Penal com relação às ciências criminais outras, fundando aquele sob o método lógico-abstrato e essas no indutivo-empírico, agregando, sobremaneira, à estruturação da Teoria Geral do Delito, concebendo o fato delituoso sob a condição fenomenológica de dado social e jurídico. Em paralelo à sobrelevação da política criminal, notou-se a primazia das ciências experimentais e uma hipertrofia da legalidade, haja vista a clara intenção de von Liszt, em seu prestigiado Programa de Marburgo, de conferir maior racionalidade ao estudo do Direito Penal.

Nesse passo, o conceito de conduta passa a ser a alteração causal do mundo exterior perceptível pelos sentidos (objetivo) que decorre de uma manifestação da vontade

¹¹ Na Alemanha, essa vertente foi acompanhada sobretudo por Adolf Merkel.

¹² MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. 1. ed. atual. Campinas: Bookseller, 1997, v. 1, p. 109-111.

(subjetivo). Não obstante, arrazoadas críticas foram formuladas, em especial ao fato de a omissão não ser perceptível pelos sentidos, donde se extraía uma sensível dificuldade para explicar os crimes omissivos, à ausência de juízo de valor na tipicidade, condutora de resultados possivelmente indesejados, dada sua inflexibilidade, além de não se perceber vínculo psíquico entre conduta e resultado na culpa inconsciente¹³.

Os grandes contributos do causalismo naturalista podem ser observados na aproximação entre Direito Penal e política criminal¹⁴, na defesa do descarte das prisões para penas de curta duração, sob clara influência da crescente cognição político criminal, e, por fim, na atribuição de uma função garantidora ao Direito Penal.

Von Lizst edificou, conjuntamente com Beling, as concepções de tipicidade penal, antijuridicidade e culpabilidade, degraus para a formação do delito que foram recepcionados pelos modelos dogmáticos posteriores, os quais promoveram, em suas construções, apenas algumas modificações pontuais, como a consideração de capacidade valorativa ao conceito de ação, um novo trato dos elementos subjetivos e o reconhecimento da ofensividade ao bem jurídico de índole penal como critério para o aperfeiçoamento da antijuridicidade, mas, em essência, mantiveram a base estrutural do conceito analítico de crime. Não se quer, com isso, dizer que tais preocupações com a estrutura do delito não se faziam presentes em períodos anteriores à Escola Moderna Alemã, mas apenas reconhecer a ela o mérito pela sistematização e estruturação metodológica de tais conteúdos penais.

2.1.1.6 Escola Penal Humanista

Essa escola, com origem no ano de 1906, encontrou seu precursor em Vincenzo Lanza, discípulo de Emanuele Canevale e seguido pelo filósofo Giuseppino Ferruccio Falchi, e apresentava um problema metodológico bastante evidente, dada a confusão entre concepções jurídicas e morais, sendo o delito compreendido como um desvio moral de conduta, ditada por um Estado que tinha por base o estabelecimento de primados éticos, recebendo a pena um norte pedagógico, uma vez que o homem era havido como um ser educável e a moral se sobreporia ao Direito. A “desaprovação da nossa consciência é o critério fundamental da incriminação dos atos humanos”¹⁵.

Foi justamente esse impasse metodológico, a alijar o Direito Penal da condição de ciência autônoma, aliado, é bem verdade, ao falecimento, pouco tempo depois, de Lanza, em que pese houvesse uma pequena parcela de seguidores dessa escola, que não permitiram a essa escola maior proeminência, sendo, portanto, pouco difundida.

2.1.1.7 Escola Técnico-Jurídica

Já a Escola Técnico-Jurídica, datada do início do século XX¹⁶, negando a exploração filosófica no estudo penal, modifica, em resposta às vertentes antropológica e sociológica, Escola Positivista, a eleição do método científico, conferindo primazia aos dados jurídicos (tripé: dogmática + interpretação + crítica) em detrimento dos fatores sociológicos e reconhecendo o Direito Penal sob o aporte de ciência dotada

13 Franz von Lizst sustenta que haveria uma potencial previsão pelo homem médio.

14 Von Lizst afirmava: “O Código Penal é a Carta Magna do Delinquente e o Direito Penal é a barreira intransponível da política criminal.” (LIZST, Franz von. *Tratado de derecho penal*. 3. ed. Tradução de Quintiliano Saldaña. Madri: Reus, 1929, v. 1, p. 70)

15 GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 6. ed. São Paulo: Max Limonad, 1982, v. 1, p. 120.

16 Mais precisamente, em 15 de janeiro de 1910, na aula de abertura do ano letivo da Universidade de Sassari, em que Arturo Rocco ministrou palestra sob o título “O problema e o método da ciência no Direito Penal”. (SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, v. 1, p. 105)

de autonomia, preocupada com premissas deontológicas. Arturo Rocco, principal expoente e precursor dessa escola, trabalha a correlação delito/pena, tanto que a pena é aplicada como resposta impositiva e direta ao fato criminoso.

Rocco propõe o fechamento do Direito Penal em um universo próprio, sem interferência de quais outras ciências externas, firmando pressupostos metodológicos para a edificação de um modelo penal deontológico de matriz jurídica, sendo o delito um fato social e humano, ao passo que a pena se constituiria em um dado social e político¹⁷.

O tecnicismo jurídico de Arturo Rocco, Karl Binding, Vincenzo Manzini, entre outros, exerceu notória influência sobre a construção do atual Código Penal brasileiro, que data de 1940, eis que nosso diploma penal se baseou quase que integralmente no denominado Código Rocco (CP italiano de 1930), cuja elaboração foi coordenada por Alfredo Rocco (irmão de Arturo Rocco).

2.1.1.8 Escola de Kiel

Forjada no seio da ideologia alemã nacional-socialista, essa escola teve em Georg Dahm e em Friedrich Schaffstein seus maiores expoentes e marcou, no final da década de 1930, um período de clara irracionalidade, em que se buscou dar novos contornos à teoria geral do delito, negando a concepção fundante de bem jurídico-penal, porquanto indesejavelmente individualista, e adotando, por via direta, a ideia de infração de dever, notadamente de lealdade ao *Führer*, resultando no deslocamento do delito de sua aferição sob o manto da legalidade para a consideração, no âmbito de inferência pelo magistrado, do chamado “espírito da lei” e do “são sentimento do povo alemão”, em clara promoção de um Direito Penal do autor em subjugação a um Direito Penal do fato.

Essas construções, que rechaçaram todas as contribuições dogmáticas até então formuladas e, portanto, claramente favorecedoras do arbítrio estatal, tiveram espaço apenas durante o período da II Guerra Mundial, encontrando sua derrocada com o fim desse período belicoso, em razão dos anseios humanistas que permearam aquele momento pós-guerra, sendo a Escola de Kiel um arqueamento contributivo para a posterior consolidação do finalismo, que veio a negar a estrutura cognitiva reinante durante o nacional-socialismo.

2.1.2 Estruturas sistemáticas do pensamento penal

Nesse passo, demonstrado o movimento pendular da história do Direito Penal, que oscilou entre premissas classicistas e positivistas durante as abordagens das Escolas Penais que se seguiram ou coexistiram ao longo dos tempos, e observados os primeiros passos de racionalidade no âmbito do estudo do delito, que passa a ser reconhecido sob a condição de fenômeno social, bem como o esforço para posicionar o Direito Penal sob vestimenta científica, depura-se a existência de lacunas deslegitimadoras, a propulsionar a continuidade da necessidade de evolução da ciência penal, que teve seu desenvolvimento prosseguido com as estruturas de cognição penal erigidas após o primeiro terço do século passado, notadamente com a edificação do neokantismo, do finalismo e, por fim, do funcionalismo, conforme se passa a demonstrar.

2.1.2.1 Neokantismo

Na transição do século XIX para o século XX, em especial a partir da última década daquele (muito embora sua proeminência tenha sido alcançada com o descerrar da década de 1930), erige a filosofia neokantiana – recebe esse nome por representar um retorno à filosofia de Immanuel Kant,

¹⁷ ROCCO, Arturo. *El problema y el método de la ciencia del derecho penal*. 3. ed. Bogotá: Temis, 1999, p. 11.

instituidor da teoria do conhecimento –, coordenada por Edmund Mezger (reitor da Universidade de Berlim e, naquela época, futuro ministro de Hitler), com a proposta de conferir valor ao conteúdo contido na norma penal, fundada nas premissas kantianas axiológicas, pautando a dicotomia entre a ciência do ser (observadora e descritiva) e a do dever ser (compreensiva e valorativa), sendo que, nesta, o conhecimento acerca da tipicidade e da antijuridicidade (tipo total de injusto) será impregnado de juízos de valor, a construir ou alterar o seu conteúdo (não há mais, aqui, a figura do príncipe, então, o juiz poderia valorar).

Em tempo, o idealismo transcendental traçado por Kant em sua famosa obra “Crítica da razão pura” traz duas questões nucleares para investigação científica, sendo uma atinente à forma da interação humana, com vistas ao alcance do bem supremo em consonância com a felicidade, e a outra correspondente ao conhecimento em si, com todas as suas nuances, donde Kant distingue os conhecimentos empíricos dos conhecimentos *a priori*, sendo estes universais e aqueles adquiridos através da experiência, de maneira que o objeto se apresenta ao homem como produto de uma representação sensível e não como seria em sua essência¹⁸.

Nesse passo, de se notar a distinção que se observou entre os pensamentos de Kant e a doutrina neokantiana. Com efeito, para o filósofo prussiano, não havia espaço para o pensamento científico, mas apenas para a metafísica, fora do âmbito das ciências positivas, assim consideradas a matemática, a lógica e as ciências naturais, ao passo que o neokantismo direcionou sua proposta à inclusão das ciências do espírito no rol da compreensão científica, em especial após as contribuições científicas de Alexander von Humboldt, Friedrich Carl von Savigny, entre

tantos outros que aprofundaram seus estudos em áreas diversas daquelas.

Com o desgaste do positivismo, buscava-se o resgate da filosofia, podendo-se afirmar que o nascedouro desse rechaço do positivismo se deu por duas frentes paralelas, a saber, o historicismo, de Wilhelm Dilthey, e o neokantismo. Com efeito, ambos questionaram diretamente a influência exercida pelo positivismo sobre as ciências humanas, almejando para essas, que se debruçavam sobre a conduta humana, o reconhecimento de sua autonomia, a alcançar não somente os fatos perceptíveis pelos sentidos, mas também os fenômenos espirituais. Contudo, o historicismo fundamentou sua lógica construtiva na dissonância de objetos entre tais ciências, ao passo que o neokantismo se baseou na distinção de métodos¹⁹.

Uma mudança significativa na órbita da teoria do delito foi promovida pelo neokantismo, a saber, a conformação da culpabilidade sob os seguintes elementos: imputabilidade, dolo e culpa e exigibilidade de conduta diversa. Com efeito, Reinhar Frank, com sua Teoria da Normalidade das Circunstâncias Concomitantes, inseriu a exigibilidade de conduta de diversa na aferição culpabilidade (clássico exemplo dessa aplicação pela jurisprudência alemã remonta ao famoso caso do cocheiro, julgado pela Corte Constitucional em 1910²⁰).

As tônicas do neokantismo foram fincadas pela Escola de Baden ou Sudocidental

18 KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. 2. ed. Tradução de Valerio Rohden e de Udo Baldur Moosburger. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 23-24 e 133.

19 PUIG, Santiago Mir. *Introducción a las bases del derecho penal: concepto y método*. 2. ed. Coleção Maestros del Derecho Penal. Buenos Aires: Julio César Faira, 2003, p. 211.

20 Este caso prático se deu na Alemanha, durante o império de Guilherme II, e restou solucionado com a absolvição do cocheiro que teria atropelado uma pessoa na condução do coche, pois o mesmo se viu obrigado a conduzir aquele meio de transporte com um animal de tração ainda não adestrado para tal tarefa, pois seu patrão havia assim ordenado, sob pena de, caso não obedecesse, ser demitido. A razão de decidir, nesse caso, diz justamente com a inexigibilidade de conduta diversa, dada a grave crise econômica experimentada pela Alemanha naquele período, com altos índices de desemprego.

Alema, que teve como maiores expoentes Mezger, Mayer e Radbruch e que conferiu relevo ao plano jurídico, compreendendo-o a partir de concepções valorativas teleológicas, e pela Escola de Marburgo, delineada, em especial, por Hermann Cohen e Rudolph Stammler, vertente essa que, seguindo as premissas kantianas, priorizava a razão prática em detrimento da teórica, situando em planos distintos a liberdade e a necessidade, sempre tendo como pano de fundo uma construção filosófica de correspondência entre ética e Direito, sob uma visão formalista.

O neokantismo ostentava uma metodologia puramente subjetivista, em que o conhecimento científico se consubstanciava em uma síntese entre matéria, constituída por um empirismo disforme e desorientado, e forma, edificada pelas categorias mentais, de modo que os valores, subjetivos por essência, não provêm do objeto, mas sim do método, recaindo no relativismo valorativo.

Heinrich Rickert, discípulo mais notável do filósofo Wilhelm Windelband, esclarece a diferença entre as ciências naturais e as ciências do espírito, aqui inserto o Direito Penal, a qual não reside no objeto de ambas, mas, sobretudo, na aplicação, nestas, de categorias *a priori* durante o desenvolvimento do processo cognitivo. Com isso, Reickert carrega a noção de valor às ciências do espírito, a qual se aperfeiçoaria como uma categoria epistemológica *a priori*, de forma que essa carga axiológica conduziria à captação de uma realidade subjetiva, ao contrário das ciências naturais, marcadas pela neutralidade e objetividade. A implementação dessa estrutura metodológica ao universo jurídico ficou a cargo de Emil Lask, que reconheceu a natureza teleológica dos valores reconhecidos socialmente e tratados pelo Direito, de modo que a dogmática se prestaria à sistematização do conteúdo normativo, oriundo justamente daqueles valores. Radbruch, seguindo os passos de Lask, por compreender o Direito sob uma concepção eminentemente cultural, acaba por compreendê-lo como uma realidade

correspondente a valores, de modo que o Direito haveria de ter como fim almejado a ideia de justiça²¹.

Não se nega ao neokantismo o mérito por consideráveis contribuições axiológicas no contexto da teoria geral do delito, a representar um avanço sobre as proposições anteriores (formalistas e empíricas), eis que favoreceu a viabilidade da busca, dentro da estrutura legal, das soluções almejadas pela ciência penal, intentando oferecer ajustes ao positivismo naturalista²², mas também foi alvo de críticas políticas e jurídicas. A principal crítica política diz com a seguinte constatação: como conduta é tudo aquilo que se valora como tal, passa a ser possível criminalizar o ser (define-se quem é pessoa e quem não é, pois tal consideração é meramente valorativa; não por acaso, essa a situação que se verificou com relação aos judeus após a ascensão ao poder do nacional-socialismo na Alemanha²³). Nessa ordem, a crítica jurídica mais relevante se refere ao posicionamento dos elementos subjetivos dentro do conceito analítico de crime, porquanto a inserção do dolo e da culpa no âmbito da culpabilidade implicaria em uma inversão por absoluto da ordem lógica da teoria do delito.

21 RADBRUCH, Gustav. *Filosofia del derecho*. 3. ed. Madri: Revista de Derecho Privado, 1952, p. 44.

22 CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p. 148-149.

23 A título de compreensão histórica, o próprio Gustav Radbruch idealizou, ainda no período pré-nazista, a criação de espaços para onde deveriam ser mandados, compulsoriamente, os mendigos, os desempregados e as prostitutas, sendo certo que nesses locais seriam ministrados cursos profissionalizantes, a fim de que tais pessoas aprendessem um ofício (as pessoas ali permaneciam em tempo integral). Não é preciso caminhar muito para perceber que se tratava de um modelo experimental para os posteriores campos de concentração ou até mesmo uma espécie de antessala para tais odiosas e repulsivas práticas que estavam por vir naquele período.

2.1.2.2 Finalismo

Nesse passo, a grande pedra de toque do neokantismo foi justamente sua contemporaneidade com a ideologia nazista e sua contribuição a ela²⁴. Com efeito, dados os claros e profundos problemas percebidos com o subjetivismo metodológico e com o relativismo gnosiológico do neokantismo, sem olvidar os negativos aportes da Escola de Kiel, franqueou-se espaço, após o fim da II Guerra Mundial, para a eclosão do finalismo proposto por Hans Welzel – depois seguido por Armin Kaufmann, Reinhart Maurach, entre outros –, que já vinha tendo suas bases estruturadas quase duas décadas antes, por ocasião de seus estudos sobre a doutrina do direito natural do filósofo Samuel Pufendorf no programa de doutorado da Universidade de Jena, ao que deu continuidade após assumir a cátedra, nessa ordem, nas Universidades de Göttingen e de Bonn.

De base ontológica, eis que considera a essência do indivíduo e aceita, como verdade insofismável, determinadas concepções pré-jurídicas, elegendo, assim, o método dedutivo, veio inovar, conforme salienta Alamiro Velludo Salvador Netto, com a justificação da pena na qualidade de retribuição preventiva, porquanto, ao mesmo tempo em que aparece como retribuição da negativa valoração conferida pelo crime, também se apresenta como expediente a impedir novas ofensas aos bens jurídicos tutelados pela comunidade política, que passa a observar os valores devidos a tais bens como um dever de consciência²⁵.

Welzel vislumbrou no desvalor da conduta, em especial pela carga negativa

por ela trazida, a razão de ser da tutela penal, porquanto, dessa forma, assegurar-se-iam os padrões de conduta socialmente edificadas. Essa reestruturação da teoria do delito intencionada teve como principal foco direcionador, embora não único, a ação humana, que deveria ser havida sob uma concepção ontológica, eis que dirigida, de modo consciente, a uma finalidade previsível. Welzel assim define a estrutura fundamental da ação humana:

A ação humana é exercida de uma atividade final. A ação é, portanto, um acontecimento final e não puramente causal. A finalidade, o caráter final da ação, baseia-se no fato de que homem, graças ao seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as possíveis consequências de sua conduta, designar-lhe fins diversos e dirigir sua atividade, conforme um plano, à consecução desses fins. Graças ao seu saber causal prévio, pode dirigir seus diversos atos de modo que oriente o suceder causal externo a um fim e o domine finalisticamente. A atividade final é uma atividade dirigida conscientemente em razão de um fim, enquanto o acontecer causal não está dirigido em razão de um fim, mas é a resultante causal da constelação de causas existente em cada momento. A finalidade é, por isso – dito de forma genérica – “vidente”, e a causalidade, “cega”.

Para esclarecer essa questão, remeto-me à diferença existente entre um assassinato, de um lado, e um raio mortal, de outro; no assassinato, todos os atos estão dirigidos em razão de um fim prefixado: a compra da arma, o mirar, apontar, puxar o gatilho; enquanto no raio o resultado morte é a resultante cega dos elementos causais existentes²⁶.

24 Para maior aprofundamento, recomenda-se a leitura da seguinte obra: CONDE, Francisco Muñoz. *Edmund Mezger e o Direito penal de seu tempo: estudos sobre o direito penal no nacional-socialismo*. São Paulo: Lumen Juris, 2005.

25 SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da pena: conceito material de delito e sistema penal integral*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 78-79.

26 WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. 4. ed. rev. atual. e amp. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 31-32.



Com isso, dolo e culpa são realocados da culpabilidade para dentro da tipicidade²⁷, a incorporar à conduta dados subjetivos em coexistência a elementos externos e objetivos, passando a tipicidade a ser objetiva-descriptiva, normativa-valorativa e, agora, também subjetiva. Conduta passa a ser, então, qualquer movimento corpóreo humano, positivo ou negativo, consciente e voluntário dirigido a uma finalidade.

Nesse passo, o núcleo fundamental do pensamento dogmático se volta para as estruturas lógico-objetivas, que se afiguram como dados antropológicos imutáveis, porquanto prévios ao Direito, e que devem ser objeto de consideração inclusive pelo legislador penal²⁸. O finalismo vem inverter a lógica cognitiva do neokantismo, de modo que, agora, o objeto passaria a ser determinante do método.

Como bem articulou Hans Joachim Hirsch, então catedrático emérito da Universidade de Colônia e discípulo de Welzel, o modelo finalista ostenta dois grandes escopos, sendo um de ordem geral, com claro cunho metodológico, direcionador de crítica à estrutura dogmática físico-natural e normativista, e outro de natureza mais específica, referente à adequação do conceito de ação à proposta finalista²⁹.

Não obstante, o finalismo, incorporado ao Código Penal alemão de 1975, não fica restrito à teoria da ação e tampouco à reformatação da teoria do delito, com a implementação da culpabilidade como reprovabilidade, muito pelo contrário, significou um giro epistemológico na dogmática penal. Para o finalismo, o objeto define o método, ao contrário do neokantismo, em que o conhecimento seria definido pelo método. A propósito, a construção do

27 A Escola de Kiel já havia transportado os elementos subjetivos para o tipo do injusto, mas por razões metodológicas absolutamente distintas.

28 SCHUNEMANN, Bernd. Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal. In: *El sistema moderno de derecho penal: cuestiones fundamentales*. Tradução de Jesús Maria Silva Sánchez. Madri: Tecnos, 1991, p. 54.

29 HIRSCH, Hans Joachim. Acerca de la crítica al 'finalismo'. Tradução de Eduardo Demetrio Crespo e Daniel R. Pastor. In: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, v. 58, jan. 2005, p. 6-7. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1994428>. Acesso em: 23 jun. 2019.

finalismo se fez partindo da interpretação de que o neokantismo teria se equivocado ao interpretar uma das premissas kantianas, qual seja, a de que a compreensão prescreve às coisas as suas leis, pois essa compreensão referida não seria a humana, subjetiva, mas, sim, uma compreensão pura, dotada de logicidade, ou seja, uma condição *a priori*, logo, objetiva.

A crítica que se faz ao neokantismo e ao finalismo foi a de que ambos conservaram, na prática, o tecnicismo e o normativismo exacerbado do positivismo jurídico, além da dificuldade do segundo para trabalhar categorias como a omissão e a culpa, dada a ausência de ação naquela e o fim lícito almejado pelo agente nessa.

2.1.2.3 Funcionalismo

Finalmente, a efetiva abertura do sistema penal apenas aportou, já na década de 1970, com a instalação do funcionalismo, que passou a reconhecer a dogmática e a política criminal como institutos com interação entre si possível e prática, com a primeira sendo direcionada pela segunda. O funcionalismo despreza as vertentes ontológicas e dispõe que o Direito Penal, como programa político-criminal, deve ter suas estruturas compreendidas a partir das funções do sistema penal.

De acordo com o funcionalismo, o Direito Penal assume a posição de mecanismo de operacionalização dos sistemas sociais, de forma que a figura do crime se atrela à ideia de pena por uma estrutura opcional de poder, em que estruturas ontológicas não se coadunam com um sistema permeado pela necessidade de construção de juízos de valor.

Nesse passo, o funcionalismo ostenta justificação bidirecional, eis que ao funcionalismo teleológico-racional (moderado) de Claus Roxin³⁰, segundo o qual a dogmática

assume a feição de importante mecanismo de resolução de casos, sempre sob uma orientação de política criminal, chancelada por uma racionalidade concreta, contrapõe-se dialeticamente o funcionalismo sistêmico ou normativista (radical) de Günther Jakobs, construção dogmática fundada na Teoria dos Sistemas³¹ e que retoma a estrutura do pensamento hegeliano, propugnadora de uma obediência integral à norma penal, de modo a atribuir relevância à violação da norma mesma, ao contrário do modelo moderado, que idealiza a presença determinante da noção de bem jurídico-penal.

A vertente moderada de Roxin buscava dotar de legitimidade a intervenção penal e torná-la mais coerente com o cenário social em compasso de evolução àquela época por meio da criação de um sistema normativista dualista, pois se funda na interpretação de juízos de valor e se comunica com a realidade social, de modo que os fins político-criminais demandam avaliação diante de cada caso concreto, inclusive para rechaçar, em caso de desnecessidade, a punição³².

Para Roxin, “cada categoria do delito – tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade – deverá ser observada, desenvolvida e sistematizada sob o ângulo de sua função político-criminal”³³, de modo que o grande equívoco do causalismo normativista, do neokantismo e do finalismo residuiu na

sistema funcionalista por ocasião da publicação, em 1970, da obra “Política criminal e sistema de direito penal”, inspirada, fundamentalmente, na teoria do funcionalismo estrutural, desenvolvida, nas duas décadas anteriores, pelo sociólogo da Universidade de Harvard Talcott Edgar Frederick Parsons.

31 Nota explicativa: segundo a Teoria dos Sistemas, defendida por Niklas Luhmann, um sistema responde, invariavelmente, ao movimento dos outros sistemas, de forma que se regenera na esfera interna conforme a disposição dos fatores externos, ou seja, o Direito, por ser um sistema, reage à manifestação concreta de outros planos de composição social, política e econômica.

32 SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal*: parte geral. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, v. 1, p. 111-112.

33 ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 29.

30 Roxin traz a público seus primeiros esboços acerca do

concentração do núcleo estrutural da teoria do delito no conceito de ação, haja vista se tratar de concepção extrajurídica, de forma que o delito deveria sempre tomar por referência dados jurídicos e sempre ter em vista o instituto consequencialista da pena, tanto que, não por acaso, o professor de Munique desenvolveu a teoria da imputação objetiva, cujo núcleo teorizador diz com a oferta de um complemento à teoria do nexa causal e que representou um giro cognitivo na lógica discursiva da ciência penal, em especial por sobrelevar a posição do autor do fato, consideradas suas idiossincrasias e valorações, bem como inseriu na dogmática penal a compreensão da insignificância, objeto do presente estudo.

Considerado o Direito Penal como um sistema aberto, as soluções devem ser definidas com base no que se avalia mais correto, teleologicamente, do ponto de vista de parâmetros de política criminal; a legitimação do Direito Penal se verifica a partir de sua permeabilidade no plano social.

A grande crítica dirigida à proposta funcionalista de Roxin diz com a suposta insegurança das bases normativistas, em repetição ao neokantismo³⁴, ao passo que as contribuições mais significativas remontam ao fato de que a estrutura do delito deveria passar a considerar a pena (cria a categoria da responsabilidade, que diz com a culpabilidade associada à necessidade de pena), à estruturação da teoria da imputação objetiva, mais adiante analisada em toda a sua profundidade, ao reconhecimento do critério hermenêutico da insignificância e à construção da teoria do domínio do fato³⁵.

34 O próprio Roxin não nega a retomada de algumas premissas neokantianas, mas o faz com escoro nos postulados garantistas e na teoria da prevenção geral/especial da pena, acreditando que tais observâncias se mostram capazes para obstar a recidiva de mal semelhante ao insculpido pela ideologia nazista.

35 SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, v. 1, p. 112.

A doutrina funcionalista guia suas observações científicas a partir de dados reais e não de considerações metafísicas, sendo o Direito Penal pensado a partir de suas consequências e com base em um sistema aberto e flexível, apto a se amoldar a novas circunstâncias e preocupado em não criar conceitos intangíveis.

Em contraposição, na década seguinte, Jakobs propõe sua vertente funcionalista sistêmica, que considera o Direito Penal como um sistema fechado e recebe o delito como um ato reflexivo de inobservância dirigida à norma penal, que se revigora por meio da sanção penal, com vistas à manutenção das expectativas essenciais da comunidade.

Nesse contexto, em clara insurgência ao retribucionismo puro, filia-se às teorias prevencionistas da pena, tanto sob os prismas geral, para estabilizar a confiança da sociedade na ordem penal vigente, como especial, com vistas à ressocialização do indivíduo condenado³⁶.

3 Função precípua do Direito Penal moderno

Traçada a evolução epistemológica da dogmática penal ao longo da história, oportuna uma breve incursão no debate acerca da função do Direito Penal moderno, a fim de que se possa estabelecer coerência com a discussão proposta no presente estudo.

36 De rigor que sejam observados três critérios principiológicos de ajuste para as teorias prevencionistas, quais sejam, o princípio da idoneidade, que diz com a imposição de sanção a um indivíduo que transgrediu normas penais podendo não fazê-lo, o princípio da necessidade, segundo o qual a pena deve ser uma realização de estruturas sociais racionais, não servindo de intimidação e tampouco de dominação, e, por fim, o princípio da culpabilidade, que remonta à imputação individual pela vulneração normativa. (PINZÓN, Álvaro Orlando Pérez; LYNETT, Eduardo Montealegre (coord.). *El funcionalismo en la sociología actual. In: El funcionalismo en derecho penal: libro homenaje al profesor Günther Jakobs*. Colômbia: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 124-125)

À vista disso, a indagação que surge diz com a missão do Direito Penal. A resposta para esta questão fornece solo para a correta compreensão não apenas da teoria do delito, mas também para que se tenha em conta a medida da esfera de abrangência da legitimidade do Direito Penal.

No segundo período pós-guerra, a ciência penal, sobretudo na Alemanha, buscou posicionar o poder interventivo do Estado nos limites da teoria do bem jurídico, de modo que o Direito Penal somente deveria abarcar a proteção de bens jurídicos dotados de concretude, donde não inseridas cognições políticas, morais ou religiosas.

Diante do modelo democrático de Estado adotado pela ordem constitucional brasileira, por certo que o Direito Penal não poderá dissociar seus fins dos ideais de igualdade social, de uma tutela indeclinável da dignidade da pessoa humana e dos regramentos morais solidificados (balizadores dos sistemas sociais), para não contrariar o desenho do grau civilizatório moderno. Deste modo, assumiu central relevância o estudo da concepção de bem jurídico e sua função dogmática no âmbito do Direito Penal.

Desta feita, tendo em vista que o Direito Penal tem como escopo o resguardo e a estabilização da paz social, além da promoção da igualdade entre os indivíduos, com respeito e observância ao postulado da dignidade da pessoa humana, a sufragar a expectativa de controle da convivência social, a maior parte da doutrina, tanto nacional como estrangeira, acompanhando Claus Roxin, edificador original desse pensamento, averba que a missão fundamental do Direito Penal, estruturado sob um sistema aberto, permeável, portanto, à influência de outros segmentos, corresponde à proteção subsidiária de bens jurídico-penais, pressuposto para a punibilidade, donde se depreende seu viés teleológico eminentemente preventivo³⁷.

Por outro lado, oportuno consignar a proposta da filosofia utilitarista, que encontrou seu mais notável expoente em Jeremy Bentham. Para esta vertente, o Direito Penal teria por finalidade a proteção do corpo social e a prevenção geral, de maneira que a noção de bem jurídico não assumiria neste plano a relevância central sobredita.

A negar a proteção de bens jurídicos como missão do Direito Penal, despontam algumas manifestações de penalistas alemães. Hans Joachim Hirsch entende que o conceito de bem jurídico não assume idoneidade para realizar a limitação do Direito Penal. Günther Stratenwerth não arrazoa a construção dos tipos penais na tutela de bens jurídicos, mas, sim, na incivilidade dos comportamentos humanos³⁸.

Enfim, Günther Jakobs preceitua que a missão fundamental do Direito Penal diz com a confirmação da vigência da norma violada, de modo que o fato punível se ajusta pela negação da norma pela conduta do indivíduo, sendo certo que essa “solidez das expectativas normativas” é o que Jakobs chama de bem jurídico, criticando a concepção tradicional de bem jurídico. A lesão ao bem jurídico, em um crime de homicídio, a título de exemplo, não diz com a causação do evento morte, mas, sim, com a desobediência normativa contida na previsão típica desse delito³⁹.

Hans Welzel contemporiza e tenta estabelecer para o Direito Penal uma missão

según la opinión dominante de la dogmática moderna, le incumbe la tarea de la protección de los bienes vitales fundamentales del individuo y la comunidad. Estos bienes son elevados por la protección de las normas del Derecho a la categoría del bienes jurídicos.” (MIR, José Cerezo. *Curso de derecho penal español*. Madrid: Tecnos, 1993, p. 15)

38 HIRSCH, Hans-Joachim; STRATENWERTH, Günther *apud* ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. 2. ed. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 14-15.

39 JAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes e de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 61-63.

37 José Cerezo Mir assim se manifestou: “El Derecho Penal es un sector del ordenamiento jurídico al que,

intermediária entre as apresentadas por Roxin e Jakobs, inerentes ao funcionalismo moderado e sistêmico, respectivamente. Com efeito, Welzel compreende a importância da proteção de bens jurídicos, mas a ela alia a necessidade da tutela de valores de cunho ético-social, sendo certo que aquela seria corolário desta, donde ele defende sua posição da crítica de que tentaria controlar a atitude interna dos indivíduos por meio de padrões ético-sociais⁴⁰.

No mesmo sentido, se manifesta Hans-Heinrich Jescheck e Thomas Weigend, para quem o Direito Penal tem como ponto nuclear a tarefa de tutelar, via normas controladoras, a regular convivência dos indivíduos inseridos no corpo social, se consubstanciando em um instrumento robusto de configuração de costumes sociais, donde decorreria a tutela dos bens jurídicos⁴¹, de modo que, conforme alinha Paulo César Busato, essa pretensão de proteção de bens jurídicos seria utópica e não uma realidade empírica, mesmo porque o Direito Penal, inserido em um modelo democrático de Estado, não comporta a antecipação da tutela, cabendo ao bem jurídico, havido como imprescindível para o convívio social harmônico, a incumbência de justificar a índole penal das normas de controle, de forma que a missão do Direito Penal seria, nesse esboço, o controle social do intolerável⁴².

Posta a relevância do bem jurídico no contexto do desenvolvimento do Direito Penal moderno, em especial se se partir do pressuposto de que esse tem a função de proteger, de forma subsidiária, bens jurídicos.

4 Análise da insignificância como critério hermenêutico nos crimes complexos

A tipicidade foi o último elemento da teoria do delito a ser desenvolvido, de modo que Ernest von Beling assevera, em 1930, que muitos criticaram sua teoria sobre a tipicidade, por ser ela objetiva, mas salienta que nenhum deles negou sua teoria. Beling talvez soubesse estar errado, mas o fez para evitar os arbítrios do juiz no caso concreto, para reduzir o nível de subjetividade do magistrado.

Nesse passo, tem-se que a norma penal é uma composição dialética entre preceito, que se refere ao comando normativo, e conteúdo, que diz com o bem jurídico-penal tutelado, de forma que, feita essa consideração, de rigor a aferição dogmática da questão posta em debate, porquanto, presente o critério hermenêutico da insignificância, configurar-se-á apenas e tão somente a violação ao preceito, remanescendo incólume o conteúdo⁴³.

Conforme já pontuado, a insignificância foi criada por Roxin, em 1964, para resolver um caso concreto⁴⁴, relacionando-se à máxima “*minima non curat praetor*”. Não obstante, nossa trajetória é diferente da estruturada na Alemanha⁴⁵, pois aqui se segue um roteiro pragmático, edificado pelo Supremo Tribunal Federal. Com efeito, são vetores concomitantes eleitos pelo STF para aplicação da insignificância, que reconheceu o ajuste desse critério pela primeira vez em 1988, no

40 WELZEL, Hans *apud* BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Atlas, 2017, v. 1, p. 10.

41 JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general*. 5. ed. Tradução de Miguel Olmedo Cadernete. Granada: Comares, 2002, p. 2-9.

42 BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Atlas, 2017, v. 1, p. 15-17.

43 FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio. A Aplicação dogmática do princípio da insignificância no crime de roubo. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais* – IBCCRIM, São Paulo, n. 217, dez. 2010, p. 9.

44 Para auxiliar na solução de um caso de crime de coação do Código Penal alemão. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 1981, v. 3, p. 554)

45 A insignificância é tratada na Alemanha como um critério processual penal, pois inexistiria interesse na abertura de um processo criminal, diferentemente daqui, em que é compreendida sob uma vestimenta material.

juízo de um caso de lesões corporais leves praticadas na direção de veículo automotor⁴⁶: mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão provocada.

Nesse ponto, além da atecnicidade e/ou obviedade dos outros critérios, vem o STF falar em baixa reprovação da conduta como critério para a insignificância, mas há um erro tópico nesse argumento, eis que a reprovação é elemento da culpabilidade e a insignificância está alocada na tipicidade.

Não obstante, a correta verificação deve se resumir à análise da ocorrência ou não de afronta a bem jurídico fundamental e da relevância dessa afronta, mediante a verificação da classe de violação ante a tolerabilidade social e da intensidade do prejuízo suportado pelo ofendido, dadas suas condições pessoais, assim como a necessidade efetiva de intervenção do Direito Penal.

Em tempo, apenas por rigor técnico, tem-se que a insignificância, em que pese muitos assim a classifiquem, como, por exemplo, Klaus Tiedemann, por não ter aplicação abstrata e não ser fundador, não assume a condição de princípio propriamente dito, consubstanciando-se, em verdade, em um critério hermenêutico. A propósito, o próprio Roxin abandonou a denominação “princípio” pouco tempo depois, passando a se referir a esse instituto como “ações insignificantes”, donde se tem por reforçada essa correção terminológica ora feita. E, tampouco, deve ser chamada de “bagatela”, eis que tal interpretação semântica desorienta

a essência desse instituto e esvazia sua importância dogmática.

Como bem se sabe, o Direito Penal se pauta pelo princípio da intervenção mínima – denominação conferida por Francisco Muñoz Conde –, concepção segundo a qual o Direito Penal deve ser havido como *ultima ratio*, de forma que os bens jurídicos sejam protegidos pelo Direito Penal, mas também face o mesmo. Relaciona-se à ideia de maior bem-estar e menor custo social, donde se depreende o ideal contratualista, que diz com a cessão da menor parcela possível da liberdade com vistas à composição de um depositário público, a fim de alcançar um cenário de segurança; o castigo que extrapolar essa delegação será havido como abuso (utilitarismo iluminista).

Esse princípio engloba a fragmentariedade e a subsidiariedade e os subprincípios da proporcionalidade, lesividade e humanidade das penas. Quanto à fragmentariedade, Binding, em 1896, é o primeiro a trazer essa ideia, mas de modo negativo, sob a condição de preenchimento de lacunas via proteção de bens jurídicos, ao passo que, hoje, assume conformação positiva do intervencionismo penal, de forma que apenas lesões efetivamente relevantes a bens jurídicos recebem tutela penal.

No tocante ao princípio da ofensividade (também chamado de princípio da lesividade – *nulum crimen sine injuria*), há quem defenda sua ausência de autonomia, que seria elemento integrante do princípio da intervenção penal mínima. Não obstante, a ofensividade traz consigo a necessidade do ajuste de um ataque ao bem jurídico-penal, traduzindo-se em figura de perigo – abstrato ou concreto – ou de dano. Este princípio ostenta função dúplice, sendo uma orientação ao legislador no ato da criação do tipo penal incriminador (político-criminal) e válvula de compreensão ao aplicador no caso concreto (reconhecimento *ex post factum* – hermenêutica).

46 “Se a lesão corporal (pequena equimose) que decorreu de acidente de trânsito é absolutamente insignificante, como resulta dos elementos dos autos – e outra prova não seria possível fazer-se tempos depois –, há de impedir-se que se instaure a ação penal que a nada chegaria, inutilmente sobrecarregando-se as Varas Criminais, geralmente tão oneradas [...]”. (STF, Segunda Turma, RHC nº 66.869-1/PR, Relator Ministro Aldir Passarinho, DJ 28/04/1988)

O critério interpretativo da insignificância se presta à análise da pertinência, ou não, do afastamento da tipicidade material, em razão da escassa ofensividade ao bem jurídico-penal objeto de tutela⁴⁷⁻⁴⁸, ao contrário da adequação social, que exclui a tipicidade em virtude do afastamento do juízo de desvalor da conduta, uma vez que consonante com a moldura social estabelecida. Nesse passo, o próprio Roxin averba que “apenas uma interpretação estritamente referida ao bem jurídico e que atenda ao respectivo tipo de injusto deixa claro por que uma parte das condutas insignificantes é atípica e geralmente está excluída pelo próprio conteúdo penal”⁴⁹. Com efeito, dada a insuficiência de desvalor normativo do resultado, deságua na atipicidade do fato.

A crítica mais recorrente que se faz ao critério da insignificância diz com a ausência de previsão legal, no entanto, tal colocação remonta a um positivismo exacerbado⁵⁰, mesmo porque a lei representa o limite máximo para o sancionamento, mas não se arvora no limite mínimo da liberdade, donde aplicável, em analogia, a máxima da Régua de Lesbos⁵¹.

Finalmente, tem-se que o critério hermenêutico da insignificância, embora por vezes encontre alguma resistência, não

tem sofrido, é bem verdade, grande rechaço jurisprudencial, muito pelo contrário, recebeu boa acolhida, sobretudo por nossos Tribunais Superiores, mas é fato também que essa receptividade se mostra consolidada apenas nos crimes exclusivamente patrimoniais e que não envolvam as circunstâncias elementares do emprego de violência ou de grave ameaça.

Com efeito, quando a insignificância vem à baila na pauta de crimes complexos, como o roubo, o latrocínio, entre outros, o cenário se altera vertiginosamente, deparando-se com forte resistência tanto por parte da jurisprudência como da própria doutrina. Não se pretende aqui esgotar o tema, mas apenas apresentar uma discussão dogmática a respeito.

Embora escassos os julgados reconhecedores da insignificância em casos de crimes complexos⁵², não se vislumbra qualquer problema no reconhecimento do critério interpretativo da insignificância no âmbito dos crimes complexos, eis que, havendo dualidade de bens jurídicos, nada obsta que a insignificância seja reconhecida com relação à inexpressiva ofensividade quanto a um deles.

Assim, por exemplo, no caso do crime de roubo, crime complexo por essência, porquanto representa a associação do crime de furto com o de ameaça ou de constrangimento ilegal, sendo baixa a ofensividade quanto ao bem jurídico patrimônio, é de se reconhecer a insignificância quanto a este, remanescendo a responsabilização penal pelo delito residual, qual seja, o constrangimento ilegal ou a ameaça, conforme o caso⁵³. De outra banda, Guilherme Merolli sustenta a possibilidade do cenário hipotético inverso, em que seria

47 MAÑAS, Carlos Vico. *O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 58.

48 Há escassos julgados no sentido de que o critério da insignificância excluiria a antijuridicidade. (TRF 1ª Região, ACR nº 72.123/MG, Relatora Juíza Vera Carla Nelson Cruz, DJ 16/05/2002) Contudo, a insignificância não pode ser tratada na antijuridicidade, pois isso implicaria numa aceitação da conduta em todo o ordenamento (e não é o caso).

49 ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Madrid: Civitas, 1997, p. 297.

50 SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, v. 1, p. 69.

51 A Régua de Lesbos era feita de metal flexível, de modo a se ajustar às superfícies irregulares. Na filosofia aristotélica, servia para explicar que a equidade se sobrepõe ao Direito.

52 A título de exemplo, recomenda-se a leitura dos seguintes julgados: TJ/MG, Quinta Câmara Criminal, AP nº 1.0024.99.087682-3/001, Relator Desembargador Alexandre Victor de Carvalho, DJ 13/02/2007; TJ/SC, Segunda Câmara Criminal, AP nº 2012.069198-7, Relator Desembargador Torres Marques, DJ 11/12/2012.

53 QUEIROZ, Paulo. *Direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 52.

residual o delito de furto e, para tanto, faz alusão à seguinte preleção de Claus Roxin:

[...] Por violência não se pode entender uma agressão mínima, porém somente a de alguma intensidade, assim como uma ameaça deve ser sensível para adentrar no marco da criminalidade⁵⁴.

Em tempo, o mesmo se diga, por exemplo, com relação ao crime de latrocínio, previsto no artigo 157, § 3º, inciso II, do Código Penal, eis que, considerando que a insignificância se reporta à ofensividade da conduta e não ao bem jurídico-penal em si, perfeitamente aperfeiçoável o seu reconhecimento em delitos complexos dessa natureza, com violação ao bem jurídico-penal vida, haja vista a baixa ofensividade se referir ao bem jurídico patrimônio, subsistindo, portanto, o interesse estatal na repressão e responsabilização penal pelo crime residual, qual seja, o homicídio.

5 Considerações finais

A sociedade pós-industrial, marcada pela globalização econômica e pela integração supranacional, constitui o paradigma nuclear da abordagem reflexiva da expansão do Direito Penal. Esta expansão, considerando que a função do Direito Penal diz com a proteção subsidiária de bens jurídicos, se entremostra não apenas no surgimento de novos bens jurídicos, mas também no tratamento hermenêutico mais rigoroso e inflexível pelo intérprete da norma penal, havendo uma relação de proximidade maior com a figura da vítima, sujeito passivo do delito, do que com o próprio autor, partindo-se da premissa de que a sociedade teria uma dívida com aquela, justamente por não ter sido capaz de obstar a submissão da mesma ao ato delitivo, remanescendo, então, a necessidade de reintegração da vítima, que

se corporificará com a penalização do autor do crime.

Nesse passo, o critério hermenêutico da insignificância não encontra grande resistência quando a análise se restringe aos crimes patrimoniais praticados sem violência ou grave ameaça, mas o mesmo não se pode dizer quando há uma pluralidade de bens jurídicos tutelados no âmbito de uma mesma conduta.

Não obstante, uma breve incursão dogmática já é bastante para demonstrar a insuficiência dos argumentos contrários ao reconhecimento da insignificância no âmbito dos crimes complexos, os quais se resumem à simples pluralidade de bens jurídicos. No entanto, tal dado, por si só, não é capaz de elidir a aplicação do critério da insignificância, uma vez que os bens jurídico-penais são dotados de autonomia, além de ser da própria natureza dos crimes complexos a possibilidade de decomposição da conduta, remanescendo delito residual, passível, esse sim, de imputação de responsabilidade penal.

Por fim, dentro de uma perspectiva garantista⁵⁵, tem-se por concretamente plausível que o critério hermenêutico da insignificância encontre reconhecimento em qualquer espécie de delito, inclusive no tocante aos crimes complexos, haja vista a sólida conformidade da construção dogmática estruturada.

⁵⁴ MEROLLI, Guilherme. *Fundamentos críticos de direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 353.

⁵⁵ O garantismo penal desenhado por Luigi Ferrajoli apresenta uma dupla chave: em um primeiro plano, a tutela da sociedade, via previsão de regras (máxima felicidade entre o maior número de pessoas), e, em um segundo quadro, havendo o cometimento de um crime, momento em que o Estado passa a dirigir sua violência contra o cidadão a quem se imputa tal prática, a proteção de tal indivíduo, que, nessa relação, passa a ser o mais débil.

Referências

- ARAGÃO, Antonio Moniz Sodré de. *As três escolas penais*. São Paulo: Freitas Bastos, 1955.
- ASÚA, Luís Jiménez. *Tratado de derecho penal: filosofia y lei penal*. Buenos Aires: Losada, 1950. v. 2.
- BETTIOL, Giuseppe; BETTIOL, Rodolfo. *Instituições de direito e processo penal*. 1. ed. Tradução de Amilcare Carletti. São Paulo: Pillares, 2008.
- BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Atlas, 2017. v. 1.
- CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.
- CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal*. Tradução de José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra. São Paulo: Saraiva, 1956. v. 1.
- CONDE, Francisco Muñoz. *Edmund Mezger e o Direito penal de seu tempo: estudos sobre o direito penal no nacional-socialismo*. São Paulo: Lumen Juris, 2005.
- FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio. A Aplicação dogmática do princípio da insignificância no crime de roubo. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM*, São Paulo, n. 217, p. 09, dez. 2010.
- GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 6. ed. São Paulo: Max Limonad, 1982. v. 1.
- HIRSCH, Hans Joachim. Acerca de la crítica al ‘finalismo’. Tradução de Eduardo Demetrio Crespo e Daniel R. Pastor. In: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, v. 58, p. 5-28, jan. 2005. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1994428>. Acesso em: 23 jun. 2019.
- JAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes e de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general*. 5. ed. Tradução de Miguel Olmedo Cadernete. Granada: Comares, 2002.
- KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. 2. ed. Tradução de Valerio Rohden e de Udo Baldur Moosburger. São Paulo: Abril Cultural, 1983.
- LIZST, Franz von. *Tratado de derecho penal*. 3. ed. Tradução de Quintiliano Saldaña. Madri: Reus, 1929. v. 1.
- LYRA, Roberto. *Novíssimas escolas penais*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956.
- MAÑAS, Carlos Vico. *O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. 1. ed. atual. Campinas: Bookseller, 1997. v. 1.
- MEROLLI, Guilherme. *Fundamentos críticos de direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- MIR, José Cerezo. *Curso de derecho penal español*. Madri: Tecnos, 1993.
- MONTERO, Pedro Dorado. *Bases para un nuevo derecho penal*. Buenos Aires: La Palma, 1973.

PINZÓN, Álvaro Orlando Pérez; LYNETT, Eduardo Montealegre (coord.). El funcionalismo em la sociología actual. In: *El Funcionalismo en derecho penal*: libro homenaje al professor Günther Jakobs. Colômbia: Universidad Externado de Colombia, 2003.

PUIG, Santiago Mir. *Introducción a las bases del derecho penal*: concepto y método. 2. ed. Coleção Maestros del Derecho Penal. Buenos Aires: Julio César Faira, 2003.

QUEIROZ, Paulo. *Direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofía del derecho*. 3. ed. Madri: Revista de Derecho Privado, 1952.

ROCCO, Arturo. *El problema y el método de la ciencia del derecho penal*. 3. ed. Bogotá: Temis, 1999.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. 2. ed. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general. Madri: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da pena*: conceito material de delito e sistema penal integral. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SCHUNEMANN, Bernd. *Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal*. In: *El sistema moderno de derecho penal*: cuestiones fundamentales. Tradução de Jesús Maria Silva Sánchez. Madri: Tecnos, 1991.

SMANIO, Gianpaolo Poggio; FABRETTI, Humberto Barrionuevo. *Introdução ao direito penal*: criminologia, princípios e cidadania. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal*: parte geral. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. v. 1.

WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*: uma introdução à doutrina da ação finalista. 4. ed. rev. atual. e amp. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 1981. v. 3.



Jurisprudência

Direito Administrativo



APELAÇÃO CÍVEL

0007718-26.2005.4.03.6120

Apelante: NATURAL RURAL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS ORGÂNICOS E BIOLÓGICOS LTDA - EPP

Apelada: UNIÃO FEDERAL

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 30/04/2021

EMENTA

AMBIENTAL. ANULAÇÃO DE AUTO DE INFRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE VÍCIOS. IRREGULARIDADE NA UTILIZAÇÃO DE AGROTÓXICO.

- NATURAL RURAL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS ORGANICOS E BIOLÓGICOS LTDA ajuizou a presente ação em face da UNIÃO, visando a anulação do auto de infração e imposição de multa contra ela lavrado e a suspensão liminar da multa imposta em fiscalização ocorrida em 04/08/2005. Alega que os produtos, objeto da autuação, não são agrotóxicos e que os mesmos estão em processo de certificação.

- A Constituição Federal consagrou o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental (art. 225, § 1º, I e V) e o elencou dentre os princípios da ordem econômica (art. 170, VI), inclusive, mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.

- O Código de Defesa do Consumidor protege o consumidor contra produtos que coloquem em risco sua segurança e, por conseguinte, sua saúde, integridade física, psíquica etc. Prevê, em seu art. 4º, o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como transparência e harmonia das relações de consumo. Segundo o art. 8º, os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores.

- A Lei nº 7.802/1989 (regulamentada pelo Decreto nº 4.074/2002) define agrotóxicos e afins como *“produtos e agentes de processos físicos, químicos ou biológicos, destinados ao uso nos setores de produção, no armazenamento e beneficiamento de produtos agrícolas, nas pastagens, na proteção de florestas, nativas ou plantadas, e de outros ecossistemas e de ambientes urbanos, hídricos e industriais, cuja finalidade seja alterar a composição da flora ou da fauna, a fim de preservá-las da ação danosa de seres vivos considerados nocivos”*, bem como *“as substâncias e produtos empregados como desfolhantes, dessecantes, estimuladores e inibidores de crescimento”*.

- O Decreto nº 4.074/2002 define como agente biológico de controle *“o organismo vivo, de ocorrência natural ou obtido por manipulação genética, introduzido no ambiente para controle de uma população ou de atividades biológicas de outro organismo vivo considerado nocivo”*.

- A Lei nº 7.802/1989 e o Decreto nº 4.074/2002 estabelecem que agrotóxicos e afins só poderão ser produzidos, manipulados, importados, exportados, comercializados e utilizados no território nacional se previamente registrados no órgão federal competente, atendidas as diretrizes e exigências dos órgãos responsáveis pelos setores de agricultura, saúde e meio ambiente.

- No caso, a empresa apelante foi atuada pela produção de agrotóxicos e afins sem registro no Ministério da Agricultura e Abastecimento (violação aos artigos 8º e 23, ambos, do Decreto nº 4.074). O conjunto probatório demonstrou, com clareza, as irregularidades que motivaram o auto de infração (auto nº 704-05 e termos de fiscalização números 701/05, 702/2005, 703/2005 e 704/2005, referentes aos produtos Metanat CE. Bovenat EF. Trichonat EF. e Trichonat CE.).
- Todos os produtos autuados são descritos como compostos de conídios ou metabólitos de fungos em suspensão oleosa concentrada composta de organismos vivos, de ocorrência natural, ou resíduos de ocorrência natural, que são introduzidos no ambiente através de métodos culturais biológicos, o que se enquadra perfeitamente nas definições da Lei nº 7.802/1989 e no Decreto nº 4.074/2002;
- O produto orgânico é destinado ao consumo humano o agrotóxico, não. Logo, se os produtos em questão não se destinam ao consumo humano, tentar justificar sua comercialização de acordo com o regime da Lei nº 10.831/03 é completamente equivocado.
- Por fim, como bem mencionado na r. sentença, *“não identifico qualquer violação da legalidade perpetrada pela autoridade administrativa, mormente em razão das especificidades do procedimento administrativo relativo as atividades agropecuárias, de agrotóxicos e afins”*.
- Apelação não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso de apelação, nos termos do voto da Des. Fed. MÔNICA NOBRE (Relatora), com quem votaram o Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e a Des. Fed. MARLI FERREIRA. Ausente, justificadamente, o Des. Fed. MARCELO SARAIVA, por motivo de férias. , nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta por NATURAL RURAL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS ORGÂNICOS E BIOLÓGICOS LTDA visando a reforma da r. sentença (doc. nº 102928005 – volume 2) que, em ação ordinária visando a anulação de auto de infração e imposição de multa, julgou improcedente o pedido.

Em seu recurso, a NATURAL RURAL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS ORGÂNICOS E BIOLÓGICOS LTDA sustenta, em síntese, que, por tratar-se de insumo biológico, o qual define como organismos vivos de ocorrência natural, que são introduzidos no ambiente para “manter o processo sustentável”, este se inseriria no conceito de sistema orgânico de produção agropecuária e industrial, por abrangência do art. 2º da Lei nº 10.831/2003. Afirma que o art. 8º, do Decreto 4.074/2002, seria inaplicável. Alega, também, a inépcia da autuação por lhe faltar os requisitos exigidos por lei.

Com contrarrazões, subiram os autos a este Egrégio Tribunal Regional Federal.

É o relatório.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

VOTO

NATURAL RURAL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS ORGÂNICOS E BIOLÓGICOS LTDA ajuizou a presente ação em face da UNIÃO, visando a anulação do auto de infração e imposição de multa contra ela lavrado e a suspensão liminar da multa imposta em fiscalização ocorrida em 04/08/2005. Alega que os produtos, objeto da autuação, não são agrotóxicos e que os mesmos estão em processo de certificação.

Pois bem.

Destaco, de imediato, que a Constituição Federal consagrou o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental (art. 225, § 1º, I e V) e o elencou dentre os princípios da ordem econômica (art. 170, VI), inclusive, mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.

Ressalto, também, que o Código de Defesa do Consumidor protege o consumidor contra produtos que coloquem em risco sua segurança e, por conseguinte, sua saúde, integridade física, psíquica etc. Prevê, em seu art. 4º, o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como transparência e harmonia das relações de consumo. Segundo o art. 8º, os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores.

Sobre a matéria tratada nesta ação, saliento que a Lei nº 7.802/1989 (regulamentada pelo Decreto nº 4.074/2002) define agrotóxicos e afins como *“produtos e agentes de processos físicos, químicos ou biológicos, destinados ao uso nos setores de produção, no armazenamento e beneficiamento de produtos agrícolas, nas pastagens, na proteção de florestas, nativas ou plantadas, e de outros ecossistemas e de ambientes urbanos, hídricos e industriais, cuja finalidade seja alterar a composição da flora ou da fauna, a fim de preservá-las da ação danosa de seres vivos considerados nocivos”*, bem como *“as substâncias e produtos empregados como desfolhantes, dessecantes, estimuladores e inibidores de crescimento”*.

Por sua vez, o Decreto nº 4.074/2002 define como agente biológico de controle *“o organismo vivo, de ocorrência natural ou obtido por manipulação genética, introduzido no ambiente para controle de uma população ou de atividades biológicas de outro organismo vivo considerado nocivo”*.

Ademais, a Lei nº 7.802/1989 e o Decreto nº 4.074/2002 estabelecem que agrotóxicos e afins só poderão ser produzidos, manipulados, importados, exportados, comercializados e utilizados no território nacional se previamente registrados no órgão federal competente, atendidas as diretrizes e exigências dos órgãos responsáveis pelos setores de agricultura, saúde e meio ambiente.

No caso, a empresa apelante foi atuada pela produção de agrotóxicos e afins sem registro no Ministério da Agricultura e Abastecimento (violação aos artigos 8º e 23, ambos, do Decreto nº 4.074). O conjunto probatório demonstrou, com clareza, as irregularidades que motivaram o auto de infração (auto nº 704-05 e termos de fiscalização números 701/05, 702/2005, 703/2005 e 704/2005, referentes aos produtos Metanat CE. Bovenat EF. Trichonat EF. e Trichonat CE.).

Todos os produtos autuados são descritos como compostos de conídios ou metabólitos de fungos em suspensão oleosa concentrada composta de organismos vivos, de ocorrência natural, ou resíduos de ocorrência natural, que são introduzidos no ambiente através de métodos culturais biológicos, o que se enquadra perfeitamente nas definições da Lei nº 7.802/1989 e no Decreto nº 4.074/2002;

Por fim, como bem mencionado na r. sentença, *“não identifico qualquer violação da legalidade perpetrada pela autoridade administrativa, mormente em razão das especificidades do procedimento administrativo relativo as atividades agropecuárias, de agrotóxicos e afins”*.

Assim, a r. sentença deve ser mantida.

Diante do exposto, *nego provimento* ao recurso de apelação interposto por NATURAL RURAL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS ORGÂNICOS E BIOLÓGICOS LTDA. Mantenho, na íntegra, a r. sentença.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0018569-87.2005.4.03.6100

Apelante: EMS S/A

Apelada: AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA - ANVISA

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/04/2021

ADMINISTRATIVO. AUTO DE INFRAÇÃO. ANVISA. MULTA POR INFRINGÊNCIA À LEGISLAÇÃO SANITÁRIA. ART. 10, V, DA LEI Nº 6.437/77. PROPAGANDA DE MEDICAMENTO. LEGITIMIDADE DA AUTUAÇÃO E DA MULTA.

1. A Agência Nacional de Vigilância Sanitária, autarquia de regime especial, criada pela Lei nº 9.782/99, tem por finalidade institucional promover a proteção da saúde da população, de modo que compete à ANVISA controlar, fiscalizar e acompanhar, sob o prisma da legislação sanitária, a propaganda e a publicidade de produtos submetidos ao regime de vigilância sanitária, dentre eles os medicamentos de venda livre, como no caso do produto comercializado pela apelante, Energil C.

2. Para regulamentar a publicidade de medicamentos, foi editada a Resolução RDC nº 102/00, ou seja, trata-se de ato normativo indicado por lei (art. 15, III, da Lei nº 9.782/99, que define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária e cria a ANVISA) para disciplinar a matéria, havendo, ainda, o respaldo específico do art. 58, § 2º, da Lei nº 6.360/76, acima transcrito.

3. Denota-se que a referida Resolução foi editada dentro dos limites legais, tratando-se de ato legítimo editado pela ANVISA, de modo que não prospera a alegação de inconstitucionalidade.

4. Conforme bem assentado pelo Juízo de piso, a apelante admitiu nos autos que não veiculou o número de registro do medicamento na ANVISA, bem como houve a utilização da frase pela apresentadora de TV “O importante é colocar vitamina C no organismo para ficar mais saudável e bonita”, de modo que houve perfeita subsunção às hipóteses do inciso X, do art. 10 e a alínea “a”, do art. 12 da Resolução RDC nº 102/00.

5. Não prospera a alegação de isenção de responsabilidade pelos elogios da apresentadora do programa televisivo às qualidades da vitamina C, uma vez que estes foram efetuados logo em seguida à promoção comercial do medicamento, tecendo elogios ao medicamento, numa evidente continuidade da atividade propagandística em que o apresentador empresta seu prestígio e imagem ao produto ofertado.

6. Em relação à reincidência, também como asseverado na r. sentença, o documento de fls. 86, noticia o pagamento dos débitos relativos ao Auto de Infração Sanitária nº 646/99, o que caracteriza a situação de reincidência genérica, razão pela qual a multa foi duplicada pela reincidência, tendo sido respeitados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

7. Restando configurada a infração aos dispositivos legais, não há que se falar em nulidade do auto de infração sanitária e da multa aplicada, razão pela qual a manutenção da r. sentença é medida que se impõe.

8. Apelo desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao apelo, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram o Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e a Des. Fed. MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de ação de rito ordinário ajuizada por EMS S/A em face da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, objetivando provimento jurisdicional para declarar nulo o Auto de Infração Sanitária nº 084/2002.

Sustenta a autora que teve contra si lavrado, em 06/03/2002, o Auto de Infração Sanitária nº 084/2002 GFIMP/GGIMP, no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), por ter veiculado, no dia 14/02/2002, propaganda do medicamento de venda livre “Energil C”, fórmula sem açúcar, Rose Hips e Tradicional, no programa Note e Anote, da emissora TV Record, sem fazer constar o número de registro dos referidos produtos, bem como por fazer relação direta do uso do medicamento à beleza de uma pessoa, fato que configura infração sanitária, tipificada no artigo 10, V da Lei nº 6.437/77.

Alega a inexistência de norma que obrigue a inclusão do número de registro nas propagandas de medicamentos de venda livre e que a vinculação do produto à beleza de seus consumidores foi de exclusiva responsabilidade da apresentadora do programa televisivo.

Aduz que a imposição de penalidade de multa de R\$ 20.000,00 é ato que não se coaduna com a legislação sanitária brasileira e que, quando de sua fixação, a penalidade de multa fora indevidamente fixada em dobro, considerando a Autora como reincidente, o que é inverídico, tendo em vista que discute judicialmente todos os autos de infração lavrados pela ré contra si, sem que haja trânsito em julgado em relação aos mesmos.

A ação foi distribuída por dependência à Medida Cautelar nº 2005.61.00.007571-0, que teve a liminar parcialmente deferida, para suspensão da exigibilidade do débito, mediante o depósito judicial da multa.

Por meio de sentença, o MM Juízo *a quo* julgou improcedente a ação, extinguindo o processo com resolução de mérito, com fulcro no artigo 269, I do CPC/73, condenando a autora ao pagamento das custas e honorários advocatícios fixados em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), nos termos do artigo 20, §4º do mesmo Diploma Legal (fls. 184/188).

Apela a autora, requerendo a reforma do julgado, alegando inconstitucionalidade da Resolução-RDC nº 102/2000, bem como ausência de violação ao parágrafo 2º do artigo 58 da Lei nº 6.360/76, ao argumento de que tal dispositivo possui caráter meramente informativo, inexistindo a imposição de qualquer dever legal pelo referido parágrafo. Sustenta que não houve violação ao inciso X do artigo 100 e a alínea “a” do artigo 12 da RDC nº 102/00, visto que tal norma é extremamente subjetiva, dependendo da própria interpretação conferida pelo agente regulador que, muitas vezes, equivoca-se, restando impossível a sua aplicação com base em análise objetiva e concreta. Por fim, alega o descabimento da fixação em dobro da multa, uma vez que não restou comprovada a reincidência da autora (fls. 194/210).

Com contrarrazões às fls. 217/226, os autos foram remetidos a esta E. Corte.

Os autos foram remetidos ao Ministério Público Federal retornando os autos a este Egrégio Tribunal Regional Federal sem pronunciamento sobre o mérito da causa.

É o relatório.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

VOTO

Trata-se de ação de anulação do Auto de Infração Sanitária nº 084/2002, lavrado pela Gerência de Controle e Fiscalização de Medicamentos e Produtos da ANVISA, ao argumento de não existir norma que obrigue a inclusão do número de registro nas propagandas de medicamentos de venda livre e que a vinculação do produto à beleza de seus consumidores teria sido de exclusiva responsabilidade de apresentadora de programa televisivo, sustentando, ainda, que a imposição de penalidade de multa de R\$20.000,00 (vinte mil reais) não se coadunaria com a legislação sanitária brasileira, e, por último, que a apelante não seria reincidente.

Consta do Auto de Infração nº 84/2002, carreado às fls. 33 dos autos, que a apelante foi autuada, nos seguintes termos:

(...) Verificamos que a empresa supracitada infringiu os seguintes dispositivos do art. 58, da Lei 6.360/76, c.c. o inciso X, do art. 10 e a alínea “a”, do art. a RDC 102/00, com a constatação das seguintes irregularidades: veicular propaganda do medicamento de venda livre Energil C, fórmula sem açúcar, rose hips e tradicional, no programa Note e Anote, da emissora TV Record, no dia 14/02/2002, sem fazer constar o número de registro dos referidos produtos, bem como relação direta do uso do medicamento à beleza de uma pessoa (a apresentadora Claudete Troiano, ao divulgar o produto, afirma que “O importante é colocar vitamina C no organismo para ficar mais saudável e bonita”. Todas essas irregularidades tipificadas no artigo 10, incisos V da Lei 6.437/77 (...)

Pois bem. A Agência Nacional de Vigilância Sanitária, autarquia de regime especial, criada pela Lei nº 9.782/99, tem por finalidade institucional promover a proteção da saúde da população, de modo que compete à ANVISA controlar, fiscalizar e acompanhar, sob o prisma da legislação sanitária, a propaganda e a publicidade de produtos submetidos ao regime de vigilância sanitária, dentre eles os medicamentos de venda livre, como no caso do produto comercializado pela apelante, Energil C.

A Lei nº 6.360/76, em seu art. 58, dispõe sobre a propaganda e divulgação dos produtos, sob regime da referida lei, *in verbis*:

Art. 58. A propaganda, sob qualquer forma de divulgação e meio de comunicação, dos produtos sob o regime desta Lei somente poderá ser promovida após autorização do Ministério da Saúde, conforme se dispuser em regulamento.

§ 1º - Quando se tratar de droga, medicamento ou qualquer outro produto com a exigência de venda sujeita a prescrição médica ou odontológica, a propaganda ficará restrita a publicações que se destinem exclusivamente à distribuição a médicos, cirurgiões-dentistas e farmacêuticos.

§ 2º - A propaganda dos medicamentos de venda livre, dos produtos dietéticos, dos saneantes domissanitários, de cosméticos e de produtos de higiene, será objeto de normas específicas a serem dispostas em regulamento. (grifei)

Para regulamentar a publicidade de medicamentos, foi editada a Resolução RDC nº 102/00, ou seja, trata-se de ato normativo indicado por lei (art. 15, III, da Lei nº 9.782/99, que define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária e cria a ANVISA) para disciplinar a matéria, havendo, ainda, o respaldo específico do art. 58, § 2º, da Lei nº 6.360/76, acima transcrito.

Assim, denota-se que a referida Resolução foi editada dentro dos limites legais, tratando-se de ato legítimo editado pela ANVISA, de modo que não prospera a alegação de inconstitucionalidade.

Nesse sentido, colaciono julgado:

ADMINISTRATIVO. O. PROCESSO CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. AUTO DE INFRAÇÃO. MULTA ADMINISTRATIVA. ANVISA. PROPAGANDA IRREGULAR DE MEDICAMENTOS. AUSÊNCIA DE NULIDADE. REGULARIDADE. INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO ADMINISTRATIVA. LEGALIDADE. RESPONSABILIDADE.

(...)

9. A autora foi autuada precipuamente por infração ao art. 10, V, da Lei nº 6.437/77 combinado com o art. 58, parágrafo 1º, da Lei nº 6.360/76, art. 15 do Decreto nº 2.018/96, e arts. 4º, I, 12, “a” e “b”, 13 e 14 da RDC nº 102/2000 e arts. 7º e 9º, parágrafo 3º, da Lei nº 9.294/96, por divulgar, em folheto promocional, encartado em jornal de grande circulação, dirigida ao público leigo, produtos e medicamentos, alguns sem registro na ANVISA, outros cuja venda exige prescrição médica, sem apresentar contraindicação ou sem incluir o número de registro, bem como ausente a advertência obrigatória “ao persistirem os sintomas, o médico deverá ser consultado” (fls. 48/50).

10. A apelante alega a prescrição administrativa, mas, para reconhecer isso, seria preciso que o referido processo administrativo sanitário tivesse ficado parado por três anos seguidos, conforme dispõe o parágrafo 1º do art. 1º da Lei nº 9.873/99, o que não ocorreu na hipótese em tela.

11. Compulsando os presentes autos, observa-se que o auto de infração foi lavrado em 2003, suficientemente motivado e fundamentado; a executada apresentou defesa naquele mesmo ano, a qual foi apreciada em 2005, tendo recorrido em 2006, cujo recurso foi julgado em 2007 e o débito inscrito em dívida ativa da União em 2008, após tentativas de cobrança administrativa, ou seja, extrajudicial (fls. 47/154), logo resta afastada a prescrição, até mesmo da execução fiscal que foi ajuizada em 2010, dentro do prazo quinquenal.

12. *É legítimo o ato expedido pela ANVISA, a Resolução RDC nº 102/2000, para regulamentar as propagandas publicitárias, a fim de proteger a saúde da população, atuando o órgão sanitário dentro do seu âmbito de discricionariedade inerente ao seu exercício de poder de polícia, sendo uma de suas atividades e competências, nos termos dos arts. 1º e 2º da Lei nº 9.782/99.*

13. A responsabilidade da embargante decorre do fato de ter concorrido para a prática da infração sanitária, ao divulgar a propaganda irregular em forma de encarte em jornal, de acordo com o art. 9º, parágrafo 3º, da Lei nº 9.294/96, que dispõe que “considera-se infrator, para os efeitos desta Lei, toda e qualquer pessoa natural ou jurídica que, de forma direta ou indireta, seja responsável pela divulgação da peça publicitária ou pelo respectivo veículo de comunicação”.

14. Não se conhece também do pedido de conversão da penalidade de multa em advertência, tendo em vista que essa questão não foi levantada na petição inicial dos presentes embargos do devedor, constituindo inovação da lide, vedada pela norma processual civil.

15. Apelação não provida.

(AC 00003434720124058100, Desembargador Federal Rogério Roberto Gonçalves de Abreu, TRF5 - Primeira Turma, DJE - Data::12/05/2016).

Ademais, conforme bem assentado pelo Juízo de piso, a apelante admitiu nos autos que não veiculou o número de registro do medicamento na ANVISA, bem como houve a utilização da frase pela apresentadora de TV “O importante é colocar vitamina C no organismo para ficar mais saudável e bonita”, de modo que houve perfeita subsunção às hipóteses do inciso X, do art. 10 e a alínea “a”, do art. 12 da Resolução RDC nº 102/00, abaixo transcritos:

Art. 10 Na propaganda, publicidade e promoção de medicamentos de venda sem exigência de prescrição é vedado:

(...)

X - usar de linguagem direta ou indireta relacionando o uso de medicamento ao desempenho físico, intelectual, emocional, sexual ou a beleza de uma pessoa, exceto quando forem propriedades aprovadas pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária;

(...)

Art. 12. A propaganda, publicidade e promoção de medicamento de venda sem exigência de prescrição deverão incluir, além das informações constantes no inciso I do artigo 3º desta regulamentação:

a) o nome comercial do medicamento; o número de registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária e o nome dos princípios ativos segundo a DCB e na sua falta a DCI;

Sobre o tema, colaciono julgado desta Turma:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO ANULATÓRIA. ANVISA. LEI Nº 6.330/76. PUBLICIDADE DE MEDICAMENTO. AUTO DE INFRAÇÃO. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE E LEGITIMIDADE. APELAÇÃO IMPROVIDA.

- A apelante requer a desconstituição da penalidade que lhe foi imposta em processo administrativo sanitário, sob o argumento de inexistência de infração às normas sanitárias concernentes à propaganda de medicamentos que fundamentaram a imposição da sanção.

- Ainda que a propaganda tenha como destinatários os profissionais de saúde, sendo o material utilizado para dar publicidade através de propagandistas, como alega a apelante, deve cumprir determinados requisitos.

- Além disso, o art. 4º, inciso X, da Resolução RDC nº 102/2000 é exigia o prévio registro na ANVISA das propriedades que autorizam a utilização de expressões, as quais sugerem ausência de efeitos colaterais ou adversos em medicamentos, não bastando para o caso concreto a simples menção de estudo clínico.

- A publicidade do produto da apelante (ID 102215380 - Pág. 28 /36) atenta contra as normais citadas e, em especial, a ausência de informações referentes aos riscos de seu manuseio, nos termos do art. 94, inc. VII, do Decreto nº 79.094/77.

- Quanto ao mais, o processo administrativo atendeu aos requisitos legais e constitucionais, garantindo a ampla defesa. E o auto de infração foi motivado, não atentando contra quaisquer direitos da autora. Precedentes desta Corte.

- Apelação improvida.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 0031764-71.2007.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 17/02/2021, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 25/02/2021)

Também não prospera a alegação de isenção de responsabilidade pelos elogios da apresentadora do programa televisivo às qualidade da vitamina C, uma vez que estes foram efetuados logo em seguida à promoção comercial do medicamento, tecendo elogios ao medicamento, numa evidente continuidade da atividade propagandística em que o apresentador empresta seu prestígio e imagem ao produto ofertado.

Por fim, em relação à reincidência, também como asseverado na r. sentença, o documento de fls. 86, noticia o pagamento dos débitos relativos ao Auto de Infração Sanitária nº 646/99, o que caracteriza a situação de reincidência genérica, razão pela qual a multa foi duplicada pela reincidência, tendo sido respeitados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Desta feita, restando configurada a infração aos dispositivos legais, não há que se falar em nulidade do auto de infração sanitária e da multa aplicada, razão pela qual a manutenção da r. sentença é medida que se impõe.

Ante o exposto, nego provimento ao apelo.

É como voto.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

APELAÇÃO CÍVEL

0000145-10.2013.4.03.6102

Apelante: MARCELO VOLKER MENEGHELLI

Apelado: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/04/2021

EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. SENTENÇA. NULIDADE. PREMISSE EQUIVOCADA. INOCORRÊNCIA. COMERCIALIZAÇÃO DE CARVÃO VEGETAL. MULTA IMPOSTA PELO IBAMA. IRREGULARIDADES APRESENTADAS NA 2ª VIA DA ATPF. CONDUTA REITERADA. AUTO DE INFRAÇÃO. LEGALIDADE. ARTIGOS 46 E 70 DA LEI 9.605/98 E DO ART. 32 DO DECRETO 3.719/99.

No caso concreto, a ausência da data de emissão na 2ª via da referida ATPF encaminhada ao IBAMA para fins de fiscalização não configura mero erro formal, dada a conduta reincidente do infrator, cuja irregularidade foi verificada em 10 autorizações, com idêntica origem e destinação, que geraram o auto de infração 340122-D, fato que também afasta a alegação de boa-fé.

Não prospera a alegação de a r. sentença monocrática adotou premissa equivocada ou alterou a causa de pedir, pois a par de não ter sido comprovada por meio de argumentos hábeis, não afrontou os limites objetivos da pretensão inicial, baseando-se nas provas constantes dos autos. Preliminar de nulidade afastada.

Não olvide, ainda, que não se está no campo das infrações penais, no qual dúvidas sobre a ocorrência da infração e da correta imputação dos fatos militam em favor do réu. Neste caso, o que se discute é a autuação administrativa que, realizada por servidores públicos no exercício de suas funções, está acobertada por presunção de legitimidade e veracidade que só pode ser afastada por prova robusta que convença do desacerto da imputação, inócurre na hipótese dos autos.

Nesse passo, a r. sentença monocrática deve ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos, eis que não desborda da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que *“A urgente necessidade de preservação das matas e florestas demanda um rígido controle sobre a extração do produto florestal. Por essa razão é que se passou a exigir para o transporte de madeira a licença para tal fim, denominada ATPF e criada pela Portaria n. 44-n/93, atualmente substituída pelo Documento de Origem Florestal -DOF”*. (REsp 1.330.188/MA, Rel. Min. DIVA MALERBI (Desembargadora Convocada TRF 3ª Região), DJe 23/05/2016).

Apelação improvida e pedido de tutela antecipada recursal prejudicada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu declarar prejudicado o pedido de tutela antecipada e negar provimento à apelação para o fim de manter a r. sentença monocrática, nos termos do voto da Des. Fed.

MARLI FERREIRA (Relatora), com quem votaram a Des. Fed. MÔNICA NOBRE e o Des. Fed. MARCELO SARAIVA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

RELATÓRIO

A Excelentíssima Senhora Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora):

Trata-se de recurso de apelação com pedido de tutela antecipada interposto da r. sentença que, em sede de ação anulatória ajuizada por MARCELO VOLKER MENEGHELLI contra o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, julgou improcedente o pedido que visa desconstituir o auto de infração nº 340.122-D e da respectiva multa, no valor de R\$146.000,00 (cento e quarenta e seis mil reais), pela comercialização de 729,411 mdc de carvão vegetal nativo sem licença válida, nos meses de março a junho de 2005, mediante a utilização indevida das Autorizações de Transportes de Produtos Florestais - ATPF de nºs 897.652, 898.440, 898.441, 898.442, 898.443, 898.444, 930.038, 930.039, 930.040 e 930.041. Em consequência condenou o autor nas custas processuais e honorários advocatícios fixados em R\$5.000,00 (cinco mil reais).

Sustenta o autor, em preliminar, a nulidade da sentença, ante a alegação de que teria se valido de premissas equivocadas, não se atentando às provas constantes dos autos, e ainda, em razão da modificação da causa de pedir.

No mérito, alega, que na condição de produtor rural, obteve em janeiro de 2005 autorização junto ao IBAMA de fazer uso alternativo do solo, com autorização expressa de promover o aproveitamento do material lenhoso, razão pela qual, em março de 2005, abriu uma empresa com atividade direcionada à produção de carvão vegetal, cujo transporte estava respaldado pela respectiva ATPF – Autorização para Transporte de Produto Florestal.

Aduz que, tendo encerrado suas atividades de produção de carvão vegetal, foi lavrado em 21/09/2006 pela Divisão de Controle e Fiscalização (DICOF), do IBAMA, o auto de infração nº 340122-D, por infração artigos 46, parágrafo único, e 70, ambos da Lei n. 9.605/98, bem como aos artigos 2º, inciso II, e 32, parágrafo único, do Decreto n. 3.179/99, em razão de vender 729,411 mdc de carvão vegetal nativo sem licença válida.

Anota o apelante que sofrera a autuação em razão da ausência de preenchimento do campo 19 (data de emissão), nas segundas vias das “Autorizações de Transportes de Produtos Florestais” números: 0930040; 0930041; 0898440; 0930038; 0930039; 0897652; 0898443; 0898444; 0898442; e 0898441, posteriormente, no entanto, ao transporte do produto vegetal.

Desse modo, defende que todo o carvão vegetal, transportado e comercializado pelo apelante estava acobertado pelas primeiras vias das ATPF's, que por sua vez, estavam vinculadas às respectivas notas fiscais de saída e de entrada do produto, motivo porque entende demonstrada a não ocorrência da infração ambiental apontada pelo agente de fiscalização do IBAMA.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte para julgamento.

No id 142794929 o apelante junta memoriais requerendo “*seja conhecido e provido o presente agravo, com vistas à reforma da decisão denegatória agravada, admitindo-se o Recurso Especial interposto pela Agravante e determinando-se seu processamento afim de que seja reconhecida a atipicidade da conduta infracional decorrente da ausência de data apenas na 2.ª via da ATPF em face das hipóteses legais previstas no parágrafo único dos*

artigos 32 do Decreto n. 3.179/99 e 46 da Lei n. 9.605/98, bem como, subsidiariamente, que os acórdãos recorridos são extra petita violaram os mencionados dispositivos legais e a jurisprudência da Corte Especial. QUE AS SENTENÇAS E ACÓRDÃOS SEJAM ANULADOS, DEVOLVENDO-SE OS AUTOS AO JUÍZO DE ORIGEM PARA NOVO JULGAMENTO”.

É o relatório.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

VOTO

A Excelentíssima Senhora Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora):

Preliminarmente, quanto aos memoriais juntados aos autos, esclareço que a par de confusos (haja vista o pedido neles formulado), a sentença recorrida, identificada no id 89886937 – p.2/9 – fls. 413/417, julgou IMPROCEDENTE o pedido, e não procedente como alega a recorrente.

Tenho que a apelante laborou em equívoco ao mencionar sentença de procedência, porquanto proferida nos autos do processo nº 0001451-48.2012.403.6102, cuja cópia encontra-se acostada no id 89886762-p.21/27; id 89886763 – p.1/2 (fls.19/27).

Desde logo ressalte-se que o presente recurso foi interposto antes da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, razão pela qual será apreciado de acordo com a forma prevista no CPC de 1973, “*com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*” (enunciado nº 2º do E. STJ).

Prejudicado o pedido de tutela antecipada.

Cinge-se a controvérsia sobre auto de infração lavrado pelo IBAMA em razão de preenchimento irregular das ATPF nºs 930040, 0930041, 0890440, 0930038, 0930039, 0897652, 0098443, 0098444, 0898442, 0898441.

Anote-se que a Autorização de Transporte de Produto Florestal (ATPF) foi substituído pelo atual DOF – Documento de Origem Florestal, feito exclusivamente por meio eletrônico.

À vista da r. sentença impugnada, embasada nas provas constantes dos autos, verifica-se que o magistrado de piso analisou com precisão a controvérsia, cujos termos adoto como razões de decidir:

“(…)

O autor insurge-se contra o Auto de Infração n. 340.122-D e da respectiva multa, no valor de R\$146.000,00 (cento e quarenta e seis mil reais), lavrados pelo IBAMA, pelo fato de comercializar 729,411 mdc de carvão vegetal nativo sem licença válida, nos meses de março a junho de 2005, mediante a utilização indevida de Autorizações de Transportes de Produtos Florestais - ATPF de nº 897.652, 898.440, 898.441, 898.442, 898.443, 898444, 930038, 930.039, 930.040 e 930.041 (v. auto de infração de fls. 29 e guia de recolhimento da multa de fls. 31). Os atos administrativos impugnados foram expedidos com fundamento no art. 46, parágrafo único, da Lei nº 9.605/98, no art. 32, parágrafo único, do Decreto nº 3.179/99; e no art. 1º da Portaria n. 44/93 do IBAMA, abaixo se transcreve:

Lei nº 9.605/98

Art. 46. Receber ou adquirir, para fins comerciais ou industriais, madeira, lenha, carvão e outros produtos de origem vegetal, sem exigir a exibição de licença do vendedor, outorgada pela autoridade competente, e sem munir-se da via que deverá acompanhar o produto até final beneficiamento:

Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa.

Decreto nº 3.179/99:

Art. 32. Receber ou adquirir, para fins comerciais ou industriais, madeira, lenha, carvão e outros produtos de origem vegetal, sem exigir a exibição de licença do vendedor, outorgada pela autoridade competente, e sem munir-se da via que deverá acompanhar o produto até final beneficiamento:

Multa simples de R\$ 10000 (cem reais) a R\$ 500,00 (quinhentos reais), por unidade, estéreo, quilo, mdc ou metro cúbico.

Portaria nº 44/93 do IBAMA (Regulamenta o procedimento e sistemática de autorização para transporte de produto florestal - ATPF):

Art. 1 - A ATPF, conforme modelo apresentado no anexo 1 da presente Portaria, representa a licença indispensável para o transporte de produto florestal de origem nativa, inclusive o carvão vegetal nativo.

Depreende-se dos preceitos legais supracitados que a ATPF é o único meio pelo qual se obtém autorização para o transporte de produto florestal, de modo que não há qualquer possibilidade ao empreendedor da comercialização do produto florestal deixar de preencher os campos necessários, como a data da emissão (campo 19) no caso concreto, para o fim de não se criar óbices à atividade fiscalizatória do IBAMA.

Por isso, compreendemos que a ausência de preenchimento da data de emissão da ATPF (campo 19) não constitui mera irregularidade formal, como defendido pelo autor, porque a integralidade do preenchimento tem como finalidade atestar a compatibilidade do produto florestal transportado e, notadamente, evitar a proliferação de fraudes consistentes na utilização da mesma ATPF para o transporte indiscriminado de produtos florestais.

Não se olvida que no âmbito jurisprudencial, seja nos Tribunais Regionais Federais ou no próprio Superior Tribunal de Justiça, que existem diversos precedentes sustentando que o erro meramente formal no preenchimento da ATPF não daria ensejo à aplicação da sanção administrativa. No entanto, o caso vertente possui peculiaridades que nos permite compreender que os referidos precedentes não podem ser aplicados aqui.

O auto de infração hostilizado diz respeito não a 1 (uma), 2 (duas) ou 3 (três) ATPFs, o que poderia nos levar à conclusão que, de fato, tratar-se-ia de uma mera irregularidade procedimental. O caso em debate refere-se a 10 (dez) ATPFs (n. 897.652, 898.440, 898.441, 898.442, 898.443, 898.444, 930.038, 930.039, 930.040 e 930.041), expedidas durante um prazo de 4 (quatro) meses, ou seja, no período de março a junho de 2005 (v. fls. 78/109 e 406/411).

Não nos parece crível que o autor, produtor rural experimentado na comercialização de carvão vegetal, pudesse por 10 (dez) vezes, e, por um longo espaço de tempo, ou seja, 4 (quatro) meses, deixar de preencher a data de emissão das ATPFs (campo 19) por mero erro procedimental, notadamente quando conhecedor das implicações administrativas, civis ou até mesmo penais a que estava sujeito.

Ademais, a análise detida dos documentos juntados aos autos permite depreender que das 10 (dez) ATPFs impugnadas pelo IBAMA, 7 (sete) encontravam-se com o campo data de emissão preenchidos à mão enquanto os demais campos estavam preenchidos de forma mecânica (v. fls. 76, 82, 86, 90, 98, 102 e 106), enquanto as outras 3 (três) sequer o campo data de emissão se encontrava preenchido (v. fls. 94, 406 e 409).

Anotamos ainda a observação trazida à baila pelo IBAMA em sua contestação quando informou que as 2 vias sujeitavam-se ao preenchimento com papel carbono, conforme se transcreve: Fls. 131/1 32:

‘...

Ademais, é de se estranhar o não preenchimento da data na 2ª via, a qual, tal como o papel carbono, se encontra anexada à 1ª via e é preenchida concomitantemente com esta. Como se pode falar em erro, quando as vias devem ser preenchidas ao mesmo tempo, porque anexadas uma a outra.

É possível isso? É possível esquecer-se de preencher, na 2ª via, informação de suma relevância para se evitar que haja o uso de uma mesma ATPF, para o transporte de várias cargas.' Então, fazemos a seguinte pergunta: Por que o autor preenchia os campos das ATPFs de forma mecanizada e deixava apenas o campo da data de emissão para ser preenchido à mão, considerando que as notas fiscais de saída do carvão vegetal continham as datas da operação de venda?

Em que pese sustente que o preenchimento das 1ª vias das ATPFs se dava apenas por ocasião da saída do produto, essa resposta não nos convence, na medida que os documentos acostados aos autos (v. fls. 78, 82, 86, 90, 94, 98, 102, 106, 406 e 409) permitem verificar que, de um lado, temos aquelas ATPFs com data de emissão preenchida à mão e fiscalizadas pelo órgão estadual e, de outro, temos aquelas cujo campo de data de emissão não se encontrava preenchido e tão pouco fiscalizadas pelo órgão estadual.

Ora, a conclusão a que chegamos é que o campo data de emissão nas 1ª vias das ATPFs somente eram preenchidos quando os veículos que transportavam o carvão vegetal eram parados pela fiscalização. Assim, como as 1ª vias das ATPFs já estavam destacadas, as respectivas 2ª vias não podiam ser preenchidas concomitantemente, sob pena de restar flagrante o descompasso entre as grafias, razão pela qual elas eram apresentadas com o campo 19 em branco na prestação de contas ao IBAMA.

Nessa linha de raciocínio, a argumentação do autor que ATPFs vincularam-se às notas fiscais de saída, emitidas pelo autor, e às notas fiscais de entrada, emitidas pelo destinatário, sendo que nestas últimas constavam, além dos números das ATPFs, o número da nota fiscal de saída e a data de sua emissão, não nos convence da regularidade das operações comerciais após a análise aprofundada das provas colacionadas aos autos, de modo que a conclusão a que chegamos é que não se tratou de um caso único, isolado e acidental, mas de uma prática comercial consciente e reiterada, de modo a elidir a presunção de boa-fé objetiva em favor do autor.

Por fim, não favorece ao autor a alegação que durante o transporte do carvão vegetal as ATPFs foram apresentadas à fiscalização e nenhuma irregularidade foi apontada, de modo que não poderia ser autuado quando apresentou as 2ª vias na prestação de contas ao IBAMA.

Ora, a Lei nº 6.938/81, que criou o Sistema Nacional do Meio Ambiente, caracterizado pela articulação e cooperação entre os órgãos ambientais atuantes em todas as esferas da Administração Pública, atribuiu competência comum de todos os órgãos ambientais para o exercício do poder de polícia, de modo que não há qualquer óbice ao IBAMA em promover a fiscalização sobre a prestação de contas oferecida pelo autor. Vale dizer, o ato do produto florestal ter sido o objeto de fiscalização por órgãos estaduais durante o transporte não impede, nem tampouco vincula, a fiscalização da autarquia federal. No campo ambiental, não há que se falar em vedação ao 'bis in idem' de fiscalização, notadamente quando o IBAMA detecta irregularidades como as que culminaram na lavratura do auto de infração e da multa em desfavor do requerente.

Por sua vez, o art. 2º da Lei nº 7.735/89 estabelece a competência do IBAMA para: (I) exercer o poder de polícia ambiental; (II) executar ações das políticas nacionais de meio ambiente, referentes às atribuições federais, relativas ao licenciamento ambiental, ao controle da qualidade ambiental, à autorização de uso dos recursos naturais e à fiscalização, monitoramento e controle ambiental, observadas as diretrizes emanadas do Ministério do Meio Ambiente; e (III) executar as ações supletivas de competência da União, de conformidade com a legislação ambiental vigente. Cumpre observar, ainda, que o §3º do art. 10 da Lei nº 6.938/81 define a competência do IBAMA para fiscalizar atividades potencialmente causadoras de impacto sobre o meio ambiente. Logo, na qualidade de órgão responsável pelo controle e fiscalização de atividades lesivas ao meio ambiente, detém o IBAMA competência para fiscalizar, restringir e condicionar atividades de particulares, visando à prevenção de danos ambientais e conservação dos recursos naturais, bem como impor sanções administrativas.

DISPOSITIVO

Diante do exposto, JULGO IMPROCEDENTES OS PEDIDOS, nos termos do artigo 269, inciso 1, do Código de Processo Civil.

Responderá o autor por custas processuais e honorários advocatícios que fixo, moderadamente, em R\$5.000,00, nos termos do srI. 20 do CPC.

(...)"

Em seguida essa sentença foi integrada pela decisão id 89886938, p.6/12, nos seguintes termos:

"(...)

No que tange à alegação de obscuridade e contradição, na medida que a sentença ora fez menção às 1^{as} (primeiras) vias das Autorizações de Transportes de Produtos Florestais - ATPF (que não foram autuadas pelo IBAMA), ora fez menção às 2^a (segundas) vias, de modo a se contradizer e não deixar clara a fundamentação da sentença, compreendemos que não assiste razão ao embargante.

A lide posta em debate diz respeito à validade ou não da licença para o transporte de produto florestal. A ATPF somente se perfaz mediante a composição das duas vias. São como duas faces da mesma moeda. Não há como separá-las do ponto de vista jurídico. Qualquer irregularidade em uma das vias macula a licença por completo. É por isso que ao constatar ausência no preenchimento da data de emissão (Campo 19) das 2 (segundas) vias das ATPFs, o IBAMA autuou o embargante por falta de licença válida para o transporte de produto florestal. Portanto, a autarquia utilizou as 2 (segundas) vias como instrumento de fiscalização e controle, mas a autuação foi efetuada sobre a licença para o transporte de produtos florestais. Com esse raciocínio a autarquia reputou que o transporte do carvão vegetal foi efetuado sem licença válida. Assim, toda a análise efetuada levou em consideração a primeira e a segunda vias das ATPFs de uma maneira global.

Portanto, não houve qualquer obscuridade ou omissão na sentença por fazer menção ora 1^a (primeira) via da ATPF, ora à 2^a (segunda) via.

2. Da análise do pedido formulado na petição inicial

Quanto à alegação que a sentença não abordou se a ausência do preenchimento da data de emissão (Campo 19) das 2^a (segundas) vias das autorizações para transporte de produtos florestais (ATPFs) justificaria a imposição da multa aplicada pelo IBAMA e, por conseguinte, se o referido erro procedimental seria capaz de invalidar a licença para a venda de carvão vegetal, observamos que também não assiste razão ao embargante.

Com fundamento no artigo 46, parágrafo único, da Lei nº 9.605/98, no artigo 32, parágrafo único, do Decreto nº 3.179/99 e no artigo 1º da Portaria nº 44/93, devidamente transcritos na sentença às fis. 414/415, restou consignado que: '... a ausência de preenchimento da data de emissão da ATPF (Campo 19) não constitui mera irregularidade, como defendido pelo autor, porque a integralidade do preenchimento tem como finalidade atestar a compatibilidade do produto florestal transportado e, notadamente, evitar a proliferação de fraudes consistentes na utilização da mesma ATPF para o transporte indiscriminado de produtos florestais' (v. terceiro parágrafo de fls. 415 verso).

Da interpretação dos dispositivos legais e infralegais concluiu-se que a ausência do preenchimento da data da emissão da ATPF (Campo 19) era um dado essencial e não uma mera formalidade, sendo que a inobservância maculava a validade de licença para o transporte de produto florestal.

Esse entendimento é uma decorrência do próprio compromisso constitucional previsto no artigo 225, *caput*, da Constituição que impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de defender o meio ambiente ecologicamente equilibrado e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.]

Por isso, é necessário maior rigor com os procedimentos adotados para o transporte de produtos florestais. Com o crescente desmatamento das florestas no Brasil, o preenchimento de ATPF com todos os campos, sem emendas, rasuras e dentro do prazo de validade, além de facilitar a fiscalização e o controle do transporte de produtos florestais, evita danos irreversíveis ao meio ambiente.

Essa foi a razão apresentada pelo IBAMA para confirmar a manutenção da autuação no âmbito administrativo, consoante se verifica do parecer de fls. 44/46 da lavra da Procuradora Federal, Giselly Cristhine Ramalho Farias Jurema, conforme o excerto que se transcreve (v. fls. 45): 'A alegação do autuado que a ausência de preenchimento do campo 19 (dezenove) na segunda via do produtor, referente à ATPF expedida, não caracteriza conduta ou atividade lesiva ao meio ambiente, não procede, uma vez que a ATPF para ter validade sob o ponto de vista formal, deve ter todos os seus campos devidamente preenchidos, a fim de se evitar a ocorrência de fraudes, mediante o transporte de inúmeras cargas com uma única autorização'.

Ora, a sentença demonstrou que o embargante incorreu na falta de preenchimento na data de emissão da ATPF (Campo 19) não uma única vez, de forma isolada, acidental e ocasional. Apurou-se da análise das ATPFs (v. fls. 78/109 e 406/411) e do próprio auto de infração 340.112-D (v. fls. 29) que por 10 (dez) vezes foram preenchidas ATPFs de forma irregular, consoante se transcreve do primeiro parágrafo de fls. 415: 'O auto de infração hostilizado diz respeito não a 1 (uma), 2 (duas) ou 3 (três) ATPFs, o que poderia nos levar à conclusão que, de fato, tratar-se-ia de uma mera irregularidade procedimental. O caso em debate refere-se a 10 (dez) ATPFs (nº 897.652, 898.440, 898.441, 898.442, 898.443, 898.444, 930.038, 930.039, 930.040 e 930.041), expedidas durante um prazo de 4 (quatro) meses, ou seja, no período de março a junho de 2005 (v. fls. 78/109 e 406/411)'.

Em suma, não assiste razão ao embargante quanto a alegação de ausência de análise do pedido formulado na petição inicial.

3. Da condição de produtor rural experimentado na comercialização de carvão vegetal

No caso em debate, embora se possa afastar a condição de produtor rural experimentado na comercialização de carvão vegetal, tendo em vista que o embargante obteve autorização para o desmatamento junto ao IBAMA em 24.01.2005, a abertura da 'empresa' para tal fim ocorreu em 14.03.2005 e a autuação diga respeito ao período de março a junho do mesmo ano (fls. 175 e 202), tal condição ainda assim não o eximiria do dever do cumprimento de obrigação legal. A sentença, às fls. 414 verso primeiro parágrafo, deixou consignado que a ATPF era o único meio pelo qual se obteria autorização para o transporte de produto florestal, razão pela qual não havia qualquer possibilidade ao empreendedor de deixar de cumprir seu dever legal de correto e completo preenchimento das ATPFs.

Nesse sentido, os preceitos normativos do artigo 46, parágrafo único, da Lei nº 9.605/98, do artigo 32, parágrafo único, do Decreto nº 3.179/99 e do artigo 1º da Portaria nº 44/93 determinavam o correto preenchimento das ATPFs, com todos os campos a ela inerentes, sem emendas, rasuras e dentro do prazo de validade, tanto nas 1º (primeiras) quanto nas 2º (segundas) vias. Portanto, ainda assim não nos parece ser acreditável que o embargante tenha cometido um equívoco dessa natureza: simplesmente esquecer de preencher a data de emissão da ATPF (Campo 19) em 10 (dez) operações comerciais, por um período de 4 (quatro) meses, notadamente porque não poderia desprezar as implicações administrativas, civis e penais a que estaria sujeito.

Ora, não se sustenta que eventual falta de conhecimento escusaria o embargante do preenchimento correto das ATPFs, pois a ninguém é possível alegar descumprimento das leis e dos regulamentos inerentes às atividades comerciais que desenvolve sustentando que os desconhece, especialmente aquelas normas que dizem respeito à proteção ambiental, nos termos do artigo 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

4. Do preenchimento mecanizado de parte das ATPFs pelo IBAMA através de 2 (duas) vias impressas

A ausência da data de emissão das ATPFs (Campo 19) resta-nos mais incompreensível porque o próprio embargante acabou demonstrando que a grande parte dos campos a serem preenchidos eram efetuados de forma mecanizada pelo próprio IBAMA, em 2 (duas) vias impressas e não através de papel-carbono como constou na sentença, de modo que a obrigação legal de complementar o preenchimento restringia-se a poucos campos.

Essa situação tática aponta-nos não ser razoável que ocorrências dessa natureza tenham se tornado comum nas operações de venda de carvão vegetal do embargante, principalmente porque as 2 (duas) vias das ATPFs deveriam ser preenchidas no mesmo momento, quase que concomitantemente, pois a legislação de regência não atribuía ao recorrente a oportunidade e a conveniência de preencher as 2ª (segundas) vias posteriormente, principalmente porque deveriam ser apresentadas ao IBAMA para fiscalização e controle, nos termos do artigo 8º da Portaria nº 44/1993.

5. Do momento do preenchimento das 1ª (primeira) vias das ATPFs.

Ressaltamos que não se desconhece a posição jurisprudencial dos Tribunais Regionais Federais ou do próprio Superior Tribunal de Justiça, cujos diversos precedentes se posicionam no sentido de que a ausência do preenchimento da data de emissão da ATPF (Campo 19) seria um erro meramente formal e, por conseguinte, não daria ensejo à sanção administrativa de multa. No entanto, é possível apontar ainda outras irregularidades no preenchimento das referidas ATPFs, notadamente a utilização de duas licenças com os prazos de validade expirados e rasuras no campo de nº 17, referente à identificação do documento fiscal inerente ao produto florestal transportado, conforme abaixo se transcreve:

- a) ATPF nº 897.652 encontra-se rasurada no Campo 17- Nº DOC. FISCAL (v. fls. 94/97);
- b) ATPF nº 898.440 encontra-se rasurada no Campo 17 - Nº DOC FISCAL - e foi utilizada fora do prazo de validade (v. fls. 86/89);
- c) ATPF nº 898.441 encontra-se rasurada no Campo 17- Nº DOC FISCAL (v. fls. 406/408);
- d) ATPF nº 898.442 encontra-se rasurada no Campo 17 - Nº DOC. FISCAL (v. fls. 106/109);
- e) ATPF nº 930.039 encontra-se rasurada no Campo 17 - Nº DOC. FISCAL (v. fls. 90/93);
- f) ATPF nº 930.041 foi utilizada fora do prazo de validade (v. fls. 82185).

Dessa forma, em que pese as ponderações constantes na sentença às fls. 415, penúltimo parágrafo, onde se afirmou que as 1ª (primeiras) vias das ATPFs eram preenchidas no momento da fiscalização, e, por isso, as 2ª (segundas) vias já não mais poderiam ser preenchidas, sob pena de demonstrar o descompasso entre as grafias, melhor refletindo sobre os pontos ora impugnados chegamos à conclusão que assiste razão ao embargante devido à ausência de elementos nos autos que nos permitam concluir o momento exato do preenchimento das 1ª (primeiras) vias das ATPFs.

No entanto, as características do caso vertente - onde restou comprovado a ausência do preenchimento de 10 (dez) ATPFs no campo denominado na data de emissão (Campo 19), além de rasuras e expiração do prazo de validade de 2 (duas) outras licenças - são suficientes para demonstrar que não se tratou de uma situação ocasional, acidental ou casual, a configurar um mero erro procedimental, de modo que, em nosso sentir, não verificamos como acolher a tese proposta na petição inicial que ocorreu um erro de mera formalidade.

6. Provisoriamente da antecipação da tutela

Sopesadas a inicial, a contestação, a réplica, os embargos declaratórios, em conjunto com os documentos acostados aos autos, não há como se prender para o julgamento do processo unicamente aos argumentos e às provas utilizados inicialmente para a concessão de antecipação de tutela.

O juiz sentenciante, em prestígio ao contraditório e a ampla defesa, há de levar em conta todos os argumentos e documentos produzidos pelas partes durante a tramitação processual. Ora, não há como vincular a sentença exclusivamente aos argumentos que levaram à concessão da antecipação de tutela, que tem caráter provisório e inclusive foi suspensa por força da decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região (v. fls. 369/372), sob pena

de violação ao direito fundamental assegurado a ambas as partes de produzir provas e poder influenciar no juízo de valor a ser realizado pelo magistrado quando do julgamento da causa.

7. Considerações finais

Em suma, à luz dos argumentos expostos no julgamento destes embargos declaratórios, que reconsideram as afirmativas lançadas na sentença quanto à condição de produtor rural experimentado na comercialização de carvão vegetal, o preenchimento através de papel carbono das vias das ATPFs e o momento do preenchimento das 10 (primeiras) vias das referidas licenças (conforme apontados nos itens 3, 4 e 5 supra deste embargos declaratórios), não vislumbramos, entretanto, razão para alterar o julgamento, posto que os argumentos lançados tanto na sentença quanto nestes embargos ainda nos convencem da improcedência do pedido. (...)"

Bem de se ver pois, que a r. sentença esgotou a apreciação da matéria para, além de declinar os motivos pelos quais entendeu por manter o auto de infração, enfrentou todas as alegações vertidas na inicial, ora reprisadas no apelo.

A decisão atacada expôs, de forma objetiva e percuciente, as razões de fato e de direito que levaram seu prolator a alcançar o resultado anunciado.

Assim, não prospera a alegação de a r. sentença monocrática adotou premissa equivocada ou alterou a causa de pedir, sobretudo porque não afrontou os limites objetivos da pretensão inicial, baseando-se nas provas constantes dos autos.

Com efeito, o apelante não apresentou argumentos hábeis a demonstrar que o pronunciamento judicial guerreado baseou-se em premissa equivocada que contrariou os elementos dos autos.

Portanto, ausentes tanto a alegada premissa equivocada como quaisquer outros vícios.

De todo modo, como bem fundamentou o d. Juízo *a quo* a alegação de que o preenchimento incorreto do ATPF configuraria mera irregularidade formal resta afastada pela conduta reiterada do apelante, denotando por parte desse uma postura lesiva ao meio ambiente, porque, em última análise, descumpriu medida necessária à preservação da degradação ambiental.

Não olvide, ainda, que não se está no campo das infrações penais, no qual dúvidas sobre a ocorrência da infração e da correta imputação dos fatos militam em favor do réu.

Neste caso, o que se discute é a autuação administrativa que, realizada por servidores públicos no exercício de suas funções, está acobertada por presunção de legitimidade e veracidade que só pode ser afastada por prova robusta que convença do desacerto da imputação.

Portanto, ainda que hipoteticamente pudesse se admitir as argumentações do apelante quanto ao preenchimento das autorizações de transporte, tais argumentos não bastam para desmerecer o ato administrativo, os quais gozam de presunção de legitimidade e de veracidade.

Nesse passo, a r. sentença monocrática deve ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos, eis que não desborda da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que *"A urgente necessidade de preservação das matas e florestas demanda um rígido controle sobre a extração do produto florestal. Por essa razão é que se passou a exigir para o transporte de madeira a licença para tal fim, denominada ATPF e criada pela Portaria n. 44-n/93, atualmente substituída pelo Documento de Origem Florestal -DOF"*. (Resp 1.330.188/MA, Rel. Min. DIVA MALERBI (Desembargadora Convocada TRF 3ª Região), DJe 23/05/2016).

E deste Tribunal, inclusive em acórdão no qual figura o mesmo apelante, de relatoria do e. Desemb. Federal JOHONSON DI SALVO, adiante transcrito:

“APELAÇÃO EM AÇÃO ORDINÁRIA. AMBIENTAL. MULTA IMPOSTA PELO IBAMA COMO CONSEQUÊNCIA DE INFRAÇÃO POR IRREGULARIDADES APRESENTADAS NA 2ª VIA DA ATPF. ILICITUDE DE COMPORTAMENTO DEMONSTRADA PELA PROVA DOS AUTOS, INDICATIVA DE QUE O AUTOR PERSEVERA NA PRÁTICA DE FRAUDES PARA ACOBERTAR INFRAÇÕES À LEGISLAÇÃO AMBIENTAL (VENDA DE CARVÃO PARA USINA SIDERÚRGICA). MULTA BEM APLICADA, NOS TERMOS DOS ARTS. 46 E 70 DA LEI 9.605/98 E DO ART. 32 DO DECRETO 3.719/99. RECURSO PROVIDO PARA JULGAR IMPROCEDENTE O PLEITO AUTURAL, COM INVERSÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS.

1. O autor trouxe aos autos a 1ª via da ATPF, onde resta identificada a origem e o destino do carvão vegetal, sua quantidade, a nota fiscal emitida, e a data de sua emissão - 04.06.05, dados correspondentes à nota fiscal emitida quando da venda do produto e de sua entrada na empresa siderúrgica.
2. Aparentemente a ausência da data de emissão na 2ª via da referida ATPF, encaminhada ao IBAMA para fins de fiscalização, reveste-se de mero erro formal, não subsistindo a configuração de conduta infracional. Porém, como apontado pela autarquia, a irregularidade não se resumiu à ATPF 0930046, havendo outras 10 autorizações também com a 2ª via sem o devido preenchimento, com idêntica origem e destinação, que geraram o auto de infração 340122-D. Todas se referem ao transporte de carvão vegetal procedente da Fazenda Jaó para a Itasider Usina Siderúrgica Itaminas, com assinatura do responsável pela empresa acostada em cada ATPF. O fato indica que o envio de autorizações sem a plena identificação dos dados para efeito de controle é conduta reiterada pelo autor para perpetrar fraudes contra a proteção ambiental, destinadas a iludir a fiscalização, restando afastada à luz das provas documentais escusabilidade que poderia ter um erro formal isolado.
3. O pedido de cancelamento de parte das autorizações objeto do auto de infração 340122-D não afeta o entendimento aqui exposto, porquanto: a emissão da ATPF pressupõe o transporte do produto florestal; e mantidas as irregularidades perante as demais autorizações também consideradas irregulares, como as ATPF's 0930040 e 0930041, que constam na ficha de controle mensal do mês de junho de 2005.
4. Subsistente a multa ora impugnada e sucumbente o autor, resta condenado ao pagamento de custas judiciais e fica invertida a sucumbência quanto aos honorários advocatícios.”
(AC 0001451-48.2012.4.03.6102/SP, Rel. Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO, DJF 3 27/09/2017)

“ADMINISTRATIVO. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA AMBIENTAL. NÃO PREENCHIMENTO DOS CAMPOS 17 E 19 DA ATPF TRANSPORTE DE CARVÃO VEGETAL NATIVO. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. PENA DE MULTA. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.

1. A conduta da apelante foi tipificada dos artigos 70 c.c art.46, § único da Lei Federal nº 9.605/98, artigos 2º II e VI c.c art.32, § único do Decreto nº 3 179/99 e na Portaria Federal nº44 -N/93 do IBAMA.
2. Da leitura do processo administrativo, verifica-se que a apelante foi notificada em 15.12.2003 acerca do auto de infração, conforme AR de fls. 20v, começando a partir daí sua contagem do prazo prescricional, que nesse caso é de quatro anos, visto que o fato objeto da ação punitiva da Administração também constitui crime e nesse caso a prescrição se rege pelo prazo previsto na lei penal, nos termos do §2º do art. 1º da Lei nº 9.873/99.
3. Verifica-se que o IBAMA teria até 14/12/2003 para proferir a decisão final, levando-se em conta o prazo de 4 anos para a prescrição e tendo sido intimada a recorrente da decisão definitiva deste processo administrativo em 05/12/2007, não há que se falar em ocorrência da prescrição.
4. O auto de infração ambiental contra ela lavrado não tem natureza penal, mas sim, administrativa, razão pela qual não há que se falar em nulidade.

5. O documento apresentado não preenchia os requisitos de validade a que se refere o parágrafo único do art. 32 do Decreto nº 3.179/99. Verifica-se que o fato gerador da autuação decorreu do não preenchimento dos campos 17 e 19 da ATPF e esses campos referem-se à data de emissão e número da nota fiscal, o seu não preenchimento possibilita novo transporte de carga sem autorização, o que possibilita a utilização do mesmo documento para mais de um carregamento.

6. É certo que o preenchimento da ATPF é obrigatório e imprescindível para evitar qualquer fraude, sendo que a finalidade da Autorização é o controle efetivo da exploração de produtos florestais que só é possível se cada ATPF só for utilizada para a carga que foi autorizada, por isso a importância de preenchimento de todos os seus campos.

7. Considerando que conduta do autuado foi devidamente enquadrada e o auto de infração encontra-se formalmente perfeito, não havendo qualquer vício ou nulidade que o macule, mister a manutenção da r. sentença.

8. O *quantum* fixado no primeiro grau relativamente aos honorários advocatícios encontra proporcionalidade entre a remuneração e o trabalho visível feito pelo advogado, levando em consideração a natureza da demanda, não se mostrando exorbitante.

9. Apelo desprovido.”

(AC 0005375-24.2008.4.03.6000, Rel. Desembargador Federal MARCELO MESQUITA SARAIVA, DJF3 08/07/2020)

Ante o exposto, declaro prejudicado o pedido de tutela antecipada e nego provimento à apelação para o fim de manter a r. sentença monocrática.

É como voto.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL

0000431-51.2014.4.03.6005

Apelante: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS

Apelado: RODRIGO DOMINGUES VALIM FILHO

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 30/04/2021

EMENTA

ADMINISTRATIVO. DESMATAMENTO DE IMÓVEL RURAL SEM AUTORIZAÇÃO DO ÓRGÃO AMBIENTAL COMPETENTE. AUTO DE INFRAÇÃO. TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA. “BIS IN IDEM”. CONFIGURADO. DUPLA PUNIÇÃO NA ESFERA ADMINISTRATIVA POR ÓRGÃOS DISTINTOS. IMPOSSIBILIDADE. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. Trata-se de ação ajuizada com o fito de obter a anulação do processo administrativo nº 50007.001035/06-42, oriundo do auto de infração nº 434911-D, lavrado contra o autor em decorrência da suposta prática de infração ambiental.

2. O autor foi autuado pela 4ª Companhia de Polícia Militar Ambiental de Bonito/MS, por estar desmatando parte de seu imóvel rural localizado na cidade de Caracol/MS, sem a devida autorização do órgão competente, tendo toda a documentação sido encaminhada para o Ministério Público estadual para a adoção das providências necessárias.

3. No caso *sub judice*, verifica-se que o autor firmou o TAC perante o Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, no dia 09.04.2007, se obrigando a promover, no prazo máximo de 60 dias, a contar da assinatura do Termo, o plantio de 200 (duzentas) mudas das espécies aroeira, ipê ou angico, sem prejuízo do isolamento da área replantada, mediante a instalação de cerca, bem como se comprometeu a proceder à regularização e averbação da reserva legal do imóvel, no prazo máximo de 6 meses, sob pena de imposição de multa por dia de atraso e por cada inadimplemento.

4. O Termo de Ajustamento de Condutas (TAC) é um instrumento administrativo que tem por finalidade realizar um acordo entre aquele que causou o dano ambiental e o órgão fiscalizador, ou seja, busca-se reajustar a conduta do infrator, adequando-a aos ditames da lei.

5. Diante do cumprimento integral do TAC, o MP/MS arquivou o Procedimento de Investigação Preliminar 001/2007, o que foi comunicado pelo autor ao IBAMA no transcurso do processo administrativo nº 50007.001035/06-42, mas essa questão sequer foi apreciada pela autarquia, que, ao final, decidiu pela validade do auto de infração nº 434911-D, reduzindo o valor da pena de multa e determinando ao autor a reposição florestal obrigatória da área desmatada, embora houvesse nos autos parecer da Equipe Técnica do próprio IBAMA sugerindo que o plantio das mudas mencionado no TAC poderia ser aceito como reposição florestal obrigatória.

6. Na hipótese dos autos, o autor foi punido na via administrativa duas vezes, por dois órgãos distintos (MP e IBAMA) e em âmbitos diferentes (estadual e federal) pela prática do mesmo fato, qual seja, desmatar floresta sem autorização do órgão ambiental competente.

7. Por possuir natureza jurídica administrativa, as obrigações firmadas no TAC não podem ser cumuladas com outras sanções administrativas impostas por órgãos federais, estaduais ou municipais, para não incorrer, justamente, em “bis in idem”, que nada mais é do que a repetição de uma penalidade sobre o mesmo fato, como ocorreu *in casu*.

8. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

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

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de ação ajuizada por Rodrigo Domingues Valim Filho em face do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, objetivando a anulação do processo administrativo nº 50007.001035/06-42, oriundo do auto de infração nº 434911-D, lavrado em decorrência da suposta prática de infração ambiental.

A tutela de urgência foi concedida para determinar ao IBAMA que suste os efeitos do Julgamento nº 591/2011, realizado no processo administrativo 50007.001035/2006-42, na parte que determina o cumprimento da reposição florestal e que impõe ao autor o embargo descrito no TEI nº 343958-C (ID 90300363 - Pág. 68-71).

A MM. Juíza *a quo* julgou procedente o pedido para declarar a nulidade do auto de infração 434911-D e, conseqüentemente, do processo administrativo 50007.001035/06-42. Condenou a parte ré ao pagamento de honorários advocatícios fixados no percentual mínimo do § 3º do art. 85 do CPC, de acordo com o inciso correspondente ao valor da condenação/proveito econômico obtido pela parte autora, de modo a possibilitar sua eventual majoração, nos termos do mesmo dispositivo, e observado, ainda, seu § 5º, por ocasião da apuração do montante a ser pago. Estipulou, ainda, que o valor da condenação fica limitado ao valor das parcelas vencidas até a data da prolação da sentença (Súmula nº 111 do STJ)(ID 90300363 - Pág. 88-102).

O IBAMA apelou, sustentando, em síntese, que:

a) embora não tenha sido dada ao apelado a oportunidade de defender-se previamente à autuação, lhe foi assegurada a possibilidade de apresentar defesa contra o auto de infração, no prazo estabelecido por lei, via processo administrativo, não se falando, portanto, em violação ao devido processo legal;

b) ainda que não considerado o TAC como punição na esfera penal, fato é que a assinatura do mesmo não exclui e tampouco está ligada à punição que decorre da infração da lei, na esfera administrativa, pois são duas instâncias autônomas, da mesma forma que o pagamento da multa ao apelante não isentaria o apelado de cumprir com os termos do TAC ao qual se obrigou perante o Ministério Público Estadual;

c) as exigências do TAC se referem às penalidades criminais ao meio ambiente, já as do IBAMA se referem às penalidades administrativas geradas no auto de infração, o que não caracteriza “bis in idem”;

d) o apelado é parte legítima para efetuar o pagamento da multa imposta pelo IBAMA no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais), ainda que tenha alienado sua propriedade para outrem, pois somente a responsabilidade civil foi transferida para quem adquiriu a propriedade, o qual responderá de forma solidária pelos danos ambientais.

Sem contrarrazões, vieram os autos para este Tribunal.

A Procuradoria Regional da República, em parecer da lavra da Dra. Sonia Maria Curvello, opinou pelo provimento do recurso (ID 152192466).

É o relatório.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Nilton dos Santos (Relator): Trata-se de ação ajuizada com o fito de obter a anulação do processo administrativo nº 50007.001035/06-42, oriundo do auto de infração nº 434911-D, lavrado em decorrência da suposta prática de infração ambiental.

Narra a exordial que, em 07.11.2006, o autor foi autuado pela 4ª Companhia de Polícia Militar Ambiental de Bonito/MS, por estar desmatando parte de seu imóvel rural localizado na cidade de Caracol/MS, sem a devida autorização do órgão competente.

Na ocasião, foi lavrado o auto de infração nº 434911-D, no valor de R\$ 7.500,00 (sete mil e quinhentos reais), como sanção pela prática de desmate que estava efetuando numa área de 30 (trinta) hectares na Fazenda Jandaia, de sua propriedade.

Em 09.11.2006, toda a documentação fora encaminhada para o Ministério Público estadual para as providências necessárias, sendo que, no dia 09.04.2007, foi realizado um Termo de Ajustamento de Conduta - TAC, em que o autor, dentre outras cláusulas, se comprometia, no prazo de 60 dias, a promover o plantio de 200 (duzentas) mudas da espécie aroeira, ipê ou angico, bem como proceder à regularização e averbação da reserva legal do imóvel, no prazo máximo de 06 meses.

Assim, com o integral cumprimento do TAC, em 22.06.2007, o Ministério Público promoveu o arquivamento do procedimento instaurado, tendo o autor sido surpreendido posteriormente com a obrigação de realizar reposição florestal referente a 1.200 m³ (um mil e duzentos metros cúbicos) de área de preservação permanente, no processo administrativo nº 50007.001035/06-42.

O autor, então, solicitou o arquivamento do processo, sob a alegação de que já havia cumprido os serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente na propriedade rural, devido à recomposição da área por efeito do TAC celebrado com o Ministério Público da Comarca de Bela Vista/MS, no entanto, apesar da manifestação do coordenador da equipe técnica do IBAMA, no sentido de que o plantio das 200 (duzentas) mudas, efetuado por cumprimento do TAC, poderia ser aceito como reposição florestal obrigatória, o julgamento do processo administrativo foi no sentido da subsistência do auto de infração nº 434911-D, com a redução do valor da multa para o mínimo legal (R\$ 3.000,00) e a obrigatoriedade de cumprimento da recomposição florestal obrigatória.

Inconformado, deste modo, com a decisão proferida na via administrativa, o autor ajuizou a presente demanda, pugnando pela anulação do processo e da autuação lavrada pelo IBAMA.

A respeito do Termo de Ajustamento de Condutas (TAC), cumpre asseverar que se trata de um instrumento administrativo que tem por finalidade realizar um acordo entre aquele que causou o dano ambiental e o órgão fiscalizador, ou seja, busca-se reajustar a conduta do infrator, adequando-a aos ditames da lei.

No caso *sub judice*, verifica-se que o autor firmou o TAC perante o Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, no dia 09.04.2007, se obrigando a promover, no prazo máximo de 60 dias, a contar da assinatura do Termo, o plantio de 200 (duzentas) mudas das espécies aroeira, ipê ou angico, sem prejuízo do isolamento da área replantada, mediante a instalação de cerca, objetivando garantir seu crescimento, prevenindo que a plantação não seja prejudicada pela ação antrópica ou por animais de criação, bem como se comprometeu a proceder à regularização e averbação da reserva legal do imóvel, no prazo máximo de 6 meses, sob pena de imposição de multa de 500 UFERMS por dia de atraso e por cada inadimplemento, além de ensejar a propositura de ação civil pública, a execução específica das obrigações de fazer ou não fazer, a instauração de inquérito policial ou ação penal, e a adoção de outras providências administrativas cabíveis (ID 90300024 - Pág. 13-16).

Diante do cumprimento integral do TAC, o MP/MS arquivou o Procedimento de Investigação Preliminar 001/2007 (ID's 90300024 - Pág. 8 e 90300363 - Pág. 41), o que foi comunicado pelo autor ao IBAMA no transcurso do processo administrativo nº 50007.001035/06-42, mas essa questão sequer foi apreciada pela autarquia, que, ao final, decidiu pela validade do auto de infração nº 434911-D, reduzindo o valor da pena de multa e determinando ao autor a reposição florestal obrigatória da área desmatada (ID 90300024 - Pág. 30). Além disso, não se atentou para o parecer da Equipe Técnica do próprio IBAMA, que sugeriu o encaminhamento do processo administrativo a outro setor para avaliar se o plantio das mudas mencionado no TAC poderia ser aceito como reposição florestal obrigatória (ID 90300024 - Pág. 29).

Registre-se que a tutela jurídica do meio ambiente é interdisciplinar, abrangendo a responsabilidade civil, penal e administrativa. Assim, embora seja possível a imposição cumulativa de sanções nas três esferas, bastando para tanto que o comportamento tenha configurado uma conduta reprovável para essas três ordens normativas, há que se atentar para o princípio do *non bis in idem*, segundo o qual é vedado o sancionamento reiterado por uma mesma infração.

Na hipótese dos autos, o autor foi punido na via administrativa duas vezes, por dois órgãos distintos (MP e IBAMA) e em âmbitos diferentes (estadual e federal) pela prática do mesmo fato, qual seja, desmatar floresta sem autorização do órgão ambiental competente.

Deveras, enquanto o autor se comprometeu ao plantio de mudas na área degradada e à regularização da situação cadastral do imóvel perante o Ministério Público, foi condenado pelo IBAMA ao pagamento de multa e a proceder à reposição florestal no local do dano. Na prática, como isso seria possível? Se já houve o reflorestamento da área, com o efetivo cumprimento do TAC, não há como condenar o autor, uma segunda vez, a reflorestar o mesmo local.

Como bem consignado pelo Juízo *a quo*, “muito se discute sobre a natureza jurídica do TAC (se seria ato administrativo negocial ou teria natureza contratual), mas indubitavelmente este pertence ao âmbito administrativo. É, por essência, forma de composição extrajudicial e, portanto, completamente dissociada do campo penal. Nesse sentido, o entendimento esposado pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, nos autos de HC 82.311, de 05.05.2009, segundo o qual ‘A assinatura do termo de ajustamento de conduta não obsta à instauração de ação penal, pois esse procedimento ocorre na esfera administrativa, que é independente da penal’. Ou seja, não está em questionamento a independência das esferas administrativa e penal. O alvo da presente discussão cinge-se à dupla aplicação de sanção, na mesma esfera, qual seja, na administrativa” (ID 90300363 - Pág. 95).

Sendo assim, por possuir natureza jurídica administrativa, as obrigações firmadas no TAC não podem ser cumuladas com outras sanções administrativas impostas por órgãos federais, estaduais ou municipais, para não incorrer, justamente, em “bis in idem”, que nada mais é do que a repetição de uma penalidade sobre o mesmo fato, como ocorreu *in casu*.

A propósito, cabe destacar que a dação em pagamento realizada pelo autor no dia 05.10.2009, não possui qualquer relevância para o deslinde do feito, pois o autor, nessa data, já havia dado cumprimento integral ao TAC, além de a responsabilidade *propter rem* se inserir na esfera da responsabilidade civil, não discutida nestes autos.

A r. sentença, à vista disso, deve ser mantida tal como lançada, anulando-se o auto de infração 434911-D e, conseqüentemente, o processo administrativo 50007.001035/06-42.

Diante do exposto, voto por NEGAR PROVIMENTO à apelação.

É como voto.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

APELAÇÃO CÍVEL

5028022-98.2017.4.03.6100

Apelante: MARUMBI TECNOLOGIA EIRELI
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL TORU YAMAMOTO
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/04/2021

EMENTA

ADMINISTRATIVO – APELAÇÃO – CONTRATO – INEXECUÇÃO – MULTA CONTRATUAL – FALHAS LOGÍSTICAS – MÉRITO ADMINISTRATIVO.

1. Contrato para aquisição de equipamentos de informática, conforme especificações técnicas, preços, quantitativos, prazos de entrega, garantia e assistência técnica. Penalidades contratuais, em caso de inexecução.
2. O prazo fatal para a entrega, foi descumprido, motivo pelo qual a apelante foi multada, nos termos da cláusula décima quinta, inciso II, do contrato.
3. Seria possível a prorrogação do início da execução do contrato, se constatada, pela Administração, em processo administrativo, a superveniência de fato excepcional ou imprevisível (artigo 57, § 1º, inciso II, da Lei Federal nº 8.666/93). Não foi o que ocorreu.
4. A fabricante dos produtos licitados incorreu em falhas logísticas. Trata-se de atividade ordinária, cuja execução eficiente tem custo para o Poder Público; e foi pago.
5. A apelante deve buscar ressarcimento perante a fabricante dos produtos. Não é razoável impor ao Poder Público, adimplente em suas obrigações, o custo pela falha da fabricante das impressoras.
6. O acolhimento das razões da apelante, por outras superintendências, não pode ser estendido ao presente caso de atraso sem adentrar no mérito administrativo.
7. Não cabe ao Poder Judiciário estabelecer, como iguais, situações enfrentadas pela administração pública, em regiões distintas do país, aptas a ensejar, ou não, o afastamento administrativo da multa prevista em contrato.
8. Apelação improvida.

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.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Desembargador Federal Toru Yamamoto (Relator):

Trata-se de ação anulatória de multa decorrente de descumprimento de contrato administrativo.

A r. sentença (ID 40602238) julgou o pedido inicial improcedente. Condenou a autora ao pagamento de honorários advocatícios fixados nos patamares mínimos do artigo 85, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil.

A autora, ora apelante, argumenta com a ocorrência de força maior. A demora no fornecimento teria decorrido de conduta do fabricante. Não poderia ser responsabilizada por ato imputável a terceiro.

Haveria, também, violação à isonomia, porque a aplicação da penalidade teria sido afastada por outras Superintendências Regionais, em situação idêntica.

Afirma que a multa seria desproporcional. Não haveria previsão editalícia de disponibilidade imediata dos equipamentos.

Argumenta com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Contrarrazões (ID 40602260).

É o relatório.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

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.

O contrato (fls. 01/41, ID 40602055):

“CLÁUSULA PRIMEIRA - DO OBJETO

O presente Contrato tem por objeto a aquisição de equipamentos de informática, conforme especificações técnicas, preços, quantitativos, prazos de entrega, garantia e assistência técnica estabelecidos no Termo de Referência, Anexo I do Edital do Pregão Eletrônico nº 10/2016, com a finalidade de atender às necessidades da Superintendência Regional Sudeste I e unidades vinculadas.

(...)

CLÁUSULA SEGUNDA – DO VALOR DO CONTRATO

O CONTRATANTE pagará à CONTRATADA pela execução do objeto deste Contrato, o valor global de R\$ 1.279.168,50 (um milhão, duzentos e setenta e nove mil, cento e sessenta e oito reais e cinquenta centavos), de acordo com os quantitativos e preços unitários abaixo:

ITEM	ESPECIFICAÇÃO RESUMIDA	UND.	MARCA E MODELO	QUANT.	PREÇO UNITÁRIO	PREÇO TOTAL
01	Impressora laser mono cromática	Unid.	Samsung SL-M4020ND	899	R\$ 976,50	R\$ 877.873,50
02	Multifuncional mono cromática	Unid.	Samsung SL-M4080FX	211	R\$ 1.595,00	R\$ 336.545,00
	Scanner	Unid.	Avison - AD250F	37	R\$ 1.750,00	R\$ 64.750,00
VALOR TOTAL:			R\$ 1.279.168,50			

(...)

CLÁUSULA OITAVA - DOS LOCAIS ONDE SERÃO ENTREGUES OS PRODUTOS

Os equipamentos serão entregues no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias corridos, a contar da data da assinatura do Contrato, nos endereços constantes no Anexo I deste Contrato.

(...)

CLÁUSULA DÉCIMA - DAS RESPONSABILIDADES E OBRIGAÇÕES DA CONTRATADA

Cabe à CONTRATADA, a perfeita execução do objeto contratado dentro das exigências da Lei nº 8.666/93, da boa-fé exigida na norma civil e ainda: (...)

d) Cabe a CONTRATADA produzir, expedir e entregar os equipamentos em perfeitas condições de funcionamento, dentro do prazo estabelecido, condicionado ao aceite por parte do CONTRATANTE.

(...)

CLÁUSULA DÉCIMA QUINTA - DAS PENALIDADES

Com fundamento nos artigos 86 a 88 da Lei nº 8.666/93, bem como no artigo 7º da Lei nº 10.520/02, a CONTRATADA, no curso da execução do Contrato, sujeitar-se-á às seguintes penalidades, garantidos o contraditório e a ampla defesa:

I - A CONTRATADA em caso de inexecução total (deixar de entregar os equipamentos em sua totalidade) ou parcial (entrega parcial dos equipamentos) do presente Contrato e por infração a quaisquer outras cláusulas contratuais, estará sujeita às seguintes penalidades:

a) Advertência;

b) Multa de 1% (um por cento) do valor total do contrato e, rescisão contratual, se for o caso;

c) Suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, com descredenciamento no SICAF, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

d) Declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior;

e) As sanções previstas nas alíneas “a”, “c” e “d” poderão ser aplicadas juntamente com a prevista na alínea “b”, facultada a defesa prévia da adjudicatária no respectivo processo, no prazo de 05 (cinco) dias úteis, a contar da ciência do ocorrido.

II - No caso de atraso injustificado para entrega dos equipamentos, a CONTRATADA estará sujeita às seguintes penalidades:

a) Advertência;

b) Multa administrativa correspondente a 0,33 % (trinta e três centésimos por cento) sobre o valor total dos equipamentos em atraso, por dia de atraso, a partir do 1º (primeiro) dia útil da data fixada para a entrega, até o percentual máximo de 10% (dez por cento) dos equipamentos em atraso;

c) No caso de atraso injustificado superior a 30 (trinta) dias, aplica-se, adicionalmente, a multa de 1% (um por cento) sobre o valor do Contrato;

d) As sanções previstas na alínea “a” e “c” poderão ser aplicadas juntamente com a prevista na alínea “b”, facultada a defesa prévia da adjudicatária no respectivo processo, no prazo de 05 (cinco) dias úteis, a contar da ciência do ocorrido. (...)

PARÁGRAFO SEGUNDO - As multas e/ou outras penalidades somente poderão ser relevadas nos casos para os quais a CONTRATADA não tenha, de qualquer forma, concorrido ou dado causa, devidamente comprovados por escrito e aceitos pelo CONTRATANTE.

PARÁGRAFO TERCEIRO - A CONTRATADA deverá comunicar ao CONTRATANTE os casos de que trata o item anterior, dentro do prazo de 02 (dois) dias consecutivos contados de sua verificação e apresentar os documentos da respectiva comprovação, em até 05 (cinco) dias consecutivos a partir da data de sua ocorrência, sob pena de não serem considerados.

(...)

CLÁUSULA DÉCIMA SEXTA - DAS CONDIÇÕES DE RECEBIMENTO DO OBJETO

O equipamento contratado será entregue no prazo de até 45 (quarenta e cinco) dias corridos, a contar da data da assinatura do Contrato ou instrumento equivalente, no horário das 8:00 às 18:00 horas, de segunda a sexta-feira no local e endereço indicado neste Contrato, ou em local a definir com possíveis órgãos que venham aderir a Ata de Registro de Preço.

PARÁGRAFO PRIMEIRO - Pedido de prorrogação do prazo de entrega, concedido em caráter excepcional, devidamente justificado e sem efeito suspensivo, deverá ser encaminhado por escrito, antes do seu vencimento, anexando-se documento comprobatório do alegado pela CONTRATADA, em conformidade com o Art. 57, §1º, da Lei nº 8.666/1993”.

A decisão administrativa (fls. 148/152, ID 1763725).

“17- Quanto à alegação da contratada de que não teve nenhuma culpa pelo atraso na entrega dos equipamentos, esta pode ser considerada totalmente descabida, uma vez que antes mesmo de encaminhar a sua proposta para o processo licitatório e firmar contrato com o INSS a empresa já era sabedora de todo o quantitativo a ser fornecido e todos os compromissos que esse fornecimento envolveria. Nesse sentido ela deveria, no mínimo, certificar-se de que os seus fornecedores teriam condições de cumprir com a demanda a ser contratada nos prazos e na forma estabelecida no edital e seus anexos.

18- Além disso, ao participar de um certame com grandes volumes de equipamentos, como é o caso, a empresa deveria possuir um planejamento junto às fabricantes que garantisse o cumprimento de todas as etapas do processo de acordo com o exigido no edital e não repassar a contratante o ônus de ter que arcar com a sua falta de planejamento, acarretando atrasos na entrega de equipamentos extremamente necessários ao funcionamento das unidades do INSS.

19- A contratada encaminhou a sua proposta de preços na licitação no dia 27 de outubro de 2017, ou seja, mais de 60 (sessenta) dias antes da assinatura do contrato, prazo este mais do que suficiente para qualquer planejamento de aquisição e fabricação de equipamentos. Dessa forma, não pode a Superintendência Regional do INSS em São Paulo arcar com os prejuízos da falta de planejamento e atraso da empresa contratada, uma vez que este atraso na entrega dos equipamentos comprometeu o atendimento das suas agências e Gerências Executivas.

20- Corroborar também para comprovar a culpa da contratada o fato de a empresa deixar para comunicar o não atendimento dos prazos de entregas apenas nos últimos dias úteis para vencimento dos prazos de entrega, dado que, pelos problemas apresentados, ela deveria ter conhecimento desses fatos a mais tempo e deveria ter realizado um melhor planejamento para mitigar possíveis problemas, caracterizando negligência por parte da contratada.

21- Ante o exposto, não comprovando a contratada que não concorreu para o descumprimento das obrigações contratuais nos prazos estabelecidos na avanço, entende-se não ser possível o acatamento das razões da defesa prévia, devendo ser mantida a aplicação das penalidades de advertência e multa, face, inclusive, a própria defendente ter reconhecido o descumprimento contratual que implicou atraso na entrega dos equipamentos contratados e consequentes prejuízos ao contratante, que dependia dos equipamentos para manter um padrão de atendimento aos seus segurados e execução de tarefas com bons níveis de serviço.

22- Nesse sentido, quanto ao pedido principal formulado pela contratada, entendemos que esta agiu com negligência, na medida em que não teve o devido cuidado com o Contrato em questão. Dessa forma, entendemos que deverão ser aplicadas as penalidades de advertência e multa, conforme cláusula décima quinta do contrato.

23- No que se refere ao pedido subsidiário para aplicação de sanção mais branda, que é a Advertência, cabe informar que esta decisão da Administração não é discricionária, mas sim vinculada ao Contrato Administrativo que rege esta aquisição, o qual prevê a penalidade de multa no caso de atraso na entrega dos equipamentos, motivo pelo qual as duas penalidades serão aplicadas conjuntamente”.

No caso concreto, a apelante se obrigou a fornecer equipamentos eletrônicos de certo fabricante, no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, contados da assinatura (cláusula oitava).

O contrato foi celebrado em 30 de dezembro de 2016.

O prazo fatal para a entrega, nos termos da cláusula oitava, *foi o dia 15 de fevereiro de 2017*.

O fornecimento integral ocorreu em 18 de maio de 2017, motivo pelo qual a apelante foi multada, nos termos da cláusula décima quinta, inciso II, do contrato.

Seria possível a prorrogação do início da execução do contrato, se constatada, pela Administração, em processo administrativo, a superveniência de fato excepcional ou imprevisível (artigo 57, § 1º, inciso II, da Lei Federal nº 8.666/93).

Não foi o que ocorreu.

A fabricante dos produtos licitados incorreu em falhas logísticas. Trata-se de atividade *ordinária*, cuja execução eficiente tem custo para o Poder Público; e foi pago.

A apelante deve buscar ressarcimento perante a fabricante dos produtos.

Não é razoável impor ao Poder Público, adimplente em suas obrigações, o custo pela falha da fabricante das impressoras.

De outro lado, não há violação aos princípios da isonomia, proporcionalidade e razoabilidade.

O acolhimento das razões da apelante, por outras superintendências, não pode ser estendido ao presente caso de atraso sem adentrar no mérito administrativo.

Não cabe ao Poder Judiciário estabelecer, como iguais, situações enfrentadas pela administração pública, em regiões distintas do país, aptas a ensinar, ou não, o afastamento administrativo da multa prevista em contrato.

Ademais, a multa, cujo valor foi fixado dentro dos limites estipulados no artigo 86, da Lei Federal nº 8.666/93, e do contrato não viola os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

A jurisprudência:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. SUSPENSÃO TEMPORÁRIA. IMPOSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DE LICITAÇÃO PÚBLICA. LEGALIDADE. LEI 8.666/93, ART. 87, INC. AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO.

I - Não conheço do agravo retido interposto pelo apelado, na vigência do anterior Código de Processo Civil, uma vez que não foi reiterado em sede de contrarrazões (art. 523, §1º do anterior CPC).

II - No caso presente trata-se de apelação no qual foi denegada a ordem mandamental (fls. 918/920vº), a qual visava afastar a imposição de penalidades à impetrante, em razão de inadimplemento parcial de contrato, consistentes no impedimento de participação em licitações, de contratar com o Poder Público, e descredenciamento do SICAF - Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores, pelo prazo de 04 (quatro) anos, além da multa no valor de R\$ 3.923,27 (três mil, novecentos e vinte e três reais e vinte e sete centavos), conforme documento (fl. 179).

III - A licitação é o procedimento prévio e obrigatório (artigo 37, XXI, da CF), salvo exceções previstas em lei, pelo qual a Administração Pública celebra seus contratos referentes a obras, serviços, compras, alienações, concessões, permissões e locações. Tem duplo objetivo, o interesse público, por visar à seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, e o interesse dos particulares, ao assegurar igualdade de condições a todos os concorrentes para

contratar com a Administração Pública. A Lei n. 10.520/02 regula a modalidade de licitação denominada pregão, pela qual a Administração pode contratar a aquisição de bens e serviços comuns, quais sejam aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

IV - Além da expressa previsão no edital de licitação e no contrato administrativo, as penalidades encontram disposições próprias nas leis específicas (artigos 86 e 87 da Lei nº 8.666/93 e artigo 7ª da Lei nº 10.520/02). Logo, a alegação da empresa ré requerendo a anulação das penalidades que lhe foram impostas em razão de suposta inexecução parcial do contrato administrativo, sob o fundamento de que não deu causa aos atrasos na entrega dos livros, não merecem prosperar, uma vez que em primeiro lugar foi instaurado procedimento administrativo, no qual a empresa foi intimada para apresentação de defesa e ela quedou-se inerte. Somente após notificação da imposição das penalidades é que ela se manifestou (fls. 161/186).

V - Outrossim, o fato de o IFSP ter aceito pedido de cancelamento de alguns itens, além da entrega de diversos itens faltantes em atraso, não exime a impetante de suas responsabilidades de não ter observado o edital. Ademais, o princípio da legalidade impõe a aplicação das penalidades previstas contratualmente com fundamento na lei de licitações. Também não há violação ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade, pois as penalidades são aplicadas de acordo com a gravidade da infração praticada pelo particular.

VI - Assim, independentemente da pena de multa, ante o prejuízo causado à ré pela inexecução parcial do contrato foram estabelecidas as penas de proibição de licitar e de contratar com a União com o descredenciamento do SICAF. A cominação da multa em 20% do valor empenhado também se motra razoável e proporcional. Quanto à suspensão para contratar com o Poder Público pelo prazo de 04 (quatro anos) foi aplicada levando em consideração não só a conduta com o IFSP, mas também os antecedentes, conforme informações trazidas pelo apelado.

VII - Agravo retido não conhecido. Apelação não provida.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS - APELAÇÃO CÍVEL - 332818 - 0013939-12.2010.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, julgado em 07/07/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:15/07/2016)

Considerado o trabalho adicional realizado pelos advogados, em decorrência da interposição de recurso, os honorários advocatícios, por ocasião da liquidação, deverão ser acrescidos de percentual de 1% (um por cento).

Por tais fundamentos, *nego provimento* à apelação.

É o voto.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA

5001135-26.2018.4.03.6138

Apelante: RODRIGO DE SOUZA

Apeladas: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, ESTADO DE SÃO PAULO, ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SECÇÃO DE SÃO PAULO

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JÚNIOR

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 30/04/2021

EMENTA

DIREITO ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. CONVÊNIO FIRMADO ENTRE A DPE/SP E A OAB/SP. NOMEAÇÃO DE ADVOGADOS DATIVOS. CARÁTER SUPLEMENTAR DO CONVÊNIO. QUESTÃO DIRIMIDA PELA SUPREMA CORTE. ART. 109 DA CE/SP. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE DO CONVÊNIO Nº 003/2016. APELO E REMESSA OFICIAL IMPROVIDOS.

01. O cerne da controvérsia diz respeito à aferição da legalidade do convênio firmado entre a Defensoria Pública do Estado de São Paulo e a Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de São Paulo -, que estabeleceu a nomeação de advogados dativos, na Comarca de Barretos/SP, onde já existe a instalação de Defensoria Pública.

02. Cumpre mencionar que a assistência jurídica gratuita é destinada às pessoas hipossuficientes, que não tem condições econômico-financeiras para arcar com as custas processuais, sem prejuízo de seu próprio sustento ou de sua família, à luz do art. 5º, XXXV e LXXIV, ambos da Constituição Federal.

03. A questão da constitucionalidade do referido dispositivo da constituição paulista chegou ao Supremo Tribunal Federal, por meio do julgamento da ADI 4163, que conheceu da ADI como ADPF e considerou que a obrigatoriedade de celebração de convênio exclusivo com a seção local da OAB/SP desnatura o conceito de convênio e acarreta a mutilação da autonomia funcional, administrativa e financeira da Defensoria, além de ofensa ao art. 134, §2º e art. 5º, LXXIV, ambos da CF/88. Assim, o Tribunal Pleno deu interpretação conforme ao dispositivo constitucional estadual, vez que publicado antes da EC nº 45/2004, que introduziu o §2º ao art. 134 da CF/88.

04. O STF reconheceu a natureza suplementar do convênio firmado entre as Defensorias Públicas dos Estados-membros e a Ordem dos Advogados do Brasil, como medida legítima e compreendida na órbita de autonomia das primeiras, de modo a possibilitar a assistência judiciária gratuita integral aos que comprovarem insuficiência de recursos.

05. Constata-se que o precedente da Suprema Corte revela aplicabilidade na espécie, na medida em que o Convênio nº 003/2016, firmado entre a DPE/SP e a OAB/SP, discutido nestes autos, destaca a sua natureza suplementar, conforme se verifica na cláusula primeira. Ausência de ilegalidade no referido convênio.

06. Apelo e remessa oficial improvidos.

ACÓRDÃO

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

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de remessa necessária e apelação interposta por Rodrigo de Souza que julgou improcedente a ação popular por ele movida contra a Ordem dos Advogados do Brasil e o Estado de São Paulo, buscando a anulação de convênio firmado entre a Defensoria Pública do Estado de São Paulo e a OAB/SP, sob o argumento de que a nomeação de advogados dativos, na cidade de Barretos, causa prejuízo ao patrimônio público.

O pedido inicial se fundamenta em julgado do STJ (HC nº 457443), por meio do qual se considerou ilegítima a nomeação de advogados dativos em Comarca onde já exista a atuação da Defensoria Pública.

Defende o autor que a lesividade do ato resultaria no pagamento de remuneração em duplicidade ao Defensor Público concursado e ao advogado dativo.

Inicialmente, o presente feito foi ajuizado perante o juízo estadual que determinou a emenda da inicial para a inclusão de todas as entidades participantes do aludido convênio, no polo passivo desta ação popular.

Com o ingresso da Ordem dos Advogados do Brasil no polo passivo deste feito, os autos foram remetidos à Justiça Federal.

No juízo federal de origem, foi determinada a retificação do polo passivo, tendo em vista que a Defensoria Pública não é dotada de personalidade jurídica própria. Em resposta, a parte autora nomeou o Defensor Público Geral do Estado. Sobreveio sentença que extinguiu o feito sem resolução do mérito. Contra o decisum, foi interposta apelação, porém, o juízo *a quo* reconsiderou a decisão, a fim de determinar a intimação do MPF, como fiscal da ordem jurídica.

O *Parquet* Federal apresentou parecer, opinando pela improcedência do pleito autoral, por considerar que não há prejuízo ao patrimônio público (ID 137584079, ID 137584052 e ID 137584044).

Foi determinada a emenda da inicial para a inclusão do Estado de São Paulo e a Ordem dos Advogados do Brasil no polo passivo deste feito.

Regularmente processado o feito, sobreveio sentença que julgou improcedente o pleito inicial, nos termos do art. 487, I do CPC/15. Sem custas e honorários advocatícios, ante a ausência de prova da má-fé, nos termos do art. 5º, LXXIII da CF/88.

Opostos embargos de declaração, rejeitados na origem (ID 137584093).

Irresignado, o autor interpôs apelação alegando, em síntese, que a Defensoria Pública é quem deve prestar a assistência jurídica gratuita aos necessitados, à luz do art. 4º-A, IV da LC nº 80/94.

Sustenta que, na linha do entendimento do Supremo Tribunal Federal, é nulo o processo quando há nomeação de defensor dativo em comarcas em que existe Defensoria Pública estruturada. Cita os seguintes precedentes: RHC n. 106.394/MG, Primeira Turma, Relª Minª

Rosa Weber, DJe de 8/2/2013; HC n. 121.682/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 17/11/2014.

Argumenta que “a atuação da Defensoria Pública não pode ser considerada fungível com a desempenhada por qualquer defensor *ad hoc*, pois sua atuação é prevista em lei como garantia de todo e qualquer cidadão necessitado”. Acrescenta, asseverando que: “a nomeação de advogado *ad hoc*, além de violar os princípios do contraditório, da ampla defesa e do defensor público natural (art. 4º-A, da Lei Complementar nº 80/94), onera, ainda mais, o erário com o pagamento de honorários ao advogado dativo”.

Alega que compete a cada comarca, sede da Defensoria Pública, demonstrar a real e inequívoca necessidade de nomeações de defensores *ad hoc*, para que se evite o desperdício de recursos públicos em locais em que não há a necessidade de referidas nomeações, que geram despesas ao erário público.

Defende que “o convênio firmado pela Defensoria Pública com a OAB é ilegal, pois abrange todo o Estado, sem que se observe, de forma real e inequívoca, a necessidade de nomeações de defensores *ad hoc*, em prejuízo ao erário”.

Requer a reforma da r. sentença para que seja julgado procedente a pretensão autoral e para “que se declare o impedimento de que a Defensoria Pública de Barretos nomeie advogados *ad hoc*, sem necessidade”.

Ato seguinte, o requerente apresentou reclamação, direcionado ao Presidente desta Corte Regional, pugnando pela reforma da r. sentença e sustação, de imediato, dos seus efeitos, ao argumento de que ela contraria, frontalmente, o entendimento do STJ. Requer a requisição de informações da autoridade cujo ato foi impugnado, que deverão ser prestadas, no prazo de 10 (dez) dias; bem como a suspensão do processo, de modo a evitar dano irreparável ocasionado pelo trânsito em julgado da sentença; e, por fim, a citação do beneficiário da decisão impugnada.

Com contrarrazões da OAB/SP (ID 137584112).

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do apelo (ID 139953185).

É o relatório.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

VOTO

O cerne da controvérsia diz respeito à aferição da legalidade do convênio firmado entre a Defensoria Pública do Estado de São Paulo e a Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de São Paulo -, que estabeleceu a nomeação de advogados dativos, na Comarca de Barretos/SP, onde já existe a instalação de Defensoria Pública.

Sustenta o recorrente que “a nomeação de advogado *ad hoc*, além de violar os princípios do contraditório, da ampla defesa e do defensor público natural (art. 4º-A, da Lei Complementar nº 80/94), onera, ainda mais, o erário com o pagamento de honorários ao advogado dativo”.

Fundamenta-se em precedente do Supremo Tribunal Federal, que considerou, no julgamento do RHC n. 106.394/MG, a nulidade do processo quando há nomeação de defensor dativo em comarcas em que existe Defensoria Pública estruturada.

As irresignações não merecem prosperar. Vejamos.

Inicialmente, cumpre mencionar que a assistência jurídica gratuita é destinada às pessoas hipossuficientes, que não tem condições econômico-financeiras para arcar com as custas

processuais, sem prejuízo de seu próprio sustento ou de sua família, à luz do art. 5º, XXXV e LXXIV, ambos da Constituição, abaixo transcritos:

“XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”

“LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;”

Nesse diapasão, o art. 134 da Carta Política, reproduzido no art. 1º da LC nº 80/94, destina à Defensoria Pública, enquanto instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, a assistência jurídica aos necessitados. Confira-se:

“Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.” (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014)

“Art. 1º A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.” (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

No âmbito do Estado de São Paulo, a Constituição paulista consignou a competência do Poder Executivo de manter os quadros fixos de Defensores Públicos e, quando necessário, de advogados designados pela Ordem dos Advogados do Brasil / Seção São Paulo, mediante convênio. Vejamos:

“Artigo 109 - Para efeito do disposto no art. 3º desta Constituição, o Poder Executivo manterá quadros fixos de defensores públicos em cada juizado e, quando necessário, advogados designados pela Ordem dos Advogados do Brasil - SP, mediante convênio.”

A questão da constitucionalidade do referido dispositivo da constituição paulista chegou ao Supremo Tribunal Federal, por meio do julgamento da ADI 4163, que conheceu da ADI como ADPF e considerou que a obrigatoriedade de celebração de convênio exclusivo com a seção local da OAB/SP desnatura o conceito de convênio e acarreta a mutilação da autonomia funcional, administrativa e financeira da Defensoria, além de ofensa ao art. 134, §2º e art. 5º, LXXIV, ambos da CF/88. Assim, o Tribunal Pleno deu interpretação conforme ao dispositivo constitucional estadual, vez que publicado antes da EC nº 45/2004, que introduziu o §2º ao art. 134 da CF/88. O aresto restou assim ementado:

“EMENTA: 1. AÇÃO OU ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL - ADPF. Procedimento adotado para decisão sobre requerimento de medida liminar. Manifestação exaustiva de todos os intervenientes na causa, assim os necessários, como os facultativos (*amici curiae*), ainda nessa fase. Situação processual que já permite cognição plena e profunda do pedido. Julgamento imediato em termos definitivos. Admissibilidade. Interpre-

tação do art. 10 da Lei federal nº 9.868/1999. Embora adotado o rito previsto no art. 10 da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 2009, ao processo de ação direta de inconstitucionalidade ou de descumprimento de preceito fundamental, pode o Supremo Tribunal Federal julgar a causa, desde logo, em termos definitivos, se, nessa fase processual, já tiverem sido exaustivas as manifestações de todos os intervenientes, necessários e facultativos admitidos. 2. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Impropriedade da ação. Conversão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF. Admissibilidade. Satisfação de todos os requisitos exigidos à sua propositura. Pedido conhecido, em parte, como tal. Aplicação do princípio da fungibilidade. Precedente. É lícito conhecer de ação direta de inconstitucionalidade como arguição de descumprimento de preceito fundamental, quando coexistentes todos os requisitos de admissibilidade desta, em caso de inadmissibilidade daquela. 3. INCONSTITUCIONALIDADE. Ação de descumprimento de preceito fundamental - ADPF. Art. 109 da Constituição do Estado de São Paulo e art. 234 da Lei Complementar estadual nº 988/2006. Defensoria Pública. Assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados. Previsões de obrigatoriedade de celebração de convênio exclusivo com a seção local da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB-SP. Inadmissibilidade. Desnaturação do conceito de convênio. Mutilação da autonomia funcional, administrativa e financeira da Defensoria. Ofensa consequente ao art. 134, § 2º, cc. art. 5º, LXXIV, da CF. Inconstitucionalidade reconhecida à norma da lei complementar, ulterior à EC nº 45/2004, que introduziu o § 2º do art. 134 da CF, e interpretação conforme atribuída ao dispositivo constitucional estadual, anterior à emenda. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida como ADPF e julgada, em parte, procedente, para esses fins. Voto parcialmente vencido, que acolhia o pedido da ação direta. É inconstitucional toda norma que, impondo a Defensoria Pública Estadual, para prestação de serviço jurídico integral e gratuito aos necessitados, a obrigatoriedade de assinatura de convênio exclusivo com a Ordem dos Advogados do Brasil, ou com qualquer outra entidade, viola, por conseguinte, a autonomia funcional, administrativa e financeira daquele órgão público.” (ADI 4163, Relator(a): CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 29/02/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-040 DIVULG 28-02-2013 PUBLIC 01-03-2013)

Consoante entendimento do STF, extraído do voto da lavra do E. Relator, “fica garantida à Defensoria Pública, em rigorosa consonância com sua autonomia administrativa e funcional, a livre definição dos seus eventuais parceiros e critérios administrativo-funcionais de atuação”.

Ainda, restou consignado que a prestação da assistência judiciária aos necessitados, por profissionais diversos daqueles constantes dos quadros da Defensoria Pública, se valem dos convênios firmados para responder a situações temporárias.

Como bem pontuado pelo representante ministerial, atuante na primeira instância, o STF reconheceu a natureza suplementar do convênio firmado entre as Defensorias Públicas dos Estados-membros e a Ordem dos Advogados do Brasil, como medida legítima e compreendida na órbita de autonomia das primeiras, de modo a possibilitar a assistência judiciária gratuita integral aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Constata-se que o precedente da Suprema Corte revela aplicabilidade na espécie, na medida em que o Convênio nº 003/2016, firmado entre a DPE/SP e a OAB/SP, discutido nestes autos, destaca a sua natureza suplementar, conforme se verifica na cláusula primeira, *in verbis*:

“CLÁUSULA PRIMEIRA: Constitui objeto deste convênio a prestação de assistência judiciária gratuita suplementar às atribuições institucionais da DEFENSORIA, nos limites das regras aqui definidas, à população economicamente hipossuficiente do Estado de São Paulo”.

Desse modo, a previsão de nomeação de advogados dativos, de forma suplementar, através de convênio, encontra amparo constitucional, não havendo que se falar em eventual ilegalidade.

Ante o exposto, *nego provimento* ao apelo do autor e à remessa oficial.

É COMO VOTO.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

APELAÇÃO CÍVEL

5012109-08.2019.4.03.6100

Apelante: UNIÃO FEDERAL
Apelada: NATIVIDADE DOS SANTOS RODRIGUES
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 14/04/2021

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR. PENSÃO ESTATUTÁRIA. LEI 3.373/1958. FILHA SOLTEIRA MAIOR DE 21 ANOS. COMPROVAÇÃO DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. DESNECESSIDADE.

1. Filha maior de 21 anos e solteira de servidor que apenas perderá o direito à pensão temporária nos casos expressamente previstos. Ilegalidade do cancelamento do benefício com base no Acórdão nº 2780/2016 do TCU. Inteligência do parágrafo único do art. 5º da Lei nº 3.373/1958. Precedentes.
2. Apelação e remessa oficial, tida por interposta, desprovidas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Segunda Turma decidiu, por unanimidade, negar provimento ao recurso e à remessa oficial, tida por interposta, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança em que, na condição de filha de servidor, objetiva a parte autora o restabelecimento de pensão por morte com base na Lei 3.373/1958.

Proferida sentença de concessão da ordem (ID 150862206), dela recorre a parte impetrada sustentando a legalidade do ato.

Com contrarrazões subiram os autos, o Ministério Público Federal manifestando-se “*pelo desprovemento do recurso*”.

É o relatório.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

VOTO

Ao início, registro que incide, no caso, o disposto no artigo 14, § 1º, da Lei 12.016/2009, sujeitando-se a sentença ao reexame necessário, ora tido como interposto.

Debate-se nos autos sobre a legalidade do ato da autoridade impetrada de cancelamento de pensão por morte a filha de servidor prevista na Lei 3.373/1958.

A sentença proferida concluiu pela ilegalidade do ato, entendendo seu prolator que:

“Observo que, em 21/05/18, o E. relator do Mandado de Segurança supra, Ministro Edson Fachin, proferiu decisão, confirmando a liminar, para anular, em parte, o Acórdão 2.780/2016 do TCU em relação às pensionistas associadas à ali impetrante, mantendo-se a possibilidade de revisão em relação às pensões cujas titulares ocupem cargo público de caráter permanente ou recebam outros benefícios decorrentes da alteração do estado civil, como a pensão prevista no art. 217, inciso I, alíneas a, b e c, da Lei 8.112/90, ou a pensão prevista no art. 74 c/c art. 16, I, ambos da Lei 8.213/91, ou seja, pensões por morte de cônjuges (disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314362561&ext=.pdf>)

Assim, verifica-se que, consolidou-se, ainda que não em caráter absolutamente vinculativo, mas orientador e jurisprudencial, a tese de que, à pensão por morte de filha solteira de servidor, a norma aplicável é aquela vigente à época do óbito do seu instituidor, ou seja, do falecimento do servidor, e se o falecimento ocorreu antes do advento da Lei nº 8.112/1990, portanto, sob a égide da Lei nº 3.373/58, como no caso, é aquela legislação que regula a hipótese do recebimento da pensão ora pleiteada.

À medida em que referida norma legal estabelece que a filha solteira, beneficiária de pensão temporária, somente perderia o direito à pensão, após completar 21 anos, caso fosse ocupante de cargo público permanente, incorrendo referidas hipóteses, não há falar-se em possibilidade de revisão/cancelamento do benefício, sendo inadmissível a criação de exigência, sem previsão legal, por parte do Tribunal de Contas da União e de eventuais unidades administrativas, salvo as estritas hipóteses elencadas no MS nº 34.633/DF.

No caso concreto, verifica-se, pelos documentos da Sindicância instaurada, que a impetrante apresentou declaração negativa de união estável e casamento (id nº 19205639), o que foi ratificado por meio de sua oitiva, em sede administrativa, na condição de Sindicada perante o Comando da 2ª Região Militar (Id nº 19205639, fl.115), bem como, com a informação de que não é ocupante de cargo ou emprego público, recebendo, outrossim, benefício de aposentadoria por idade, do Regime Geral de Previdência, no valor de R\$ 998,00 (id nº 19205639, fl.111), sendo o valor da pensão recebida de seu genitor, no importe de R\$ 1904,31, totalizando uma renda média de R\$ 2.902,31, conforme parte final do relatório da aludida Sindicância (fl.121).

Assim, à luz das recentes decisões do E. Supremo Tribunal Federal, notadamente, no julgamento do MS nº 35.414, da relatoria do Ministro Edson Fachin, que reflete a posição recentemente fixada pela 2ª Turma (Sessão Virtual de 8.3.2019 a 14.3.2019), ao apreciar 265 Mandados de Segurança, nos quais se concluiu pela ilegalidade do Acórdão 2.780/2016 TCU, este Juízo, de rigor concluir-se pela ilegalidade do ato de cassação do benefício da impetrante, eis que não observado o princípio *tempus regit actum* e da estrita legalidade, sendo certo que a impetrante continua a manter situação de filha solteira e não ocupante de cargo ou função pública, o que a torna apta à continuidade da percepção do benefício.”

Trata-se de ato de cancelamento de pensão concedida a filha de servidor, benefício previsto na Lei nº 3.373/1958, nestes termos:

“Art. 5º Para os efeitos do artigo anterior, considera-se família do segurado: (Vide Lei nº 5.703, de 1971)

I - Para percepção de pensão vitalícia:

- a) a esposa, exceto a desquitada que não receba pensão de alimentos;
- b) o marido inválido;
- c) a mãe viúva ou sob dependência econômica preponderante do funcionário, ou pai inválido no caso de ser o segurado solteiro ou viúvo;

II - Para a percepção de pensões temporárias:

- a) o filho de qualquer condição, ou enteado, até a idade de 21 (vinte e um) anos, ou, se inválido, enquanto durar a invalidez;
- b) o irmão, órfão de pai e sem padrasto, até a idade de 21 (vinte e um) anos, ou, se inválido enquanto durar a invalidez, no caso de ser o segurado solteiro ou viúvo, sem filhos nem enteados.

Parágrafo único. A filha solteira, maior de 21 (vinte e um) anos, só perderá a pensão temporária quando ocupante de cargo público permanente.”

No caso, o benefício foi cancelado com aplicação de orientação firmada no Acórdão TCU 2780/2016 - Plenário.

Perfilho entendimento adotado em julgados da Corte fixando orientação de descabimento de cancelamento do benefício fora das hipóteses expressamente previstas na lei:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. AGRAVO INTERNO. MANDADO DE SEGURANÇA. RESTA-BELECIMENTO DO BENEFÍCIO. PENSÃO POR MORTE. LEI Nº 8437/92. LEI Nº 9494/97. LEI Nº 12016/2009. LEI Nº 3373/58. RECURSOS DESPROVIDOS.

- A decisão recorrida o falecimento do servidor público ocorreu antes do advento da Lei nº 8.112/1991, portanto, sob a égide da Lei nº 3.373/58, de forma que é a legislação que regulará a hipótese do recebimento da pensão ora pleiteada.

- *A referida norma legal estabelece que a filha solteira, beneficiária de pensão temporária, somente perderia o direito à pensão, após completar 21 anos, se ocupante de cargo público permanente.*

- *Mesmo que a autoridade tenha fundado o cancelamento da pensão no entendimento do TCU e ON 13/13, que exigem que haja a dependência econômica do instituidor do benefício para a concessão e manutenção da pensão, a exigência não é prevista na lei em sentido estrito e, dessa maneira, tais normativas, exorbitam os limites do poder regulamentar, violando o princípio da legalidade.*

- Agravo de instrumento e interno desprovidos.”

(TRF 3ª Região, 2ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5014140-36.2017.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal LUIZ ALBERTO DE SOUZA RIBEIRO, julgado em 17/04/2018, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 20/04/2018);

“MANDADO DE SEGURANÇA. PENSÃO POR MORTE DE SERVIDOR. SUSPENSÃO. ACÓRDÃO DO TCU. APLICABILIDADE DA LEI DA DATA DO ÓBITO. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL.

I. Cinge-se a questão sobre o direito da impetrante à manutenção da pensão por morte percebida em função do óbito de servidor público federal.

II. Nos termos da Súmula nº 340 do Superior Tribunal de Justiça, para efeito de concessão de pensão por morte, aplica-se a lei vigente na data do óbito do segurado. Considerando que o pai da impetrante faleceu em 1987, a lei a ser observada é a de nº 3.373/58.

III. *Nos termos da lei, fará jus à percepção da pensão temporária o filho de qualquer condição ou enteado, até a idade de 21 anos, ou, se inválido, enquanto durar a invalidez. Outrossim, em se tratando de filha solteira, maior de 21 anos, somente perderá a pensão temporária no caso de ocupar cargo público permanente.*

IV. *In casu*, a impetrante demonstra, por meio dos documentos acostados aos autos, o estado civil de solteira, bem como a ausência de ocupação de cargo público permanente.

V. *Com efeito, o requisito da dependência econômica não encontra previsão legal, sendo exigência decorrente, na verdade, de entendimento firmado pelo Tribunal de Contas da União, através do Acórdão nº 892/2012-TCU-Plenário.*

VI. Inexistindo, assim, óbice na lei para a percepção da pensão temporária, encontram-se presentes os requisitos para a manutenção da pensão.

VII. Ação mandamental procedente. Concessão da segurança pleiteada.”

(MS - MANDADO DE SEGURANÇA - 356936 0012153-21.2015.4.03.0000, DESEMBARGADOR FEDERAL VALDECI DOS SANTOS, TRF3 - PRIMEIRA SEÇÃO, e-DJF3 Judicial 1 DATA:17/10/2018 ..FONTE_REPUBLICACAO:.);

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO ADMINISTRATIVO. RESTABELECIMENTO PENSÃO POR MORTE. APLICAÇÃO DA LEI VIGENTE NA DATA DO ÓBITO. SÚMULA 340 STJ. REQUISITO ATINENTE AO ESTADO CIVIL DE SOLTEIRA. UNIÃO ESTÁVEL NÃO COMPROVADA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL DO REQUISITO DA DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. ORIENTAÇÃO DO STJ QUANTO À EQUIPARAÇÃO DE FILHA SOLTEIRA À DIVORCIADA, SEPARADA OU DESQUITADA. AGRAVO PROVIDO.

1- O Colendo Superior Tribunal de Justiça sumulou entendimento no sentido de que a lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado (Súm. 340). Nesse sentir, como o genitor da agravante veio a falecer em 23/10/1987, constata-se que a norma aplicável ao caso vertente é a Lei n. 3.373/1958, que estabelece que, em seu artigo 5º, parágrafo único, que a filha solteira, maior de 21 (vinte e um) anos, só perderá a pensão temporária quando ocupante de cargo público permanente.

2. Foram abertos dois processos de sindicância para apuração da perda do requisito referente ao estado civil de solteira, nos quais não se apurou eventual união estável da agravante.

3- *A pensão civil deve ser restabelecida porque o requisito da dependência econômica levantada pela segunda sindicância não encontra previsão no artigo 5º da Lei n. 3.373/1958, sendo exigência estabelecida apenas e tão somente pelo próprio Tribunal de Contas da União. Nesse sentido, não pode representar óbice à percepção da pensão civil em favor da agravante. Precedente do Tribunal da 5ª Região.*

4- Os depoimentos colhidos durante as sindicâncias revelam que o convívio entre a recorrente e o Sr. Luiz Gonzaga Camelo data de tempo considerável, estando eles separados de fato desde então e, quanto ao tema, o C. STJ equipara a filha solteira à divorciada, separa ou desquitada (AGRESP 201101391752).

5- Agravo conhecido e provido.”

(TRF 3ª Região, PRIMEIRA TURMA, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 568901 - 0024666-21.2015.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ZAUHY, julgado em 21/06/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:07/07/2016).

Destaco ainda, no mesmo sentido, julgado desta Colenda Turma em decisão proferida em prosseguimento de julgamento nos termos do art. 942 do NCPC:

“SERVIDOR. PENSÃO ESTATUTÁRIA. LEI 3.373/1958. FILHA MAIOR DE 21 ANOS. COMPROVAÇÃO DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. DESNECESSIDADE.

1. Filha maior de 21 anos e solteira de servidor que apenas perderá o direito à pensão temporária se ocupante de cargo público permanente, sendo desnecessária a comprovação da dependência econômica. Inteligência do parágrafo único do art. 5º da Lei nº 3.373/1958. Precedentes.

2. Apelação e remessa oficial desprovidas.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, prosseguindo no julgamento, nos termos do artigo 942, *caput*, do Código de Processo Civil, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, negar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do voto do Senhor Desembargador Federal Relator, acompanhado pelos votos do Senhor Desembargador Federal Souza Ribeiro, do Senhor De-

sembargador Federal Wilson Zauhy e do Senhor Desembargador Federal Valdeci Dos Santos; vencido o Senhor Desembargador Federal Cotrim Guimarães, que lhes dava provimento.”
(ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 371155 0002161-49.2014.4.03.6118, DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:29/05/2018 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Diante do exposto, nego provimento ao recurso e à remessa oficial, tida por interposta.
É o voto.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA**5006928-22.2021.4.03.0000**

Requerente: ESTADO DE SÃO PAULO

Requerido: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - PR/SP, 2ª VARA FEDERAL DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE MARÍLIA

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA - Presidente

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 05/04/2021

DECISÃO

Vistos em plantão judiciário da Presidência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (art. 5º, § 2º, Resolução CA-TRF3 nº 122/2020).

Cuida-se de pedido de suspensão de tutela antecipada concedida nos autos de ação civil pública (Reg. nº 5000516-75.2021.4.03.6111), em trâmite perante a 2ª Vara Federal de Marília/SP, formulado pelo Estado de São Paulo com fundamento nos artigos 4º, *caput*, da Lei nº 8.437/92 e 1º da Lei 9.494/97.

De acordo com a inicial, o Ministério Público Federal ajuizou Ação Civil Pública em face da União e do Estado de São Paulo pleiteando a condenação dos réus *na obrigação de fazer consistente em prover todas as instituições de saúde referenciadas ao tratamento de pessoas acometidas de COVID-19 no âmbito da Subseção Judiciária de Marília (SP), em especial aquelas com leitos de Unidade de Terapia Intensiva (UTI) destinadas ao tratamento dessas pessoas, com os medicamentos que compõem o “Kit intubação”*.

Requeriu, outrossim, a concessão de liminar para determinar aos réus que: i) promovessem as medidas necessárias ao suficiente e adequado abastecimento de todas as instituições de saúde referenciadas ao tratamento de pessoas acometidas de COVID-19 no âmbito da Subseção Judiciária de Marília (SP) - em especial aquelas com leitos de Unidade de Terapia Intensiva (UTI) destinadas ao tratamento desses pacientes - com os medicamentos que compõem o “kit intubação”, inclusive por meio da destinação de parte dos medicamentos já adquiridos/requisitados pelos demandados, no prazo de 24 (vinte e quatro horas); e (ii) apresentassem, em até 05 (cinco) dias, prognóstico da situação de abastecimento de todos os hospitais de referência do COVID-19 existentes no âmbito da Subseção Judiciária de Marília (SP), bem como plano de medidas tendentes a evitar o desabastecimento dessas instituições.

Ato contínuo, antes da apreciação da liminar, o Ministério Público Federal emendou a petição inicial para reiterar a manifestação inicial, bem como para apresentar pedido alternativo consubstanciado na transferência das pessoas internadas para leitos de outros hospitais.

Encaminhados os autos ao juízo plantonista, foi parcialmente deferida a liminar nos seguintes termos:

Ante o exposto, deixo de apreciar a reiteração do pedido de tutela provisória de urgência formulado na petição inicial, cuja apreciação cabe ao juízo natural da causa, e DEFIRO PARCIALMENTE o pedido de tutela provisória de urgência formulado em caráter alternativo no aditamento à petição inicial para determinar à União e ao Estado de São Paulo que providenciem, até o dia 5 de abril, a transferência dos pacientes que atualmente necessitam de suporte ventilatório pulmonar (entubação) e estejam internados no Hospital Beneficente da UNIMAR, mantido pela Associação Beneficente Hospital Universitário, para hospitais da rede pública ou

privada do Estado de São Paulo que disponham dos medicamentos necessários para manter os pacientes em entubação (“kit entubação”), ou, alternativamente, abasteçam os estoques do Hospital Beneficente da UNIMAR com tais medicamentos em quantidade suficiente para ao menos quinze dias a mais, também contados do dia 5 de abril, considerada a atual ocupação dos leitos para pacientes entubados nessa unidade hospitalar.

Se o requerido e a requerida optarem por cumprir a decisão por meio da transferência de pacientes, devem fazê-lo somente em relação a pacientes para cujos casos não exista contraindicação médica para tal transferência, conforme protocolos aplicáveis a cada situação clínica. O descumprimento das medidas alternativamente determinadas ensejará o pagamento pelo requerido e pela requerida, solidariamente, da quantia de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) ao dia, a título de multa cominatória, além do bloqueio/sequestro de valores em conta pública, além da responsabilização dos envolvidos no descumprimento à devida responsabilização nas esferas penal, civil e administrativa.

Diante desse contexto, aduz o Estado de São Paulo haver risco de grave lesão à ordem e saúde públicas, pois a imediata transferência de pacientes, nos termos em que determinada, interfere de forma prejudicial na política pública de regulação de vagas. Nesse sentido, aliás, alega dispor de sistema amplo de monitoramento - Central de Regulação de Ofertas do Serviço de Saúde (CROSS) -, por meio do qual realiza *a intermediação entre a unidade solicitante (aquela em que se encontra o paciente, que necessita de hospital de outro nível de complexidade) e a unidade executante (aquela que apresenta perfil mais adequado à necessidade do paciente)*.

Afirma que *a grave lesão à ordem pública decorre da interferência do Poder Judiciário na grade de regulação de leitos do Sistema Único de Saúde no território do Estado de São Paulo, a qual foi pactuada entre todos os estabelecimentos hospitalares, sejam estaduais, municipais ou filantrópicos, cada um com o seu papel no atendimento à população.*

Defende, nesse diapasão, que os pacientes internados no Hospital Beneficente da UNIMAR, considerados os critérios constitucionais de regionalização e hierarquização do SUS (CF, art. 198), bem assim a organização da grade de regulação, devem ser atendidos na própria unidade, sob pena de *interferência na execução do serviço público de saúde e no devido exercício das funções da Administração no curso do enfrentamento da gravíssima crise sanitária.*

Aduz, ainda, inexistirem leitos vagos para receber todos esses pacientes do Hospital Beneficente da UNIMAR, em hospitais públicos ou privados, razão pela qual o cumprimento da liminar exigiria *(i) ou que os demais hospitais da região tenham que dispensar pacientes internados, com a finalidade de disponibilizar leitos que permitam o cumprimento da liminar (“até o dia 5 de abril”); (ii) ou que, à medida que forem sendo disponibilizados leitos em outros hospitais da região, por alta ou óbito de seus ocupantes, todas as vagas sejam direcionadas aos pacientes internados no hospital da UNIMAR, em prejuízo dos 1.411 pacientes que hoje aguardam para serem internados, 222 dos quais classificados como de prioridade absoluta.* Nessa esteira, alega que a decisão impugnada prioriza os pacientes internados no Hospital Beneficente da UNIMAR, em desatenção à análise objetiva baseada em critérios que levam em consideração os casos mais urgentes.

Em relação aos denominados “kit intubação”, narra que o Estado de São Paulo, assim como os demais entes da federação e as instituições privadas, enfrenta dificuldades na sua aquisição. Não bastasse, seria de responsabilidade da ANVISA e do Ministério da Saúde a adoção de medidas “macro” para solucionar a crise de abastecimento.

Assevera, outrossim, que *a liminar ora impugnada determina o fornecimento desses fármacos a hospital vinculado a gestão municipal, o que é ainda mais preocupante ao se*

considerar o efeito multiplicador que gera, podendo colocar o Estado de São Paulo em uma situação impossível: ou descumpra as liminares para manter o seu serviço de saúde funcionando, ou as cumpre e interrompe as intubações de pacientes portadores de COVID-19 nos hospitais estaduais pelo término do estoque.

Ademais, informa que o Hospital Beneficente UNIMAR, de natureza privada, atende ao SUS mediante convênio com o Município de Marília. Dessa forma, a responsabilidade pelo abastecimento do hospital seria do seu gestor, motivo pelo qual o cumprimento da decisão liminar implicaria indevida assunção da gestão de estabelecimentos privados e, em última instância, contrariedade à diretriz de descentralização do Sistema Único de Saúde.

Por fim, sustenta não ser possível o controle judicial sobre o mérito administrativo da política pública, principalmente em casos complexos como o da pandemia da COVID-19.

Requer, assim, a suspensão da liminar proferida nos autos da Ação Civil Pública nº 5000516-75.2021.4.03.6111, até o trânsito em julgado da decisão que apreciar o mérito da ação subjacente.

É o relatório.

Decido.

O instituto da suspensão de liminar, previsto em caráter geral pelos artigos 4º, § 7º, da Lei nº 8.437/92 e 1º da Lei nº 9.494/97, constitui medida excepcional, somente admitida na hipótese de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

Acrescente-se, ademais, que a utilização do presente instrumento requer a demonstração concreta e efetiva de ameaça de lesão significativa à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas – pressupostos de seu conhecimento (Supremo Tribunal Federal, Suspensão de Segurança 1026-3). No mesmo sentido, confira-se o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO INTERNO NO PEDIDO DE SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. EDITAL. EXEQUIBILIDADE DE PROPOSTA. GRAVE LESÃO À ORDEM E À ECONOMIA PÚBLICAS. NÃO DEMONSTRAÇÃO. VIA INADEQUADA PARA ANÁLISE DO MÉRITO DA CONTROVÉRSIA. SUCEDÂNEO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO AGRAVADA. FUNDAMENTOS NÃO INFIRMADOS. 1. O deferimento do pedido de suspensão está condicionado à cabal demonstração de que a manutenção da decisão impugnada causa grave lesão a um dos bens tutelados pela legislação de regência. 2. O instituto da suspensão de segurança, por não ser sucedâneo recursal, é inadequado para a apreciação do mérito da controvérsia. 3. Mantém-se a decisão agravada cujos fundamentos não foram infirmados. 4. Agravo interno desprovido. (AgInt na SS 2976 / CE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, DJe 15.2.2019).

Tal interpretação é coerente com a impossibilidade de utilização do instrumento como sucedâneo recursal, vale dizer, não se pode, na cognição do pedido de suspensão de segurança ou liminar, analisar o mérito da causa de onde emana a decisão cujos efeitos se pretende suspender.

Com efeito, a ordem pública, apontada na presente medida de contracautela como fundamento para a suspensão da decisão liminar, há de abranger, evidentemente, a ordem administrativa e a regularidade das políticas públicas elaboradas e implementadas pelos Poderes regularmente constituídos.

No caso em testilha, é importante notar que a decisão atacada envolve a formulação e execução de políticas públicas sanitárias em contexto de Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII), reconhecida pela Organização Mundial da Saúde – OMS.

Dessa forma, impõe-se ressaltar que a interferência do Poder Judiciário deve ser pautada por critérios de cautela e prudência invulgares, que não aprofundem a tensão entre os elaboradores e executores de políticas públicas, tampouco desequilibrem a repartição das competências constitucionais concretizadas por normas e atos materiais efetivadores das políticas sanitárias necessárias ao controle da pandemia.

Nesse contexto, passo à análise do pedido de suspensão.

Conforme se extrai dos autos, o juízo de primeiro grau consignou que analisaria somente o pedido alternativo formulado em aditamento à inicial, a saber, obrigação de transferir ocupantes de leitos das instituições de saúde de Marília (SP) referenciadas para o tratamento da síndrome respiratória aguda grave ocasionada pela COVID-19, considerado o iminente desabastecimento dos fármacos necessários à preservação da vida mediante suporte ventilatório pulmonar.

Corroborando o quanto afirmado o seguinte trecho da decisão:

A este Juízo cabe analisar somente o pedido alternativo formulado no aditamento à inicial, de imposição de obrigação de fazer ao requerido e à requerida consistente na transferência de pacientes ocupantes de leitos das instituições de saúde da Subseção Judiciária de Marília (SP) referenciadas para o tratamento da síndrome respiratória aguda grave ocasionada pela COVID-19 que estiverem na iminência de desabastecimento dos fármacos necessários à preservação da vida dos pacientes que fazem uso de suporte ventilatório pulmonar.

Ocorre que, ao determinar a transferência de pacientes ou o abastecimento dos estoques com o chamado “kit intubação”, *tão somente em relação aos pacientes internados no Hospital Beneficente UNIMAR*, a decisão combatida, além de incorrer em evidente contradição, na medida em que deixou de observar a delimitação supra, desconsiderou a demanda geral de todos os hospitais do Estado de São Paulo.

Conforme amplamente noticiado, a pandemia ocasionada pelo novo Coronavírus-COVID19 é a maior crise de saúde pública já vivenciada no Brasil. Suas consequências são nefastas em todas as áreas, sendo, atualmente, insuficientes os recursos médico-hospitalares existentes para atender à toda a população afetada pela denominada “segunda onda” da pandemia, agravada pelas variações genéticas do COVID-19. Destaque-se a carência de leitos hospitalares, em especial nas Unidades de Tratamento Intensivo (UTIs), bem como de medicamentos, insumos, equipamentos e profissionais de saúde – médicos, enfermeiros e técnicos de enfermagem – para atender ao exponencial crescimento da população vitimada pelo COVID-19.

Uma das carências mais prementes refere-se ao denominado “kit-intubação”, o qual, indispensável ao tratamento de pacientes mais graves internados nas UTIs espalhadas por todo o Brasil, compõe-se dos seguintes medicamentos e insumos: anestésico local (sequência rápida de intubação), ansiolítico, bloqueador neuromuscular (manutenção da intubação, e para sequência rápida de intubação), fármaco antídoto, fármaco para controle do delírio, fármaco para sedação contínua, fármaco para analgesia, fármaco vasoativo, e sedativo (sequência rápida de intubação).

A urgência agrava-se em função da impossibilidade da demora no atendimento ao paciente cuja capacidade respiratória se encontra gravemente comprometida, sob pena de risco de morte.

Essa carência, entretanto, não se constata unicamente no Hospital Beneficente UNIMAR, localizado na cidade de Marília, mas é compartilhada, lamentavelmente, por inúmeros hospitais públicos, e também particulares, em diversos municípios do Estado de São Paulo, e até da Capital. O fato é público e notório, pois noticiado com destaque pela mídia.

Nesse sentido, conforme notícia veiculada pelo jornal Folha de São Paulo no último dia 03 de abril, há mais de 31 mil pessoas hospitalizadas em virtude do COVID-19 no Estado de São Paulo, sendo 13 mil internadas em unidades de terapia intensiva. Além disso, há cerca de 1.500 pedidos de internação por dia, sendo que 35% desses pedidos são para leitos de UTI. A taxa de ocupação dos leitos, por sua vez, já atinge 92%, segundo o Governo do Estado (<https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2021/04/transferencias-de-pacientes-indicam-utis-paulistas-a-beira-do-colapso.shtml>, acessado em 03.04.2021).

A solução vislumbrada pelo Ministério Público Federal, com atuação na Subseção da Justiça Federal de Marília, e atendida parcialmente pelo Magistrado federal de plantão, apesar de louvável, atém-se, exclusivamente, à realidade local, desconsiderando a situação pandêmica como um todo. Com efeito, a questão do combate à pandemia e da administração dos recursos médico-hospitalares, incluindo-se a gestão de leitos de UTI, deve ser tratada globalmente, considerando-se a realidade de todo o Estado de São Paulo. Os recursos são, notadamente, finitos e, no momento, não há estoque do denominado “kit-intubação” para suprir a necessidade de todos os hospitais do Estado de São Paulo a curto prazo.

Não à toa, a corroborar a imprescindibilidade de monitoramento global da disponibilidade de leitos e recursos, assim como da evolução de cada paciente, o Estado de São Paulo dispõe da *Central de Regulação de Ofertas de Serviços de Saúde (CROSS)*, a qual *realiza a intermediação entre a unidade solicitante (aquela em que se encontra o paciente, que necessita de hospital de outro nível de complexidade) e a unidade executante (aquela que apresenta perfil mais adequado à necessidade do paciente). Tudo faz parte de um processo dinâmico e ininterrupto, de forma a atender as necessidades dos pacientes do SUS. O sistema da CROSS contém mapa de leitos de todos os hospitais públicos e possibilita ao gestor uma visão e monitoramento de vagas em determinada região.*

Demais disso, considerada a situação atual da pandemia e o consequente impacto nos equipamentos de saúde, o Grupo de Regulação, com esboço em critérios objetivos, classifica os pacientes COVID-19 que demandam vagas de internação em quatro graus de prioridade: Nível 1 - VERMELHO – PRIORIDADE ABSOLUTA Nível 2 – LARANJA – PRIORIDADE MODERADA Nível 3 – AMARELO – PRIORIDADE BAIXA Nível 4 – VERDE – PRIORIDADE MINIMA.

E, justamente a partir dos dados obtidos por meio do Sistema CROSS, constatou-se que, no dia 02/04/2021, às 08h00, havia no território estadual 1.411 pacientes aguardando vagas de internação no Portal CROSS, 222 deles classificados como vermelhos (prioridade absoluta), 784 como laranjas (prioridade moderada), 247 como amarelos (prioridade baixa) e 150 como verdes (prioridade mínima), sendo que 8 deles ainda não haviam sido classificados.

Assim, inegavelmente, a obrigatoriedade em fornecer certa quantidade de “kits-intubação” a determinado hospital, por força de decisão judicial liminar deferida em sede de plantão, pode comprometer o seu fornecimento para outros hospitais que também apresentem a mesma urgente necessidade.

Mais do que isso, a eventual multiplicação de decisões judiciais no mesmo sentido - sobretudo a abarcar hospitais privados conveniados a municípios, como sucede nestes autos - pode acarretar o comprometimento do planejamento e das ações coordenadas pela Secretaria de Saúde Estadual e pelo Ministério da Saúde, os quais têm a responsabilidade de considerar toda

a realidade do Estado e do País, respectivamente. Em função do narrado na inicial, presume-se a incapacidade do Município de Marília para atender os hospitais públicos da cidade, eis que também integra o Sistema Único de Saúde.

A gestão e a aplicação dos recursos materiais e humanos utilizados no combate à pandemia do COVID-19 constituem função e atribuição próprias do administrador, o qual deve ter a visão global e sistêmica da situação, de modo a poder aplicar com racionalidade e eficiência os recursos públicos disponíveis.

Evidentemente, não é função do magistrado substituir os executores de política pública de saúde, para definir como devem ser administrados os recursos públicos, com o fim, exclusivamente, de atender a realidade específica e local. Registre-se: a crise afeta todo o sistema de saúde e todos os cidadãos, e não somente certo e determinado hospital. E, considerando essa realidade, não se pode deixar de reconhecer que os gerenciadores dos sistemas de saúde estadual e federal estão mais aptos a decidir, em virtude das informações e conhecimentos técnicos que dispõem.

Reitere-se, a carência é generalizada e não se circunscreve ao município de Marília. Existem inúmeros outros hospitais, públicos e privados, em todo o Estado de São Paulo, que necessitam, igualmente e com a mesma premência, do fornecimento de “kits-intubação” e de leitos de UTIs para os pacientes com COVID-19. Nesse sentido aliás, afirma o requerente que, na presente data, *o Estado de São Paulo está com estoque de aproximadamente apenas uma semana para os medicamentos do “kit intubação” com maior escassez no mercado.*

Não se pode, portanto, pretender sejam fornecidos remédios, insumos, equipamentos e instrumentos ou disponibilizados leitos em UTIs para um determinado hospital, em detrimento de outros estabelecimentos de saúde que se encontrem, também, em idêntica situação de premência, sob pena de comprometer os pacientes que são por eles atendidos.

Diante desse cenário, a decisão judicial, se mantida nos termos em que prolatada, poderá trazer mais problemas do que soluções, porquanto, ao remanejar pacientes sem o devido conhecimento técnico, nos aspectos coletivo e individual, tem aptidão para agravar a crise sanitária.

Por outras palavras, a prática de atos judiciais que interfiram na logística e no planejamento nos diversos âmbitos de atuação, baseados em dados e evidências que refogem ao âmbito de cognição neste juízo perfunctório, poderia causar malefícios à coletividade superiores aos benefícios pretendidos.

Sem descurar da realidade histórico-social do Brasil, a demandar cuidados na aplicação da teoria da reserva do possível, tem-se que, na presente hipótese, não se está a legitimar o injusto inadimplemento de dever estatal de prestação constitucionalmente imposta ao Poder Público, tampouco a apontar óbice de natureza econômica ou orçamentária.

Vale lembrar que, conforme lição de Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo, a reserva do possível apresenta tríplice dimensão, a saber: *a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade (Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: <https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html> Acesso em: 02 abr. 2021).*

Ora, na hipótese vertente, reitere-se, considerada a escassez de recursos humanos e materiais em todo o Estado de São Paulo, resultado direto da pandemia da Covid-19, não é possível aferir, com segurança, se a medida determinada pelo juízo de primeiro grau, observado o número total de leitos disponíveis no Estado, bem assim a evolução individual de cada paciente acometido pela síndrome respiratória aguda, tem o condão de mitigar a situação delicada vivenciada nos últimos meses.

Nesse passo, prosseguem os autores supracitados, particularmente no tocante ao direito à saúde:

Por outro lado, não podemos ser ingênuos a ponto de ter como irrelevantes as questões vinculadas à reserva do possível, já que esta, para além das considerações de ordem financeiro-orçamentária estrita, envolve também aspectos outros, tais como disponibilidade efetiva de leitos, aparelhos médicos avançados, profissionais de saúde habilitados, etc. Além disso, assume relevo a exigência de capacidade de decisão específica (perícia) acerca das diretrizes terapêuticas a serem observadas quanto à prestação de saúde requerida.

Em síntese, seja pelo prisma da disponibilidade fática de recursos materiais ou humanos, seja pelos critérios da proporcionalidade e razoabilidade, a decisão cuja suspensão se pretende, além de exorbitar do campo de ação próprio do julgador, não se afigura suficiente, diante da realidade empírica, para conter ou até mesmo mitigar os efeitos deletérios da pandemia da Covid-19, sobretudo após o surgimento da variante P.1. do coronavírus (variante de Manaus), de alta transmissibilidade.

No escólio de José dos Santos Carvalho Filho [...] *somente diante dos concretos elementos a serem sopesados no momento de cumprir determinados empreendimentos é que o administrador público poderá concluir no sentido da possibilidade de fazê-lo, à luz do que constitui a reserva administrativa dessa mesma possibilidade. Por lógico, não se pode obrigar a Administração a fazer o que se revela impossível* (in *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Atlas, 2. ed., rev. ampl. e atual., 2013, p. 47).

Não é por outra razão que o legislador incluiu o artigo 22 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a determinar que o juiz, ao interpretar normas de gestão pública, deve considerar os obstáculos e dificuldades do gestor, *verbis*:

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. (Regulamento)

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Ainda, sob a ótica do princípio da igualdade, é certo que a decisão judicial, ao observar somente a situação específica do Hospital Beneficente UNIMAR, pode gerar desequilíbrio em todo o sistema e comprometer o tratamento uniforme a todos os pacientes que estão na mesma situação.

No mesmo sentido, em situação análoga à versada nos autos, o Tribunal de Justiça de São Paulo, ao apreciar a Suspensão de Liminar nº 2070973-14.2021.8.26.0000, bem decidiu que *decisões esparsas, em favor de um ou outro município, hospital ou paciente são hábeis a comprometer a igualdade de tratamento e de assistência médico-hospitalar a todos os cidadãos, porque pode – por falta de conhecimento técnico adequado e de visão global da situação do Estado – priorizar pacientes que não se encontram em estágio avançado da doença em detrimento de outros em estado extremamente grave e que necessitam de urgente internação, com uso de oxigênio e intubação.*

Por fim, conforme dito alhures, a situação vivenciada é excepcional e, portanto, demanda ação coordenada do Poder Público, responsável constitucionalmente por fornecer saúde à toda a população, revelando-se imprescindível a avaliação global da evolução da Pandemia e das internações decorrentes.

Nessa senda, não se vislumbra como a pena de multa arbitrada pelo juízo *a quo* poderia resultar na criação de vagas que não existem ou mesmo na aquisição de equipamentos indisponíveis à venda.

Assim, se inadimplida a liminar, a execução da pena pecuniária trará inevitavelmente maior prejuízo a todos os cidadãos, na medida em que retirará dinheiro dos cofres públicos. E, em momentos de crise, deve-se buscar, com ainda mais rigor, a preservação da segurança jurídica e, conseqüentemente, da ordem pública, saúde e economia.

Em suma, vale esclarecer que a decisão impugnada não imputa conduta omissiva das autoridades de saúde estadual, mas constata a provável falta dos “kits-intubação” no Hospital Beneficente UNIMAR e a incapacidade do Município para atender a demanda, razão pela qual impõe ao Estado e à União o fornecimento compulsório dos “kits-intubação” em quantidade que supõe necessária para o atendimento da situação local. Não analisa, entretanto, a situação como um todo, considerando a realidade e as necessidades de todo o sistema de saúde pública, como seria de rigor.

Conseqüentemente, demonstrada a concreta e efetiva ameaça de lesão à saúde, assim como à ordem e economia públicas, reputo presentes os requisitos para a suspensão da liminar.

Diante do exposto, comprovados os fundamentos legalmente exigidos, *DEFIRO* a suspensão pleiteada até que sobrevenha a análise final da questão por órgão julgador colegiado deste Tribunal Regional Federal.

Comunique-se, com urgência, ao responsável pelo Plantão da Subseção Judiciária de Marília e ao juízo da 2ª Vara Federal de Marília/SP.

Intimem-se.

Publique-se.

Após, ao Ministério Público Federal.

Decorrido o prazo legal sem a interposição de recursos, archive-se.

São Paulo, 3 de abril de 2021.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Presidente

Direito Constitucional



APELAÇÃO CÍVEL

0001360-95.2011.4.03.6003

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA - INCRA

Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 08/04/2021

EMENTA

APELAÇÃO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. REFORMA AGRÁRIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PERDA DO OBJETO. INOCORRÊNCIA. REGULARIZAÇÃO DE ASSENTAMENTOS NA REGIÃO LESTE DE MATO GROSSO DO SUL. DEVERES PREVISTOS EM NORMATIZAÇÃO ESPECÍFICA. OMISSÃO DO INCRA. CONFIGURAÇÃO. GRAVES CONSEQUÊNCIAS. INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. INVOCAÇÃO DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. DESCABIMENTO. RECURSO DESPROVIDO.

1. É de ser afastada a preliminar de perda superveniente do objeto desta demanda pelo advento da Lei 13.465/2017.

2. Isso porque o pedido formulado nesta ação civil pública relaciona-se a apontadas omissões do INCRA no corresponde dever legal e institucional de fiscalizar e supervisionar política setorializada de reforma agrária, atribuição essa que não foi alterada pela Lei 13.465/2017, que apenas modificou condições de regularização fundiária então existentes.

2. Mérito: a Constituição da República prevê a existência de um plano nacional de reforma agrária (art. 188), dispondo, entre o mais, que “Os beneficiários da distribuição de imóveis rurais pela reforma agrária receberão títulos de domínio ou de concessão de uso, inegociáveis pelo prazo de dez anos”. (art. 189, *caput*).

3. A Lei 4.505/64, por sua vez, define reforma agrária como “conjunto de medidas que visem a promover melhor distribuição da terra, mediante modificações no regime de sua posse e uso, a fim de atender aos princípios de justiça social e ao aumento de produtividade”.

4. Ainda no plano infraconstitucional, a Lei 8.629/93, que regulamenta os dispositivos constitucionais acerca de reforma agrária, estabelece que os títulos de domínio e as concessões de uso são inegociáveis pelo prazo de dez anos, bem como que, no caso de descumprimento de quaisquer das obrigações assumidas pelo adquirente ou concessionário, haverá a resolução da avença e consequente devolução do imóvel (arts. 18 e 22).

5. Neste caso, trata-se de ação civil pública promovida pelo Ministério Público Federal após averiguar, em inquéritos civis públicos e diversas denúncias, a existência, desde 2005, de irregularidades em assentamentos de terra da região leste do Estado de Mato Grosso do Sul, materializadas em alienações de parcelas, comercialização de lotes, reconcentração fundiária e malversação de recursos públicos.

6. Dessa forma, requereu-se nesta ação fosse determinado ao INCRA que efetivasse o levantamento ocupacional dos assentamentos localizados nos municípios de Água Clara, Cassilândia, Costa Rica, Bataguassu, Brasilândia, Chapadão do Sul, Inocência, Aparecida

do Taboado, Paranaíba, Santa Rita do Pardo, Selvíria e Três Lagoas, bem como a retomada dos lotes ocupados irregularmente, o que integralmente atendido pela r. sentença. 7. Consoante registrado pelo MM. Juízo *a quo*, a desordem e a grave questão fundiária ora sob análise perdura há anos no Estado do Mato Grosso do Sul, o que levou o INCRA, sem embargo da atuação do Ministério Público Federal, a editar a Instrução Normativa 47/2008, pela qual estabelecidas diretrizes para a supervisão da situação ocupacional em projetos de reforma agrária, retomada de parcelas ocupadas irregularmente e respectiva destinação para assentamento de agricultores.

8. Por sinal, as disposições da IN 47/2008/INCRA refletem exatamente as pretensões deduzidas nesta ação civil pública, impondo como objetivos, entre o mais, a atualização dos dados dos assentamentos, identificação das situações irregulares (especialmente aquelas inerentes às parcelas ocupadas indevidamente) bem como a promoção da retomada das parcelas ocupadas irregularmente (art. 3º).

9. Ocorre que, como fartamente demonstrado nos autos, o INCRA deixou de, minimamente, atuar no sentido de cumprir as obrigações definidas na IN 47/2008.

10. Com efeito, o órgão regional sul-matogrossense sequer encaminhou relatório de gestão ao órgão central da Autarquia, o que, segundo admitido pelo próprio escritório central, impediu que se efetuasse fiscalização acerca da regularidade dos trabalhos de supervisão nos lotes de assentamento descritos na inicial.

11. Ficou comprovado, mais, que o escritório regional do INCRA não formalizou qualquer pedido de auxílio material ao órgão central, ainda que, em respostas anteriores a ofícios e pedidos de esclarecimentos do MPF, se tenha mencionado a possibilidade de adição orçamentária destinada às fiscalizações que poderiam beneficiar aquela região.

12. Verifica-se dos autos, ainda, que a Autarquia, mesmo comprometida desde a decisão liminar, deixou de efetuar, com mínima eficiência, a identificação e o levantamento da população envolvida nos assentamentos, o que, de antemão, vem impedindo propriamente a execução das providências regulatórias descritas na IN 47/2008.

13. Logo, como bem ressaltado na r. sentença, “não há justificativa plausível para amparar a postura omissa e contraditória da Superintendência Regional do INCRA no Mato Grosso do Sul, no tocante à ausência de implementação concreta dos comandos normativos exarados pelo ilustre Presidente do INCRA, quando da edição da IN 47/2008”.

14. A bem ver, o INCRA jamais negou o cenário de desordem instaurado nos desdobramentos fundiários da região em tela, mas sim, sempre insistiu na impossibilidade de interferência do Ministério Público e do Poder Judiciário sobre os critérios de atuação até então adotados, invocando, além do princípio constitucional da independência e separação dos poderes, também a aplicação da teoria da reserva do possível.

15. Ocorre que, contrariamente ao alegado pela Autarquia, a pretensão ministerial, acolhida pela r. sentença, não visa interferir na correspondente atuação discricionária de definição de metas em políticas públicas, mas sim, tem por objetivo a correção de atividade ilegal, consistente em injustificável omissão no cumprimento relacionado a obrigações impostas na Constituição Federal, em lei e, no caso, especificadas em instrumento normativo editado pelo próprio INCRA.

16. Salienta-se o entendimento consolidado no E. Supremo Tribunal Federal, no sentido de que, verificada omissão do dever do Poder Público de implementar políticas públicas estabelecidas no próprio texto constitucional, é legítima a intervenção do Poder Judiciário, como instituição de garantia dos direitos fundamentais. Jurisprudência.

17. E consoante definido pelo E. STF, “a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade” (STF, ARE 1.129.152 AgR, Relator Min. Celso de Mello, p. em 19/12/2018).

18. Neste caso, entretanto, não demonstrou o INCRA justo motivo, objetivamente aferível, que o impedisse de cumprir suas obrigações no que tange aos assentamentos em baila, bastando salientar que os deveres assumidos na IN 47/2008 foram estabelecidos pela própria Autarquia, bem como que, consoante já ressaltado, o descontrole instaurado na região decorre de omissões injustificadas, como a ausência de devida comunicação entre os órgãos central e regional, que prejudicou, inclusive, o aporte de recursos financeiros.

19. No mais, é pacífico o entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça - reafirmada em sede de julgamento repetitivo (Tema 98) - que admite a imposição da multa cominatória à Fazenda Pública, no caso de descumprimento de obrigação de fazer.

20. Apelação do INCRA desprovida.

ACÓRDÃO

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

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Trata-se de apelação interposta pelo INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZACAO E REFORMA AGRARIA – INCRA nestes autos de ação civil pública ajuizada, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL objetivando, em suma, provimento judicial determinando que a Autarquia apresente plano de trabalho acerca da supervisão ocupacional de lotes destinados a projetos de assentamento de reforma agrária situados na Subseção Judiciária de Três Lagoas/MS, bem como proceda à respectiva execução, devendo retomar os lotes ocupados irregularmente nos termos da Instrução Normativa 47, de 16 de setembro de 2008.

O pedido de antecipação dos efeitos da tutela foi deferido, concedendo-se prazo de 30 dias para que o INCRA apresentasse plano de trabalho que tornasse exequível, em 90 dias, a supervisão ocupacional pleiteada na inicial, sob pena de pagamento de multa diária no valor de R\$ 50.000,00 (fls. 654/657).

Contra a supramencionada decisão, a Autarquia interpôs agravo de instrumento (fls. 664/675).

Em audiência realizada em 07/01/2014, o INCRA se manifestou no sentido de atender a decisão liminar, estabelecendo-se que teria até o final de 2013 para cumprir as etapas de vistoria e notificação do processo administrativo para a retomada dos lotes não ocupados ou ocupados irregularmente (fls. 934).

Em 29/04/2015, o MPF protocolou pedido de declaração de descumprimento da decisão liminar, pugnando pela suspensão de todos os processos administrativos relacionados à aquisição/desapropriação de terras até a conclusão de retomada dos lotes irregulares (fls. 1.027/1.030), o que indeferido pelo MM. Juízo *a quo*.

Inconformado, o órgão ministerial interpôs agravo de instrumento, com pedido de antecipação da pretensão recursal (fls. 1.172/1.182-v), concedida por decisão monocrática proferida pela E. Relatora desta Corte, ordenando-se a entrega de relatório acerca das etapas de notificação e retomada dos lotes irregulares no prazo de 60 dias, sob pena de astreintes no valor de R\$ 1.000,00, bem como determinando-se a suspensão dos processos administrativos de aquisição/desapropriação de terras (fls. 1.195/1.197).

Sobreveio a *r. sentença*, pela qual julgados procedentes os pedidos iniciais, condenando o INCRA nas seguintes obrigações de fazer: *a)* executar a supervisão/fiscalização das ocupações objeto da presente demanda; *b)* realizar a identificação das ocupações irregulares; e *c)* promover a retomada ou regularização dos lotes ocupados indevidamente (fls. 1.256/1.259-v).

Em suas razões de apelação, a Autarquia suscitou, preliminarmente, carência da ação por perda superveniente do objeto, tendo em vista o advento da Lei 13.465/2017 que, ao modificar dispositivos da Lei 8.629/1993, alterou substancialmente a política de regularização fundiária, autorizando o INCRA a regularizar ocupações nos projetos de assentamentos criados até 22/12/2014. Quanto ao mérito, sustentou ser *“impossível o atendimento da obrigação imposta pela decisão combatida, seja por falta de recurso financeiros, humanos e até materiais para tanto (reserva do possível). Não que o INCRA queira se esquivar de suas obrigações legais, mas para demonstrar que independentemente da determinação judicial, as ações (vistorias) apontadas pelo Juízo são implementadas na medida do possível, considerando o conjunto de ações a serem concretizados pela Administração”*. Ponderou, ainda, que as determinações fixadas na *r. sentença* ofendem o princípio constitucional da separação dos poderes. Por fim, apontou a impossibilidade de fixação de multa diária à fazenda pública (fls. 1.265/1.274).

Oferecidas contrarrazões (fls. 1.285/1.293), os autos subiram a esta E. Corte Regional.

O Ministério Público Federal com atribuição nesta instância manifestou-se pelo desprovemento da apelação (fls. 1.364/1.369).

É o relatório.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

VOTO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Inicialmente, é de ser afastada a preliminar de perda superveniente do objeto desta demanda pelo advento da Lei 13.465/2017.

Isso porque o pedido formulado nesta ação civil pública relaciona-se a apontadas omissões do INCRA no corresponde dever legal e institucional de fiscalizar e supervisionar política setorializada de reforma agrária, atribuição essa que não foi alterada pela Lei 13.465/2017, que apenas modificou condições de regularização fundiária então existentes.

É dizer: o advento da Lei 13.465/2017 não legitimou as condutas ilegais apontadas nesta demanda, como a alienação de parcelas de terra para terceiros que não são beneficiários de assentamento da reforma agrária, mas, no máximo, estabeleceu requisitos para a possibilidade de regularizações em situações específicas, como se pode observar do art. 26-B da aludida lei.

O mérito.

A Constituição da República prevê a existência de um *plano nacional de reforma agrária* (art. 188), dispondo, entre o mais, que “*Os beneficiários da distribuição de imóveis rurais pela reforma agrária receberão títulos de domínio ou de concessão de uso, inegociáveis pelo prazo de dez anos.* (art. 189, *caput*)”.

A Lei 4.505/64, por sua vez, define reforma agrária como “*conjunto de medidas que visem a promover melhor distribuição da terra, mediante modificações no regime de sua posse e uso, a fim de atender aos princípios de justiça social e ao aumento de produtividade*”.

Ainda no plano infraconstitucional, a Lei 8.629/93, que regulamenta os dispositivos constitucionais acerca de reforma agrária, estabelece que os títulos de domínio e as concessões de uso são inegociáveis pelo prazo de dez anos, bem como que, no caso de descumprimento de quaisquer das obrigações assumidas pelo adquirente ou concessionário, haverá a resolução da avença e consequente devolução do imóvel (arts. 18 e 22).

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL promoveu a presente ação civil pública após averiguar, em inquéritos civis públicos e diversas denúncias, a existência, desde 2005, de inúmeras irregularidades em assentamentos de terra da região leste do Estado de Mato Grosso do Sul, materializadas em alienações de parcelas, comercialização de lotes, reconcentração fundiária e malversação de recursos públicos.

Dessa forma, requereu fosse determinado ao INCRA que efetivasse o levantamento ocupacional dos assentamentos localizados nos municípios de Água Clara, Cassilândia, Costa Rica, Bataguassu, Brasilândia, Chapadão do Sul, Inocência, Aparecida do Taboado, Paranaíba, Santa Rita do Pardo, Selvíria e Três Lagoas, bem como a retomada dos lotes ocupados irregularmente, no que foi integralmente atendido pela r. sentença.

Consoante bem registrado pelo MM. Juízo *a quo*, a desordem e a grave questão fundiária ora sob análise perdura há anos no Estado do Mato Grosso do Sul, o que levou o INCRA, sem embargo da atuação do Ministério Público Federal, a editar a Instrução Normativa 47/2008 (fls. 153/160), pela qual estabelecidas diretrizes para a supervisão da situação ocupacional em projetos de reforma agrária, retomada de parcelas ocupadas irregularmente e respectiva destinação para assentamento de agricultores.

Por sinal, as disposições da IN 47/2008 - INCRA refletem exatamente as pretensões deduzidas nesta ação civil pública, impondo como objetivos, entre o mais, a atualização dos dados dos assentamentos, identificação das situações irregulares (especialmente aquelas inerentes às parcelas ocupadas indevidamente) bem como a promoção da retomada das parcelas ocupadas irregularmente. Confira-se, a propósito, o art. 3º dessa Instrução:

“Art. 3º São objetivos específicos da presente instrução:

I - promover a atualização dos dados dos projetos de assentamento e dos respectivos beneficiários nos sistema de informações do Incra;

II - identificar e caracterizar as situações irregulares relativas à destinação das áreas de reforma agrária, especificamente aquelas inerentes às parcelas ocupadas irregularmente;

III - promover a retomada das parcelas ocupadas irregularmente;

IV - promover o aproveitamento dessas parcelas no assentamento de trabalhadores rurais sem terra, conforme previsto na Norma de Execução nº 45/04 ou outra que venha a substituí-la;

V - promover a destinação das parcelas para outros fins, quando não couber o disposto no inciso anterior, conforme legislação específica”.

Ocorre que, como fartamente demonstrado nos autos, o INCRA deixou de, minimamente, atuar no sentido de cumprir as obrigações definidas na IN 47/2008.

Com efeito, o órgão regional sul-matogrossense sequer encaminhou relatório de gestão ao órgão central da Autarquia, o que, segundo admitido pelo próprio escritório central, impediu que se efetuassem fiscalizações acerca da regularidade dos trabalhos de supervisão nos lotes de assentamento descritos na inicial.

Ficou comprovado, mais, que o escritório regional do INCRA não formalizou qualquer pedido de auxílio material ao órgão central, ainda que, em respostas anteriores a ofícios e pedidos de esclarecimentos do MPF, se tenha mencionado a existência a possibilidade de adição orçamentária destinada às fiscalizações que poderiam beneficiar aquela região.

Verifica-se dos autos, ainda, que a Autarquia, mesmo comprometida desde a decisão liminar, deixou de efetuar a identificação e levantamento da população envolvida nos assentamentos, o que, de antemão, vem impedindo propriamente a execução das providências regulatórias descritas na IN 47/2008.

Logo, como bem ressaltado na r. sentença, *“não há justificativa plausível para amparar a postura omissa e contraditória da Superintendência Regional do INCRA no Mato Grosso do Sul, no tocante à ausência de implementação concreta dos comandos normativos exarados pelo ilustre Presidente do INCRA, quando da edição da IN 47/2008”*.

A bem ver, a Autarquia jamais negou o cenário de desordem instaurado nos desdobramentos fundiários da região em tela, mas sim, sempre insistiu na impossibilidade de interferência do Ministério Público e do Poder Judiciário sobre os critérios de atuação até então adotados, invocando, além do princípio constitucional da independência e separação dos poderes, também a aplicação da teoria da reserva do possível.

Ocorre que, contrariamente ao alegado pela Autarquia, a pretensão ministerial, acolhida pela r. sentença, não visa interferir na correspondente atuação discricionária de definição de metas em políticas públicas, mas sim, tem por objetivo a correção de atividade ilegal, consistente em injustificável omissão no cumprimento relacionado a obrigações impostas na Constituição Federal, em lei e, no caso, especificadas em instrumento normativo editado pelo próprio INCRA.

Salienta-se o entendimento consolidado no E. Supremo Tribunal Federal, no sentido de que, verificada omissão do dever do Poder Público de implementar políticas públicas estabelecidas no próprio texto constitucional, é legítima a intervenção do Poder Judiciário, como instituição de garantia dos direitos fundamentais.

A propósito:

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DEVER DO ESTADO DE PRESTAR ASSISTÊNCIA JURÍDICA AOS NECESSITADOS. COMPETÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO PARA DETERMINAR AO PODER JUDICIÁRIO MEDIDAS QUE ASSEGUREM A EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 80/2014. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. ARTS. 1.021, §1º, CPC, E 317, § 1º, do RISTF.

1. O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a ADI 2.903, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 19.9.2008, reconheceu: a) a Defensoria Pública como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, qualificada como instrumento de concretização dos direitos das pessoas carentes; b) que *o Poder Judiciário, em face da supremacia da Constituição, pode adotar, em sede jurisdicional, medidas destinadas a tornar efetiva a implementação de políticas públicas, na hipótese de inescusável omissão estatal*.

2. É ônus do recorrente impugnar de modo específico os fundamentos da decisão agravada, nos termos do art. 1.021, § 1º, CPC, o que não ocorreu no caso.

3. Agravo regimental a que se nega provimento”.

(STF, RE nº 810883 AgR, Min. Edson Fachin, 2ª Turma, Julgado em 23/08/2019)

“AGRAVO INTERNO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REFORMA EM ESCOLA. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES. OMISSÃO ESTATAL. SITUAÇÃO DE RISCO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279 DO STF. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO”.

(STF, ARE nº 1174624 AgR, Min. Luiz Fux, 1ª Turma, Julgado em 17/12/2019)

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POLÍTICAS PÚBLICAS. OBRIGAÇÃO DE FAZER. ALEGADA OFENSA AO ART. 535 DO CPC/73. RAZÕES DE RECURSO QUE NÃO IMPUGNAM, ESPECIFICAMENTE, OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA 182/STJ. PRETENDIDA REDUÇÃO DO VALOR DAS ASTREINTES. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO INTERNO PARCIALMENTE CONHECIDO, E, NESSA PARTE, IMPROVIDO. (...)

II. Trata-se, na origem, de ação civil pública, proposta pelo Ministério Público Federal, reque-
rendo a determinação de que (I) o Estado do Paraná implemente melhorias na Escola Estadual
Indígena Nimboéaty Mborowitxa Awa Tirolepe; (II) a União realize as medidas necessárias ao
pleno atendimento às necessidades de saúde pública apresentadas pelos habitantes da Terra
Indígena Yvyaporã-Laranjinha. Requereu-se que as referidas medidas fossem realizadas no
prazo de 10 (dez) dias, sob pena de incidência de multa diária. O Juízo de 1º Grau julgou
parcialmente procedente a ação. O Tribunal de origem manteve a cominação de multa diária
contra a Fazenda Pública, no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais), entendendo razoável a
fixação, nos moldes em que estabelecida.

(...)

IV. *In casu*, verifica-se que o Tribunal *a quo* manteve o valor, a título de astreintes, de R\$
500,00 (quinhentos reais), por dia, considerada a existência de inércia das partes no cum-
primento da obrigação de fazer, determinada na sentença - consubstanciada na prestação
adequada dos serviços de saúde à comunidade indígena Nhandewa Guarani, obras como posto
de atendimento e obras de saneamento-, não se mostrando ele exorbitante, ante o quadro
fático delineado no acórdão de origem.

(...)

VI. Agravo interno conhecido, em parte, e, nessa parte, improvido”.

(STJ, AgInt no REsp nº 1570622, Min. Assusete Magalhaes, 2ª Turma, DJe 27/03/2017)

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROTEÇÃO DOS ÍN-
DIOS. ASSISTÊNCIA À SAÚDE. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA *AD CAU-*
SAM. INTERPRETAÇÃO DE NORMAS DE PROTEÇÃO DE SUJEITOS HIPERVULNERÁVEIS
E DE BENS INDISPONÍVEIS. LEI 8.080/90 E DECRETO FEDERAL 3.156/99. SÚMULA
126/STJ. ART. 461 DO CPC. MULTA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE.

(...)

8. O atendimento de saúde - integral, gratuito, incondicional, oportuno e de qualidade - aos
índios caracteriza-se como dever de Estado da mais alta prioridade, seja porque imposto, de
forma expressa e inequívoca, pela lei (dever legal), seja porque procura impedir a repetição
de trágico e esquecido capítulo da nossa história (dever moral), em que as doenças (ao lado
da escravidão e do extermínio físico, em luta de conquista por território) contribuíram deci-

sivamente para o quase extermínio da população indígena brasileira.

(...)

10. Recursos Especiais parcialmente conhecidos e não providos”.

(STJ, RESP nº 1064009, Relator Herman Benjamin, 2ª Turma, DJE 27/04/2011)

“PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DE SEPARAÇÃO DOS PODERES. DIREITO À SAÚDE. CONSTRUÇÃO DE POSTO DE SAÚDE EM COMUNIDADE INDÍGENA. INÉPCIA DA INICIAL. INEXISTÊNCIA. INTERESSE DE AGIR DEMONSTRADO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. INOCORRÊNCIA. AFASTADA A RESERVA DO POSSÍVEL DIANTE DA EFETIVAÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL. REMESSA NECESSÁRIA E RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDOS.

1 - Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Federal postulando a condenação da União para dotar a terra indígena Tapyi, em Cananéia/SP, de estabelecimento de saúde projetado de acordo com as diretrizes estabelecidas na Portaria FUNASA n. 840/2007. Pedido julgado procedente.

(...)

4 - *Descabida a alegação de impossibilidade jurídica do pedido, sendo certo que é admitido o controle de políticas públicas na via judicial quando imputada ao Poder Público uma abstenção de implementar políticas definidas pela própria Constituição Federal, voltadas à efetivação de direitos fundamentais.*

(...)

7 - A reserva do possível não pode ser utilizada como um escudo para a não efetivação das políticas públicas de forma devida, descumprindo preceitos normativos da Constituição Federal.

8 - Tratando-se a saúde de direito essencial, incluso no conceito de mínimo existencial, não existe empecilho jurídico para que o Judiciário determine a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, haja vista que não houve comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da União.

9 - O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça possuem jurisprudência sedimentada no sentido que é possível o controle judicial de políticas públicas, não configurando isso violação à separação de poderes, sendo, pelo contrário, essencial o controle judicial das escolhas dos administradores, podendo determinar a implementação de políticas públicas já resguardadas na Constituição.

10 - Sentença de procedência mantida.

11 - Remessa necessária e recurso de apelação desprovidos”.

(TRF/3ª Região, AC nº 00016096820104036104, Desembargador Federal Marcelo Saraiva, 4ª Turma, e-DJF3 de 28/07/2017)

Isso não bastasse, consoante definido pelo E. Supremo Tribunal Federal, “a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de *justo motivo objetivamente aferível* – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade” (STF, ARE 1129152 AgR, Relator Min. Celso de Mello, Segunda Turma, p. em 19/12/2018).

Neste caso, entretanto, não demonstrou o INCRA justo motivo, objetivamente aferível, que o impedisse de cumprir suas obrigações no que tange aos assentamentos em baila, bastando salientar que os deveres assumidos na IN 47/2008 foram estabelecidos pela própria Autarquia, bem como que, consoante já ressaltado, a desordem instaurada na região decorre de omissões injustificadas, como a ausência de devida comunicação entre os órgãos central e regional, que prejudicou, inclusive, o aporte de recursos financeiros.

Derradeiramente, é pacífico o entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça - reafirmada em sede de julgamento repetitivo (Tema 98) - que admite a imposição da multa cominatória à Fazenda Pública, no caso de descumprimento de obrigação de fazer.

Ademais, tendo em vista a relevância do bem jurídico em discussão, a urgência do caso e os elementos consignados nos autos, entende-se que o prazo de cumprimento estabelecido é adequado, não se verificando nenhuma ilegalidade.

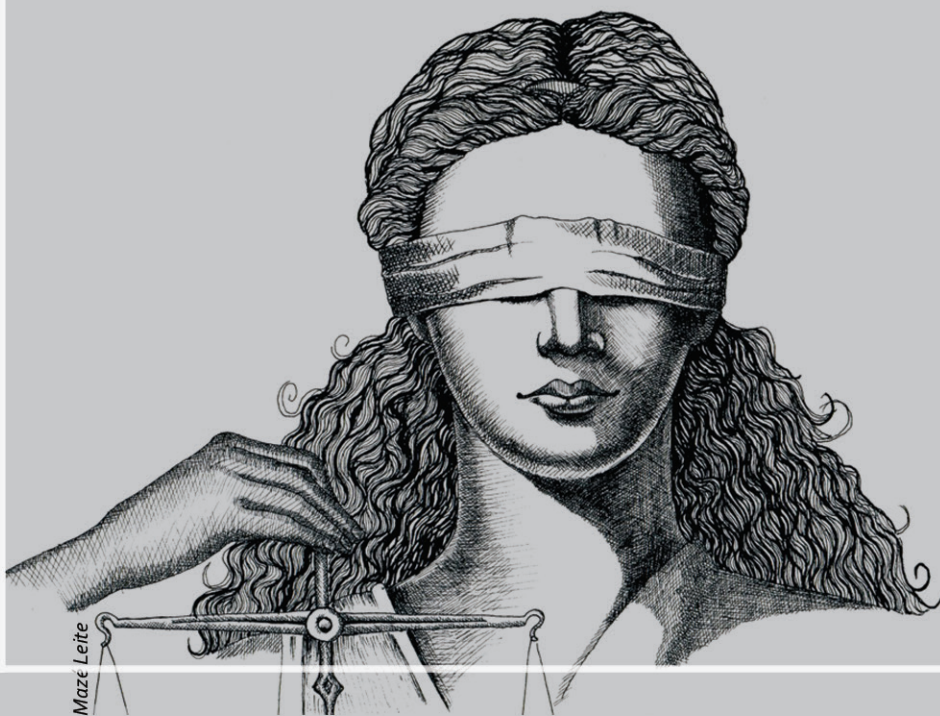
Impõe-se, portanto, a manutenção da r. sentença e das obrigações de fazer nela determinadas, também pelos respectivos e apropriados fundamentos, acolhido o parecer da Procuradoria Regional da República.

Ante o exposto, *nega-se provimento* à apelação do INCRA.

É como voto.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

Direito Penal



APELAÇÃO CRIMINAL

0000870-68.2015.4.03.6121

Apelante: ODAIR FERRAZ VAZ

Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - PR/SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 08/04/2021

EMENTA

APELAÇÃO CRIMINAL. CIGARROS. CRIME DE CONTRABANDO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA RETROATIVA. INOCORRÊNCIA. AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS. DOLO COMPROVADO. DOSIMETRIA DA PENA. REDUÇÃO DA PENA-BASE. CONFISSÃO. SÚMULA 231 DO STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SOMENTE UMA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. APELO DA DEFESA DESPROVIDO.

1. O apelante foi condenado pela prática do crime previsto no artigo 334, §1º, alínea “c”, do Código Penal, nos termos da redação vigente à época dos fatos.
2. Tendo em vista a fixação da pena privativa de liberdade de 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão ao apelante, não se verifica o transcurso de lapso temporal superior a 4 (quatro) anos - conforme preceitua o artigo 109, inciso V, do Código Penal - entre a data do recebimento da denúncia e da publicação da sentença, sendo inadmissível decretar a prescrição da pretensão punitiva estatal nos moldes pleiteados pela defesa.
3. A materialidade foi comprovada pelo Auto de Exibição e Apreensão (ID 149880250 - fls. 18/242), Laudo Pericial (ID 149880250 - fls. 36/38) e Representação Fiscal para Fins Penais nº 12452.720662/2013-93. Com efeito, os documentos elencados atestam a apreensão de 650 (seiscentos e cinquenta) maços de cigarros de origem estrangeira, tornando incontestes a materialidade delitiva.
4. A autoria delitiva restou demonstrada pelo auto de inquérito policial, corroborado pelas provas amealhadas em juízo.
5. O dolo, por sua vez, foi evidenciado tanto pelas circunstâncias em que os cigarros foram apreendidos como pela prova oral produzida.
6. Os antecedentes do crime realmente merecem valoração negativa. Por outro lado, o aumento da pena-base em patamar inferior ao da sentença se mostra suficiente à reprovação do comportamento engendrado pelo réu. Pena-base fixada em 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão.
7. Na segunda etapa da dosimetria, presente a atenuante do artigo 65, inciso III, alínea “d”, do Código Penal. Assim, neste momento da dosimetria, em observância à Súmula 231 do STJ, a pena deve ser estabelecida no patamar mínimo de 1 (um) ano de reclusão.
8. Fixação de somente uma pena restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade pelo período da pena substituída, a ser definida pelo juízo da execução.
9. Apelo da defesa desprovido.

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 do réu ODAIR FERREIRA VAZ e, de ofício, reduzir a pena-base, fixando a reprimenda definitivamente em 1 (um) ano de reclusão, com a substituição por apenas uma pena restritiva de direitos consistente em prestação de serviços à comunidade pelo período da pena substituída, a ser definida pelo juízo da execução, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

RELATÓRIO

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI:

Trata-se de apelação criminal interposta pela defesa de ODAIR FERREIRA VAZ em face de sentença proferida pelo Juízo Federal da 2ª Vara de Taubaté/SP, que condenou o réu pela prática do crime previsto no artigo 334, §1º, alínea “c”, do Código Penal, nos termos da redação vigente à época dos fatos.

Narra a denúncia (ID 149880253 - fls. 3/6):

“Consta dos inclusos autos de inquérito policial que, em 5 de novembro de 2012, na Rua Santos Dumont, bairro Monção, em Taubaté/SP, *Odair Ferraz Vaz*, de forma livre e consciente, expunha à venda, no exercício de atividade comercial, mercadoria proibida consubstanciada em 650 (seiscentos e cinquenta) maços de cigarros de origem estrangeira e procedência incerta, os quais estavam desacompanhados de qualquer documentação comprobatória de regular internalização.

Segundo consta, policiais civis diligenciaram ao local dos fatos e lograram êxito em apreender as mercadorias supramencionadas em poder do denunciado, que as expunha à venda em uma barraca na via pública (fls. 11). Foram apreendidos 700 (setecentos) maços de cigarros, dos quais 650 (seiscentos e cinquenta) não eram de procedência nacional, das marcas US, Classic, LS, Plaza, Campeão, Oscar, Kenia, Paladium, San Marino, Euro, Vila Rica, MUI, Hills e Fox (fls. 13/19).

A Delegacia da Receita Federal em Taubaté/SP apresentou representação fiscal para fins penais no âmbito da ação fiscal nº 12452.720662/2013-93 atestando a origem estrangeira, bem como a ausência de qualquer documentação comprobatória de regular internalização da mercadoria e o descumprimento da legislação vigente. Por fim, foi decretada a pena de perdimento dos maços de cigarros (vide fls. 40/41 e mídia encartada a fls. 43).

Assim, *Odair Ferraz Vaz* expunha à venda, no exercício de atividade comercial, mercadoria proibida consubstanciada em 650 (seiscentos e cinquenta) maços de cigarros de origem estrangeira sem qualquer documentação comprobatória de regular internalização.

Ante o exposto, o Ministério Público Federal, pelo procurador da República signatário, denúncia *Odair Ferraz Vaz* como incurso no artigo 334, §1º, alínea “c”, do Código Penal (contrabando), com redação anterior à Lei 13.008, de 26 de junho de 2014 requerendo que, recebida e autuada esta, seja o réu citado para apresentar resposta escrita à acusação e interrogado ao final, ouvindo-se no curso da instrução as testemunhas abaixo indicadas, seguindo-se o rito determinado nos artigos 394, inciso I e seguintes, todos do Código de Processo Penal, até final decisão condenatória.”

A denúncia foi recebida em 8 de julho de 2015 (ID 149880253 - fls. 10/19).

Após regular instrução, sobreveio a sentença de ID 149880254 - fls. 28/38, pela qual o magistrado de primeiro grau julgou procedente a pretensão punitiva deduzida na denúncia para condenar ODAIR FERREIRA VAZ como incurso nas penas do crime inculcado no artigo 334, §1º, alínea “c”, do Código Penal à pena privativa de liberdade de 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial aberto, substituindo a pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade; e multa.

O juiz sentenciante determinou, ainda, o pagamento das custas processuais pelo réu.

A sentença foi publicada em 3 de maio de 2019 (ID 149880254 - fl. 41).

A defesa do réu interpôs apelação, pleiteando o reconhecimento da extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição (ID 149880254 - fls. 55/59).

Contrarrazões do Ministério Público Federal pelo desprovimento do recurso da defesa (ID 149880254 - fls. 61/63).

Parecer da Procuradoria Regional da República pelo desprovimento do apelo defensivo (ID 151806135).

É o relatório.

Sujeito à revisão na forma regimental.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

VOTO

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI:

O apelante ODAIR FERREIRA VAZ foi condenado pela prática do crime previsto no artigo 334, §1º, alínea “c”, do Código Penal, nos termos da redação vigente à época dos fatos.

1. Da prescrição

Suscita a defesa do réu a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva retroativa.

A sentença condenatória fixou ao apelante a pena privativa de liberdade de 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial aberto, substituída por uma pena restritiva de direitos consistente em prestação de serviços à comunidade, e multa.

A denúncia foi recebida em 8 de julho de 2015 (ID 149880253 - fls. 3/6).

A sentença condenatória foi publicada em 3 de maio de 2019 (ID 149880253 - fl. 41).

Intimado pessoalmente da sentença condenatória (ID 149880254 - fl. 42), o Ministério Público Federal deixou de recorrer. Desse modo, se operou o trânsito em julgado da sentença condenatória em face da acusação, tornando possível a análise da eventual ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, nos termos do artigo 110, § 1º, do Código Penal.

Tendo em vista a fixação da pena privativa de liberdade de 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão ao apelante, não se verifica o transcurso de lapso temporal superior a 4 (quatro) anos - conforme preceitua o artigo 109, inciso V, do Código Penal - entre a data do recebimento da denúncia e da publicação da sentença, sendo inadmissível decretar a prescrição da pretensão punitiva estatal nos moldes pleiteados pela defesa.

Nesse sentido, ainda, o entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTELIONATO CONTRA IDOSO. EMPRÉSTIMO CONSIGNADO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. INOCORRÊNCIA. OFENSA REFLEXA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INVIABILIDADE. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO DA CORTE A *QUO* QUE INADMITE O RECURSO ESPECIAL. ALTERAÇÃO PROMOVIDA PELA LEI N. 12.322/2010. RECURSO MANIFESTAMENTE INCABÍVEL. ERRO GROSSEIRO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. INAPLICABILIDADE. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA N. 182 DO STJ. PROVA TÉCNICA. IMPRESCINDIBILIDADE. ART. 158 DO CPP. INOVAÇÃO RECURSAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS N. 282 E 356 DO STF. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO. RECURSO CABÍVEL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. TESE NÃO VENTILADA NOS ACLARATÓRIOS OPOSTOS. INOVAÇÃO RECURSAL. INVIABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O pedido de extinção da punibilidade, com fundamento no implemento da prescrição da pretensão punitiva estatal, deve ser analisado preliminarmente, haja vista o disposto no art. 61, do CPP. *Na hipótese dos autos, a inocorrência de prescrição da pretensão punitiva é patente, porquanto o recebimento da denúncia ocorreu em 13/4/2015 e a publicação da sentença condenatória se deu em 6/2/2019, de modo que, nos termos do art. 109, inciso V, do CP, fixada a pena do recorrente em patamar não superior a 2 (dois) anos, o prazo prescricional é de 4 (quatro) anos, não tendo transcorrido o referido lapso entre os marcos interruptivos.*

2. Inviável a apreciação de matéria constitucional por esta Corte Superior, porquanto, por expressa disposição da própria Constituição Federal (art. 102, inciso III), se trata de competência reservada ao Supremo Tribunal Federal. Precedentes.

[...]

9. Agravo regimental não provido.

(AgRg nos EDcl no AREsp 1646439/AC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 04/08/2020, DJe 13/08/2020) (grifo nosso)

Não há se falar, portanto, na extinção da punibilidade do réu pelo reconhecimento da prescrição.

Subsiste, assim, a imputação do crime do artigo 334, §1º, alínea “c”, do Código Penal, nos termos da redação vigente à época dos fatos, em relação ao apelante.

2. Da materialidade

A materialidade foi comprovada pelo Auto de Exibição e Apreensão (ID 149880250 - fls. 18/242), Laudo Pericial (ID 149880250 - fls. 36/38) e Representação Fiscal para Fins Penais nº 12452.720662/2013-93.

Com efeito, os documentos acima elencados atestam a apreensão de 650 (seiscentos e cinquenta) maços de cigarros de origem estrangeira, tornando incontestes a materialidade delitiva.

3. Da autoria e do dolo

A defesa não se insurgiu no tocante à autoria delitiva, que restou demonstrada pelo auto de inquérito policial, corroborado pelas provas amealhadas em juízo.

O dolo, por sua vez, foi evidenciado tanto pelas circunstâncias em que os cigarros foram apreendidos como pela prova oral produzida.

O réu confessou a prática dos fatos. Afirmou que adquiria cigarros de pessoas desconhecidas na cidade de São Paulo, pagando um valor e revendendo por uma quantia maior. Alegou que tinha ciência da origem estrangeira dos cigarros, porém não sabia que sua conduta configurava crime.

Os policiais civis Rogério de Souza e Flávio da Cruz, durante diligências, lograram apreender na posse do réu diversos maços de cigarros de procedência estrangeira. Salientaram que o réu já foi surpreendido em outras oportunidades contrabandeando cigarros. O réu sustentou que comprava cigarros em São Paulo de pessoas desconhecidas e revendia por um preço maior.

As palavras das testemunhas se revelam uníssonas, indicando que o próprio réu confirmou ser o proprietário dos cigarros de origem estrangeira apreendidos.

Ademais, o apelante confessou que os cigarros encontrados em seu poder se destinavam à venda.

Destarte, a confissão do réu e as harmoniosas declarações das testemunhas policiais, somadas ao restante do conjunto probatório angariado, tornam induvidosas a autoria delitiva, devendo ser mantida a condenação do apelante como bem delineado na r. sentença.

4. Da dosimetria

A sentença recorrida condenou o réu Odair Ferreira Vaz pela prática do crime do artigo 334, §1º, alínea “c”, do Código Penal à pena privativa de liberdade de 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial aberto.

1ª Fase

Na análise das circunstâncias judiciais, o juiz sentenciante valorou negativamente os antecedentes.

Os antecedentes do crime realmente merecem valoração negativa, uma vez que o réu ostenta condenação transitada em julgado no processo nº 0000173-81.2014.4.03.6121 (data dos fatos: 29 de junho de 2011; trânsito em julgado: 21 de maio de 2015) pela prática do crime do artigo 334 do Código Penal (ID 149880253).

Extraí-se que o comportamento ilícito foi engendrado em momento anterior aos fatos ora narrados, ao passo que o trânsito em julgado ocorreu posteriormente a esta data, devendo ser valorado como maus antecedentes, consoante discorrido na r. sentença.

Por outro lado, o aumento da pena-base em patamar inferior ao da sentença se mostra suficiente à reprovação do comportamento engendrado pelo réu.

Posto isso, fixo a pena-base em 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão.

2ª Fase

Na segunda etapa da dosimetria, presente a atenuante do artigo 65, inciso III, alínea “d”, do Código Penal.

O réu confessou os fatos, sendo a confissão utilizada inclusive para embasar a condenação, o que, por si só, permite a aplicação da aludida atenuante, como descrito na sentença.

Assim, neste momento da dosimetria, reduzo a pena e, em observância à Súmula 231 do STJ, estabeleço-a no patamar mínimo de 1 (um) ano de reclusão.

3ª Fase

Na terceira etapa da dosimetria não incidem causas de aumento ou de diminuição da pena.

Dessa forma, fixo a reprimenda definitivamente em 1 (um) ano de reclusão.

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.

Da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos

Presentes os requisitos elencados no artigo 44, § 2º, do Código Penal, e em observância ao montante da pena estabelecida, mantenho a substituição da pena privativa de liberdade por apenas uma pena restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade pelo período da pena substituída, a ser definida pelo juízo da execução.

Ante o exposto, NEGOU PROVIMENTO ao apelo interposto pela defesa do réu ODAIR FERREIRA VAZ e, de ofício, reduzo a pena-base, fixando a reprimenda definitivamente em 1 (um) ano de reclusão, com a substituição por apenas uma pena restritiva de direitos consistente em prestação de serviços à comunidade pelo período da pena substituída, a ser definida pelo juízo da execução.

É o voto.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL

0002086-70.2015.4.03.6119

Apelante: JEFF CHIJOKE OKANI

Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - PR/SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAURÍCIO KATO

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 29/04/2021

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. USO DE DOCUMENTO FALSO. PASSAPORTE ESTRANGEIRO. VISTO FALSIFICADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. DIFICULDADES FINANCEIRAS. DESCLASSIFICAÇÃO. FALSA IDENTIDADE. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS. CRIME CONTINUADO.

1. Nos crimes de falsificação e uso de documento falso, o bem jurídico protegido é a fé pública e ainda que praticado sem violência ou grave ameaça e dele não se tenha obtido proveito econômico incabível a aplicação do princípio da insignificância.
2. A causa excludente de culpabilidade baseada na inexigibilidade de conduta diversa por dificuldades financeiras somente se configura em casos excepcionais que devem se apoiar em conjunto probatório consistente e inequívoco que o estado de penúria é tamanho que não deixa outra alternativa ao agente.
3. O delito de falsa identidade não se confunde com o crime de uso de documento falso, já que no primeiro, o agente se atribui identificação inverídica sem apresentação de documento contrafeito, já no outro a identidade é verdadeira, mas inserida informação ou elemento falso ou adulterado no suporte físico.
4. O crime continuado também se aperfeiçoa quando caracterizada a homogeneidade da conduta, nas mesmas circunstâncias de lugar, maneira de execução e o nexo causal que impulsiona o agente.
5. Apelação da defesa parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Turma, por unanimidade, decidiu, dar parcial provimento ao recurso da defesa de Jeff Chijioke Okani para reduzir a pena-base ao mínimo legal e, de ofício, afastar a concurso material e incidir a continuidade delitiva na fração de 1/6 (um sexto), do que resultam as penas definitivas de 2 (dois) anos, 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial aberto e 11 (onze) dias-multa, no valor diário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo pela prática do delito previsto no artigo 297 c.c. artigo 304, do Código Penal, substituída a pena privativa de liberdade por 2 (duas) penas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços comunitários e prestação pecuniária no valor de 1 (um) salário mínimo, ambas na forma estabelecida pelo Juízo da Execução Penal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de apelação criminal interposta pela defesa de Jeff Chijioke Okani contra a r. sentença ID 151195304, que julgou procedente a denúncia, para condená-lo à prática do delito previsto nos artigos 297 e 304 c.c o art. 69, todos do Código Penal, com fixação da pena privativa de liberdade de 6 (seis) anos de reclusão e 30 (trinta) dias-multa, no valor diário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, em regime inicial fechado.

Em razões recursais ID 151195325, a defesa do acusado sustenta a ocorrência de estado de necessidade exculpante, haja vista a inexigibilidade de conduta diversa, assim como a incidência do princípio da insignificância ou a desclassificação para o crime de falsa identidade. Subsidiariamente, requer a fixação da pena-base no mínimo legal, bem como o reconhecimento da atenuante do art. 65, III, “a” do Código Penal e da causa de diminuição do art. 24, § 2º, do Código Penal. Por fim, pede a redução da pena substitutiva para a quantia de um salário mínimo.

Contrarrazões da acusação apresentadas no documento ID 151195327.

Em parecer ID 151372564, a Procuradoria Regional da República se manifestou pelo parcial provimento do recurso, a fim de que sejam excluídos os antecedentes criminais.

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

VOTO

Consta dos autos que *Jeff Chijioke Okani* foi denunciado pela prática dos crimes previstos nos artigos 304 e 297 c. c. o artigo 69, todos do Código Penal, porque fez uso, por duas vezes, do passaporte da República Federal da Nigéria nº AO3164004, que continha visto brasileiro falso, em seu nome, ao apresentá-los às autoridades migratórias e policiais brasileiras nas dependências do Aeroporto Internacional de São Paulo, em Guarulhos.

Consta da denúncia que, em data incerta, mas possivelmente em abril de 2013 em Lagos, Nigéria, o acusado obteve junto a terceiro não identificado o visto brasileiro falsificado que se encontra às fls. 07 do seu passaporte.

Munido do mencionado documento, o réu viajou ao Brasil e utilizou o visto falso perante as autoridades migratórias para ingressar em território pátrio no dia 13 de maio de 2013.

Posteriormente, em 1º de setembro de 2014, o denunciado novamente apresentou o visto falsificado perante as autoridades brasileiras no Aeroporto Internacional de Guarulhos, ocasião em que ele também foi preso por posse de significativa quantidade de cocaína (autos nº 0006445.97.2014.4.03.6119).

A falsificação do visto restou demonstrada pelo laudo pericial, o qual concluiu que o visto foi confeccionado com impressão de fundo em *offset* de qualidade inferior e simulações de elementos de segurança encontrados em vistos autênticos.

Por fim, narra a acusação que da análise do passaporte se extrai que o visto falso foi usado pela primeira vez em 13.05.2013, conforme carimbo migratório disposto na fls. 10 do documento e, pela segunda vez, em 01.04.2014, ao tentar embarcar, nas dependências do Aeroporto Internacional de Guarulhos, no voo KLO792, da companhia KLM, com destino a Amsterdam (ID 151195304).

Após, sobreveio sentença que condenou *Jeff Chijioke Okani* por uso de documento público falso (artigos 297 e 304 c.c. o artigo 69, todos do Código Penal) por duas vezes, contra a qual a defesa interpôs apelação.

Passo à análise da matéria devolvida.

De plano, a defesa sustenta a atipicidade da conduta, com fundamento na incidência do princípio da insignificância.

Sem razão.

Não há que se falar em aplicação do princípio da insignificância pela infração penal ter sido perpetrada sem violência ou grave ameaça, pois este não se aplica aos crimes de falsificação e uso de documento falso, tendo em vista que o bem jurídico protegido é a fé pública. É remansosa a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que referido princípio não se aplica aos crimes contra a fé pública. Precedentes: STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 1644250/RS, Rel. Ministro Sebastião Reis Junior, j. em 23/05/2017, DJe 30/05/2017; STJ, 6ª Turma, AgRg no AREsp 1131701/SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, j. em 17/04/2018, DJe 02/05/2018.

Assim, irrelevante se houve violência ou grave ameaça, efetiva vantagem patrimonial ou a existência de periculosidade social da ação, já que a ofensividade e o alto grau de reprovabilidade da conduta do agente tipificada no artigo 304, do Código Penal, não permitem a caracterização da insignificância penal.

Da mesma forma rechaço a alegação defensiva sobre estado de necessidade exculpante, por inexigibilidade de conduta diversa, diante da situação de falta de recursos econômicos por parte do réu.

Para que incida a causa excludente de culpabilidade, que somente se configura em casos excepcionais, deve haver provas concretas e inequívocas da situação econômica desfavorável, o que não ocorreu no caso dos autos.

Com efeito, o denunciado não apresentou qualquer elemento capaz de demonstrar seu estado de miserabilidade e tampouco de provar que o dinheiro do tráfico seria o único meio de que dispunha para salvar a sua família ou proporcionar uma melhor situação financeira para ela. Isso porque, meras alegações dissociadas do conjunto probatório não são aptas a demonstrar a ocorrência da causa excludente.

E em que pese os indicativos de dificuldades financeiras por tentar ingressar em país alienígena em busca de melhores condições de vida, o réu não se desincumbiu do ônus de demonstrar que a prática criminosa era a única alternativa de que dispunha para livrar-se da situação de crise.

Assim, conclui-se que a defesa não comprovou suas alegações, nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal.

Também não há como acolher o pleito de desclassificação da conduta para o crime de falsa identidade.

Note-se que no crime de falsa identidade, tipificado no artigo 307 do Código Penal, o agente atribui a si uma identidade não verdadeira, porém sem a apresentação de qualquer documento falso, diferentemente do que ocorreu no caso dos autos.

Além disso, na hipótese vertente, o réu não atribuiu a si uma identidade alheia, mas usou sua própria para tentar entrar no país, tanto que o laudo pericial atestou a falsidade apenas do visto constante do passaporte, o qual, por sua vez, foi considerado legítimo (ID 151195303).

Desta feita, ante a prova produzida nos autos não há dúvidas de que a conduta do réu se ajusta ao tipo do artigo 304, do Código Penal pelo fato de ter utilizado passaporte verdadeiro, porém contendo um visto brasileiro falso, perante as autoridades migratórias.

No mais, observo que a *materialidade* e a *autoria* delitivas não foram objetos de impugnação recursal específica, mas estão devidamente demonstradas pelas provas colhidas nos autos, com destaque para o Laudo Pericial nº4444/2014, Auto de Prisão e Flagrante, Auto de Apresentação e Apreensão (ID 151195303), Passaporte nº A03164004 (ID 151195307), Certidão de Movimentos Migratórios (ID 151195304), depoimentos testemunhais e interrogatório (ID 151195309 a 151195312 e 151195314).

Portanto, mantenho a condenação de *Jeff Chijioke Okani* pela prática dos crimes dos artigos 297 e 304, ambos do Código Penal.

No tocante à dosimetria penal, o Juiz de primeiro grau procedeu da seguinte forma:

“1) Na primeira fase de aplicação da pena, verifica-se que (art. 59 CP):

O preceito secundário da figura penal incriminadora em que o réu está incurso (art. 297 c/c 304 do CP) varia de 02 (dois) a 06 (seis) anos de reclusão e multa.

Na hipótese dos autos, este juízo entende que as *circunstâncias do crime devem ser sopesadas em desfavor do condenado, tendo em conta que o falso veio à baila, como já consignado neste “decisum”, em um contexto delitivo maior, notadamente para fomentar o comércio transnacional de substâncias entorpecentes*. Há antecedentes criminais em desfavor do increpado, sendo que este magistrado não adotará, até pronunciamento definitivo do STF, o teor da súmula no 444 do STJ, uma vez que Jeff Chijioke Okani figurou como réu nos autos da ação penal no 0006445-97.2014.403.6119, condenado a 04 (quatro) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e ao pagamento de 437 (quatrocentos e trinta e sete dias-multa), calculados no valor de 1130 do salário vigente à época dos fatos por infração ao art. 33 c/c 40,1, da Lei 11.343/06. De fato, o STF, nos autos dos Habeas Corpus nº 94.620 e 94.680, sinalizou no sentido de que a análise desta questão será reaberta, agora em sede de repercussão geral, podendo ser acolhida a exegese que sustenta o anacronismo da citada súmula, considerada a flagrante ofensa ao princípio da isonomia, na medida em que tal entendimento não permite um juízo de censura penal mais agudo em relação ao condenado que conta com inúmeras ações penais e inquéritos policiais instaurados em seu desfavor, frente àquele que delinuiu por apenas uma única vez. Portanto, enquanto esta temática não estiver definitivamente dirimida pelo Excelso Pretório, *este magistrado sopesará, em desfavor dos condenados, o número de ações penais e inquéritos policiais propostos em seus nomes, quando da primeira etapa da fixação da pena -base*.

Diante de tais fatores, fixo a pena base em 03(três) anos de reclusão e 15 (quinze) dias -multa. O valor unitário de cada dia multa corresponderá a um trigésimo do salário mínimo vigente nesta data.

2) Na segunda fase de aplicação da pena, verifica-se a ausência de circunstâncias agravantes. Não o aproveita, todavia, a atenuante prevista no art. 65, 111, “d” do CP1 porquanto o acusado foi preso em flagrante, fato esse que obstaculiza o reconhecimento desta benesse penal.

Nesse passo, admitir-se a confissão nas hipóteses de flagrante delito transferiria aos réus uma verdadeira prerrogativa de modular a dosimetria da sua reprimenda, conferindo-lhes um verdadeiro direito potestativo.

(...)

Além disso, o acusado disse que desconhecia a inserção de dados falsos em seu documento, circunstância que não se coaduna com o instituto em comento.

Assim, nesta etapa, *a pena continua em 03(três) anos de reclusão e 15 (quinze) dias -multa*.

3) Na terceira e derradeira fase de fixação da reprimenda corporal, este juízo observa a ausência de causas de aumento e de diminuição de pena, de modo que a reprimenda corporal ficará no patamar de *03 (três) anos de reclusão e 15 (quinze) dias -multa*.

Concurso Material (Arts. 297 c.c 304 do CP)

Com razão o *Parquet* Federal, naquilo que postula pelo reconhecimento do concurso material entre os delitos contra a fé pública perpetrados pelo réu em 12/05/2013 e 01/09/2014, ao apresentar o passaporte número A03164004, que continha o visto adulterado de numeração 0670872MD, perante as nossas autoridades alfandegárias.

Na espécie, o período que medeia a execução das empreitadas definitivas superou o montante de trinta dias, não preenchendo o requisito temporal que enseja a incidência do percentual exasperador positivado no art. 71 do CP.

Ao revés, o intervalo de tempo acima narrado revela a existência de desígnios autônomos na execução das duas figuras delituosas, atraindo a regra prevista no art.69 do CP. *Somando-se as reprimendas, chega-se ao “quantum” de 06 (seis) anos de reclusão e 30(trinta) dias -multa.* Realmente, tratando-se de uma prática delitiva de consumação instantânea, mas não permanente (Guilherme de Souza Nucci- Código Penal Comentado – 10ª edição - página 1064), e de natureza formal, cujo aperfeiçoamento independe da eclosão de qualquer resultado naturalístico, de rigor a adoção do critério do acúmulo material das penas, tendo em conta a prática de dois crimes por intermédio da realização de duas ações penalmente ilícitas em tempos diversos.

Regime Inicial do Cumprimento de Pena.

Malgrado o acusado tenha recebido uma reprimenda que permita o seu ingresso em um regime menos gravoso, anoto que a sua inserção no regime aberto ou semiaberto não é medida recomendável ao caso análise, uma vez que os delitos perpetrados contra a fé pública ocorreram em uma atividade típica de narcotraficância, de modo que o “quantum” imposto ao acusado deve ser calibrado pelo postulado da individualização da pena, nos termos do art. 50, XLVI da CF.

De fato, a imposição do regime inicial fechado de cumprimento de pena é a medida que melhor se coaduna com o ideário de prevenção geral e especial deste gravíssimo delito, sendo certo que outro entendimento mais liberal frustraria a aplicação da lei penal, a qual deve apresentar um grau aflitivo suficiente para desestimular a prática de ilícitos penais congêneres.

Diante disso, fixo o cumprimento da pena aplicada ao réu no *regime fechado, não lhe aproveitando, por ora, a detração* prevista na Lei nº 12.736/12, que conferiu nova redação ao art. 387, § 20 do CPP, porquanto algumas das circunstâncias positivadas no art. 59 do CP lhe são desfavoráveis, circunstância que autoriza, “per se”, o início do cumprimento da reprimenda em um regime mais gravoso.

SUBSTITUIÇÃO DA PENA

Incabível, na espécie, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, pelas mesmas razões já expostas quando da fixação do regime de cumprimento de pena, considerando-se, ainda, que total da reprimenda suplanta o marco de 04 (quatro) anos, nos termos do art. 44, I, do Código Penal” (ID 151195304). (destaquei)

Neste ponto, a defesa requer sua redução ao mínimo legal, no que foi acompanhado em parte pela Procuradoria Regional da República em seu parecer.

Na *primeira fase* da dosimetria, o artigo 59, do Código Penal estabelece as circunstâncias judiciais que devem ser consideradas na fixação da pena-base: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime e comportamento da vítima.

Aqui, a sentença de 1º grau apreciou de forma negativa as circunstâncias do crime e os antecedentes criminais, por isso, exasperou a pena-base em 1/2 (metade) e a fixou em 3 (três) anos de reclusão e 5 (cinco) dias-multa.

As circunstâncias da prática delitiva compreendem condições de caráter geral, de natureza objetiva e subjetiva que medem a duração temporal, o local e a forma empregada, inclusive quanto à atitude do agente. Aqui, embora o contexto em que praticado o delito destacado pelo magistrado *a quo* (descoberta da falsificação do visto brasileiro em razão da prisão em flagrante quando tentava embarcar para o exterior com entorpecente), não vejo motivo para exasperar a pena-base, isto porque tal conjuntura diz com o crime do tráfico de drogas, pelo qual o réu foi condenado e apenado em outro processo.

O exame da prática do delito de uso de documento falso se mostra, quanto as circunstâncias, normal e similar ao que normalmente se verifica neste casos, sendo que a descoberta do crime na prisão em flagrante não me parece extrapolar os contornos costumeiros.

Ainda, com razão à Procuradoria Regional da República quanto à exclusão dos maus antecedentes, pois, de fato, consta em desfavor do réu um apontamento criminal (processo nº 0006445-97.2014.403.6119), porém sem notícia de trânsito em julgado, o que inviabiliza sua utilização como mau antecedente, nos termos da Súmula nº 444, do Superior Tribunal de Justiça que é de aplicação pacífica nesta Turma Julgadora

Desta feita, reduzo a pena-base do réu, para cada delito, ao mínimo legal de 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na *segunda fase* da dosimetria, a defesa almeja o reconhecimento da atenuante do artigo 65, III, “a”, do Código Penal.

Ora, a motivação do crime poderá ser usada para atenuar a pena sempre que se mostrar digna de consideração e, no caso do artigo 65, III, “a”, do Código Penal, desde que seja algo nobre e diga respeito a um interesse particular do agente.

Ressalte-se que, embora a natureza pessoal, tal atenuante deve ser analisada mediante critérios objetivos e valores sociais e não seguindo apenas a perspectiva do condenado. No caso dos autos, além de não haver comprovação das alegadas dificuldades financeiras, não se vislumbra motivo nobre na conduta daquele que falsifica um visto para realizar tráfico internacional de drogas.

Quanto à atenuante da confissão, mantenho sua não incidência, uma vez que o réu afirmou que não tinha conhecimento sobre a falsidade.

Desta feita, preservo a pena intermediária de cada crime em 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Por fim, na *terceira fase* da dosimetria, igualmente rejeito o pedido de aplicação da causa de diminuição do artigo 24, § 2º, do Código Penal.

Referido dispositivo prevê que, *embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços*.

Trata-se de uma causa legal de diminuição de pena, por meio da qual o bem sacrificado é de valor superior ao preservado, de modo que, embora não se reconheça o chamado estado de necessidade e, por isso, não se exclua a ilicitude da conduta, o agente é punível e faz jus a uma redução obrigatória da pena.

Aqui, além não ter o réu comprovado a existência de perigo atual, também não demonstrou a inevitabilidade do perigo e da lesão. Reitere-se, não há nos autos provas de que a prática do crime era o único meio de que o agente dispunha para sustentar sua família.

Por conseguinte, mantenho o não reconhecimento de causas de aumento ou diminuição de pena e *fixo a pena definitiva do réu, para cada crime, em 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa*.

Concurso material

A sentença de 1º grau, sem impugnação das partes, considerou que o intervalo entre as duas condutas criminosas (13.05.2013 e 01.09.2014) extrapolou o limite de 30 (trinta) dias e, por desatender o requisito temporal do artigo 71, do Código Penal, aplicou o concurso material entre as condutas criminosas (artigo 69, do Código Penal).

Aqui, de fato, não há como desconsiderar o lapso temporal significativo entre as condutas, critério que não foi contemplado pelo legislador, mas é tratado firme jurisprudência, entretanto, a figura do crime continuado se aperfeiçoa em outros requisitos que demonstram a homogeneidade da conduta, na medida em que as circunstâncias de lugar, a maneira de execução e especialmente o nexo causal que impulsionou o réu para praticar o delito de uso de documento falso.

Portanto, de ofício, afasto o cúmulo material e aplico o aumento pela continuidade delitiva (artigo 71, do Código Penal), as penas de um dos crimes, porque idênticas, na fração de 1/6 (um sexto), do que resultam as penas totais definitivas de 2 (*dois*) anos, 4 (*quatro*) meses de reclusão e 11 (*onze*) dias-multa, no valor diário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo.

Do regime prisional.

Para a fixação do regime, devem ser observados os seguintes fatores: modalidade de pena de privativa de liberdade, ou seja, reclusão ou detenção (art. 33, *caput*, CP); quantidade de pena aplicada (art. 33, §2º, alíneas “a”, “b” e “c”, CP); caracterização ou não da reincidência (art. 33, §2º, alíneas “b” e “c”, CP) e circunstâncias do artigo 59 do Código Penal (art. 33, §3º, do CP).

Aqui, considerando que as circunstâncias judiciais subjetivas do réu (antecedentes, conduta social, personalidade e motivo do crime) não foram valoradas negativamente, o regime inicial de cumprimento de pena deve ser estabelecido com base na pena fixada em concreto (2 anos e 4 meses de reclusão), o que indica o *regime aberto*.

Ainda, com fundamento no artigo 44, III, do Código Penal, e por constituir medida socialmente recomendável, substituto a pena privativa de liberdade imposta ao réu, por 2 (duas) penas restritivas de direito, consistentes em prestação de serviços comunitários e prestação pecuniária no valor de 1 (um) salário mínimo, considerando a ausência de dados concretos a respeito da sua situação econômica, ambas na forma estabelecida pelo Juízo da Execução Penal.

Mantida a r. sentença nos demais termos.

Ante o exposto, *dou parcial provimento* ao recurso da defesa de *Jeff Chijioke Okani* para reduzir a pena-base ao mínimo legal e, de ofício, afastar a concurso material e incidir a continuidade delitiva na fração de 1/6 (um sexto), do que resultam as penas definitivas de 2 (dois) anos, 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial aberto e 11 (onze) dias-multa, no valor diário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo pela prática do delito previsto no artigo 297 c.c. artigo 304, do Código Penal, substituída a pena privativa de liberdade por 2 (duas) penas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços comunitários e prestação pecuniária no valor de 1 (um) salário mínimo, ambas na forma estabelecida pelo Juízo da Execução Penal.

É como voto.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL

0000315-12.2018.4.03.6003

Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - PR/SP

Apelados: CESAR NISAN SOARES DE OLIVEIRA, TALINE AMARAL DO PRADO, HARDALLA HERMANNI DE OLIVEIRA

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 08/04/2021

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. MATERIALIDADE E AUTORIA. DOSIMETRIA DA PENA. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. *NON REFORMATIO IN PEJUS*. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. DETRAÇÃO. TEMPO DE PRISÃO PROVISÓRIA. ART. 387, § 2º, DO CPP.

1. Materialidade e autoria comprovadas em relação a um dos réus. O conjunto probatório não oferece a robustez necessária para sustentar um decreto condenatório em relação às outras acusadas. Absolvição mantida em relação a elas.

2. O art. 42 da Lei nº 11.343/2006 dispõe que o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente. Isso significa que a natureza e a quantidade da droga devem ser consideradas na primeira fase da dosimetria da pena, preponderando sobre as demais circunstâncias judiciais.

3. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, com repercussão geral, é no sentido de que a natureza e a quantidade da droga não podem ser utilizadas simultaneamente na primeira e na terceira fases (ARE 666.334/AM RG, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 03.04.2014, DJe-084 DIVULG 05-05-2014 PUBLIC 06-05-2014).

4. A expressiva quantidade de droga (122 kg de cocaína), cuja natureza é bastante nociva à saúde, justifica a exasperação da pena-base, nos termos do art. 42 da Lei nº 11.343/2006.

5. O juízo de primeiro grau aplicou a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, na fração de 1/6 (um sexto) e contra isso não houve insurgência do MPF, embora, no caso, essa minorante não fosse aplicável. Em razão disso, este Tribunal está impedido de fazer a devida adequação na sentença quanto a esse ponto, tendo em vista o princípio da *non reformatio in pejus*.

6. Pela pena revista, o início do cumprimento da pena privativa de liberdade deveria ser o fechado, nos termos do art. 33, § 2º, “a”, do Código Penal. No entanto, o desconto do tempo de prisão provisória antes da sentença condenatória dá ao acusado o direito a início do cumprimento dessa pena em regime menos gravoso (CPP, art. 387, § 2º).

7. Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Décima Primeira Turma, por unanimidade, decidiu DAR PARCIAL PROVIMENTO à apelação

para majorar a pena-base, ficando a pena definitivamente fixada em 8 (oito) anos, 1 (um) mês e 6 (seis) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 809 (oitocentos e nove) dias-multa, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO (Relator):

Trata-se de apelação interpostas pelo Ministério Público Federal (MPF) em face da sentença proferida pela 1ª Vara Federal de Três Lagoas/MS que:

a) *condenou* CÉSAR NISAN SOARES DE OLIVEIRA à pena de 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 485 (quatrocentos e oitenta e cinco) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à data dos fatos, pela prática do crime previsto no art. 33, c.c. art. 40, I, da Lei nº 11.343/2006;

b) *absolveu* HARDALLA HERMANI DE OLIVEIRA e TALINE AMARAL DO PRADO da imputação de prática do crime previsto no art. 33, *caput*, c/c art. 40, V, da Lei nº 11.343/2006, por falta de provas quanto à autoria, nos termos do art. 386, V, do Código de Processo Penal;

c) *declarou extinta a punibilidade* de FRANCISCO MARCOLINO DOS SANTOS, nos termos do art. 107, I, do Código Penal, em razão do seu falecimento.

A denúncia (ID 146497481 – fls. 02/09), recebida em 27.07.2018 (fls. ID 146497480 – fls. 01/05), narra:

Extraí-se dos autos que, em 10 de junho de 2018, por volta de 08:30, no Km 248 da BR-158, no Município de Três Lagoas/MS, os DENUNCIADOS CÉSAR NISAN SOARES DE OLIVEIRA, FRANCISCO MARCOLINO DOS SANTOS, TALINE AMARAL DO PRADO E HARDALLA HERMANI DE OLIVEIRA, de forma livre e consciente, agindo em coautoria caracterizada pela unidade de desígnios e visando atingir o objetivo comum, transportaram a quantidade de 122 Kg (cento e vinte e dois quilos) da droga popularmente conhecida como cocaína, sem autorização e em desacordo com as determinações legais e regulamentares, as quais estavam lacradas em 11 sacos de ráfias, que deveria ser levada desde Ponta Porã/MS até São Paulo/SP, conforme Auto de Apresentação e Apreensão (fls. 09/11), Laudo de Exame Preliminar de Constatação (fl. 22) e Boletim de Ocorrência nº 1375278180610083000 (fls. 23/30).

Segundo consta dos autos, durante fiscalização de rotina, no Km 248 da BR-158, no Município de Três Lagoas/MS, policiais rodoviários federais abordaram o veículo Chevrolet/Cruze, cor branca, placas QBC-0976, de Rondonópolis/MT, conduzido por FRANCISCO MARCOLINO DOS SANTOS, tendo como passageira TALINE AMARAL DO PRADO, que se apresentou como esposa de FRANCISCO.

Durante entrevista pessoal, os abordados apresentaram sinais de nervosismo e respostas contraditórias quanto a origem, motivo e destino da viagem.(...)

Ato contínuo, após alguns minutos foi abordado o veículo Nissan Tiida, cor prata, placas NAE-1277, de Campo Grande/MS, o qual estava sendo conduzido por CÉSAR NISAN SOARES DE OLIVEIRA, tendo como passageira sua esposa HARDALLA HERMANI DE OLIVEIRA, os quais também apresentaram sinais de nervosismo e respostas contraditórias aos questionamentos dos policiais. Ainda, o casal era acompanhado por três filhos menores de idade.(...)

Diante de tais fatos, foi realizada uma vistoria minuciosa nos veículos, quando foi encontrada, no veículo Nissan Tiida, placas NAE-1277, conduzido por CÉSAR NISAN SOARES DE OLIVEI-

RA, grande quantidade de tabletes de cocaína, totalizando cerca de 122 kg (cento e vinte e dois quilos), que estavam acondicionados em compartimentos ocultos, previamente preparados, no assoalho de veículo, no para-choque, no painel e nas portas traseiras do referido veículo. Constatada a presença da droga, o DENUNCIADO CÉSAR NISAN SOARES DE OLIVEIRA confessou aos policiais que receberia a quantia de R\$ 8.000,00 (oito mil reais) para transportar o entorpecente de Ponta Porã/MS até São Paulo, bem como relatou que os DENUNCIADOS FRANCISCO MARCOLINO DOS SANTOS, TALINE AMARAL DO PRADO, do veículo Chevrolet/Cruze, atuavam como “batedores” da droga (fl. 03). Já a DENUNCIADA HARDALLA HERMANI DE OLIVEIRA afirmou que não tinha conhecimento da presença da droga no veículo, informando que conhecia os ocupantes do veículo Chevrolet/Cruze, porém não sabia explicar a presença dos mesmos no local (fls. 03-04).

A sentença (ID 146498433 – fls. 06/25) foi publicada em 18.10.2019.

Em seu recurso (ID 146498447 – fls. 12/30), o MPF requer a condenação de TALINE e HARDALLA, bem como seja majorada a pena-base fixada para CESAR. Também requer a fixação do regime inicial fechado para cumprimento da pena privativa de liberdade.

Foram apresentadas contrarrazões (ID 146498446, ID 146498445 e 146498500).

Cumprindo o disposto no parágrafo único do art. 316 do Código de Processo Penal, incluído pela Lei nº 13.964/2019, o juízo de origem, em 30.04.2020 entendeu não ser mais necessária a manutenção da prisão preventiva do réu, (ID 146498470), pelos seguintes fundamentos:

Pois bem, passados mais de 90 (noventa) dias da data da prisão, entendo que serenada está a ordem pública, não sendo mais necessária a manutenção da prisão preventiva do réu, podendo a mesma ser substituída por medidas cautelares desestimuladoras de eventual recalcitrância em incidir em condutas tidas como criminosas, notadamente ante o lapso temporal transcorrido desde a prisão, bem como a quantidade de pena aplicada na sentença condenatória, havendo demora na tramitação por fato não imputável ao réu preso. (...)

Ante o exposto, concedo liberdade provisória ao réu *César Nisan Soares De Oliveira*, cumulada com as seguintes medidas cautelares: a) proibição de ausentar-se da Comarca de sua residência por mais de 8 (oito) dias, sem comunicar o Juízo o lugar onde poderá ser encontrado (art. 319, IV, CPP); b) proibição de empreender viagem à região de fronteira entre o Brasil, Paraguai e Bolívia (art. 319, II, CPP); c) proibição de importar, transportar ou comercializar produtos de origem estrangeira sem a comprovação de regular ingresso no país (art. 319, VI, CPP). (...) Expeça-se o alvará de soltura clausulado, acompanhado do Termo de Compromisso.

A Procuradoria Regional da República opinou pelo provimento do recurso (ID 149017006).

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO (Relator):

Trata-se de apelação interposta pelo Ministério Público Federal (MPF), em face da sentença que condenou CÉSAR NISAN SOARES DE OLIVEIRA pelo crime de tráfico transnacional de drogas, absolvendo dessa imputação as corrés HARDALLA HERMANI DE OLIVEIRA e TALINE AMARAL DO PRADO.

A materialidade está devidamente comprovada pelo auto de prisão em flagrante (ID 146497469 - Pág. 1/15), pelo boletim de ocorrência da Polícia Rodoviária Federal (ID 146497469 - Pág. 27/28), pelo auto de apresentação e apreensão (ID 146497469 - Pág. 8/10), pelo laudo de exame preliminar de constatação de substância (ID 146497469 - Pág. 21) e pelo laudo de química forense (ID 146497480 - Pág. 49/52), que comprovam a apreensão de 122 kg (cento e vinte e dois quilos) de cocaína.

A autoria, pelo corrêu CÉSAR, está devidamente demonstrada pela certeza visual do crime, proporcionada pela sua prisão em flagrante, corroborada por sua confissão e pela prova oral produzida em contraditório judicial.

A insurgência do MPF volta-se contra a absolvição das corrés TALINE e HARDALLA, em relação às quais alega que, ao contrário da conclusão da sentença, tinham elas ciência do tráfico de drogas, considerando-se a grande quantidade de cocaína encontrada. Sem razão, contudo.

O conjunto probatório não oferece a robustez necessária para sustentar um decreto condenatório em relação às apeladas.

O testemunho dos policiais rodoviários não é corroborado por nenhum outro elemento de prova, razão pela qual a absolvição dessas acusadas deve ser mantida, tendo em vista o princípio *in dubio pro reo*. A propósito, destaco os seguintes trechos da sentença:

O conjunto probatório reunido não se revela suficiente para demonstrar a autoria delitiva quanto à acusada Hardalla Hermani de Oliveira, o que enseja sua absolvição.

De acordo com o testemunho dos policiais rodoviários federais, a acusada era passageira do veículo Nissan Tiida, de placa NAE-1277, conduzido pelo corrêu Cesar Nisan Soares de Oliveira, sendo que o entorpecente foi encontrado em compartimentos ocultos nesse automóvel. Foi relatado que a ré se mostrava nervosa durante a abordagem policial, além de não ter externado surpresa quando da descoberta da droga. As testemunhas também ressaltaram que a corrê Taline Amaral do Prado, que havia sido abordada anteriormente, como ocupante do veículo Chevrolet Cruze, de placa QBC-0976, confessou que atuava como “batedora” da carga de cocaína, sendo que se comunicava com Hardalla Hermani de Oliveira por meio de ligações ao seu telefone celular (fls. 02/07 e 417/421).

Por outro lado, a acusada afirmou perante a autoridade policial (fls. 12/13) e ratificou em juízo (fls. 417/421) que não tinha ciência do entorpecente oculto no veículo que ocupava. Nesse sentido, ela esclareceu que convivia em união estável com o corrêu Cesar Nisan Soares de Oliveira, sendo que ele havia lhe dito que viajariam até o Município de Paulínia/SP, por motivos profissionais. Declarou que partiram de Campo Grande/MS, junto com três filhos menores de idade, em um veículo que o companheiro buscara no dia anterior, cuja origem também desconhece. Reiterou que Cesar Nisan Soares de Oliveira não lhe comunicou quanto à prática delitiva. Explicou que o então companheiro mantinha contato profissional com os corrêus Francisco Marcolino dos Santos e Taline Amaral do Prado, mas negou ter recebido ligações de Taline Amaral do Prado durante a viagem.

Em seu interrogatório, Cesar Nisan Soares de Oliveira asseverou que a companheira não tinha ciência da empreitada criminosa, salientando que ela não se deslocou com ele até Ponta Porã/MS. Disse que buscou a ré Hardalla Hermani de Oliveira e os filhos em Campo Grande/MS, tendo mentido que iria prestar serviços em outra cidade e que eles deveriam lhe acompanhar. Por sua vez, Taline Amaral do Prado permaneceu silente perante a autoridade policial (fl. 16). Quando ouvida em juízo, apresentou versão completamente diferente daquela informada pelos policiais rodoviários federais, afirmando que não se comunicou com Hardalla Hermani de Oliveira durante a viagem. Disse também que não conhece Cesar Nisan Soares de Oliveira e Hardalla Hermani de Oliveira.

Nota-se, pois, que o testemunho dos policiais rodoviários federais não é corroborado por nenhum outro elemento de prova. O mero relato do nervosismo da ré, bem como de supostas

ligações telefônicas teoricamente mencionadas Taline Amaral do Prado, não se revelam aptos para motivar a condenação da acusada.

(...)

Além disso, deve-se considerar que Cesar Nisan Soares de Oliveira assumiu sozinho a conduta, isentando sua então companheira de qualquer participação na prática delitiva. A carga de entorpecentes estava oculta em compartimentos preparados no assoalho, no para-choque, no painel e nas portas do veículo, do que se revela crível que a ré não tivesse ciência da droga transportada.

Em síntese, não há provas suficientes de que Hardalla Hermani de Oliveira tenha aderido à conduta de seu então companheiro, Cesar Nisan Soares de Oliveira, motivo pelo qual a absolvo.

(...)

De igual modo, inexistem provas suficientes da autoria delitiva quanto à acusada Taline Amaral do Prado.

(...)

Entretanto, Taline Amaral do Prado permaneceu calada em seu interrogatório em sede policial (fl. 16). Quando ouvida em juízo, narrou que era amiga de Francisco Marcolino dos Santos há muitos anos e que viajava de carona até São José do Rio Preto/SP, onde ela iria comprar armações de óculos para revender. Negou conhecer os demais réus e disse que não tinha ciência da agenda apreendida com informações de Cesar Nisan Soares de Oliveira.

(...)

Apesar da divergência entre os depoimentos dos réus, no que se refere ao fato de Taline Amaral do Prado conhecer previamente Cesar Nisan Soares de Oliveira e Hardalla Hermani de Oliveira, tal fato não demonstra, por si só, o liame subjetivo entre os acusados para a prática do delito de tráfico de drogas.

(...)

Observa-se, pois, que a acusação é sustentada apenas pelos depoimentos dos policiais rodoviários federais que efetuaram as prisões em flagrante, especificamente no que se refere à reação e confissão, em tese, dos réus durante a abordagem policial. No entanto, a suposta confissão de Taline Amaral do Prado não foi tomada por termo (art. 199 do CPP), além de ter sido apresentada outra versão em juízo, o que configuraria sua retratação (art. 200 do CPP). Assim, tendo em vista que Taline Amaral do Prado não estava em posse da droga apreendida, bem como que inexistem elementos quanto à adesão à conduta de Cesar Nisan Soares de Oliveira para o tráfico de entorpecentes, faz-se imperativa sua absolvição.

Assim, com fundamento no art. 386, V, do Código de Processo Penal, *mantenho a absolvição* de HARDALLA HERMANI DE OLIVEIRA e TALINE AMARAL DO PRADO da imputação de prática do crime previsto no art. 33, *caput*, c.c art. 40, I, da Lei nº 11.343/2006.

Em relação ao corréu CÉSAR NISAN SOARES DE OLIVEIRA, *cuja condenação* pela prática desse crime *mantenho*, a insurgência do MPF volta-se contra a pena-base, pedindo a sua fixação em montante maior.

Dito isso, passo ao reexame da *dosimetria da pena*.

Na *primeira fase*, o juízo *a quo* fixou a pena-base em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, mínimo legal, por não considerar desfavorável nenhuma circunstância judicial do art. 59 do Código Penal. Em relação à natureza e à quantidade da droga apreendida, deixou para considerá-la na terceira fase da dosimetria, a fim de não incorrer em *bis in idem*.

O MPF requer a majoração da pena-base. Com razão.

O art. 42 da Lei nº 11.343/2006 dispõe que o juiz, na fixação das penas, considerará, *com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal*, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente. Isso significa que a

natureza e a quantidade da droga devem ser consideradas na primeira fase da dosimetria da pena, preponderando sobre as demais circunstâncias judiciais (CP, art. 59).

Em relação à terceira fase, como fator a influir na causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, o que existe é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, com repercussão geral, de que essas circunstâncias não podem ser utilizadas simultaneamente na primeira e na terceira fases (ARE 666.334/AM RG, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 03.04.2014, DJe-084 DIVULG 05-05-2014 PUBLIC 06-05-2014). A tese firmada pelo STF, com repercussão geral, é a seguinte:

As circunstâncias da natureza e da quantidade da droga apreendida devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases do cálculo da pena.

Dito isso, no caso em exame foram apreendidos *122 quilos de cocaína*. Essa expressiva quantidade de droga, cuja natureza é bastante nociva à saúde, justifica a exasperação da pena-base, nos termos do art. 42 da Lei nº 11.343/2006.

Com base na jurisprudência das Turmas que compõem a Quarta Seção deste Tribunal para casos análogos, provejo o recurso da acusação nesse ponto e fixo a pena-base em 10 (dez) anos de reclusão e 1.000 (mil) dias-multa.

Na *segunda fase*, o juízo não reconheceu nenhuma circunstância agravante e reconheceu a circunstância atenuante da confissão espontânea (CP, art. 65, III, “d”), o que confirmo. Todavia, o juízo deixou de atenuar a pena porque havia fixado a pena-base no mínimo legal e, assim, seguiu a orientação da Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça.

No entanto, tendo em vista a majoração da pena-base ora efetuada, atenuo a pena na fração de 1/6 (um sexto), e fixo a pena intermediária em 8 (oito) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 833 (oitocentos e trinta e três) dias-multa.

Na *terceira fase*, o juízo aplicou a causa de aumento prevista no inciso I do art. 40 da Lei nº 11.343/2006, na fração de 1/6 (um sexto), o que confirmo, pois isso está em consonância com a orientação firmada nesta Turma, de modo que a pena passa para 9 (nove) anos, 8 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 971 (novecentos e setenta e um) dias-multa.

O juízo de primeiro grau aplicou a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, na fração de 1/6 (um sexto) e *contra isso não houve insurgência do MPF*.

De acordo com essa norma, as penas do tráfico de drogas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa, devendo esses quatro requisitos concorrer cumulativamente para que a minorante seja aplicada.

No caso, isso não se verificou, pois o *modus operandi* utilizado na prática do delito e o expressivo valor da droga apreendida denotam tratar-se de tráfico organizado, ao qual estava integrado o acusado, que detinha a confiança dos donos da droga para transportar carga de valor tão alto.

Lamentavelmente, o MPF não recorreu disso, de modo que este Tribunal está impedido de fazer a devida adequação na sentença quanto a esse ponto, tendo em vista o princípio da *non reformatio in pejus*.

Assim, à falta de recurso da acusação, a minorante fica mantida, na fração mínima, de modo que a pena definitiva fica estabelecida em *8 (oito) anos, 1 (um) mês e 6 (seis) dias de reclusão e 809 (oitocentos e nove) dias-multa*, mantido o valor do dia-multa fixado na sentença.

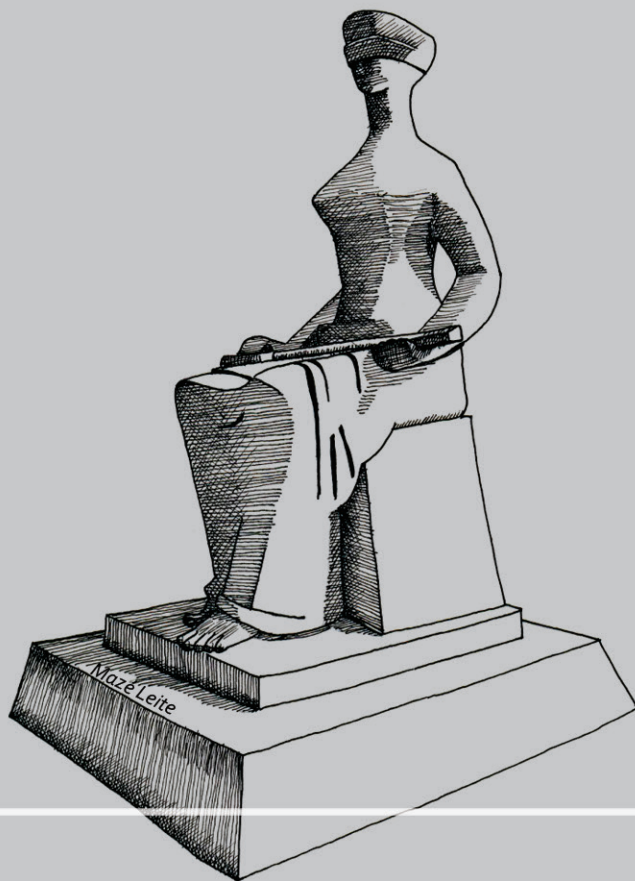
O juízo *a quo* havia fixado o regime semiaberto para início do cumprimento da pena privativa de liberdade em razão da pena que aplicara. Contudo, em razão da alteração da pena ora feita, o regime inicial deveria ser o fechado, nos termos do art. 33, § 2º, “a”, do Código Penal. Considerando, porém, que o apelado foi preso em flagrante em 10.06.2018 e a sentença condenatória foi publicada em 18.10.2019 (ID 146498433), o desconto do tempo de prisão provisória antes da sentença condenatória lhe dá direito a início do cumprimento da pena privativa de liberdade em regime menos gravoso do que o fechado (CPP, art. 387, § 2º). Por isso, mantenho o *regime semiaberto* para início do cumprimento da pena privativa de liberdade, que, todavia, não pode ser substituída por penas restritivas de direitos, por falta de requisito objetivo (CP, art. 44, I).

Posto isso, *DOU PARCIAL PROVIMENTO* à apelação para majorar a pena-base, ficando a pena definitivamente fixada em 8 (oito) anos, 1 (um) mês e 6 (seis) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 809 (oitocentos e nove) dias-multa, nos termos da fundamentação supra.

É o voto.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

Direito Previdenciário



APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA

0006127-29.2008.4.03.6183

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelados: LIGINEIDE FEITOSA DA SILVA, JOÃO MACIEL KOCHELI NETO, KETHELIN KOCHELI

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS DELGADO

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 19/03/2021

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. QUALIDADE DE SEGURADO. EX-CONDENADO. USO DE OUTRO NOME PARA A PRÁTICA DE CERTOS ATOS DA VIDA CIVIL. FINALIDADE. INVIABILIZAR PESQUISA DE ANTECEDENTES CRIMINAIS POR POTENCIAIS EMPREGADORES. QUESTÃO AFETA À SEARA PENAL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. SUBSTRATO MATERIAL CORROBORADO PELA PROVA ORAL. CARÁTER SECURITÁRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. REGULARIDADE DEMONSTRADA. REQUISITOS PREENCHIDOS. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO DO INSS DESPROVIDAS. JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA RETIFICADOS DE OFÍCIO.

1 - A pensão por morte é regida pela legislação vigente à época do óbito do segurado, por força do princípio *tempus regit actum*, encontrando-se regulamentada nos arts. 74 a 79 da Lei nº 8.213/91. Trata-se de benefício previdenciário devido aos dependentes do segurado falecido, aposentado ou não.

2 - O benefício independe de carência, sendo percuente para sua concessão: a) a ocorrência do evento morte; b) a comprovação da condição de dependente do postulante; e c) a manutenção da qualidade de segurado quando do óbito, salvo na hipótese de o *de cujus* ter preenchido em vida os requisitos necessários ao deferimento de qualquer uma das aposentadorias previstas no Regime Geral de Previdência Social - RGPS.

3 - O evento morte do Sr. Adalberto Kocheli, ocorrido em 23/10/2002, e a condição de dependente dos coautores João e Kethelin restaram comprovados pelas certidões de óbito e de nascimento, sendo questões incontroversas.

4 - Quanto à união estável entre a coautora Ligineide e o instituidor, foram anexados aos autos certidões de nascimento dos dois filhos em comum do casal e coautores, João e Kethelin, registrados muito próximos à época do passamento, em 07/08/2000 e em 22/06/1998, respectivamente (ID 107419392 - p. 26-27), bem como provas de domicílio em comum do casal (ID 107419392 - p. 31-29). Por fim, o depoimento do Sr. Iray Peixoto da Silva, colhido na audiência de instrução realizada em 18 de março de 2014, ratificou que Ligineide e o instituidor conviviam maritalmente à época do passamento.

5 - A celeuma, portanto, diz respeito à manutenção da qualidade de segurado do *de cujus* na época do passamento.

6 - Quanto a este aspecto, o artigo 15, II c.c § 1º, da Lei nº 8.213/91, estabelece o denominado “período de graça” de 12 meses, após a cessação das contribuições, com prorrogação para até 24 meses se o segurado já tiver pago mais de 120 (cento e vinte) contribuições mensais sem interrupção que acarrete a perda da qualidade de

segurado. Do mesmo modo, o artigo 15, II c.c § 2º, da Lei nº 8.213/91, estabelece que o denominado “período de graça” do inciso II ou do parágrafo 1º, será acrescido de 12 (doze) meses para o segurado desempregado, desde que comprovada essa situação pelo registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social.

7 - Segundo a narrativa desenvolvida na petição inicial, o instituidor, registrado com o nome de Adalberto Kocheli, cumpriu pena privativa de liberdade no Carandiru, durante parte das décadas de 1980 e 1990. Após o livramento, o *de cujus* vinha tendo dificuldades para ingressar no mercado de trabalho, em razão dos antecedentes criminais. Para contornar essa dificuldade, o falecido obteve novos documentos e passou a praticar certos atos da vida civil sob o nome de Naelson Lima de Souza, firmando contratos de trabalho e efetuando recolhimentos previdenciários regularmente até a época do passamento.

8 - O extrato do CNIS anexado aos autos, revela que o falecido manteve apenas um vínculo empregatício com seu nome de registro, entre 10/10/1989 e 17/10/1989 (ID 107419392 - p. 40). Posteriormente, já com o nome de Naelson Lima de Souza, trabalhou para as empresas PROPLAN PLANEJAMENTO DE RECURSOS HUMANOS LTDA, de 13/04/2000 a 07/07/2000, de 04/08/2000 a 03/11/2000 e de 06/08/2002 a 24/10/2002, AGRICOLA E CONSTRUTORA MONTE AZUL LTDA, de 24/05/2001 a 02/10/2001, e para a FUTURE SERVIÇOS TEMPORÁRIOS LTDA, de 22/01/2002 a 22/03/2002 (ID 107419392 - p. 44).

9 - A fim de corroborar a efetiva prestação de serviço às empresas supramencionadas, após o cumprimento da pena privativa de liberdade, foram anexados aos autos os seguintes documentos: a) duas Carteiras de Trabalho e Previdência Social com foto idêntica na primeira página, contudo, uma com o nome de registro do *de cujus* - Adalberto Kocheli - e outra com aquele utilizado pelo instituidor para a prática de alguns atos da vida civil após seu livramento - Naelson de Lima Souza (ID 107419392 - p. 84-90 e 106-107); b) Guias de recolhimento do FGTS feitos pela empresa PROPLAN PLANEJAMENTO DE RECURSOS HUMANOS LTDA. em favor de Naelson de Lima Souza (ID 107419392 - p. 20-21); c) comprovantes de recebimento de salário pelo falecido, referentes aos meses de junho de 2001 e agosto de 2002 (ID 107419392 - p. 56-57); d) declarações da empresa PROPLAN PLANEJAMENTO DE RECURSOS HUMANOS LTDA de que o Sr, Naelson de Lima Souza pertenceu ao seu quadro de funcionários nos períodos de 13/04/2000 a 07/07/2000, de 04/08/2000 a 03/11/2000 e de 06/08/2002 a 24/10/2002, exercendo o cargo de ajudante geral (ID 107419392 - p. 22-24). Além disso, foram realizadas duas audiências de instrução, em 19/02/2014 e em 18/03/2014, nas quais foram ouvidas duas testemunhas.

10 - Os relatos são convincentes e corroboram o substrato material anexado aos autos, demonstrando que o falecido, após o livramento, utilizava o nome Naelson Lima de Souza para a prática de certos atos da vida civil. Ele era reconhecido publicamente por esta alcunha e trabalhava para a empresa Proplan, prestando serviços à Municipalidade de Santana do Tucuruvi.

11 - Realmente, a pessoa que possui o nome de registro Naelson Lima de Souza confirmou que teve os documentos furtados enquanto morava em São Paulo; era autônomo, nunca trabalhou com registro em CTPS enquanto residia na Capital e sequer conhece as empresas discriminadas no extrato do CNIS anexado aos autos (ID 107419392 - p. 22-24).

12 - Desse modo, conclui-se que o falecido ostentava a qualidade de segurado, já que mantinha vínculo empregatício com a PROPLAN PLANEJAMENTO DE RECURSOS HUMANOS LTDA à época do passamento.

13 - A modificação irregular do nome, com a finalidade de impossibilitar a pesquisa dos antecedentes criminais pelos potenciais empregadores, era matéria que deveria ter sido apurada na esfera penal, mediante a instauração de inquérito e, posteriormente, a propositura de ação penal, que assegurasse ao falecido a ampla defesa e o contraditório. Todavia, a responsabilidade criminal do *de cujus* pela prática do referido ilícito penal jamais foi assentada e, diante dos princípios da presunção da inocência e da individualização da pena, torna-se desproporcional inviabilizar o acesso de seus dependentes ao benefício vindicado tão somente em razão deste fato, mormente quando os requisitos legais para a concessão do benefício restaram preenchidos.

14 - Importa à Previdência Social averiguar se o segurado efetuou o recolhimento das contribuições regularmente, de acordo com a alíquota estabelecida em razão de sua forma de vinculação, a fim de evitar a concessão de benefícios baseados no cômputo de períodos de labor fictícios, o que comprometeria a sustentabilidade e a perenidade do sistema. Não é o caso dos autos, pois as provas documental e oral confirmaram que o falecido realmente trabalhou para a PROPLAN PLANEJAMENTO DE RECURSOS HUMANOS LTDA, como temporário, nos períodos consignados no extrato do CNIS.

15 - A utilização de outro nome para a prática de certos atos da vida civil, portanto, embora reprovável do ponto de vista jurídico, transcende a controvérsia deduzida neste processo, que se limita a aferir o cumprimento dos requisitos para a fruição do benefício previdenciário.

16 - Não obstante o caráter solidário de financiamento da Previdência Social, o INSS não pode apontar irregularidade na filiação, consubstanciada no uso pelo instituidor de nome diverso daquele constante no registro civil, exclusivamente para se furtar a pagar aos dependentes o benefício vindicado, sob pena de subverter o caráter securitário do Sistema e tornar letra morta o disposto no artigo 201, I, da Constituição Federal, com a redação vigente na data do óbito do instituidor.

17 - Raciocinar de modo diverso seria admitir que o segurado que cometesse alguma irregularidade na sua filiação, poderia trabalhar e contribuir regularmente para a Previdência Social por anos, quiçá décadas, e ser surpreendido com a impossibilidade de acesso a qualquer prestação previdenciária em razão de ato que sequer foi apurado na seara apropriada. Tal interpretação seria incompatível com uma ordem social que objetiva promover o bem-estar e a justiça social e está alicerçada, sobretudo, no primado do trabalho, nos termos do artigo 193 da Constituição Federal

18 - Em decorrência, preenchidos os requisitos, o deferimento do benefício de pensão por morte é medida que se impõe.

19 - Correção monetária dos valores em atraso calculada de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal até a promulgação da Lei nº 11.960/09, a partir de quando será apurada, conforme julgamento proferido pelo C. STF, sob a sistemática da repercussão geral (Tema nº 810 e RE nº 870.947/SE), pelos índices de variação do IPCA-E, tendo em vista os efeitos *ex tunc* do mencionado pronunciamento.

20 - Juros de mora, incidentes até a expedição do ofício requisitório, fixados de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, por refletir as determinações legais e a jurisprudência dominante.

21 - Remessa necessária e apelação do INSS desprovidas. Juros de mora e correção monetária retificados de ofício.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sétima Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento à remessa oficial e à apelação do INSS e, de ofício, esclarecer que a correção monetária dos valores em atraso deverá ser calculada de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal até a promulgação da Lei nº 11.960/09, a partir de quando será apurada pelos índices de variação do IPCA-E, e que os juros de mora, incidentes até a expedição do ofício requisitório, serão fixados de acordo com o mesmo Manual, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal CARLOS DELGADO - Relator

RELATÓRIO

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS DELGADO (RELATOR):

Trata-se de remessa necessária e de apelação interposta pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, em ação ajuizada por LIGINEIDE FEITOSA DA SILVA, JOÃO MACIEL KOCHÉLI NETO e KETHELIN KOCHÉLI, objetivando a concessão do benefício previdenciário de pensão por morte.

A r. sentença, prolatada em 16/12/2015, julgou procedente o pedido e condenou o INSS a implantar, em favor dos autores, o benefício de pensão por morte, pagando os atrasados para os coautores João e Kethelin, desde a data do óbito (23/10/2002), e para a coautora Ligineide, a partir do requerimento administrativo (04/06/2008), ambos acrescidos de correção monetária e de juros de mora. Honorários advocatícios arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor das prestações vencidas até a data da prolação da sentença, nos termos da Súmula 111 do C. STJ. A sentença foi submetida ao reexame necessário.

Em razões recursais, o INSS pugna pela reforma do r. *decisum*, ao fundamento de não ter sido demonstrada a manutenção da qualidade de segurado do falecido na época do evento morte. Subsidiariamente, pede o cálculo da correção monetária e dos juros de mora conforme a Lei n. 11.960/2009.

Devidamente processado o recurso, com contrarrazões, foram os autos remetidos a este Tribunal Regional Federal.

O DD. Órgão do Ministério Público Federal, em seu parecer, sugere o desprovimento do recurso autárquico.

É o relatório.

Desembargador Federal CARLOS DELGADO - Relator

VOTO

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS DELGADO (RELATOR):

A pensão por morte é regida pela legislação vigente à época do óbito do segurado, por força do princípio *tempus regit actum*, encontrando-se regulamentada nos arts. 74 a 79 da Lei

nº 8.213/91. Trata-se de benefício previdenciário devido aos dependentes do segurado falecido, aposentado ou não.

O benefício independe de carência, sendo percuente para sua concessão: a) a ocorrência do evento morte; b) a comprovação da condição de dependente do postulante; e c) a manutenção da qualidade de segurado quando do óbito, salvo na hipótese de o *de cujus* ter preenchido em vida os requisitos necessários ao deferimento de qualquer uma das aposentadorias previstas no Regime Geral de Previdência Social - RGPS.

Do caso concreto.

O evento morte do Sr. Adalberto Kocheli, ocorrido em 23/10/2002, e a condição de dependente dos coautores João e Kethelin restaram comprovados pelas certidões de óbito e de nascimento, sendo questões incontroversas.

Quanto à união estável entre a coautora Ligineide e o instituidor, foram anexados aos autos certidões de nascimento dos dois filhos em comum do casal e coautores, João e Kethelin, registrados muito próximos à época do passamento, em 07/08/2000 e em 22/06/1998, respectivamente (ID 107419392 - p. 26-27), bem como provas de domicílio em comum do casal (ID 107419392 - p. 31-29). Por fim, o depoimento do Sr. Iray Peixoto da Silva, colhido na audiência de instrução realizada em 18 de março de 2014, ratificou que Ligineide e o instituidor conviviam maritalmente à época do passamento.

A celeuma, portanto, diz respeito à manutenção da qualidade de segurado do *de cujus* na época do passamento.

Quanto a este aspecto, o artigo 15, II c.c § 1º, da Lei nº 8.213/91, estabelece o denominado “período de graça” de 12 meses, após a cessação das contribuições, com prorrogação para até 24 meses se o segurado já tiver pago mais de 120 (cento e vinte) contribuições mensais sem interrupção que acarrete a perda da qualidade de segurado.

Do mesmo modo, o artigo 15, II c.c § 2º, da Lei nº 8.213/91, estabelece que o denominado “período de graça” do inciso II ou do parágrafo 1º, será acrescido de 12 (doze) meses para o segurado desempregado, desde que comprovada essa situação pelo registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social.

Segundo a narrativa desenvolvida na petição inicial, o instituidor, registrado com o nome de Adalberto Kocheli, cumpriu pena privativa de liberdade no Carandiru, durante parte das décadas de 1980 e 1990.

Após o livramento, o *de cujus* vinha tendo dificuldades para ingressar no mercado de trabalho, em razão dos antecedentes criminais. Para contornar essa dificuldade, o falecido obteve novos documentos e passou a praticar certos atos da vida civil sob o nome de Naelson Lima de Souza, firmando contratos de trabalho e efetuando recolhimentos previdenciários regularmente até a época do passamento.

O extrato do CNIS anexado aos autos, revela que o falecido manteve apenas um vínculo empregatício com seu nome de registro, entre 10/10/1989 e 17/10/1989 (ID 107419392 - p. 40). Posteriormente, já com o nome de Naelson Lima de Souza, trabalhou para as empresas PROPLAN PLANEJAMENTO DE RECURSOS HUMANOS LTDA, de 13/04/2000 a 07/07/2000, de 04/08/2000 a 03/11/2000 e de 06/08/2002 a 24/10/2002, AGRICOLA E CONSTRUTORA MONTE AZUL LTDA, de 24/05/2001 a 02/10/2001, e para a FUTURE SERVIÇOS TEMPORÁRIOS LTDA, de 22/01/2002 a 22/03/2002 (ID 107419392 - p. 44).

A fim de corroborar a efetiva prestação de serviço às empresas supramencionadas, após o cumprimento da pena privativa de liberdade, foram anexados aos autos os seguintes documentos:

a) duas Carteiras de Trabalho e Previdência Social com foto idêntica na primeira página, contudo, uma com o nome de registro do *de cujus* - Adalberto Kocheli - e outra com aquele utilizado pelo instituidor para a prática de alguns atos da vida civil após seu livramento - Naelson de Lima Souza (ID 107419392 - p. 84-90 e 106-107);

b) Guias de recolhimento do FGTS feitos pela empresa PROPLAN PLANEJAMENTO DE RECURSOS HUMANOS LTDA. em favor de Naelson de Lima Souza (ID 107419392 - p. 20-21);

c) comprovantes de recebimento de salário pelo falecido, referentes aos meses de junho de 2001 e agosto de 2002 (ID 107419392 - p. 56-57);

d) declarações da empresa PROPLAN PLANEJAMENTO DE RECURSOS HUMANOS LTDA de que o Sr, Naelson de Lima Souza pertenceu ao seu quadro de funcionários nos períodos de 13/04/2000 a 07/07/2000, de 04/08/2000 a 03/11/2000 e de 06/08/2002 a 24/10/2002, exercendo o cargo de ajudante geral (ID 107419392 - p. 22-24).

Além disso, foram realizadas duas audiências de instrução, em 19/02/2014 e em 18/03/2014, nas quais foram ouvidas duas testemunhas.

A primeira testemunha, o Sr. Naelson de Lima Souza, declarou não conhecer os autores, tampouco o *de cujus*. Afirmou ter morado em São Paulo entre os anos de 1991 e 2006. Confirmou que seus documentos foram roubados na cidade. Disse que era autônomo e atuava no conserto de relógios. Destacou ainda nunca ter sido registrado em CTPS durante o período que esteve em São Paulo. Tampouco efetuava recolhimentos previdenciários como contribuinte individual. Esclareceu que nunca trabalhou para a Proplan Planejamento em Recurso Humanos Ltda. Disse sequer conhecer a empresa. Declarou também nunca ter trabalhado para a Prompt Empregos de Terceirização de Mão de Obra Ltda. Após o seu retorno para Petrolina, o depoente afirmou não ter trabalhado como registro em carteira. Aduziu, contudo, ter trabalhado para a Prefeitura de Petrolina em 1987.

A segunda testemunha, o Sr. Iray Peixoto da Silva, declarou conhecer pessoalmente a coautora Ligineide há pouco tempo, mas sabe que ela era esposa do instituidor, em razão da convivência que tinha com este último. Afirmou ter trabalhado com o *de cujus* na Prefeitura. Esclareceu que era encarregado do setor de asfalto da Prefeitura de Santana do Tucuruvi e o falecido foi prestar serviço no local. Disse que o instituidor prestou serviços à Municipalidade cerca de quatorze anos antes da data da audiência, por volta do ano de 2000. O *de cujus* era trabalhador temporário e seu contrato era de seis meses. Soube que o falecido também trabalhou no setor de obras - guia e sarjeta. Ele se apresentava publicamente como Naelson, mas era conhecido pelo apelido de "Paluso". O falecido falava muito do filho João. Ao ser indagado se poderia identificar o falecido nas fotos do processo, apontou para o retrato dele na cópia CTPS anexada aos autos. Não soube dizer, contudo, se o *de cujus* já teve outro nome. Afirmou ainda que o falecido nunca mencionou que tivera problemas com o Judiciário ou dificuldade para arrumar emprego. Esclareceu que o instituidor carregava carrinho de asfalto e descarregava caminhão. A Corpotex era uma empresa e a Proplan era a agência de empregos que fornecia a mão de obra para a Corpotex prestar serviços à Municipalidade. Os contratos dos temporários duravam seis meses e eventualmente podiam ser renovados.

Os relatos são convincentes e corroboram o substrato material anexado aos autos, demonstrando que o falecido, após o livramento, utilizava o nome Naelson Lima de Souza para a prática de certos atos da vida civil. Ele era reconhecido publicamente por esta alcunha e trabalhava para a empresa Proplan, prestando serviços à Municipalidade de Santana do Tucuruvi.

Realmente, a pessoa que possui o nome de registro Naelson Lima de Souza confirmou que teve os documentos furtados enquanto morava em São Paulo; era autônomo, nunca trabalhou

com registro em CTPS enquanto residia na Capital e sequer conhece as empresas discriminadas no extrato do CNIS anexado aos autos (ID 107419392 - p. 22-24).

Desse modo, conclui-se que o falecido ostentava a qualidade de segurado, já que mantinha vínculo empregatício com a PROPLAN PLANEJAMENTO DE RECURSOS HUMANOS LTDA à época do passamento.

A modificação irregular do nome, com a finalidade de impossibilitar a pesquisa dos antecedentes criminais pelos potenciais empregadores, era matéria que deveria ter sido apurada na esfera penal, mediante a instauração de inquérito e, posteriormente, a propositura de ação penal, que assegurasse ao falecido a ampla defesa e o contraditório. Todavia, a responsabilidade criminal do *de cujus* pela prática do referido ilícito penal jamais foi assentada e, diante dos princípios da presunção da inocência e da individualização da pena, torna-se desproporcional inviabilizar o acesso de seus dependentes ao benefício vindicado tão somente em razão deste fato, mormente quando os requisitos legais para a concessão do beneplácito restaram preenchidos.

Importa à Previdência Social averiguar se o segurado efetuou o recolhimento das contribuições regularmente, de acordo com a alíquota estabelecida em razão de sua forma de vinculação, a fim de evitar a concessão de benefícios baseados no cômputo de períodos de labor fictícios, o que comprometeria a sustentabilidade e a perenidade do sistema. Não é o caso dos autos, pois as provas documental e oral confirmaram que o falecido realmente trabalhou para a PROPLAN PLANEJAMENTO DE RECURSOS HUMANOS LTDA, como temporário, nos períodos consignados no extrato do CNIS.

A utilização de outro nome para a prática de certos atos da vida civil, portanto, embora reprovável do ponto de vista jurídico, transcende a controvérsia deduzida neste processo, que se limita a aferir o cumprimento dos requisitos para a fruição do benefício previdenciário.

Não obstante o caráter solidário de financiamento da Previdência Social, o INSS não pode apontar irregularidade na filiação, consubstanciada no uso pelo instituidor de nome diverso daquele constante no registro civil, exclusivamente para se furtar a pagar aos dependentes o benefício vindicado, sob pena de subverter o caráter securitário do Sistema e tornar letra morta o disposto no artigo 201, I, da Constituição Federal, com a redação vigente na data do óbito do instituidor, *in verbis*:

“Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte, incluídos os resultantes de acidentes do trabalho, velhice e reclusão;” (grifo nosso)

Raciocinar de modo diverso seria admitir que o segurado que cometesse alguma irregularidade na sua filiação, poderia trabalhar e contribuir regularmente para a Previdência Social por anos, quicá décadas, e ser surpreendido com a impossibilidade de acesso a qualquer prestação previdenciária em razão de ato que sequer foi apurado na seara apropriada. Tal interpretação seria incompatível com uma ordem social que objetiva promover o bem-estar e a justiça social e está alicerçada, sobretudo, no primado do trabalho, nos termos do artigo 193 da Constituição Federal

Em decorrência, preenchidos os requisitos, o deferimento do benefício de pensão por morte é medida que se impõe.

A correção monetária dos valores em atraso deverá ser calculada de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal até a promulgação da Lei nº 11.960/09, a partir de quando será apurada, conforme julgamento proferido pelo C. STF, sob a sistemática da repercussão geral (Tema nº 810 e RE nº 870.947/SE), pelos índices de variação do IPCA-E, tendo em vista os efeitos *ex tunc* do mencionado pronunciamento.

Os juros de mora, incidentes até a expedição do ofício requisitório, devem ser fixados de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, por refletir as determinações legais e a jurisprudência dominante.

Ante o exposto, *nego provimento* à remessa oficial e à apelação do INSS e, *de ofício, esclareço* que a correção monetária dos valores em atraso deverá ser calculada de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal até a promulgação da Lei nº 11.960/09, a partir de quando será apurada pelos índices de variação do IPCA-E, e que os juros de mora, incidentes até a expedição do ofício requisitório, serão fixados de acordo com o mesmo Manual.

É como voto.

Desembargador Federal CARLOS DELGADO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL

0003078-36.2012.4.03.9999

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: MAINARA CRISTINA GRILO DE SOUZA
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 30/04/2021

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. (ART. 1.040, INC. II, DO CPC/15). MENOR SOB GUARDA.

I- O C. STJ, por ocasião do julgamento do *Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 1.411.258/RS*, entendeu que, não obstante a Lei nº 9.528/97 tenha excluído o menor sob guarda do rol de beneficiários de dependentes previdenciários naturais ou legais do segurado, tal fato não exclui a dependência econômica do mesmo, devendo ser observada a eficácia protetiva das normas do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90).

II- Comprovado que a falecida era provedora das necessidades básicas da parte autora, ficou demonstrada a dependência econômica, devendo ser concedida a pensão por morte pleiteada na exordial.

III- Consoante jurisprudência pacífica do C. Superior Tribunal de Justiça, as questões referentes à correção monetária e juros moratórios são matérias de ordem pública, passíveis de apreciação até mesmo de ofício. A correção monetária deve incidir desde a data do vencimento de cada prestação e os juros moratórios a partir da citação, momento da constituição do réu em mora. Com relação aos *índices de atualização monetária e taxa de juros*, devem ser observados os posicionamentos firmados na Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 870.947 (*Tema 810*) e no Recurso Especial Repetitivo nº 1.492.221 (*Tema 905*), adotando-se, dessa forma, o IPCA-E nos processos relativos a benefício assistencial e o INPC nos feitos previdenciários. Quadra ressaltar haver constado expressamente do voto do Recurso Repetitivo que “a adoção do INPC não configura afronta ao que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral (RE 870.947/SE). Isso porque, naquela ocasião, determinou-se a aplicação do IPCA-E para fins de correção monetária de benefício de prestação continuada (BPC), o qual se trata de benefício de natureza assistencial, previsto na Lei 8.742/93. Assim, é imperioso concluir que o INPC, previsto no art. 41-A da Lei 8.213/91, abrange apenas a correção monetária dos benefícios de natureza previdenciária.” Outrossim, como bem observou o E. Desembargador Federal João Batista Pinto Silveira: “Importante ter presente, para a adequada compreensão do eventual impacto sobre os créditos dos segurados, que os índices em referência – INPC e IPCA-E tiveram variação muito próxima no período de julho de 2009 (data em que começou a vigorar a TR) e até setembro de 2019, quando julgados os embargos de declaração no RE 870947 pelo STF (IPCA-E: 76,77%; INPC 75,11), de forma que a adoção de um ou outro índice nas decisões judiciais já proferidas não produzirá diferenças significativas sobre o valor da condenação.” (TRF-4ª Região,

AI nº 5035720-27.2019.4.04.0000/PR, 6ª Turma, v.u., j. 16/10/19). A taxa de juros deve incidir de acordo com a remuneração das cadernetas de poupança (art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09), conforme determinado na Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 870.947 (Tema 810) e no Recurso Especial Repetitivo nº 1.492.221 (Tema 905).

IV- Em sede de juízo de retratação, agravo legal provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Oitava Turma, por unanimidade, decidiu, em sede de juízo de retratação, dar provimento ao agravo legal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA (RELATOR): Os autos retornaram da E. Vice-Presidência desta Corte, com fundamento no art. 1.014, inc. II, do CPC, a fim de que fosse reexaminada a questão referente ao “*REsp no 1.411.258/RS (sessão de 11/10/2017), processado segundo o rito do art. 543-C, do Código de Processo Civil de 1.973, assentou que o menor sob guarda tem direito à concessão do benefício de pensão por morte, ainda que o falecimento do seu mantenedor tenha ocorrido após a modificação legislativa promovida pela Lei nº 9.528/97, na Lei nº 8.213/91, em virtude do caráter especial do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) frente à legislação previdenciária*”.

Trata-se de ação ajuizada em face do INSS, visando à concessão de pensão por morte, em decorrência de falecimento de avó.

O MM. Juiz *a quo* julgou procedente o pedido, concedendo a pensão por morte a partir da citação. Os honorários advocatícios foram arbitrados em 10% sobre o valor das parcelas vencidas.

Inconformada, apelou a autarquia, requerendo a reforma integral da R. sentença.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta E. Corte.

Com fulcro no art. 557 do CPC/73, foi dado provimento à apelação para julgar improcedente o pedido, motivo pelo qual a parte autora interpôs agravo interno.

A E. Oitava Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo legal interposto.

A parte autora interpôs Recurso Especial contra o V. acórdão.

A E. Vice-Presidência desta Corte, com fundamento no art. 1.014, inc. II, do CPC, determinou a devolução dos autos a esta Oitava Turma para realização do juízo de retratação ou manutenção do acórdão recorrido, tendo em vista o julgamento proferido no *REsp no 1.411.258/RS*.

É o breve relatório.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA (RELATOR): Trata-se de ação previdenciária em que se pleiteia a concessão de pensão por morte em decorrência de falecimento de avó. Tendo o óbito ocorrido em 2/10/10, são aplicáveis as disposições da Lei nº 8.213/91, com a redação dada pela Lei nº 9.528/97.

Depreende-se que os requisitos para a concessão da pensão por morte compreendem a dependência dos beneficiários e a qualidade de segurado do instituidor da pensão.

No que tange à dependência econômica, a teor do disposto no art. 16, inciso §2º, da Lei nº 8.213/91, “o enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento”.

Por sua vez, o C. STJ, por ocasião do julgamento do *Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 1.411.258/RS*, entendeu que, não obstante a Lei nº 9.528/97 tenha excluído o menor sob guarda do rol de beneficiários de dependentes previdenciários naturais ou legais do segurado, tal fato não exclui a dependência econômica do mesmo, devendo ser observada a eficácia protetiva das normas do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), conforme acórdão abaixo transcrito, *in verbis*:

DIREITO PREVIDENCIÁRIO E HUMANITÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. PROCESSAMENTO NOS TERMOS DO ART. 543-C DO CPC E DA RESOLUÇÃO 08/STJ. DIREITO DO MENOR SOB GUARDA À PENSÃO POR MORTE DO SEU MANTENEDOR. EMBORA A LEI 9.528/97 O TENHA EXCLUÍDO DO ROL DOS DEPENDENTES PREVIDENCIÁRIOS NATURAIS OU LEGAIS DOS SEGURADOS DO INSS. PROIBIÇÃO DE RETROCESSO. DIRETRIZES CONSTITUCIONAIS DE ISONOMIA, PRIORIDADE ABSOLUTA E PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE (ART. 227 DA CF). APLICAÇÃO PRIORITÁRIA OU PREFERENCIAL DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (LEI 8.069/90), POR SER ESPECÍFICA, PARA ASSEGURAR A MÁXIMA EFETIVIDADE DO PRECEITO CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO. PARECER DO MPF PELO NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO, A TEOR DA SÚMULA 126/STJ. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO, PORÉM DESPROVIDO.

1. A não interposição de Recurso Extraordinário somente tem a força de impedir o conhecimento de Recurso Especial quando (e se) a matéria decidida no acórdão recorrido apresenta dupla fundamentação, devendo a de nível constitucional referir imediata e diretamente infringência à preceito constitucional explícito; em tema de concessão de pensão por morte a menor sob guarda, tal infringência não se verifica, tanto que o colendo STF já decidiu que, nestas hipóteses, a violação à Constituição Federal, nesses casos, é meramente reflexa. A propósito, os seguintes julgados, dentre outros: ARE 804.434/PI, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJe 19.3.2015; ARE 718.191/BA, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 17.9.2014; RE 634.487/MG, Rel. Min. ROSA WEBER, DJe 1.8.2014; ARE 763.778/RS, Rel. Min. CARMEN LÚCIA, DJe 24.10.2013; não se apresenta razoável afrontar essa orientação do STF, porquanto se trata, neste caso, de questão claramente infraconstitucional.

2. Dessa forma, apesar da manifestação ministerial em sentido contrário, entende-se possível, em princípio, conhecer-se do mérito do pedido recursal do INSS, afastando-se a incidência da Súmula 126/STJ, porquanto, no presente caso, o recurso deve ser analisado e julgado, uma vez que se trata de matéria de inquestionável relevância jurídica, capaz de produzir precedente da mais destacada importância, apesar de não interposto o Recurso Extraordinário.

3. Quanto ao mérito, verifica-se que, nos termos do art. 227 da CF, foi imposto não só à família, mas também à sociedade e ao Estado o dever de, solidariamente, assegurar à criança e ao adolescente os direitos fundamentais com absoluta prioridade. Além disso, foi imposto

ao legislador ordinário a obrigação de garantir ao menor os direitos previdenciários e trabalhistas, bem como o estímulo do Poder Público ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado.

4. *A alteração do art. 16, § 20. da Lei 8.213/91, pela Lei 9.528/97, ao retirar o menor sob guarda da condição de dependente previdenciário natural ou legal do Segurado do INSS, não elimina o substrato fático da dependência econômica do menor e representa, do ponto de vista ideológico, um retrocesso normativo incompatível com as diretrizes constitucionais de isonomia e de ampla e prioritária proteção à criança e ao adolescente.*

5. Nesse cenário, a jurisprudência desta Corte Superior tem avançado na matéria, passando a reconhecer ao menor sob guarda a condição de dependente do seu mantenedor, para fins previdenciários. Precedentes: MS 20.589/DF, Rel. Min. RAUL ARAÚJO, Corte Especial, DJe 2.2.2016; AgRg no AREsp. 59.461/MG, Rel. Min. OLINDO MENEZES, DJe 20.11.2015; AgRg no REsp. 1.548.012/PE, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 20.11.2015; AgRg no REsp. 1.550.168/SE, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 22.10.2015; REsp. 1.339.645/MT, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe 4.5.2015.

6. Não se deve perder de vista o sentido finalístico do Direito Previdenciário e Social, cuja teleologia se traduz no esforço de integração dos excluídos nos benefícios da civilização e da cidadania, de forma a proteger as pessoas necessitadas e hipossuficientes, que se encontram em situações sociais adversas; se assim não for, a promessa constitucional de proteção a tais pessoas se esvai em palavras sonoras que não chegam a produzir qualquer alteração no panorama jurídico.

7. Deve-se proteger, com absoluta prioridade, os destinatários da pensão por morte de Segurado do INSS, no momento do infortúnio decorrente do seu falecimento, justamente quando se vêem desamparados, expostos a riscos que fazem periclitar a sua vida, a sua saúde, a sua alimentação, a sua educação, o seu lazer, a sua profissionalização, a sua cultura, a sua dignidade, o seu respeito individual, a sua liberdade e a sua convivência familiar e comunitária, combatendo-se, com pertinácia, qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (art. 227, *caput* da Carta Magna).

8. Considerando que os direitos fundamentais devem ter, na máxima medida possível, eficácia direta e imediata, impõe-se priorizar a solução ao caso concreto de forma que se dê a maior concretude ao direito. *In casu*, diante da Lei Geral da Previdência Social que apenas se tornou silente ao tratar do menor sob guarda e diante de norma específica que lhe estende a pensão por morte (Lei 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 33, § 30.), cumpre reconhecer a eficácia protetiva desta última lei, inclusive por estar em perfeita consonância com os preceitos constitucionais e a sua interpretação inclusiva.

9. Em consequência, fixa-se a seguinte tese, nos termos do art. 543-C do CPC/1973: **O MENOR SOB GUARDA TEM DIREITO À CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE DO SEU MANTENEDOR, COMPROVADA A SUA DEPENDÊNCIA ECONÔMICA, NOS TERMOS DO ART. 33, § 30. DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, AINDA QUE O ÓBITO DO INSTITUIDOR DA PENSÃO SEJA POSTERIOR À VIGÊNCIA DA MEDIDA PROVISÓRIA 1.523/96, REEDITADA E CONVERTIDA NA LEI 9.528/97. FUNDA-SE ESSA CONCLUSÃO NA QUALIDADE DE LEI ESPECIAL DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (8.069/90), FRENTE À LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA.**

10. Recurso Especial do INSS desprovido.

(STJ, Resp n. 1.411.258/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 11/10/17, v.u., DJe 21/2/18, grifos meus).

In casu, analiso a condição de dependência, objeto de impugnação específica da autarquia em seu recurso.

No que tange à dependência econômica, encontra-se acostada aos autos a cópia do seguinte documento:

- Termo de guarda judicial, datado de 22/10/02, concedendo a guarda do autor à falecida por tempo indeterminado, cuja decisão foi proferida pelo MM. Juiz da 2ª Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Adamantina/SP, nos autos 293/02.

Referida prova constitui documento hábil a demonstrar que a parte autora era dependente da falecida até a data do óbito.

Não merece prosperar a alegação de que a autora possui outros parentes que possam prover a sua subsistência, uma vez que, à época do óbito, a mesma era dependente da pensão, situação que autoriza a percepção da pensão por morte até os 21 anos de idade.

Dessa forma, comprovado que a falecida era a provedora das necessidades da autora, ficou demonstrada a dependência econômica, devendo ser concedida a pensão por morte pleiteada na exordial.

Consoante jurisprudência pacífica do C. Superior Tribunal de Justiça, as questões referentes à correção monetária e juros moratórios são matérias de ordem pública, passíveis de apreciação até mesmo de ofício.

A correção monetária deve incidir desde a data do vencimento de cada prestação e os juros moratórios a partir da citação, momento da constituição do réu em mora.

Com relação aos *índices de atualização monetária e taxa de juros*, devem ser observados os posicionamentos firmados na Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 870.947 (*Tema 810*) e no Recurso Especial Repetitivo nº 1.492.221 (*Tema 905*), adotando-se, dessa forma, o IPCA-E nos processos relativos a benefício assistencial e o INPC nos feitos previdenciários. Quadra ressaltar haver constado expressamente do voto do Recurso Repetitivo que “a adoção do INPC não configura afronta ao que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral (RE 870.947/SE). Isso porque, naquela ocasião, determinou-se a aplicação do IPCA-E para fins de correção monetária de benefício de prestação continuada (BPC), o qual se trata de benefício de natureza assistencial, previsto na Lei 8.742/93. Assim, é imperioso concluir que o INPC, previsto no art. 41-A da Lei 8.213/91, abrange apenas a correção monetária dos benefícios de natureza previdenciária.” Outrossim, como bem observou o E. Desembargador Federal João Batista Pinto Silveira: “Importante ter presente, para a adequada compreensão do eventual impacto sobre os créditos dos segurados, que os índices em referência – INPC e IPCA-E tiveram variação muito próxima no período de julho de 2009 (data em que começou a vigorar a TR) e até setembro de 2019, quando julgados os embargos de declaração no RE 870947 pelo STF (IPCA-E: 76,77%; INPC 75,11), de forma que a adoção de um ou outro índice nas decisões judiciais já proferidas não produzirá diferenças significativas sobre o valor da condenação.” (TRF-4ª Região, AI nº 5035720-27.2019.4.04.0000/PR, 6ª Turma, v.u., j. 16/10/19).

A taxa de juros deve incidir de acordo com a remuneração das cadernetas de poupança (art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09), conforme determinado na Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 870.947 (*Tema 810*) e no Recurso Especial Repetitivo nº 1.492.221 (*Tema 905*).

Ante o exposto, em sede de juízo de retratação, dou provimento ao agravo legal para negar provimento à apelação do INSS, devendo a correção monetária e os juros moratórios ser fixados na forma acima indicada. Retornem os autos à E. Vice-Presidência desta Corte.

É o meu voto.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

APELAÇÃO CÍVEL

0020484-73.2016.4.03.6105

Apelantes: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, GABRIEL PASCOAL

Apelados: OS MESMOS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GILBERTO JORDAN

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 23/04/2021

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. FRAUDE NA OBTENÇÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-RECLUSÃO. VÍNCULOS EMPREGATÍCIOS INEXISTENTES. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO AO TEMPO DO RECOLHIMENTO PRISIONAL. ATO ILÍCITO. OBRIGAÇÃO DE RESTITUIÇÃO DOS VALORES AUFERIDOS INDEVIDAMENTE. CRITÉRIOS DE INCIDÊNCIA DOS JUROS DE MORA E DA CORREÇÃO MONETÁRIA.

- Conforme o disposto no art. 186 do Código Civil, todo aquele que cometer ato ilícito, fica obrigado a reparar o dano proveniente de sua conduta ou omissão.

- Na situação retratada nos autos, o Instituto Nacional do Seguro Social-INSS identificou indício de irregularidade na concessão e manutenção do benefício de auxílio-reclusão (NB 25/142429818-8), auferido entre 23 de julho de 2007 e 31 de janeiro de 2013.

- Das cópias do processo administrativo que instruem a presente demanda, depreende-se que, na condição de guardião e representante legal do neto Gabriel Pascoal, a ré Aparecida Antonia Martins Pascoal pleiteou e teve deferido, em 23 de julho de 2007, o benefício previdenciário de auxílio-reclusão (NB 25/142429818-8), em razão do recolhimento prisional da genitora do menor (Valéria Pascoal), ocorrido em 26 de maio de 2006.

- Diligências engendradas pelo INSS junto aos últimos empregadores: Transportadora Dagifer Ltda ME., entre 03/11/2005 e 02/2006; Bicudo & Franco Ltda. ME, de 03/04/2006 e 04/2006, lograram identificar a inexistência dos contratos de trabalho e que o benefício previdenciário houvera sido concedido em um esquema de fraudes que vinha sendo praticado contra a Previdência Social, identificado pela Polícia Federal na denominada operação denominada El Cid II.

- Conforme as informações constantes nos extratos do CNIS, o último contrato de trabalho válido houvera cessado em 05 de fevereiro de 2003, o que acarretaria a perda da qualidade de segurada, por ocasião do recolhimento prisional (26/05/2006).

- Dos autos de processo administrativo tem-se que a ré esteve pessoalmente na agência do INSS, a fim de pleitear o benefício, oportunidade em que apresentou os documentos solicitados e assinou de próprio punho vários requerimentos, não havendo como refutar sua má-fé.

- Por conseguinte, ante a conclusão da irregularidade na concessão do benefício 25/142429818-8, a Autarquia Federal apurou ser devido o ressarcimento dos valores aos cofres públicos, no importe de R\$ 177.316,53 (cento e setenta e sete mil, trezentos e dezesseis reais e cinquenta e três centavos), de acordo com as planilhas acostadas aos presentes autos.

- Conquanto a boa-fé se presuma, esta presunção é juris tantum e, no caso dos autos, por meio do cotejo das provas coligidas no feito administrativo, em que foram observados os princípios da ampla defesa e do contraditório, restou comprovada a má-fé da requerida.
- Comprovado o recebimento de benefício previdenciário sem os requisitos necessários para tanto, evidencia-se a ilicitude da conduta e impõe-se a devolução dos valores relativos ao benefício indevidamente recebido.
- Conforme disposição inserta no art. 219 do Código de Processo Civil 1973 (atual art. 240 Código de Processo Civil - Lei nº 13.105/2015), os juros de mora são devidos a partir da citação na ordem de 6% (seis por cento) ao ano, até a entrada em vigor da Lei nº 10.406/02, após, à razão de 1% ao mês, consonante com o art. 406 do Código Civil e, a partir da vigência da Lei nº 11.960/2009 (art. 1º-F da Lei 9.494/1997), calculados nos termos deste diploma legal.
- A correção monetária deve ser aplicada em conformidade com a Lei n. 6.899/81 e legislação superveniente (conforme o Manual de Cálculos da Justiça Federal), observados os termos da decisão final no julgamento do RE n. 870.947, Rel. Min. Luiz Fux.
- Em razão da sucumbência recursal, os honorários são majorados em 100%, observando-se o limite máximo de 20% sobre o valor da causa, a teor dos §§ 2º e 11 do art. 85 do CPC/2015, ficando suspensa sua execução, em razão de o autor ser beneficiário da Justiça Gratuita, enquanto persistir sua condição de miserabilidade.
- Apelação do INSS provida parcialmente.
- Apelação da parte ré a qual se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por unanimidade, decidiu dar parcial provimento à apelação do INSS, a fim de alterar os critérios de incidência dos juros de mora e da correção monetária, e negar provimento à apelação da parte ré, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de apelações interpostas em ação de ressarcimento ao erário ajuizada pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS em face de APARECIDA ANTONIA MARTINS PASCOAL e GABRIEL PASCOAL, objetivando a restituição dos valores pertinentes ao benefício previdenciário de auxílio-reclusão (NB 25/142429818-8), auferido indevidamente entre 23/07/2007 e 31/01/2013.

A r. sentença recorrida julgou procedente o pedido e condenou a ré à restituição das prestações do benefício nº 25/142.429.818-8, acrescidas de juros e correção monetária. Deixou consignado que o ressarcimento será devido por Aparecida Antônia Martins Pascoal e, subsidiariamente, por Gabriel Pascoal (id. 138245518 – p. 1/6).

Apelação do INSS, em que pugna pela reforma da sentença, a fim de que sejam alterados os critérios de incidência dos juros de mora e da correção monetária (id. 138245519 – p. 1/4).

Em razões recursais, os réus, representados pela Defensoria Pública da União, requerem a reforma da sentença e a improcedência do pedido. Arguem a boa-fé, por terem sido ludibriados por causídico, acusado de prática de fraudes contra o INSS. Requer que seja declarada a inexigibilidade da quantia cobrada, notadamente em razão do caráter alimentar das prestações (id. 138245521 – p. 1/7).

Contrarrazões (id. 138245522 – p. 1/6 e 138245527 – p. 1/14).

Devidamente processados os recursos, subiram os autos a esta instância para decisão.

É o relatório.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

VOTO

Tempestivo o recurso e respeitados os demais pressupostos de admissibilidade recursais, passo ao exame da matéria objeto de devolução.

A controvérsia recursal cinge-se, sobretudo, em aferir o dever de a parte ré restituir o numerário recebido indevidamente do INSS, através de benefício previdenciário de auxílio-reclusão.

Consta da exordial que o Instituto Nacional do Seguro Social-INSS identificou indício de irregularidade na concessão e manutenção do benefício de auxílio-reclusão (NB 25/142429818-8), auferido entre 23 de julho de 2007 e 31 de janeiro de 2013.

Das cópias do processo administrativo que instruem a presente demanda, depreende-se que, na condição de guardião e representante legal do neto Gabriel Pascoal, a ré Aparecida Antonia Martins Pascoal pleiteou e teve deferido, em 23 de julho de 2007, o benefício previdenciário de auxílio-reclusão (NB 25/142429818-8), em razão do recolhimento prisional da genitora do menor (Valéria Pascoal), ocorrido em 26 de maio de 2006.

Diligências engendradas pelo INSS junto aos últimos empregadores: Transportadora Dagifer Ltda ME., entre 03/11/2005 e 02/2006; Bicudo & Franco Ltda. ME, de 03/04/2006 e 04/2006, lograram identificar a inexistência dos contratos de trabalho e que o benefício previdenciário houvera sido concedido em um esquema de fraudes que vinha sendo praticado contra a Previdência Social, identificado pela Polícia Federal na denominada operação denominada El Cid II.

Conforme as informações constantes nos extratos do CNIS (id. 138245512 – p. 20), o último contrato de trabalho válido houvera cessado em 05 de fevereiro de 2003, o que acarretaria a perda da qualidade de segurada, por ocasião do recolhimento prisional (26/05/2006 – id. 138245512 – p. 47).

Dos autos de processo administrativo tem-se que a ré esteve pessoalmente na agência do INSS, a fim de pleitear o benefício, oportunidade em que apresentou os documentos solicitados e assinou de próprio punho vários requerimentos, não havendo como refutar sua má-fé, não sendo bastante a alegação de ter sido assistida, na ocasião, por advogado por ela mesma contratada.

Por conseguinte, ante a conclusão da irregularidade na concessão do benefício 25/142429818-8, a Autarquia Federal apurou ser devido o ressarcimento dos valores aos cofres públicos, no importe de R\$ 177.316,53 (cento e setenta e sete mil, trezentos e dezesseis reais e cinquenta e três centavos), de acordo com as planilhas de cálculo (id. 138245512 – p. 133/135).

Com efeito, todo aquele que cometer ato ilícito, fica obrigado a reparar o dano proveniente de sua conduta ou omissão. Confira-se o disposto no art. 186, do Código Civil:

“Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Ainda sobre o tema objeto da ação, dispõem os artigos 876, 884 e 927, do Código Civil de 2002:

“Art. 876. Todo aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir; obrigação que incumbe àquele que recebe dívida condicional antes de cumprida a condição.”

“Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.”

“Art. 927. Aquele que, por ato ilícito causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo.”

Conquanto a boa-fé se presuma, esta presunção é *juris tantum* e, no caso dos autos, por meio do cotejo das provas coligidas no feito administrativo, em que foram observados os princípios da ampla defesa e do contraditório, restou comprovada a má-fé da requerida.

Como se vê, comprovado o recebimento de benefício previdenciário sem os requisitos necessários para tanto, evidencia-se a ilicitude da conduta e impõe-se a devolução dos valores relativos ao benefício indevidamente recebido.

Nesse sentido, trago à colação as ementas dos seguintes julgados proferidos por esta Egrégia Corte:

“PREVIDENCIÁRIO. SALÁRIO-MATERNIDADE. BENEFÍCIO CONCEDIDO DE FORMA IRREGULAR. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. DEVIDO PROCESSO LEGAL. DEVOLUÇÃO DE VALORES RECEBIDOS INDEVIDAMENTE. APELAÇÃO IMPROVIDA.

1. Após a constatação de irregularidade na concessão do benefício, a parte ré foi devidamente intimada para apresentar sua defesa administrativa, porém deixou de se manifestar. Como se observa, restou assegurado à parte ré o contraditório e a ampla defesa na esfera administrativa, não havendo vícios processuais a ensejar a anulação do procedimento de cobrança executado pela autarquia previdenciária.

2. Na espécie, não restou caracterizado erro administrativo (e, portanto, boa-fé da parte ré), mas sim fraude na concessão do benefício, de forma que os valores por ela recebidos de forma indevida devem ser devolvidos ao erário, cabendo reconhecer a procedência do pedido.

3. Não há que se falar em prescrição quinquenal, pois o processo administrativo para apuração de irregularidade na concessão do benefício foi instaurado pela Autarquia antes de completados 05 (cinco) anos do início do pagamento do salário-maternidade. Da mesma forma, entre a data do último ato do processo administrativo (2012) e o ajuizamento da presente demanda (2014) transcorreu o prazo inferior a 05 (cinco) anos.

4. Apelação da parte ré improvida”.

(TRF TERCEIRA REGIÃO, 7ª TURMA, AC 5001610-06.2018.4.03.6130, RELATOR DESEMBARGADOR FEDERAL TORU YAMAMOTO, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 28/11/2019).

“PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. DOLO. COMPROVAÇÃO EM AÇÃO PENAL. MÁ-FÉ.

- O último vínculo empregatício do réu foi encerrado em 24/06/1988 junto à empresa EA-

TON INDUSTRIAS LTDA, o que denota que ele tinha consciência da inexistência de seu direito a qualquer benefício, pois não detinha a condição de segurado. Apesar de alegar a não consciência da sua conduta delituosa, dirigiu-se ao INSS, em três ocasiões, realizou perícias e apresentou a CTPS com o vínculo falso e com remuneração no montante de R\$ 2.150,00 (dois mil, cento e cinquenta reais), logrando receber três benefícios nos períodos de: 20/12/2005 a 08/07/2006; 09/07/2006 a 20/05/2007 e 27/06/2007 a 22/11/2008, em valores próximos ao teto do INSS.

- Comprovada a existência de dolo nos autos da ação criminal nº 0003000-16.2014.403.6105, cujos fundamentos adoto na presente ação, deve haver a restituição ao sistema, pela parte ré, das parcelas então recebidas, sob pena de se compactuar com o enriquecimento ilícito, em detrimento tanto dos demais segurados do regime geral, como do erário.

- Imprescritibilidade dos valores indevidamente percebidos, em razão da má-fé.

- Crédito em tela amolda-se com perfeição ao contorno dos autos a regra veiculada no § 5º do art. 37, da Lei Maior. Pretensão deduzida aos autos trata do ressarcimento ao erário proveniente de ato ilícito praticado contra a Autarquia.

- Com relação aos índices de correção monetária e taxa de juros de mora, deve ser observado o julgamento proferido pelo C. Supremo Tribunal Federal na Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 870.947 e a orientação emanada no julgamento do REsp 1.492.221/PR, bem como o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal em vigor.

- Verba honorária, conforme entendimento desta Colenda Turma, nas ações de natureza previdenciária, fixada em 10% sobre o valor da condenação, até essa decisão, considerando que o pedido foi julgado improcedente pelo Juiz *a quo*, a teor da Súmula nº 111, do STJ, que não apresenta incompatibilidade com o art. 85, § 3º, do CPC.

- Apelação do INSS provida”.

(TRF TERCEIRA REGIÃO, 8ª TURMA, AC 5008273-46.2018.4.03.6105, RELATORA DESEMBARGADORA FEDERAL TANIA REGINA MARANGONI, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 12/06/2019).

Dentro deste quadro, de rigor a manutenção da sentença.

DOS CONSECUTÓRIOS

JUROS DE MORA

Conforme disposição inserta no art. 219 do Código de Processo Civil 1973 (atual art. 240 Código de Processo Civil - Lei nº 13.105/2015), os juros de mora são devidos a partir da citação na ordem de 6% (seis por cento) ao ano, até a entrada em vigor da Lei nº 10.406/02, após, à razão de 1% ao mês, consonante com o art. 406 do Código Civil e, a partir da vigência da Lei nº 11.960/2009 (art. 1º-F da Lei 9.494/1997), calculados nos termos deste diploma legal.

CORREÇÃO MONETÁRIA

A correção monetária deve ser aplicada em conformidade com a Lei n. 6.899/81 e legislação superveniente (conforme o Manual de Cálculos da Justiça Federal), observados os termos da decisão final no julgamento do RE n. 870.947, Rel. Min. Luiz Fux.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Em razão da sucumbência recursal, majoro em 100 % os honorários fixados em sentença, observando-se o limite máximo de 20% sobre o valor da causa, a teor dos §§ 2º e 11 do art. 85 do CPC/2015, ficando suspensa sua execução, em razão de ser beneficiário da Justiça Gratuita, enquanto persistir sua condição de miserabilidade.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, *nego provimento à apelação da parte ré e dou parcial provimento à apelação do INSS*, a fim de ajustar a sentença recorrida no tocante aos critérios de incidência dos juros de mora e da correção monetária, na forma da fundamentação.

É o voto.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

APELAÇÃO CÍVEL

5001097-50.2017.4.03.6105

Apelante: NILTON SERGIO ALVES GATTO
 Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
 Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA
 Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 05/04/2021

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL. ATIVIDADE ESPECIAL. DOBRADOR. FRIO. CLOROFÓRMIO.

1. Até 29/04/95 a comprovação do tempo de serviço laborado em condições especiais era feita mediante o enquadramento da atividade no rol dos Decretos 53.831/64 e 83.080/79. A partir daquela data até a publicação da Lei 9.528/97, em 10/12/1997, por meio da apresentação de formulário que demonstre a efetiva exposição de forma permanente, não ocasional nem intermitente, a agentes prejudiciais a saúde ou a integridade física. Após 10/12/1997, tal formulário deve estar fundamentado em laudo técnico das condições ambientais do trabalho, assinado por médico do trabalho ou engenheiro do trabalho. Quanto aos agentes ruído e calor, o laudo pericial sempre foi exigido.
2. O uso do equipamento de proteção individual - EPI, pode ser insuficiente para neutralizar completamente a nocividade a que o trabalhador esteja submetido. (STF, ARE 664335/SC, Tribunal Pleno, Relator Ministro Luiz Fux, j. 04/12/2014, DJe-029 DIVULG 11/02/2015 Public 12/02/2015).
3. Admite-se como especial a atividade como dobrador, com enquadramento previsto no Decreto 83.080/79, item 2.5.1.
4. Considera-se especial a atividade exercida com exposição ao agente insalubre temperaturas anormais – frio, em temperatura inferior a 12º centígrados, previsto no quadro anexo ao Decreto 53.831/64, item 1.1.2, no anexo I do Decreto 83.080/79, item 1.1.2 e no item 2.0.4 do Anexo IV do Decreto 3.048/99 e na NR-15, Anexo 9 da Portaria 3.214/78, bem como ao agente nocivo clorofórmio, previsto no Decreto 53.831/64, item 1.2.12 e no Decreto 3.048/99, item 1.0.9,
5. O termo inicial do benefício deve ser fixado na data do requerimento administrativo, todavia, os efeitos financeiros devem observar a tese fixada pela Suprema Corte no julgamento do mérito do Tema 709, com repercussão geral, sendo certo que a sua inobservância implicará, a qualquer tempo, na incidência do disposto no § 8º, do Art. 57, da Lei nº 8.213/91 (*Leading Case* RE 791961, julgado em 08/06/2020).
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. Os honorários advocatícios devem observar as disposições contidas no inciso II, do § 4º, do Art. 85, do CPC.

9. 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.

10. Remessa oficial, havida como submetida, desprovida e apelação provida em parte.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Décima Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento à remessa oficial, havida como submetida, e dar parcial provimento à apelação, sendo que o Des. Fed. Nelson Porfírio ressaltou o entendimento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial, havida como submetida, e de apelação em ação de conhecimento, em que se objetiva o reconhecimento do trabalho em atividade especial nos períodos de 01/05/87 a 13/11/90 e de 03/11/93 a 03/06/16, cumulado com pedido de concessão da aposentadoria especial, desde o requerimento administrativo em 03/06/16.

O MM. Juízo *a quo*, em sentença declarada, julgou parcialmente procedente o pedido, reconhecendo os períodos de trabalho especial de 01/05/87 a 13/11/90, 03/11/93 a 05/03/97, de 06/03/97 a 31/10/01, de 01/07/07 a 28/02/10 e de 01/03/10 a 05/05/15, condenando a parte autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios de 10% sobre o valor da causa.

Apela a parte autora, pleiteando a reforma parcial da r. sentença, requerendo o reconhecimento da especialidade de todos os períodos declinados na inicial e a concessão do benefício..

Subiram os autos, sem contrarrazões.

É o relatório.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

VOTO

A questão tratada nos autos diz respeito ao reconhecimento do tempo trabalhado em condições especiais, objetivando a concessão de benefício de aposentadoria especial prevista no Art. 57, da Lei 8.213/91.

Define-se como atividade especial aquela desempenhada sob certas condições peculiares - insalubridade, penosidade ou periculosidade - que, de alguma forma cause prejuízo à saúde ou integridade física do trabalhador.

A contagem do tempo de serviço rege-se pela legislação vigente à época da prestação do serviço.

Até 29/04/95, quando entrou em vigor a Lei 9.032/95, que deu nova redação ao Art. 57, § 3º, da Lei 8.213/91, a comprovação do tempo de serviço laborado em condições especiais era feita mediante o enquadramento da atividade no rol dos Decretos 53.831/64 e 83.080/79, nos

termos do Art. 295 do Decreto 357/91; a partir daquela data até a publicação da Lei 9.528/97, em 10.12.1997, por meio da apresentação de formulário que demonstre a efetiva exposição de forma permanente, não ocasional nem intermitente, a agentes prejudiciais a saúde ou a integridade física; após 10.12.1997, tal formulário deve estar fundamentado em laudo técnico das condições ambientais do trabalho, assinado por médico do trabalho ou engenheiro do trabalho, consoante o Art. 58 da Lei 8.213/91, com a redação dada pela Lei 9.528/97. Quanto aos agentes ruído e calor, é de se salientar que o laudo pericial sempre foi exigido.

Nesse sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. CONVERSÃO DO PERÍODO LABORADO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS. LEI Nº 9.711/1998. EXPOSIÇÃO A AGENTES NOCIVOS. LEIS NºS 9.032/1995 E 9.528/1997. OPERADOR DE MÁQUINAS. RUÍDO E CALOR. NECESSIDADE DE LAUDO TÉCNICO. COMPROVAÇÃO. REEXAME DE PROVAS. ENUNCIADO Nº 7/STJ. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

1. A tese de que não foram preenchidos os pressupostos de admissibilidade do recurso especial resta afastada, em razão do dispositivo legal apontado como violado.

2. Até o advento da Lei nº 9.032/1995 é possível o reconhecimento do tempo de serviço especial em face do enquadramento na categoria profissional do trabalhador. A partir dessa lei, a comprovação da atividade especial se dá através dos formulários SB-40 e DSS-8030, expedidos pelo INSS e preenchidos pelo empregador, situação modificada com a Lei nº 9.528/1997, que passou a exigir laudo técnico.

3. Contudo, para comprovação da exposição a agentes insalubres (ruído e calor) sempre foi necessário aferição por laudo técnico, o que não se verificou nos presentes autos.

4. A irresignação que busca desconstituir os pressupostos fáticos adotados pelo acórdão recorrido encontra óbice na Súmula nº 7 desta Corte.

5. Agravo regimental.

(STJ, AgRg no REsp 877.972/SP, Rel. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador Convocado do TJ/CE), Sexta Turma, julgado em 03/08/2010, DJe 30/08/2010)”.

Atualmente, no que tange à comprovação de atividade especial, dispõe o § 2º, do Art. 68, do Decreto 3.048/99, que:

“Art. 68 (...)

§ 2º A comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos será feita mediante formulário denominado perfil profissiográfico previdenciário, na forma estabelecida pelo Instituto Nacional do Seguro Social, emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho.” (Redação dada pelo Decreto nº 4.032, de 26/11/2001).

Assim sendo, não é mais exigido que o segurado apresente o laudo técnico, para fins de comprovação de atividade especial, basta que forneça o Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP, assinado pela empresa ou seu preposto, o qual reúne, em um só documento, tanto o histórico profissional do trabalhador como os agentes nocivos apontados no laudo ambiental que foi produzido por médico ou engenheiro do trabalho.

Por fim, ressalte-se que o formulário extemporâneo não invalida as informações nele contidas. Seu valor probatório remanesce intacto, haja vista que a lei não impõe seja ele contemporâneo ao exercício das atividades. A empresa detém o conhecimento das condições

insalubres a que estão sujeitos seus funcionários e por isso deve emitir os formulários ainda que a qualquer tempo, cabendo ao INSS o ônus probatório de invalidar seus dados.

Em relação ao agente ruído, os Decretos 53.831/64 e 83.080/79 consideravam nociva à saúde a exposição em nível superior a 80 decibéis. Com a alteração introduzida pelo Decreto n. 2.172, de 05.03.1997, passou-se a considerar prejudicial aquele acima de 90 dB. Posteriormente, com o advento do Decreto 4.882, de 18.11.2003, o nível máximo tolerável foi reduzido para 85 dB (Art. 2º, do Decreto n. 4.882/2003, que deu nova redação aos itens 2.01, 3.01 e 4.00 do Anexo IV do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto n. 3.048/99).

Estabelecido esse contexto, esclareço que, anteriormente, manifestei-me no sentido de admitir como especial a atividade exercida até 05/03/1997, em que o segurado ficou exposto a ruídos superiores a 80 decibéis, e a partir de tal data, aquela em que o nível de exposição foi superior a 85 decibéis, em face da aplicação do princípio da igualdade.

Contudo, a Primeira Seção do C. Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar a questão submetida ao rito do Art. 543-C do CPC, decidiu que no período compreendido entre 06.03.1997 e 18.11.2003, considera-se especial a atividade com exposição a ruído superior a 90 dB, nos termos do Anexo IV do Decreto 2.172/97 e do Anexo IV do Decreto 3.048/1999, não sendo possível a aplicação retroativa do Decreto 4.882/2003, que reduziu o nível para 85 dB (REsp 1398260/PR, Relator Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, j. 14/05/2014, DJe 05/12/2014).

Por conseguinte, em consonância com o decidido pelo C. STJ, é de ser admitida como especial a atividade em que o segurado ficou exposto a ruídos superiores a 80 decibéis até 05/03/1997, e 90 decibéis no período entre 06/03/1997 e 18/11/2003 e, a partir de então até os dias atuais, em nível acima de 85 decibéis.

No que diz respeito ao uso de equipamento de proteção individual, insta observar que este não descaracteriza a natureza especial da atividade a ser considerada, uma vez que tal equipamento não elimina os agentes nocivos à saúde que atingem o segurado em seu ambiente de trabalho, mas somente reduz seus efeitos. Nesse sentido: TRF3, AMS 2006.61.26.003803-1, Relator Desembargador Federal Sergio Nascimento, 10ª Turma, DJF3 04/03/2009, p. 990; APELREE 2009.61.26.009886-5, Relatora Desembargadora Federal Leide Pólo, 7ª Turma, DJF 29/05/09, p. 391.

Ainda que o laudo consigne a eliminação total dos agentes nocivos, é firme o entendimento desta Corte no sentido da impossibilidade de se garantir que tais equipamentos tenham sido utilizados durante todo o tempo em que executado o serviço, especialmente quando seu uso somente tornou-se obrigatório com a Lei 9732/98.

Igualmente nesse sentido:

“A menção nos laudos técnicos periciais, por si só, do fornecimento de EPI e sua recomendação, não tem o condão de afastar os danos inerentes à ocupação. É que tal exigência só se tornou efetiva em 11 de dezembro de 1998, com a entrada em vigor da Lei nº 9.732, que alterou a redação do artigo 58 da Lei nº 8.213/91. Ademais, é pacífico o entendimento de que a simples referência aos EPI's não elide o enquadramento da ocupação como especial, já que não se garante sua utilização por todo o período abrangido, principalmente levando-se em consideração que o lapso temporal em questões como a presente envolve décadas e a fiscalização, à época, nem sempre demonstrou-se efetiva, não se permitindo concluir que a medida protetória permite eliminar a insalubridade”.

(TRF3, AI 2005.03.00.082880-0, 8ª Turma, Juíza Convocada Márcia Hoffmann, DJF3 CJ1 19/05/2011, p: 1519).

Por demais, em julgamento proferido pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, em tema com repercussão geral reconhecido pelo plenário virtual no ARE 664335/SC, restou decidido que o uso do equipamento de proteção individual - EPI, pode ser insuficiente para neutralizar completamente a nocividade a que o trabalhador esteja submetido.

A propósito, transcrevo os seguintes tópicos da ementa:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO CONSTITUCIONAL PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL. ART. 201, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. REQUISITOS DE CARACTERIZAÇÃO. TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO SOB CONDIÇÕES NOCIVAS. FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTO DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL - EPI. TEMA COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA PELO PLENÁRIO VIRTUAL. EFETIVA EXPOSIÇÃO A AGENTES NOCIVOS À SAÚDE. NEUTRALIZAÇÃO DA RELAÇÃO NOCIVA ENTRE O AGENTE INSALUBRE E O TRABALHADOR. COMPROVAÇÃO NO PERFIL PROFISSIOGRÁFICO PREVIDENCIÁRIO PPP OU SIMILAR. NÃO CARACTERIZAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS HÁBEIS À CONCESSÃO DE APOSENTADORIA ESPECIAL. CASO CONCRETO. AGENTE NOCIVO RUÍDO. UTILIZAÇÃO DE EPI. EFICÁCIA. REDUÇÃO DA NOCIVIDADE. CENÁRIO ATUAL. IMPOSSIBILIDADE DE NEUTRALIZAÇÃO. NÃO DESCARACTERIZAÇÃO DAS CONDIÇÕES PREJUDICIAIS. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DEVIDO. AGRAVO CONHECIDO PARA NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

(...)

11. A Administração poderá, no exercício da fiscalização, aferir as informações prestadas pela empresa, sem prejuízo do inafastável judicial review. Em caso de divergência ou dúvida sobre a real eficácia do Equipamento de Proteção Individual, a premissa a nortear a Administração e o Judiciário é pelo reconhecimento do direito ao benefício da aposentadoria especial. Isto porque o uso de EPI, no caso concreto, pode não se afigurar suficiente para descaracterizar completamente a relação nociva a que o empregado se submete.

12. *In casu*, tratando-se especificamente do agente nocivo ruído, desde que em limites acima do limite legal, constata-se que, apesar do uso de Equipamento de Proteção Individual (protetor auricular) reduzir a agressividade do ruído a um nível tolerável, até no mesmo patamar da normalidade, a potência do som em tais ambientes causa danos ao organismo que vão muito além daqueles relacionados à perda das funções auditivas. ...

13. Ainda que se pudesse aceitar que o problema causado pela exposição ao ruído relacionasse apenas à perda das funções auditivas, o que indubitavelmente não é o caso, é certo que não se pode garantir uma eficácia real na eliminação dos efeitos do agente nocivo ruído com a simples utilização de EPI, pois são inúmeros os fatores que influenciam na sua efetividade, dentro dos quais muitos são impassíveis de um controle efetivo, tanto pelas empresas, quanto pelos trabalhadores.

14. Desse modo, a segunda tese fixada neste Recurso Extraordinário é a seguinte: na hipótese de exposição do trabalhador a ruído acima dos limites legais de tolerância, a declaração do empregador, no âmbito do Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), no sentido da eficácia do Equipamento de Proteção Individual - EPI, não descaracteriza o tempo de serviço especial para aposentadoria.

15. Agravo conhecido para negar provimento ao Recurso Extraordinário.

(ARE 664335/SC, Tribunal Pleno, Relator Ministro Luiz Fux, j. 04/12/2014, DJe-029 DIVULG 11-02-2015 Public 12-02-2015)”.

Cabe ressaltar que a necessidade de comprovação de trabalho “não ocasional nem intermitente, em condições especiais” passou a ser exigida apenas a partir de 29/04/1995, data em que foi publicada a Lei 9.032/95, que alterou a redação do Art. 57, § 3º, da lei 8.213/91,

não podendo, portanto, incidir sobre períodos pretéritos. Nesse sentido: TRF3, APELREE 2000.61.02.010393-2, Relator Desembargador Federal Walter do Amaral, 10ª Turma, DJF3 30/6/2010, p. 798 e APELREE 2003.61.83.004945-0, Relator Desembargador Federal Maria-nina Galante, 8ª Turma, DJF3 22/9/2010, p. 445.

No mesmo sentido colaciono julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

“AGRAVO REGIMENTAL. APOSENTADORIA ESPECIAL. EXPOSIÇÃO HABITUAL E PERMANENTE A AGENTES NOCIVOS EXIGIDA SOMENTE A PARTIR DA EDIÇÃO DA LEI N. 9.032/95. EXPOSIÇÃO EFETIVA AO AGENTE DANOSO. SÚMULA 7/STJ.

1. A alegação recursal de que a exposição permanente ao agente nocivo existe desde o Decreto 53.831/64 contrapõe-se à jurisprudência do STJ no sentido de que “somente após a entrada em vigor da Lei nº 9.032/95 passou a ser exigida, para a conversão do tempo especial em comum, a comprovação de que a atividade laboral tenha se dado sob a exposição a fatores insalubres de forma habitual e permanente” (AgRg no REsp 1.142.056/RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 20/9/2012, DJe 26/9/2012).

2. Segundo se extrai do voto condutor, o exercício da atividade especial ficou provado e, desse modo, rever a conclusão das instâncias de origem no sentido de que o autor estava exposto de modo habitual e permanente a condições perigosas não é possível sem demandar o reexame do acervo fático-probatório dos autos, o que é inviável em recurso especial, sob pena de afronta ao óbice contido na Súmula 7 do STJ.

Agravo regimental improvido.

(STJ, AgRg no AREsp 547.559/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 23/09/2014, DJe 06/10/2014)”.

Tecidas essas considerações gerais a respeito da matéria, passo a análise da documentação do caso em tela.

Assim fazendo, verifico que a parte autora comprovou que exerceu atividade especial no seguintes períodos:

- 01/05/87 a 13/11/90, laborado na empresa Soufer Industrial Ltda., como dobrador, com enquadramento previsto no Decreto 83.080/79, item 2.5.1, conforme o Perfil Profissiográfico Previdenciário e CTPS;

- 03/11/93 a 31/10/01 e de 01/11/01 a 17/08/15, laborados na empresa Merial Saúde Animal Ltda., exposto ao agente insalubre temperaturas anormais – frio, em temperatura inferior a 12º centígrados, previsto no quadro anexo ao Decreto 53.831/64, item 1.1.2, no anexo I do Decreto 83.080/79, item 1.1.2 e no item 2.0.4 do Anexo IV do Decreto 3.048/99 e na NR-15, Anexo 9 da Portaria 3.214/78, bem como ao agente nocivo clorofórmio, previsto no Decreto 53.831/64, item 1.2.12 e no Decreto 3.048/99, item 1.0.9, conforme o Perfil Profissiográfico Previdenciário.

As descrições das atividades relatadas no PPP revelam que o autor, no desempenho do trabalho, permaneceu exposto ao agente agressivo de modo habitual e permanente, não ocasional e nem intermitente.

Somados os períodos de trabalho especial ora reconhecidos, restaram comprovados mais de 25 anos de atividade especial na data do requerimento administrativo, em 03/06/16, suficiente para a aposentadoria especial.

O termo inicial do benefício deve ser fixado na data do requerimento administrativo (03/06/16), todavia, os efeitos financeiros devem observar a tese fixada pela Suprema Corte no julgamento do mérito do Tema 709, com repercussão geral, sendo certo que a sua inobservância

implicará, a qualquer tempo, na incidência do disposto no § 8º, do Art. 57, da Lei nº 8.213/91 (*Leading Case* RE 791961, julgado em 08/06/2020).

Destarte, é de se reformar em parte a r. sentença, devendo o réu averbar no cadastro do autor como trabalhados em condições especiais os períodos de 01/05/87 a 13/11/90, de 03/11/93 a 31/10/01 e de 01/11/01 a 17/08/15, conceder o benefício de aposentadoria especial, a partir de 03/06/16, 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, não podendo ser incluídos, no cálculo do valor do benefício, os períodos trabalhados, comuns ou especiais, após o termo inicial/data de início do benefício – DIB.

Os honorários advocatícios devem observar as disposições contidas no inciso II, do § 4º, do Art. 85, do CPC, restando, quanto a este ponto, improvido o apelo.

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.

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial, havida como submetida, e dou parcial provimento à apelação para determinar a averbação dos períodos constantes deste voto como trabalhado em condições especiais e para reconhecer o direito ao benefício de aposentadoria especial.

É o voto.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL

5010053-15.2017.4.03.6183

Agravante: ALEXANDER FONSECA LEAL

Agravada: R. DECISÃO ID 143284803

Interessado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SÉRGIO NASCIMENTO

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 30/04/2021

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. APOSENTADORIA ESPECIAL. TUTELA DE URGÊNCIA. VEDAÇÃO DE CONTINUIDADE NA ATIVIDADE ESPECIAL. TEMA 709 DA SUPREMA CORTE. ERRO MATERIAL. POSSIBILIDADE DE CORREÇÃO.

I – A decisão recorrida reconheceu o direito do autor à concessão do benefício de aposentadoria especial, a partir da data da citação (16.03.2018), mas consignou expressamente que, após a sua implantação, a parte autora não poderá mais exercer qualquer atividade tida por especial, sob pena de cessação imediata de tal benefício, conforme já decidido pelo E. STF no Tema 709,

II - No caso em comento, segundo consta do CNIS, o vínculo empregatício da parte autora junto à empresa Companhia Paulista de Trens Metropolitanos - CPTM permanece ativo até os dias atuais, motivo pelo qual não é possível a implantação imediata da aposentadoria especial, haja vista a continuidade da atividade especial, tendo sido revogada a tutela de urgência anteriormente deferida.

III - Sem prejuízo, fora determinada a implantação imediata do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, cabendo ao autor, em liquidação de sentença, optar pela benesse mais vantajosa, considerando a tese supramencionada firmada pela Suprema Corte.

IV - Se o segurado desejar efetivamente a implantação do benefício de aposentadoria especial, deverá comprovar, no prazo de 45 dias, seu desligamento da atual atividade, sendo que os efeitos financeiros da referida concessão dar-se-ão apenas nos períodos a serem apurados em liquidação de sentença, nos quais não houve o exercício de atividade especial, 45 dias após a concessão judicial do benefício de aposentadoria especial, em razão da tese definida no Tema 709/STF, bem como o pagamento será suspenso, caso o segurado volte ao exercício da atividade.

V - Corrigido o erro material apontado pelo agravante, contido na conclusão do dispositivo, que determinou a implantação da aposentadoria por tempo de contribuição em favor de autor diverso.

VI - Agravo interno (CPC, art. 1.021) interposto pelo autor parcialmente provido.

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, dar parcial provimento ao agravo (CPC, art. 1.021) interposto pelo autor, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal Sérgio Nascimento (Relator): Trata-se de agravo interno interposto pelo autor em face de decisão monocrática proferida nos termos do artigo 932, que negou provimento à apelação do INSS e deu parcial provimento à remessa oficial tida por interposta, para revogar a tutela de urgência relativa à imediata implantação do benefício de aposentadoria especial, em atenção à tese firmada no Tema 709 pela Suprema Corte. Sem prejuízo, determinou a implantação imediata do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, nos termos da fundamentação.

Em suas razões recursais, o ora agravante argumenta que foram reconhecidos mais de 25 anos de atividade exclusivamente especial, de modo que faz jus à implantação da aposentadoria especial, com a manutenção da tutela de urgência anteriormente deferida. Aponta, ainda, a existência de erro material contido na conclusão do dispositivo, determinando a imediata implantação da aposentadoria por tempo de contribuição em favor de autor diverso, CARLOS ALBERTO DE OLIVEIRA.

Devidamente intimada na forma do artigo 1.021, §2º do CPC/2015, a autarquia previdenciária não apresentou contraminuta ao recurso.

É o relatório.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

VOTO

Consoante se depreende dos autos, a decisão recorrida reconheceu o direito do autor à concessão do benefício de aposentadoria especial, a partir da data da citação (16.03.2018), mas consignou expressamente que, após a sua implantação, a parte autora não poderá mais exercer qualquer atividade tida por especial, sob pena de cessação imediata de tal benefício, conforme já decidido pelo E. STF no Tema 709, *in verbis*:

O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Ministro Dias Toffoli (Presidente e Relator), apreciando o tema 709 da repercussão geral, deu parcial provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: “I) É constitucional a vedação de continuidade da percepção de aposentadoria especial se o beneficiário permanece laborando em atividade especial ou a ela retorna, seja essa atividade especial aquela que ensejou a aposentação precoce ou não. II) Nas hipóteses em que o segurado solicitar a aposentadoria e continuar a exercer o labor especial, a data de início do benefício será a data de entrada do requerimento, remontando a esse marco, inclusive, os efeitos financeiros. Efetivada, contudo, seja na via administrativa, seja na judicial a implantação do benefício, uma vez verificado o retorno ao labor nocivo ou sua continuidade, cessará o benefício previdenciário em questão”.

No caso em comento, segundo consta do CNIS, o vínculo empregatício da parte autora junto à empresa Companhia Paulista de Trens Metropolitanos - CPTM permanece ativo até os dias atuais (última remuneração no CNIS em fevereiro de 2021), motivo pelo qual não é possível a implantação imediata da aposentadoria especial, haja vista a continuidade da atividade especial, tendo sido revogada a tutela de urgência anteriormente deferida.

Sem prejuízo, fora determinada a implantação imediata do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, cabendo ao autor, em liquidação de sentença, optar pela benesse mais vantajosa, considerando a tese supramencionada firmada pela Suprema Corte.

No entanto, deve ser reconhecido, aqui, o erro material apontado pelo agravante, tendo em vista que, na conclusão do dispositivo, a decisão recorrida determinou a implantação da aposentadoria por tempo de contribuição em favor de autor diverso, qual seja, Carlos Alberto de Oliveira.

Observo, por fim, que se o segurado desejar efetivamente a implantação do benefício de aposentadoria especial, deverá comprovar, no prazo de 45 dias, seu desligamento da atual atividade, sendo que os efeitos financeiros da referida concessão dar-se-ão apenas nos períodos a serem apurados em liquidação de sentença, nos quais não houve o exercício de atividade especial, 45 dias após a concessão judicial do benefício de aposentadoria especial, em razão da tese definida no Tema 709/STF, bem como o pagamento será suspenso, caso o segurado volte ao exercício da atividade.

Ante o exposto, *dou parcial provimento ao agravo (CPC, art. 1.021) interposto pelo autor*, apenas para corrigir o erro material apontado, a fim de que passe a constar, na parte conclusiva do dispositivo da decisão Id n. 143284803: “*Determino que, independentemente do trânsito em julgado, comunique-se ao INSS (Gerência Executiva), a fim de determinar a imediata implantação, em favor do autor, ALEXANDER FONSECA LEAL, do benefício de APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO INTEGRAL, DIB em 16.03.2018, com Renda Mensal Inicial a ser calculada pelo INSS, tendo em vista o “caput” do artigo 497 do Novo CPC, com cessação simultânea da benesse de APOSENTADORIA ESPECIAL, outrora implantada em razão da tutela de urgência concedida em sentença*”.

É como voto.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL

5004874-31.2018.4.03.6130

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
 Apelado: ODAIR NESTEFANI
 Relatora Originária: DESEMBARGADORA FEDERAL THEREZINHA CAZERTA
 Relator para o Acórdão: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI
 Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 30/04/2021

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. AUXÍLIO-DOENÇA. INCAPACIDADE LABORATIVA. CONSTATAÇÃO. HIV. REQUISITOS PREENCHIDOS. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ DEVIDA.

- Apesar da perícia judicial não ter constatado a incapacidade laborativa, o benefício de aposentadoria por invalidez deve ser concedido.
- O portador de HIV, mesmo assintomático, necessita de cuidados extremos, quando submetido ao controle medicamentoso que, por si só, causa deletérias reações adversas. E, ainda, sofre severas consequências socioeconômicas oriundas de sua condição. Não raro lhe é negado emprego formal, diante do preconceito que a doença carrega, dificultando a sua subsistência.
- Considerando tratar-se de incapacidade total e permanente, sem possibilidade de reabilitação, afigura-se correta a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez, conforme r. sentença.
- No caso em espécie, o autor permaneceu fora do mercado de trabalho, em gozo de auxílio-doença, desde 2001 até 2018, quando cessado esse benefício, situação a confirmar não haver dúvida de que enfrentaria significativas dificuldades para se reinserir no mercado de trabalho, haja vista o longo período que ficou sem laborar, exatamente em razão da doença em questão.
- Apelação do INSS não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, prosseguindo no julgamento, a Oitava Turma, por maioria, decidiu negar provimento à apelação, nos termos do voto do Desembargador Federal Luiz Stefanini, com quem votaram os Desembargadores Federais David Dantas, Newton De Lucca e Batista Gonçalves, vencida a Relatora, que lhe dava provimento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

RELATÓRIO

Demanda proposta objetivando o restabelecimento de aposentadoria por invalidez cumulado com pedido de danos morais, desde a data em que cessados os pagamentos (11/7/2018).

Laudo pericial concluiu pela capacidade laborativa.

O juízo *a quo* julgou parcialmente procedente o pedido formulado, reconhecendo à parte autora o direito ao benefício de aposentadoria por invalidez, rejeitando o pedido de danos morais. Deferida a antecipação dos efeitos da tutela.

O INSS apela, pleiteando a reforma da sentença, requerendo, preliminarmente, o recebimento do recurso em seu duplo efeito e, no mérito, a reforma da sentença, sustentando, em síntese, o não cumprimento dos requisitos legais à concessão em questão. Se vencido, requer a não incidência dos honorários advocatícios sobre as prestações vincendas, bem como a fixação dos critérios de juros de mora e correção monetária segundo o artigo 1º-F da Lei n. 9.494/97 (com redação dada pela Lei nº 11.960, de 2009).

Com contrarrazões, subiram os autos.

É o relatório.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

VOTO

Tempestivo o recurso e presentes os demais requisitos de admissibilidade, passa-se ao exame da insurgência propriamente dita, considerando-se a matéria objeto de devolução.

DA APOSENTADORIA POR INVALIDEZ E DO AUXÍLIO-DOENÇA

Os requisitos da aposentadoria por invalidez encontram-se preceituados nos arts. 42 e seguintes da Lei nº 8.213/91, consistindo, mais precisamente, na presença da qualidade de segurado, na existência de incapacidade total e permanente para o trabalho e na ocorrência do cumprimento da carência, quando exigida.

O auxílio-doença, por sua vez, tem seus pressupostos previstos nos art. 59 e seguintes do mesmo diploma legal, sendo concedido nos casos de incapacidade temporária.

Excepcionalmente, com base em entendimento jurisprudencial consolidado, admite-se a concessão de tais benefícios mediante comprovação pericial de incapacidade parcial e definitiva para o desempenho da atividade laborativa, que seja incompatível com a ocupação habitual do requerente e que implique em limitações tais que restrinjam sobremaneira a possibilidade de recolocação no mercado de trabalho, diante das profissões que exerceu durante sua vida profissional (STJ: *AgRg no AREsp 36.281/MS, rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, 6.ª Turma, DJe de 01/03/2013; e AgRg no AREsp 136474/MG, rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, 1.ª Turma, DJe de 29/06/2012*).

Imprescindível, ainda, o preenchimento do requisito da qualidade de segurado, nos termos dos arts. 11 e 15, ambos da Lei de Benefícios.

“Mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições:

I - sem limite de prazo, quem está em gozo de benefício;

II - até 12 (doze) meses após a cessação das contribuições, o segurado que deixar de exercer atividade remunerada abrangida pela Previdência Social ou estiver suspenso ou licenciado sem remuneração;

III - até 12 (doze) meses após cessar a segregação, o segurado acometido de doença de segregação compulsória;

IV - até 12 (doze) meses após o livramento, o segurado retido ou recluso;

V - até 3 (três) meses após o licenciamento, o segurado incorporado às Forças Armadas para prestar serviço militar;

VI - até (seis) meses após a cessação das contribuições, o segurado facultativo.

§ 1º O prazo do inciso II será prorrogado para até 24 (vinte e quatro) meses se o segurado já tiver pago mais de 120 (cento e vinte) contribuições mensais sem interrupção que acarrete a perda da qualidade de segurado.

§ 2º Os prazos do inciso II ou do § 1º serão acrescidos de 12 (doze) meses para o segurado desempregado, desde que comprovada essa situação pelo registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social.

§ 3º Durante os prazos deste artigo, o segurado conserva todos os seus direitos perante a Previdência Social.

§ 4º A perda da qualidade de segurado ocorrerá no dia seguinte ao do término do prazo fixado no Plano de Custeio da Seguridade Social para recolhimento da contribuição referente ao mês imediatamente posterior ao do final dos prazos fixados neste artigo e seus parágrafos.”

A perda da qualidade de segurado, portanto, ocorrerá no 16º dia do segundo mês seguinte ao término do prazo fixado no art. 30, II, da Lei nº 8.212/91, salvo na hipótese do § 1º do art. 102 da Lei nº 8.213/91 – qual seja, em que comprovado que a impossibilidade econômica de continuar a contribuir decorreu da incapacidade laborativa.

Registre-se que, perdida a qualidade de segurado, imprescindível o recolhimento de, pelo menos, seis meses, para que seja considerado novamente filiado ao regime, nos exatos termos do art. 27-A da Lei de Benefícios.

Por fim, necessário o cumprimento do período de carência, nos termos do art. 25 dessa mesma lei, a saber:

“Art. 25. A concessão das prestações pecuniárias do Regime Geral de Previdência Social depende dos seguintes períodos de carência, ressalvado o disposto no artigo 26:

I – auxílio-doença e aposentadoria por invalidez: 12 (doze) contribuições mensais;”

Em casos específicos, em que demonstrada a necessidade de assistência permanente de outra pessoa, possível, ainda, com base no art. 45 da Lei de Benefícios, o acréscimo de 25% ao valor da aposentadoria por invalidez porventura concedida.

DO CASO DOS AUTOS (AUSÊNCIA DE INCAPACIDADE LABORATIVA)

A principal condição para deferimento do benefício não se encontra presente, eis que não comprovada a incapacidade para o trabalho.

Do que consta do laudo pericial anexado aos autos, a parte autora não está incapacitada para o exercício de suas atividades laborativas, muito embora seja portadora de HIV diagnosticado em 1997, além de ter outras doenças.

Explicou o perito que:

“Trata-se de periciando com 50 anos de idade, que não apresentou a Carteira de Trabalho e Previdência Social. Relatou ter trabalhado com registro de contrato de trabalho como vendedor de comércio (loja e locação de roupas), monitor de desenvolvimento profissional (ensino da profissão de cabelereiro) no SENAC. Informa que foi afastado do trabalho em 07/02/2001. Teve benefício previdenciário (Auxílio Doença), concedidos de o período 29/03/2001 a 26/05/2006 e de 26/06/2006 a 06/10/2006. Em 07/10/2006 o Auxílio Doença foi transformado em Aposentadoria por Invalidez. Em 11/07/2018, em revisão administrativa, teve o benefício cessado depois de reavaliação médica e receberá mensalidades de recuperação até 11/01/2020. Foi caracterizado apresentar a síndrome de deficiência imunológica adquirida

desde 1997 (22 anos de evolução), época que apresentou meningite (neurocriptococose e monilíase esofágica). No curso do tempo consta tratamento de tuberculose renal e ocorrência de refluxo vesico-ureteral, que predispõem a ocorrência de episódios de infecções urinárias, com tratamento apenas dos episódios e profiláticos, não constando proposta de tratamento do refluxo. Também relatou doença do refluxo gastro-esofágico, com tratamento clínico. A avaliação pericial revelou estar em bom estado geral, sem manifestações de repercussão por descompensação das doenças. Sem manifestações de repercussão nutricional (do estado geral).” (Id. 150939184)

E, ainda:

“Do visto, os dados apresentados revelam evolução com intercorrências renais (infecções urinárias de repetição secundária a refluxo vesico-ureteral), mas sem que tivesse demandado internações ou caracterização de episódios de maior gravidade em termos de repercussão. O tratamento que informou se submeter não foca complicações ou condição clínica adversa, associado que a condição imunológica é de risco moderado de desenvolvimento de sintomas constitucionais e de doenças oportunistas, cuja situação se mantém relativamente estável desde 2009.

Desta forma, o estado atual de saúde do periciando, apurado por exame clínico que respeita o rigor técnico da propedêutica médico-pericial, complementado pela análise dos documentos médicos apresentados, não são indicativos de restrições para o desempenho dos afazeres habituais, inclusive trabalho.” (Id. 150939184)

Conforme jurisprudência desta Corte quando do julgamento de caso semelhante, em que o segurado também era portador de HIV, “o estigma social não é bastante à caracterização da deficiência, à medida que a autora não se encontra incapacitada, nem abandonada pelo Estado porquanto faz jus a medicação adequada do SUS” (Apelação Cível 5082590-36.2019.4.03.9999, Rel. Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS, julgado em 23/05/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 28/05/2019). Conclusão contrária redundaria na concessão do benefício a quaisquer portadores de HIV, o que não se afigura razoável.

Nem cabe argumentar que o juiz não se encontra vinculado ao laudo pericial, eis que não foram trazidos aos autos elementos hábeis a abalar as conclusões nele contidas.

Nesse contexto, “a mera irresignação do segurado com a conclusão do perito ou a alegação de que o laudo é contraditório ou omissos, sem o apontamento de nenhuma divergência técnica justificável, não constituem motivos aceitáveis para a realização de nova perícia, apresentação de quesitos complementares ou realização de diligências” (9.^a Turma, Apelação Cível 5897223-19.2019.4.03.9999, rel. Desembargadora Federal Daldice Santana, e - DJF3 Judicial 1 de 03/03/2020).

Forçoso, portanto, o reconhecimento da improcedência do pedido.

Condene a parte autora a pagar custas processuais e honorários de advogado, arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, suspensa, porém, a exigibilidade, na forma do art. 98, § 3º, do CPC, por se tratar de beneficiária da gratuidade da justiça.

Posto isso, dou provimento à apelação, para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido formulado, revogando a tutela anteriormente concedida.

É o voto.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

DECLARAÇÃO DE VOTO

Com a devida vênia à eminente Relatora, entendo que no presente caso o recurso do INSS não comporta provimento.

Com efeito, apesar da perícia judicial não ter constatado a incapacidade laborativa, entendendo que o benefício de aposentadoria por invalidez deve ser concedido.

Isto porque o HIV, mesmo assintomático, necessita de cuidados extremos, quando submetido ao controle medicamentoso que, por si só, causa deletérias reações adversas. E, ainda, seu portador sofre severas consequências socioeconômicas oriundas de sua condição. Não raro lhe é negado emprego formal, diante do preconceito que a doença carrega, dificultando a sua subsistência.

Analisando estes os demais elementos contidos nos autos, o segurado faz jus à concessão de aposentadoria por invalidez.

Este Tribunal Regional Federal da 3ª Região tem se posicionado neste sentido: rel. Des. Fed. Tania Marangoni, AC 2015.03.99.044319-0, 8ª Turma; rel. Des. Fed. Walter do Amaral, AC 2011.61.08.007012-6, 10ª Turma, e rel. Des. Fed. Marisa Santos, AC 1999.03.99.074896-5, 9ª Turma.

Elucidando esse entendimento, trago à colação o seguinte precedente da 3ª Seção:

AGRAVO LEGAL EM EMBARGOS INFRINGENTES. PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL AO DEFICIENTE. PREENCHIDOS OS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. PREVALÊNCIA DO VOTO VENCIDO. AGRAVO IMPROVIDO

1 - Possibilidade de aplicação do disposto no art. 557 do CPC, o qual não traz nenhuma ressalva aos embargos infringentes, por conseguinte, aplicável a qualquer recurso, consoante já decidiu, reiteradas vezes, esta C. Terceira Seção.

2 - O fato de não ter sido juntado o inteiro teor do voto vencido não impede a apreciação dos presentes embargos infringentes, uma vez ser possível deduzir o teor da divergência a partir dos esclarecimentos constantes da Súmula do julgamento.

3 - *In casu*, embora o laudo médico pericial seja conclusivo no sentido de que a autora, não obstante seja portadora de doença do sistema imunológico (AIDS), não está incapacitada para o trabalho, é sabido que o Magistrado não está adstrito ao laudo, podendo formar sua convicção por outros elementos existentes nos autos, nos moldes do art. 436 do CPC. Para o reconhecimento do requisito da deficiência, é necessário levar em consideração que a incapacidade que acomete a Autora é agravada pela sua condição socioeconômica, pela sua idade, pelo seu baixo grau de escolaridade, bem como pelo estigma social carregado pela doença da qual é portadora. Tanto é assim que, em consulta ao sistema CNIS/DATAPREV, verifica-se que a autora jamais possuiu qualquer registro de trabalho, o que corrobora a tese de que esta possui enorme dificuldade em se integrar ao mercado formal de trabalho. Assim, preenchido o requisito da deficiência

4 - Há elementos para se afirmar que se trata de família que vive em estado de extrema miserabilidade. Os recursos obtidos pela família do requerente são insuficientes para cobrir os gastos ordinários, bem como os tratamentos médicos e cuidados especiais que lhe são imprescindíveis. Tecidas essas considerações, restou demonstrada, quantum satis, no caso em comento, situação de miserabilidade, prevista no art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993, a ensejar a concessão do benefício assistencial.

5 - Agravo improvido. (EI 1458155, rel. Des. Fed. Toru Yamamoto, v. u., e-DJF3 08.09.2015) (g. n.)

Além disso, a eminente Desembargadora Federal Marisa Santos destacou:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. REQUISITOS PREENCHIDOS. PORTADORA DE AIDS ASSINTOMÁTICA. NÃO VINCULAÇÃO DO JUIZ AO LAUDO PERICIAL. INCAPACIDADE LABORATIVA TIDA COMO TOTAL, PERMANENTE E INSUSCETÍVEL DE REABILITAÇÃO. ART. 151 DA LEI 8.213/91: DESNECESSIDADE DE CUMPRIMENTO DE CARÊNCIA. AFASTAMENTO DO TRABALHO EM RAZÃO DE DOENÇA INCAPACITANTE. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADA NÃO CONFIGURADA. VALOR DA RENDA MENSAL. TERMO INICIAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS E PERICIAIS. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA.

I - Para a aquisição do direito ao benefício de aposentadoria por invalidez, é necessária a comprovação do preenchimento simultâneo de requisitos essenciais: a incapacidade laborativa total, permanente e insuscetível de reabilitação, a qualidade de segurado e sua manutenção à época do requerimento, carência de doze contribuições mensais, demonstração de que o segurado não era portador da alegada doença ao filiar-se ao Regime Geral da Previdência Social.

II - O laudo pericial atestou que, embora a apelante fosse comprovadamente portadora da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS), estava em tratamento médico e não apresentava sintomas, concluindo que não havia incapacidade laborativa.

III - O juiz não está adstrito às conclusões do laudo pericial para a formação de sua convicção, devendo analisar os aspectos sociais e subjetivos do autor para decidir se possui ou não condições de retornar ao mercado de trabalho, para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência. No caso de portadores de AIDS, as limitações são ainda maiores, mormente para pessoas sem qualificações, moradoras de cidade do interior e portadora de doença incurável e contagiosa, fatalmente submetidas à discriminação da sociedade. Ademais, devem preservar-se do contato com agentes que possam desencadear as doenças oportunistas, devendo a incapacidade ser tida como total, permanente e insuscetível de reabilitação para o exercício de qualquer atividade.

IV - Cumprimento do período de carência e condição de segurada da Previdência Social devidamente demonstrados. Não há como detectar a data exata do início da contaminação ou da incapacidade do portador de AIDS, por tratar-se de moléstia cujo período de incubação é variável de meses a anos. O art. 151 da lei de benefícios dispensa o cumprimento do período de carência ao segurado que, após filiar-se ao Regime Geral da Previdência Social for acometido dessa doença. Ainda que a apelante tenha ingressado com a ação cinco anos após a última contribuição, não há que se falar que decorreu o prazo hábil a caracterizar a quebra de vínculo com a Previdência Social e a consequente perda da qualidade de segurada, nos termos do artigo 15 da lei de benefícios, conjugada à interpretação jurisprudencial dominante, pois comprovado que deixou de obter colocação e de contribuir para com a Previdência em virtude de doença incapacitante.

V - Sentença reformada, para condenar o INSS a pagar à apelante o benefício previdenciário de aposentadoria por invalidez.

VI - A renda mensal inicial deverá ser calculada segundo o art. 44 da Lei 8213/91, com a redação dada pela Lei nº 9.032/95, c/c os arts. 28, 29 e 33 da Lei nº 8.213/91 em regular liquidação de sentença, em valor nunca inferior a um salário-mínimo (art. 201, parágrafo 2º, da Constituição Federal).

VII - Inexistindo prévio requerimento administrativo onde demonstrada a incapacidade laborativa, o termo inicial é fixado a partir da data do laudo pericial, quando reconhecida, no feito, a presença dos males que impossibilitam o exercício de atividade vinculada à Previdência Social. Precedentes.

VIII - As prestações em atraso deverão ser corrigidas monetariamente a partir de cada vencimento, segundo as disposições da Lei nº 6.899/81, legislação superveniente, Súmulas nº 08 desta Corte e nº 148 do STJ.

IX - Incidirão os juros de mora a partir do laudo, à base de 6% ao ano até a vigência do novo Código Civil e, após, à razão de 1% ao mês.

X - Honorários advocatícios de dez por cento sobre o montante da condenação, devendo incidir sobre as parcelas devidas até o Acórdão. Inteligência do art. 20, § 3º do CPC, da jurisprudência desta Turma e do STJ- Súmula 111.

XI - Honorários periciais fixados em R\$ 200,00, de acordo com a Tabela II da Resolução 281/2002, do Conselho da Justiça Federal.

XII - Diante da gravidade da doença e do fato da apelante aguardar a prestação jurisdicional há 9 anos, configurados o relevante fundamento e o justificado receio de ineficácia do provimento final, a justificar a concessão liminar da tutela, na forma do artigo 461, § 3º, CPC.

XIII - Apelação provida, com a concessão da antecipação da tutela jurisdicional, determinando que o INSS proceda à imediata implantação da prestação em causa, intimando-se a autoridade administrativa a fim de que cumpra a ordem judicial no prazo de trinta dias, sob pena de multa diária, que será oportunamente fixada em caso de descumprimento.

(TRF 3a. Região - Apelação Cível - 517864 - Órgão Julgador: Nona Turma, Data: 10/05/2004 - Rel. JUÍZA MARISA SANTOS).

Assim, considerando tratar-se de incapacidade total e permanente, sem possibilidade de reabilitação, afigura-se correta a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez, conforme r. sentença.

Elucidando esse entendimento, trago à colação o seguinte precedente:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. REQUISITOS PREENCHIDOS. DESCONTO JÁ DETERMINADO.

- Agravo do INSS insurgindo-se contra a decisão monocrática que deu parcial provimento ao recurso da autarquia, para autorizar o desconto das prestações correspondentes aos meses em que a parte autora recolheu contribuições à Previdência Social, após o termo inicial. - Sustenta a autarquia, em síntese, que a parte autora não comprovou a incapacidade, sendo que, inclusive, manteve vínculo empregatício, de 14/08/2014 a 01/2015. Requer, subsidiariamente, sejam descontados os valores referentes ao período em que o autor trabalhou. - Cuida-se de pedido de concessão de auxílio-doença ou de aposentadoria por invalidez, com tutela antecipada. - Extrato do CNIS informa diversos vínculos empregatícios em nome do autor, sendo o último a partir de 14/08/2014, com última remuneração em 01/2015. Consta, ainda, a concessão de auxílio-doença, de 23/01/2014 a 23/10/2014 (fls. 96/97). - A parte autora, mecânico, contando atualmente com 59 anos de idade, submeteu-se à perícia médica judicial. - O laudo atesta que a parte autora apresenta hepatite viral crônica C, episódios depressivos e asma não especificada. Conclui pela existência de incapacidade total e permanente ao labor, desde 23/06/2014.- Verifica-se dos documentos apresentados que a parte autora esteve vinculada ao Regime Geral de Previdência Social por mais de 12 (doze) meses, além do que mantinha vínculo empregatício quando ajuizou a demanda em 30/10/2014, mantendo, pois, a qualidade de segurado, nos termos do art. 15, da Lei nº 8.213/91.- Quanto à incapacidade, o laudo judicial é claro ao descrever as patologias das quais a parte autora é portadora, concluindo pela incapacidade total e definitiva para o labor.- Observe-se que, embora a Autarquia Federal aponte que o requerente não esteja incapacitado para o trabalho, tendo em vista o seu vínculo empregatício até 01/2015, não se pode concluir deste modo, eis que o autor não possui nenhuma outra fonte de renda para manter a sua sobrevivência, ficando, deste modo, compelido a laborar, ainda que não esteja em boas condições de saúde.- Considerando, pois, que a parte autora manteve a qualidade de segurado até a data da propositura da ação e é portadora de doença que a incapacita de modo total e permanente para qualquer atividade laborativa, faz jus ao benefício de aposentadoria por invalidez.- Com relação ao período em que a parte

autora trabalhou, a decisão monocrática é expressa ao determinar o desconto das prestações correspondentes aos meses em que houve recolhimento à Previdência Social, não se justificando o recurso quanto a este aspecto.- A decisão monocrática com fundamento no art. 557, *caput* e § 1º-A, do CPC, que confere poderes ao relator para decidir recurso manifestamente improcedente, prejudicado, deserto, intempestivo ou contrário a jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, sem submetê-lo ao órgão colegiado, não importa em infringência ao CPC ou aos princípios do direito.- É assente a orientação pretoriana no sentido de que o órgão colegiado não deve modificar a decisão do Relator, salvo na hipótese em que a decisão impugnada não estiver devidamente fundamentada, ou padecer dos vícios da ilegalidade e abuso de poder, e for passível de resultar lesão irreparável ou de difícil reparação à parte.- Agravo improvido.(TRF 3ª Região, OITAVA TURMA, APELREEX 0036346-76.2015.4.03.9999, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL TANIA MARANGONI, julgado em 01/02/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/02/2016).

Por fim, no caso em espécie, acrescento que o autor permaneceu fora do mercado de trabalho, em gozo de auxílio-doença, desde 2001 até 2018, quando cessado esse benefício, situação a confirmar não haver dúvida de que enfrentaria significativas dificuldades para se reinserir no mercado de trabalho, haja vista o longo período que ficou sem laborar, exatamente em razão da doença em questão.

Ante todo o exposto, NEGÓ PROVIMENTO à apelação do INSS.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

APELAÇÃO CÍVEL

0000799-33.2019.4.03.9999

Apelante: MARLENE PEREIRA DA COSTA DE FARIA
 Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
 Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO DOMINGUES
 Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 30/04/2021

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. APOSENTADORIA POR IDADE. TRABALHADOR RURAL. CNIS. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE URBANA NO PERÍODO IMEDIATAMENTE ANTERIOR AO IMPLEMENTO DO REQUISITO ETÁRIO. SUCUMBÊNCIA RECURSAL. HONORÁRIOS DE ADVOGADO MAJORADOS.

1. O exercício de atividade urbana no período imediatamente anterior ao implemento do requisito etário inviabiliza a concessão do benefício pleiteado.
2. Sucumbência recursal. Honorários de advogado majorados em 2% do valor da causa. Artigo 85, §11, Código de Processo Civil/2015.
3. Apelação não provida.

ACÓRDÃO

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

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de ação objetivando o reconhecimento de tempo de serviço rural e a concessão de aposentadoria por idade a trabalhador rural.

A sentença julgou improcedente o pedido. Os honorários advocatícios foram fixados em 10% sobre o valor da causa.

A parte autora apelou, requerendo a concessão de aposentadoria por idade a trabalhador rural. Sem contrarrazões, subiram os autos a este Tribunal.

É o relatório.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso de apelação.

Com efeito, consoante o disposto no artigo 48, § 1º da Lei n.º 8213, de 24 de julho de 1991, para a obtenção da aposentadoria rural por idade, é necessário que o homem tenha completado 60 anos e a mulher, 55 anos.

No artigo 142 da mencionada lei consta uma tabela relativa à carência, considerando-se o ano em que o rurícola implementou todas as condições necessárias à obtenção do benefício.

Por sua vez, o artigo 143 do mesmo diploma legal, com redação determinada pela Lei n.º 9.063, de 28.04.1995, estabelece que: *“O trabalhador rural ora enquadrado como segurado obrigatório no Regime Geral de Previdência Social, na forma da alínea “a” do inciso I, ou do inciso IV ou VII do art. 11 desta Lei, pode requerer aposentadoria por idade, no valor de um salário mínimo, durante 15 (quinze) anos, contados a partir da data de vigência desta Lei, desde que comprove o exercício de atividade rural, ainda que descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, em número de meses idêntico à carência do referido benefício”*.

A Lei n.º 11.718/2008 prorrogou o termo final do prazo para 31 de dezembro de 2010, aplicando-se esta disposição, inclusive, para o trabalhador rural enquadrado na categoria de segurado contribuinte individual que presta serviços de natureza rural, em caráter eventual, a uma ou mais empresas, sem relação de emprego (art. 2º, *caput* e parágrafo único).

Observe-se que após o período a que se referem esses dispositivos, além do requisito etário, será necessário o cumprimento da carência de 180 meses, a teor do que dispõe o artigo 25, inciso II, da Lei n.º 8.213/1991.

Ressalte-se que o entendimento atual do STJ, expresso no Recurso Especial n. 1.354.908/SP, processado sob o rito dos recursos repetitivos, é no sentido de exigir que o segurado especial esteja laborando no campo quando completar a idade mínima para se aposentar, ressalvada a hipótese do direito adquirido, em que embora não tenha requerido sua aposentadoria por idade rural, tenha preenchido de forma concomitante os requisitos no passado.

Confira-se:

“PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE RURAL NO PERÍODO IMEDIATAMENTE ANTERIOR AO REQUERIMENTO. REGRA DE TRANSIÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 143 DA LEI 8.213/1991. REQUISITOS QUE DEVEM SER PREENCHIDOS DE FORMA CONCOMITANTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Tese delimitada em sede de representativo da controvérsia, sob a exegese do artigo 55, § 3º combinado com o artigo 143 da Lei 8.213/1991, no sentido de que o segurado especial tem que estar laborando no campo, quando completar a idade mínima para se aposentar por idade rural, momento em que poderá requerer seu benefício. Se, ao alcançar a faixa etária exigida no artigo 48, § 1º, da Lei 8.213/1991, o segurado especial deixar de exercer atividade rural, sem ter atendido a regra transitória da carência, não fará jus à aposentadoria por idade rural pelo descumprimento de um dos dois únicos critérios legalmente previstos para a aquisição do direito. Ressalvada a hipótese do direito adquirido em que o segurado especial preencheu ambos os requisitos de forma concomitante, mas não requereu o benefício.

2. Recurso especial do INSS conhecido e provido, invertendo-se o ônus da sucumbência. Observância do art. 543-C do Código de Processo Civil.”

(REsp 1354908/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/09/2015, DJe 10/02/2016)

Conclui-se, portanto, que para a concessão da aposentadoria por idade rural são necessários os requisitos: idade mínima e prova do exercício da atividade laborativa pelo período previsto em lei, no período imediatamente anterior ao que o segurado completa a idade mínima para se aposentar.

Nos termos da Súmula de nº 149 do STJ, é necessário que a prova testemunhal venha acompanhada de início razoável de prova documental: “A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeito de obtenção do benefício previdenciário”.

Não se exige que a prova material se estenda por todo o período de carência, mas é imprescindível que a prova testemunhal faça referência à época em que foi constituído o documento (AR 4.094/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/09/2012, DJe 08/10/2012).

A idade mínima exigida para a obtenção do benefício restou comprovada pela documentação pessoal da autora, nascida em 14/12/59.

Para comprovar as suas alegações, a autora apresentou os seguintes documentos, dentre outros: I) certidão de casamento, realizado em 1982, na qual o marido foi qualificado como tratorista; II) cópia da CTPS do marido, na qual constam vínculos rurais descontínuos de 1980 a 2002, e 01 (um) vínculo urbano a partir de 22/08/2003, sem data de saída (consta do CNIS que a última remuneração data de 12/2016 – ID 86118644, pág. 135), III) certidão de óbito, realizado em 2012, na qual não consta a sua qualificação profissional; IV) fichas de internação da Irmandade da Santa Casa de Cafelândia/SP, datadas de 1989 e 2000, nas quais figura como “do lar”; V) laudo médico da Irmandade da Santa Casa de Cafelândia/SP, datado de 1989, na qual não consta a sua qualificação profissional; VI) fichas de ambulatório da Irmandade da Santa Casa de Cafelândia/SP, datadas de 1989 e 1998, nas quais também não consta a sua qualificação; VII) cópia de sentença trabalhista ajuizada por ela, em face do empregador Armando Ratão, julgada improcedente, e acórdão que confirmou a sentença.

É pacífico o entendimento dos Tribunais, considerando as difíceis condições dos trabalhadores rurais, admitir a extensão da qualificação do cônjuge ou companheiro à esposa ou companheira.

Assim, a certidão de casamento apresentada serve como início de prova material.

A anotação em CTPS constitui prova do período nela anotado, merecendo presunção relativa de veracidade. Pode, assim, ser afastada com apresentação de prova em contrário, ou demandar complementação em caso de suspeita de adulteração, a critério do Juízo.

A simples alegação de irregularidade nas anotações constantes da CPTS não é suficiente para desconsiderá-las. Caberia à autarquia comprovar a existência de fraude ou falsidade, o que não ocorreu.

Por sua vez, a CTPS do marido, com anotação de trabalho no meio rural, constitui prova plena do labor rural do período anotado e início de prova material dos períodos que a autora pretende comprovar, presumindo-se que ela o acompanhou nas lides rurais, o que acontece com frequência no campo.

No entanto, restou demonstrado pelos extratos do CNIS (ID 86118644, pág. 135) que o marido da autora exerceu atividade urbana de 22/08/2003 a 12/2016.

Considerando que os demais documentos apresentados não servem como início de prova material da atividade rural da autora, e que o marido dela estava exercendo atividade urbana no período imediatamente anterior ao implemento do requisito etário, inviável a concessão do benefício pleiteado.

Assim, deve ser mantida a sentença recorrida, que julgou improcedente o pedido.

Considerando o não provimento do recurso, de rigor a aplicação da regra do §11 do artigo 85 do CPC/2015, pelo que determino, a título de sucumbência recursal, a majoração dos honorários de advogado arbitrados na sentença em 2%, cuja exigibilidade, diante da assistência

judiciária gratuita que lhe foi concedida, fica condicionada à hipótese prevista no § 3º do artigo 98 do Código de Processo Civil/2015.

Diante do exposto, nego provimento à apelação e, com fulcro no §11º do artigo 85 do Código de Processo Civil, majoro os honorários de advogado em 2% sobre o valor arbitrado na sentença, observada a hipótese prevista no § 3º do artigo 98 do Código de Processo Civil/2015.

É o voto.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS**5022820-39.2019.4.03.0000**

Suscitante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Suscitado: ALFREDO ANTONIO BATISTA CARDOSO

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL INÊS VIRGÍNIA

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 22/02/2021

EMENTA

CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. IRDR – INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. DA SUSPENSÃO DO JULGAMENTO DO PROCESSO-PILOTO EM RAZÃO DA CONSTATAÇÃO DO ÓBITO DO AUTOR. POSSIBILIDADE DE IMEDIATO JULGAMENTO DO MÉRITO DO IRDR. AUTONOMIA ENTRE OS PROCEDIMENTOS. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 976, §1º C.C OS ARTIGOS 978 E 980, TODOS DO CPC/2015. READEQUAÇÃO DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS CONCEDIDOS ANTERIORMENTE À PROMULGAÇÃO DA CF/88 AOS NOVOS TETOS PREVIDENCIÁRIOS INSTITUÍDOS PELAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS 20/98 E 41/03. APLICAÇÃO DA NORMA JURÍDICA EXTRAÍDA DO RE 564.354/SE (*AMPLIATIVE DISTINGUISHING*), DESDE QUE, NO MOMENTO DA CONCESSÃO, O BENEFÍCIO TENHA SOFRIDO LIMITAÇÃO PELO MVT – MAIOR VALOR TETO, DEVENDO TAL LIMITAÇÃO E EVENTUAL PROVEITO ECONÔMICO DAÍ DECORRENTE SEREM DEMONSTRADOS NA FASE DE CONHECIMENTO.

1. O art. 978, parágrafo único, do CPC/2015, pretende garantir que os processos-pilotos sejam submetidos ao mesmo órgão que julgou o IRDR. É possível que o IRDR e a causa-piloto sejam julgados em momentos distintos, sempre observando-se a precedência no julgamento do incidente. A solução da questão comum (veiculada no IRDR) é diferente da solução do caso concreto (veiculada no processo-piloto). Para resolver a questão comum e fixar a tese jurídica, o processo deve reunir elementos que permitam o conhecimento da controvérsia; e o processo-piloto é um dos elementos que serve de suporte para formação do incidente, mas não é o único. Daí porque, conquanto não haja previsão legal expressa nesse sentido, a inteligência do art. 976, §1º c.c. o art. 980, ambos do CPC/2015, autoriza a postergação do julgamento de um processo-piloto no caso de óbito da parte ou quando constatada necessidade de regularização processual imprescindível para o deslinde do feito individual, sem prejuízo da prévia solução da questão comum do IRDR.

2. Pode-se extrair do precedente formado no RE 564.354/SE, a seguinte norma jurídica: é possível a readequação dos benefícios concedidos antes da entrada em vigor das EC 20/98 e 41/03 aos novos tetos por estas instituídos, desde que: (i) o benefício que se busque readequar tenha sofrido limitação ao teto previdenciário vigente no momento da concessão; e que (ii) a readequação não dependa nem enseje a alteração do regime jurídico e da fórmula de cálculo aplicável no momento da concessão da benesse. Tal conclusão está assentada nos seguintes fundamentos: (iv) o segurado, a partir do seu histórico contributivo (salários de contribuição), adquire o direito a receber um determinado valor a título de benefício previdenciário; (v) a esse direi-

to pode se opor o teto previdenciário. Além disso, há que se considerar que (vi) tal precedente foi formado num caso em que o benefício objeto da lide fora concedido em 1995, logo na vigência da Lei 8.213/91 e que (vii) o STF, a partir do regramento constitucional, considerou o teto previdenciário um elemento externo à estrutura do benefício e cuja incidência pressupõe a formação do direito adquirido do segurado.

3. Identificadas a norma jurídica geral formada no precedente paradigma e as circunstâncias fáticas e jurídicas que lhe são subjacentes, faz-se possível lançar mão da técnica do confronto – *distinguishing* - por meio da qual o magistrado compara a situação que lhe é posta com aquela que deu origem ao precedente, aplicando-lhe a *ratio decidendi* deste (*ampliative distinguishing*) se as circunstâncias e peculiaridades de ambos os casos forem compatíveis, ou não (*restritive distinguishing*), caso identifique incompatibilidade entre as peculiaridades dos casos confrontados.

4. No âmbito do E. STF, já foram proferidas algumas decisões no sentido de que o julgamento do RE 564.354/SE não impôs qualquer limite temporal em relação à aplicação da sua *ratio decidendi*. Há, inclusive, julgados da Suprema Corte no sentido de que a norma jurídica geral extraída de tal precedente deve ser aplicada aos benefícios concedidos antes da entrada em vigor da CF/88. Considerando que tais decisões não têm força vinculante, em que pese a sua eficácia persuasiva, e que o E. STF não se debruçou, no precedente mencionado, sobre a legislação pré-constitucional, não há óbice ao exame da pretensão objeto deste incidente. Pelo contrário. A inexistência de precedente obrigatório, aliada à divergência existente nesta Corte em relação a esse tema tornam admissível esse incidente, conforme assentado já no acórdão que o admitiu.

5. O artigo 58 do ADCT não impôs uma revisão propriamente dita aos benefícios concedidos antes da CF/88, tampouco alterou o regime jurídico aplicável aos benefícios concedidos anteriormente à promulgação da Constituição Federal de 1988; ele apenas os reajustou. Como a sistemática de cálculos aplicada quando da concessão dos benefícios foi mantida, tem-se que ela, na verdade, foi recepcionada pela CF/88 e pelo RGPS, o qual, a partir do seu advento, passou a regulá-los. O recálculo determinado por mencionado dispositivo – diferentemente do que aconteceu, por exemplo, com a revisão prevista no artigo 144, da Lei 8.213/91 para os benefícios concedidos no denominado buraco negro - não alterou a fórmula de cálculo aplicada no momento da concessão, tendo, antes, partido do resultado desta. Por conseguinte, os reajustes decorrentes do artigo 58, do ADCT e, posteriormente, do artigo 41, § 3º, da Lei 8.213/91 não constituem circunstância suficiente para afastar a possibilidade de readequação fundada no RE 564.354, eis que tais reajustes não excluem eventual limitação originária, havida no momento da concessão do benefício.

6. Na sistemática da Lei 8.213/91, o cálculo do benefício é feito em etapas e o limitador previdenciário, majorado pelas emendas constitucionais, pode incidir sobre o “salário de benefício”, sobre a “renda mensal” e sobre a renda mensal reajustada. Nas palavras do e. Ministro Gilmar Mendes, o teto previdenciário consiste num “elemento externo à estrutura jurídica do benefício previdenciário, que não o integra” e cuja incidência “pressupõe a perfectibilização do direito, sendo-lhe, pois, posterior e incidindo como elemento redutor do valor do benefício”.

7. Embora o regime pré-constitucional previsse duas figuras que continham a expressão “teto” em sua denominação, o mVT (menor valor teto) e o MVT (maior valor teto), o exame acurado de tal regramento revela que apenas o segundo (MVT) assume os mesmos contornos jurídicos do “teto previdenciário” previsto no RGPS.

8. O MVT incidia tanto sobre o salário de benefício, quanto na da renda mensal e, até mesmo, da renda mensal reajustada, sendo que, sobre aquele (salário de benefício) incidia integralmente (100% do MVT) e sobre esta (renda mensal) parcialmente (90% do MVT). Além disso, o MVT incidia após a definição do valor do salário de benefício e da renda mensal, podendo ensejar o descarte de parte dessas verbas. Tudo isso conduz à conclusão de que o MVT se subsume ao conceito de teto previdenciário delineado pelo i. Ministro Gilmar Mendes do RE 564.354.

9. No regime anterior à CF/88, o cálculo do benefício era igualmente feito em etapas. Na primeira, apuravam-se os salários de contribuição, dos quais se extraía uma média correspondente ao salário de benefício, o qual não podia ser inferior ao salário mínimo, nem superior a 20 (vinte) vezes o maior salário mínimo vigente no país (MVT). Ou seja, na sistemática pré-CF/88, o salário de benefício poderia sofrer limitação a um teto (MVT), à semelhança do que se verifica no RGPS.

10. A partir do salário de benefício, calculava-se o valor da renda mensal, observando-se uma equação bem diferente do regramento estabelecido pela Lei 8.213/91 e suas sucessivas alterações.

11. Se o salário de benefício fosse igual ou inferior a 10 (dez) vezes o maior salário mínimo vigente no país (mVT), sobre ele se aplicava o coeficiente do benefício, alcançando-se, com isso, a renda mensal do benefício, o valor do benefício.

12. Quando o salário de benefício superava o mVT, o cômputo da renda mensal era submetido a outro critério de cálculo, sem qualquer correspondência com a sistemática instituída pela Lei 8.213/91. A renda mensal era alcançada a partir da soma de duas parcelas calculadas a partir do desmembramento do salário de benefício: (a) a primeira correspondia ao produto da multiplicação do mVT pelo coeficiente do benefício; e (b) a segunda, correspondia à diferença entre o salário de benefício e o mVT, multiplicada pelo coeficiente legal - isto é tantos $1/30$ (um trinta avos) quantos forem os grupos de 12 (doze) contribuições acima de 10 (dez) salários-mínimos -, sendo que essa segunda parcela tinha que respeitar o limite máximo de 80% (oitenta por cento) do mVT. A par disso, a somas das parcelas “a” e “b”, o valor da renda mensal, não poderia ser superior a 90% (noventa por cento) do valor do MVT.

13. A limitação da renda mensal a 90% do MVT nada mais é do que um desdobramento natural da sistemática de cálculo da época e que apenas servia para ratificar a limitação imposta ao salário de benefício pelo MVT (100%). Como (i) o mVT equivalia à metade do MVT; (ii) a parcela (a) não podia ser superior ao mVT; e (iii) a parcela (b) não podia ser superior a 80% do mVT; a soma dessas parcelas, a renda mensal, necessariamente não ultrapassava 90% do MVT ($100\% \text{ do mVT} + 80\% \text{ do mVT} = 180\% \text{ do mVT} = 90\% \text{ do MVT}$).

14. Enquanto o MVT incide sobre o salário de benefício, o teto de 90% do MVT incide sobre a renda mensal. Mas a limitação do benefício, em verdade, se dá por meio da incidência do MVT sobre o salário de benefício, sendo apenas ratificada pela incidência de 90% do MVT sobre a renda mensal. Esse sistema de dupla limitação – incidência, primeiramente, do teto sobre o salário de benefício e, posteriormente, sobre a renda mensal –, como visto, está presente também no regramento do RGPS, no qual o teto incide tanto sobre o salário de benefício quanto sobre a renda mensal. Só que, na sistemática pré-CF/88, em razão de uma peculiaridade do cálculo da renda mensal – desmembramento do salário de benefício e impossibilidade de a parcela “b” do cômputo da renda mensal superar 80% do mVT (cf. itens 12 e 13) –, há a necessidade

de se estabelecer uma distinção entre o percentual do MVT que deve incidir sobre o salário de benefício (100%) e o incidente sobre a renda mensal (90%), o que não se verifica no RGPS.

15. Daí porque, para fins de readequação, há que se verificar se o salário de benefício do segurado sofreu limitação pelo MVT.

16. O mVT – menor valor teto, de seu turno, não ensejava o descarte de qualquer parcela do valor do salário de benefício ou da média dos salários de contribuição. Ele apenas servia de baliza ou referência para determinar qual das fórmulas de cálculo previstas na legislação seria utilizada para a definição da renda mensal.

17. A parte do salário de benefício que excedia o mVT, no mais das vezes, terminava sendo reduzida, mas isso se dava em razão do coeficiente legal, de sorte que o fato de o salário de benefício superar o mVT não autoriza a readequação na forma delineada no RE 564.354.

18. A tese sustentada em favor dos segurados, a pretexto de eliminar a restrição supostamente imposta pelo mVT – inexistente, como visto –, na verdade, elimina uma das etapas da sistemática de cálculo da época e um dos seus elementos intrínsecos, o coeficiente legal, o que é incompatível com as condições impostas pelo STF para a procedência do pedido de readequação: o respeito ao ato jurídico perfeito e à irretroatividade das leis; a necessidade de preservação da equação primária do cálculo.

19. O coeficiente legal, aplicado no cálculo da segunda parcela da renda mensal, é elemento intrínseco ao cálculo; sua aplicação é essencial para a aferição de uma renda mensal (valor do benefício) mais compatível com o histórico contributivo do segurado. É precisamente por isso que ele correspondia a 1/30 a cada grupo de 12 contribuições que superasse o mVT. Com isso, o legislador assegurava um tratamento proporcional e isonômico aos segurados, aumentando, de um lado, o valor do benefício daqueles que vertiam contribuições superiores ao mVT na exata medida destas e, de outro, evitava que o segurado, nos últimos anos de atividade, recolhesse contribuições incompatíveis com o seu histórico contributivo como forma de inflar, artificialmente, o seu salário de benefício.

20. Reconhecida a possibilidade de os benefícios concedidos antes da promulgação da CF/88 serem objeto da readequação nos termos delineados no RE 564.354, DESDE que fique demonstrado que, no momento da concessão, o salário de benefício sofreu limitação pelo MVT – Maior Valor Teto. Precedentes da TNU (Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei (Turma) 0505630-53.2016.4.05.8500, TAIS VARGAS FERRACINI DE CAMPOS GURGEL - TURMA NACIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO) e de algumas das C. Turmas que compõem esta E. Seção.

21. Para o reconhecimento do direito à readequação dos benefícios pré-constitucionais aos novos tetos das ECs 20/98 e 41/03, é indispensável a demonstração de que o valor readequado resulte numa renda mensal superior àquela percebida pelo segurado quando da entrada em vigor dos novos tetos instituídos pelas ECs 20/98 e 41/03. Do contrário, não haverá proveito econômico ao segurado. Deve-se aferir se a readequação dá lugar a uma nova renda mensal em 12/1998 e 01/2004 superior à percebida pelo segurado, o que deve ser feito “mediante o confronto entre a evolução da média ajustada (mantendo-se os componentes do menor valor teto, coeficiente de benefícios, e coeficiente legal (1/30 para cada grupo de 12 contribuições acima do mVT)”, nos termos constantes das informações prestadas pelo Setor de Contadoria desta Corte (id. 143274610).

22. Assentada a necessidade de se aferir, ainda na fase de conhecimento, se a readequação pleiteada tem o condão de gerar proveito econômico ao segurado, já que a efetiva limitação do salário de benefício pelo MVT e o eventual proveito econômico daí decorrente consistem em fatos constitutivos do direito do segurado, devendo, por conseguinte, serem provados para que se possa reconhecer a procedência do pedido. Ademais, em razão da evolução legislativa sobre o tema e dos fatores econômicos e históricos relacionados ao salário mínimo, a existência de tal proveito econômico é de difícil constatação matemática, conforme estudos juntados aos autos, o que só vem a corroborar a necessidade de sua comprovação no caso concreto. Por fim, com tal exigência, evitam-se as denominadas execuções vazias e assegura-se uma prestação jurisdicional mais eficiente, impedindo que o Judiciário se debruce mais alinhadamente sobre uma questão que não trará quaisquer benefícios às partes.

23. Definida a seguinte tese jurídica: o mVT - menor valor teto funciona como um fator intrínseco do cálculo do valor do benefício e não pode ser afastado para fins de readequação; ao mesmo tempo, os benefícios concedidos antes da promulgação da CF/88 podem ser objeto da readequação nos termos delineados no RE 564.354, DESDE que, no momento da concessão, o benefício tenha sofrido limitação pelo MVT - maior valor teto, devendo tal limitação e eventual proveito econômico daí decorrente serem demonstrados na fase de conhecimento, observando-se em tal apuração a incidência de todos os fatores da fórmula de cálculo vigente no momento da concessão do benefício [mVT, coeficiente de benefício e coeficiente legal (1/30 para cada grupo de 12 contribuições superiores ao mVT)].

24. Incidente acolhido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Terceira Seção, por maioria, acompanhou o voto da Relatora, Desembargadora Federal INÊS VIRGÍNIA, fixando a seguinte tese jurídica: “o mVT (menor valor teto) funciona como um fator intrínseco do cálculo do valor do benefício e não pode ser afastado para fins de readequação; ao mesmo tempo, os benefícios concedidos antes da promulgação da CF/88 podem ser objeto da readequação nos termos delineados no RE 564.354, DESDE que, no momento da concessão, o benefício tenha sofrido limitação pelo MVT (maior valor teto), devendo tal limitação e eventual proveito econômico daí decorrente serem demonstrados na fase de conhecimento, observando-se em tal apuração a incidência de todos os fatores da fórmula de cálculo vigente no momento da concessão do benefício - mVT, coeficiente de benefício e coeficiente legal (1/30 para cada grupo de 12 contribuições superiores ao mVT)”. Acompanharam integralmente o voto da Relatora: Des. Fed. BATISTA GONÇALVES, Juíza Federal Convocada AUDREY GASPARINI, Juíza Federal Convocada LEILA PAIVA, Juíza Federal Convocada VANESSA MELO, Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA; Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO e Desembargador Federal DAVID DANTAS. Acompanharam a Relatora, com ressalvas pontuais: Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA (que entende que a limitação do MVT (maior valor teto) e eventual proveito econômico daí decorrente podem ser demonstrados na fase de cumprimento da sentença), Desembargadores Federais GILBERTO JORDAN e NELSON PORFÍRIO (referência expressa na tese jurídica fixada no voto da Relatora, no tocante à readequação, que o benefício tenha sofrido limitação de 90 por cento do Maior Valor Teto). Restaram vencidos: Desem-

bargadora Federal LÚCIA URSAIA, que votou para fixar a seguinte tese jurídica divergente: “para os benefícios concedidos antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 não há autorização legal, quer no Direito Positivo, quer na jurisprudência em regime de Repercussão Geral do RE 564.354-SE, para a alteração da metodologia de cálculo do benefício como prevista na C.L.P.S/Decreto 89.312/84, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade estrita, que rege o Direito Previdenciário como ramo do Direito Público; Desembargador Federal LUIZ STEFANINI, que acompanhou integralmente a divergência inaugural; Juiz Federal Convocado FERNANDO MENDES, Desembargador Federal PAULO DOMINGUES e Desembargador Federal CARLOS DELGADO, que acompanharam a divergência inaugural, com os acréscimos de fundamentos do voto-vista do Des. Fed. Carlos Delgado. , nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargadora Federal INÊS VIRGÍNIA - Relatora

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. DESEMBARGADORA FEDERAL INÊS VIRGÍNIA (RELATORA): Trata-se de IRDR - Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas instaurado pelo INSS – Instituto Nacional do Seguro Social, no qual se discute a possibilidade de aplicação da *ratio decidendi* do RE 564.354-SE aos benefícios concedidos antes da CF/88 – Constituição Federal de 1988.

1. A autarquia pede que *“seja integralmente provido o presente Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, firmando-se as seguintes teses: a) para os benefícios concedidos antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 é vedada a utilização do RE 546.354-SE para fins de alteração do “menor valor teto” ou, mais amplamente, de qualquer alteração da metodologia de cálculo do valor do benefício; b) Considerando a ausência de limites temporais em relação ao decidido no RE 546.354-SE, tal readequação aos novos tetos estabelecidos pelas Emendas Constitucionais n. 20/98 e 41/03 depende da demonstração, na fase de conhecimento, que ocorreu limitação do benefício à 90% do “maior valor teto”, sob pena de improcedência da demanda”*.

2. O pedido foi instruído com cópia integral da Apelação Cível de nº 5016916-50.2018.4.03.6183, de relatoria da e. Desembargadora Federal LÚCIA URSAIA, a partir do qual se originou este IRDR. Tal feito foi proposto por ALFREDO ANTÔNIO BATISTA CARDOSO, que é representado processualmente pelos nobres causídicos integrantes do escritório Silveira & Santos Sociedade de Advogados.

2.1. Na mencionada demanda individual, o autor alegou, em síntese, o seguinte: (i) “o Pretório Excelso em recente decisão tomada pelo Plenário Virtual no RE 937.595, com repercussão geral reconhecida, o STF reafirmou o entendimento de que não foi determinado nenhum limite temporal no” de modo que “Para os benefícios concedidos antes da vigência da Constituição Federal de 1988, o direito a recomposição dos excessos não aproveitados quando do cálculo inicial já foi assegurado pelo E. Supremo Tribunal Federal”; (ii) “O Plenário do STF entendeu que o segurado tem direito ao valor do salário de benefício original, calculado por ocasião de sua concessão”; (iii) a *ratio decidendi* do RE 564.354 “se aplica também aos benefícios concedidos antes da vigência da Constituição de 1988, pois suas rendas também estavam sujeitas à limitação pelo menor e maior valor do teto (arts. 21 e 23 do Decreto nº 89.312/1984, arts. 26 e 28 do Decreto nº 77.077/1976 e art. 23 da Lei nº 3.807/1960) e a decisão do STF não diferencia os benefícios com base na data de concessão”; (iv) “o salário de benefício original foi de 20.284,93 (VALOR DA RMI DEVIDA), mas em razão do critério de

cálculo vigente na época, ficou limitada a 10.400,00 (RMI CONCEDIDA)” de modo que “resta comprovado que o salário de benefício apurado de 20.284,93 superou o menor valor teto de 10.400,00”; (v) “Mesmo com a revisão pelo artigo 58 da ADCT, não houve recomposição das perdas ocorrida quando da concessão. Isto porque, a equivalência de salários mínimos trazida ao valor presente à época, foi limitada quando do cálculo inicial”; (vi) “Dentro deste raciocínio, de que deve ser preservado o salário de benefício, deverão ser levados em conta os efeitos financeiros a partir dos reajustes subsequentes à estipulação dos novos tetos pelas Emendas Constitucionais nº 20, de 1998, e nº 41, de 2003, ou seja, nos reajustes de junho de 1999 e de maio de 2004, o salário-de-benefício, sem incidência do Maior Valor-Teto aplicado na concessão, o qual deverá ser atualizado pelos mesmos índices de reajuste dos benefícios previdenciários até junho de 1999 e maio de 2004 (épocas em que serão aplicados, respectivamente, os tetos das Emendas Constitucionais nº 20, de 1998, e nº 41, de 2003). Sobre o novo salário-de-benefício deverá incidir o coeficiente de cálculo da aposentadoria, o que determinará a nova renda mensal devida ao segurado”; (vii) “Não se trata de alteração do critério inicial de cálculo, mas sim de recomposição do valor nominal do salário-de-benefício, haja vista que o salário de benefício sofreu limitação mediante a incidência do maior e menor valor teto”; (viii) “Tal direito vem sendo assegurado faz muitos anos pela jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, todas mantidas pelo E. Supremo Tribunal Federal”; (ix) “As Turmas Previdenciárias do Tribunal Regional Federal da Quarta Região, ainda sobre a matéria, confirmaram que, mesmo com a revisão promovida pelo art. 58/ADCT, ainda assim o prejuízo foi mantido. Isto porque, trouxe a valor presente da época a RMI limitada ao menor e maior valor teto”, devendo “ser aplicada a equivalência em salários mínimos da RMI utilizando-se a média dos salários de contribuição, sem a incidência de limitadores, que deverão incidir apenas por ocasião do pagamento, em cada competência (tetos e coeficiente de cálculo do benefício)”.

2.2 Com a inicial, o autor trouxe cópia de precedentes judiciais que encampam sua tese e cálculos de benefícios elaborados com base na sistemática que entende correto. Apresentou a simulação da “renda mensal devida” confrontando com a apuração da “renda mensal recebida” (Num. 50050251 - Pág. 1 e ss).

2.3. Regularmente processado o feito, foi proferida sentença, julgando improcedentes os pedidos formulados pelo autor. Sobreveio recurso da parte autora, que, em síntese, reiterou os argumentos articulados na exordial.

3. Proposto o IRDR, os autos foram a mim distribuídos, após o que determinei a remessa dos autos ao Ministério Público Federal, nos termos do artigo 976, §2º, do CPC/2015.

4. O *parquet* ofereceu parecer, no qual se manifestou pela admissão do IRDR, sugerindo a adoção de algumas medidas (id. 95301188).

5. A Egrégia Terceira Seção desta Colenda Corte, em sessão realizada em 12/12/2019, por unanimidade, decidiu admitir o IRDR, determinando, ainda, a “suspensão dos processos pendentes, individuais ou coletivos, que tenham como objeto a temática posta neste incidente e que tramitam nesta 3ª Região, inclusive dos feitos que correm nos Juizados Especiais Federais (artigo 982, I, do CPC/2015)”.

6. Em 30.12.2019, CARLOS GUEDES opôs os embargos de declaração de id. 113590095, os quais foram apreciados e rejeitados em sessão realizada no dia 08/10/2020, nos termos do voto de id. 144426969, tendo a e. Desembargadora Federal LUCIA URSAIA, em acréscimo de fundamentação, aduzido “em prol do fundamento de que o presente IRDR atendeu ao requisito negativo previsto no art. 976 parágrafo 4 do CPC/2015, que devemos observar a própria

Ementa do RE 546.354-SE/ STF que é expressa qto à Alteração do teto dos BENEFÍCIOS DO REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA , bem como todo o V acórdão e também todos os votos dos Srs Ministros da Suprema Corte , trataram da questão do teto dos BENEFÍCIOS do REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA , REGIME este que não existia antes da Constituição de 1988. Antes da CF/88 havia diversos regimes previdenciários sendo que o REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA foi criado na Constituição cidadã, portanto, podemos concluir que a tese firmada no RE 546.354-SE/STF não se aplica aos benefícios previdenciários concedidos antes da Constituição de 1988”, no que foi acompanhada pelo i. Desembargador Federal CARLOS DELGADO.

6.1. A par dos declaratórios, o embargante apresentou os seguintes argumentos contrários à tese defendida pelo INSS: (i) existiria estabilidade do tema afetado, diante do julgamento do RE 564.354-SE e disposição expressa do STF quanto à aplicação do resultado do julgamento, independente da data de concessão do benefício, de modo que não caberia “as cortes inferiores interpretação restritiva do julgamento, sob pena de nulidade absoluta do ato praticado, uma vez que além de ferir preceitos legais, fere os próprios princípios norteadores do processo civil em especial o da efetividade e da razoável duração do processo”; (ii) “por ocasião do Julgamento do RE 564.354-SE, o STF, definiu de forma clara e precisa que o salário de benefício integra-se ao patrimônio jurídico do segurado, ou seja, pertencem ele uma vez que ele pagou essas contribuições, não havendo que se falar em fonte de custeio, pois o mesmo já foi custeado pelo próprio segurado”; (iii) segundo o STF, “todo “O LIMITADOR” é externo à estrutura do cálculo, devendo o salário de benefício ser trazido no tempo para o recálculo da aposentadoria, sem estar limitado a RMI, (TAMBÉM CONFESSADO) que pode ser limitado devido a forma de cálculo da aposentadoria, na época da concessão, como ‘ao menor ou maior valor teto’”; (iv) “nos benefícios anteriores a CF de 1988, podem haver duas possibilidades de readequação do benefício: a) benefícios que foram limitados ao teto no momento da concessão; b) ou aqueles, mesmo não tendo havido a limitação na concessão, a média dos salários de contribuição (salário de benefício), sem o elemento extrínseco (maior valor teto ou menor valor teto), recomposta através do artigo 58 da ADCT, alcançar, em dezembro de 1991, valor igual ou maior que o teto do salário de contribuição então vigente, situação em que haverá excesso a ser considerado nos reajustes subsequentes (que é o caso dos autos) e da maioria dos aposentados anteriores a CF de 1988”, conforme RE nº 1.004.657 PR; (v) deve-se “pegar o salário de benefício, sem a limitação do maior e menor valor teto, e trazer ele no tempo aplicando o artigo 58 da ADCT, sem limitadores, que deverão incidir apenas por ocasião do pagamento, como bem ressaltado até mesmo pela ilustre advogada do suscitado, para assim chegarmos ao valor atual da RMA (renda mensal autal), limitando ao teto para fins de pagamento”, conforme RE 1.004.657/PR.

6.2. Com base em tais argumentos, pede “o recebimento dos presentes embargos, com efeito infringente, sanando-se a omissão desafetando o tema, uma vez que os mesmos já foi julgado, através de recursos repetitivos perante o STF, determinando-se o normal prosseguimento do feito, com a aplicação das” seguintes teses:

a)- o entendimento, do RE 564.354-SE, proferido pelo STF, na forma do artigo 104 do CPC, também se aplica aos benefícios concedidos antes da vigência da Constituição Federal de 1988, época em que a legislação previdenciária também estabelecia tetos a serem respeitados, no caso o menor e o maior valor teto, aplicáveis ao valor do salário de benefício (arts. 21 e 23 do Decreto nº 89.312/1984, arts. 26 e 28 do Decreto nº 77.077/1976 e art. 23 da Lei nº 3.807/1960), para pagamento.

b)- o art. 58/ADCT deve ser aplicado utilizando-se a média dos salários de contribuição, sem a incidência de limitadores, que deverão incidir apenas por ocasião do pagamento, em cada competência (tetos e coeficiente de cálculo do benefício).

c)- Em duas hipóteses o entendimento consagrado no STF poderá ser aplicado para recompor tais benefícios em razão de excessos não aproveitados:

(1) quando o salário de benefício tenha sofrido limitação mediante a incidência do menor valor teto e

(2) quando, mesmo não tendo havido essa limitação, a média dos salários de contribuição recomposta através do art. 58/ADCT alcançar, em dezembro de 1991, valor igual ou maior que o teto do salário de contribuição então vigente, situação em que haverá excesso a ser considerado nos reajustes subsequentes, pois, em janeiro de 1992, considerando que benefícios e teto do salário de contribuição do mês anterior receberam o mesmo índice de reajuste, fatalmente terá havido glosa por parte da autarquia previdenciária por ocasião do pagamento ao segurado/beneficiário, com reflexos que perduram até os dias atuais.

d)- O fato de a média dos salários de contribuição não ter sofrido limitação na data da concessão (por ter ficado abaixo do menor valor-teto) não impede que possa atingir valor superior ao teto do salário de contribuição em dezembro de 1991, o que geralmente ocorre quando o salário mínimo utilizado como divisor na aplicação do art. 58/ADCT está defasado (em competências que antecedem mês de reajuste), acarretando uma elevação da média, se considerada sua expressão em número de salários mínimos.

6.3 À petição foram anexados alguns precedentes jurisprudenciais, bem como cálculos realizados em processos em que se discute a mesma questão jurídica aqui debatida.

7. O acórdão que admitiu o IRDR (id. Num. 105213440) foi publicado em 21.01.2020.

8. Em 22.01.2020 foi expedido edital (id 122547469) “com a finalidade de INTIMAR os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida, para, querendo, apresentar(em) resposta aos termos do presente, no prazo de 60 dias, contados da data do vencimento deste”.

9. Proferi a decisão de id. 130789789, na qual (i) admiti a intervenção de CARLOS GUEDES; (ii) posterguei a análise dos pedidos formulados por GETULIO URSULINO NETTO e CARLOS JOÃO OLIVIERI; (iii) indeferi o pedido de intervenção formulado por e LOURDES JULIETA MORENO SANT ANNA e por MICHELE PETROSINO JUNIOR e OUTROS (petição de id. 128596122); (iv) mantive a determinação emanada da C. Terceira Seção desta Corte quanto à suspensão dos feitos que versem sobre o mesmo objeto deste IRDR; e (v) determinei que o INSS e o MPF fossem intimados para se manifestarem sobre os embargos de declaração de id. 113590095.

10. Na decisão de id. 133013113, determinei a realização de audiência pública, na forma disciplinada pelo artigo 938, §1º, do CPC/2015, a qual se realizou no dia 30/06/2020, com a presença dos Excelentíssimos Desembargadores Federais da Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, Consuelo Yoshida (Presidente), Inês Virgínia (Relatora), Carlos Delgado e Paulo Domingues, bem como as Juízas Federais Convocadas Leila Paiva e Vanessa Mello. A audiência foi transmitida online pela ferramenta Microsoft Teams. Após a manifestação do Ministério Público, na pessoa do Procurador Regional da República da 3ª Região Robério Nunes dos Anjos Filho, houve a exposição dos 11 especialistas presentes, e Instituições por eles representadas, na seguinte ordem: (i) EMANUELLE SILVEIRA DOS SANTOS BOSCAR-

DIN; (ii) JULIO CESAR BERTOCO: Integrante da Confederação Brasileira dos Aposentados e Pensionistas (COBAP) e da Federação das Associações de Aposentados, Pensionistas e Idosos do estado de São Paulo (FAPESP); (iii) GISELE LEMOS KRAVCHYN: Diretora de atuação judicial do Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário – IBDP; (iv) -FERNANDO CARDOSO SILVEIRA; (v) GIOVANNI MAGALHÃES DA SILVA: Representando o IEPREV – Instituto de Estudos Previdenciários; (vi) SÉRGIO GEROMES: Diretor de Cálculos do Instituto de Estudos Previdenciários (IEPREV) e Representante e Secretário da Comissão Especial de Direito Previdenciário da OAB/SP; (vii) -MICHELE PETROSINO JUNIOR; (viii) EDERSON RICARDO TEIXEIRA: ex-Diretor Tesoureiro do Instituto dos Advogados Previdenciários de São Paulo – IAPE; (ix) ELVIS GALLERA GARCIA, Secretário Adjunto de Previdência da Secretaria Especial de Previdência e Trabalho; (x) ANTÔNIO ALFREDO LINHARES ALVES: Analista do Seguro Social no Setor de Cálculos e Pagamentos Judiciais e Representante da Procuradoria Federal Especializada junto ao INSS, órgão de execução da Procuradoria; e (xi) VITOR FERNANDO GONÇALVES CORDULA: Procurador Federal, Diretor do Departamento de Contencioso, da Procuradoria Geral Federal do Distrito Federal. A íntegra da audiência pública está disponível no seguinte link: https://www.youtube.com/watch?v=OVe_3UD_7k4.

11. WALTER JOSÉ CAVANHA, por meio de suas advogadas Juliana Gracia Nogueira de Sá Reche e Lilian Cristina Vieira, requereu sua habilitação no IRDR (id. 134547802).

11.1 Defende, em síntese, o seguinte: (i) “O Supremo Tribunal Federal reconheceu o direito a revisão dos benefícios concedidos anteriormente a CF/88”; (ii) “Se somarmos os prejuízos sofridos pela diferença de reajustamento entre o limite do salário de contribuição e o salário de benefício, no período anterior à Constituição Federal (31,34%) e o entre 12/1998 e 11/2003 (42,66%), como muito bem salientou o eminente Ministro Gilmar Mendes em seu Voto, chegaremos a marca surpreendente de 74,00% de diferença, ou podemos denominar de confisco”; (iii) “DA MESMA FORMA QUE O MAIOR VALOR-TETO SE ENCONTRA DEFAZADO FRENTE AOS NOVOS LIMITE CRIADOS PELAS EC 20/1998 E 41/2003, O MESMO OCORRE COM O MENOR VALOR-TETO QUE A ESTE É ALINHADO PELA METADE E DA MESMA FORMA IMPÕE REDUÇÃO À MÉDIA DOS SALÁRIOS DE CONTRIBUIÇÃO”; (iv) “Não se trata de alteração da metodologia de cálculo do valor do benefício, mas sim de preservação da média contributiva (salário de benefício)”; (v) “Não importa o valor da renda mensal inicial original, e sim o desprezo da média pura dos salários-de-contribuição quando do cálculo originário”; (vi) “Preservar o valor do salário de benefício, a melhor alternativa, é atualizar a média dos salários de contribuição até a vigência das emendas constitucionais que elevaram o teto, para só então confrontá-la, e posteriormente, aplicar o coeficiente de cálculo original”.

11.2 Argumenta que “Restou consagrado pela Corte Maior o pressuposto de que o salário-de-benefício é patrimônio jurídico do segurado, calculado segundo critérios relacionados à sua vida contributiva, menor e maior valor-teto já se configuravam como limitadores externos aplicáveis na definição da renda mensal inicial do benefício a ser paga. Portanto, integram o mecanismo de cálculo da renda mensal inicial, que é etapa posterior à apuração do salário de benefício, mas não definem o salário-de-benefício” e que “restou fixado pelo STF o entendimento de que o limitador é elemento externo à estrutura jurídica do benefício previdenciário, o valor apurado para o salário de benefício integra-se ao patrimônio jurídico do segurado, razão pela qual todo o excesso não aproveitado como consequência dessa restrição poderá ser utilizado sempre que alterado o teto, adequando-se ao novo limite”, de modo que “No campo prático, deve ser suprimida a aplicação do menor valor teto no cálculo do benefício. Assim, a média dos salários de contribuição é submetida apenas ao coeficiente

relativo ao tempo de contribuição/serviço, podendo resultar numa RMI maior que a concedida (ou revisada), cuja diferença evoluirá sempre limitada ao maior valor teto (em cada competência), exclusivamente para fins de pagamento”.

11.3 Com a petição, apresentou cópia das peças de seu processo sobrestado, além de precedentes judiciais.

12. JOEL PEREIRA DE SOUZA e ANTONIO LOPES, por meio dos advogados componentes do escritório Xavier & Cretella Advogados, pleitearam sua habilitação no feito, ao argumento de seus processos foram suspensos em razão do quanto determinado neste IRDR (id. 134548182).

12.1 Defendem que a *ratio decidendi* do RE 564.354/SE deve ser aplicada aos seus benefícios, concedidos antes do advento da CF/88, apresentando, para tanto, os seguintes argumentos: (i) “o salário-de-benefício calculado em função dos salários-de-contribuição, representa o patrimônio contributivo do segurado”, de modo que “a primeira tarefa que cabe ao julgador é compreender que o teto que trata o RE 564.354/SE é um limitador que tem como principal propriedade e objetivo, impedir a utilização de 100% (cem por cento) do valor do patrimônio jurídico do segurado (salário-de-benefício), ou seja, diminuir o valor do salário-de-benefício para, somente após, calcular a renda mensal”; (ii) “o principal fundamento que serviu de base para que o Pleno do E. STF adotasse o entendimento de que o teto é elemento externo (extrínseco) à estrutura jurídica do benefício foi formulado pelo Ministro Marco Aurélio de Mello no RE 451.2413/SC”, e, com base nele, “o Pleno do STF passou a analisar os efeitos do teto e o fato do mesmo não ter a propriedade de se incorporar ao cálculo do benefício”; (iii) “pelo seu caráter transitório, que o teto não pode ser tratado como disciplina para o futuro e, assim, não tem como integrar o patrimônio jurídico do(a) segurado(a) e se incorporar aos cálculos e atos concessórios”, ao passo que “as contribuições, o sexo, a idade, o tipo de atividade laboral e o tempo de serviço do(a) segurado(a) são patrimônios fixos e permanentes, com vocação de disciplina para o futuro e, por isso, se incorporam aos cálculos e atos concessórios”; (iv) “o RE 564.354/SE deve ser aplicado somente no caso em que o salário-de-benefício tenha sido calculado exclusivamente em função dos salários-de-contribuição ou, ainda, em função de reajustamento de salário-de-benefício por força de conversão de benefício (Ex. conversão de auxílio-acidente em aposentadoria por invalidez)”, bastando, para a sua aplicação, que “tenha ocorrido à incidência do teto sobre o salário-de-benefício, dispensando qualquer tipo de necessidade de outra limitação”, o que afastaria a argumentação autárquica, no sentido de que “somente seja procedente se o benefício for limitado à 90% do ‘maior valor teto’”, já que, segundo o STF, “o salário-de-benefício permanece inalterado mesmo que a renda mensal percebida seja inferior justifica o porque a adequação aos novos tetos deve ser promovida mediante o reajustamento do salário-de-benefício, pelos índices oficiais, até a edição das Emendas, época em que deverá, aí sim, ser observado os novos tetos”; (v) “todas as interpretações que se louvam na fórmula e/ou metodologia de cálculo do benefício devem ser extirpadas das decisões desta R. Corte porque estão totalmente dissociados do RE 564.354/SE, já “que o RE 564.354/SE não discutiu os cálculos e muito menos a metodologia observada”, mas apenas “Se, no cálculo, independente da metodologia adotada, houve ou não houve a aplicação do teto”, concluindo que “o teto faz parte do cálculo concessório e serve para apurar a renda mensal. Ele somente não se incorpora ao cálculo pelo seu caráter transitório, sem imposição de disciplina para o futuro, conforme já assinalado mais acima”; (vi) “O STF JÁ ESCLARECEU QUE NÃO HÁ IMPOSIÇÃO DE LIMITE TEMPORAL PARA A APLICAÇÃO DO RE 564.354/SE. ASSIM, TODOS OS FUNDAMENTOS E REQUISITOS ESPECIFICADOS NA FORMULAÇÃO DOS ARGUMENTOS ACIMA DEVEM SER RESPEITADOS E APLICADOS INDEPENDENTE

DA DATA DE INICIO DO BENEFÍCIO”; (vii) “No caso dos benefícios anteriores a CF/1988, é inegável que, observada a legislação vigente à época, quando o salário-de-benefício superava o MENOR VALOR TETO ou o MAIOR VALOR TETO, o cálculo da renda mensal não utilizava 100% do valor do salário-de-benefício”, inexistindo diferença entre a legislação previdenciária anterior à CF/1988 e a lei 8.213/91, pois em ambas as legislações, a renda mensal é calculada em função do salário-de-benefício e este, por sua vez, é calculado, exclusivamente, em função salários de contribuição; (viii) matematicamente, o maior valor teto e o menor valor teto previstos na legislação previdenciária anterior a CF/1988 tinham as mesmas propriedades e objetivos do teto da lei 8.213/91, qual seja, impedir, para efeito de cálculo da renda mensal, a utilização de 100% (cem por cento) do valor do patrimônio jurídico do segurado representado pelo salário-de-benefício; (ix) tanto o maior valor teto quanto o menor valor teto tiveram natureza jurídica transitória e, por isso, também não detinham vocação de disciplina para o futuro; suas aplicações nos cálculos dos benefícios anteriores a CF/1988 não se incorporaram ao benefício implantado e, conseqüentemente, não se incorporaram aos cálculos e ato concessório; (x) “o legislador deixou absolutamente claro que o MAIOR VALOR TETO e o MENOR VALOR TETO eram tetos aplicáveis ao salário-de-benefício”; (xi) “mesmo se o aposentado tivesse contribuído 360 meses acima do Menor Valor Teto (30 grupos = 30 anos), o que na prática era impossível porque referido instituto existiu durante apenas 15 anos (até a lei 8.213/91), o aproveitamento dessas contribuições superiores ao Menor Valor Teto era limitada a 80% do valor apurado”; e “o MENOR VALOR TETO também era aplicado no cálculo da renda mensal quando o salário-de-benefício superava o MAIOR VALOR TETO, ou seja, a limitação imposta pelo MENOR VALOR TETO era aplicada sempre que o salário-de-benefício superava o MENOR VALOR TETO ou o MAIOR VALOR TETO”, de sorte que “não existe diferença de vocação entre o MAIOR E MENOR VALOR TETO. Ambos não tratam de disciplina para o futuro, foram transitórios e, portanto, assim como o teto do RGPS, não se coadunaram e ou se incorporaram aos cálculos concessórios”.

12.2. Com a petição, apresentaram cópia de peças processuais dos feitos que ajuizaram.

13. O IBDP – Instituto brasileiro de Direito Previdenciário requereu sua admissão como *amicus curiae*, sustentando (i) sua representatividade, por se tratar de associação civil de cunho científico-jurídico e de finalidade sociocultural, sem fins lucrativos e apartidários que tem por objetivo a defesa dos direitos previdenciários; e (ii) a grande relevância social e previdenciária no tema e a capacitação técnica do IBDP para colaborar no julgamento do presente processo que será aplicado em diversos outros casos. Pede, assim, sua admissão na figura de *amicus curiae* no presente IRDR, nos termos do art. 138 do NCPC, a abertura de prazo para apresentação de razões complementares e sua habilitação para acompanhar o feito, proceder as manifestações e apresentar documentos que se façam necessário ao justo deslinde da questão.

14. Os nobres causídicos ALEXANDRE AUGUSTO FORCINITTTI VALERA e JULIO CESAR BERTOCO apresentaram os memoriais de id. Num. 136498161.

15. O INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO (IBDP) apresentou os memoriais de id. 136523010.

16. SILVEIRA ADVOGADOS ASSOCIADOS apresentou os memoriais de id. 136609155, sugerindo 4 (quatro) processos para serem utilizados como processo-piloto.

17. O INSTITUTO DOS ADVOGADOS PREVIDENCIÁRIOS – IAPE apresentou memoriais acerca de sua manifestação em audiência pública realizada no dia 30/06/2020 (id. 136716561).

18. O INSS trouxe aos autos os memoriais de id. Num. 136717145, bem assim cópia da explanação acerca do cálculos dos benefícios previdenciários no período pré-constitucional, apresentada na audiência pública realizada em 30.06.2020 (id. 136717163).

19. EMANUELLE SILVEIRA DOS SANTOS BOSCARDIN e FERNANDA SILVEIRA DOS SANTOS, advogadas constituídas pelo autor do processo em que foi proposto o presente IRDR, apresentaram memoriais de id. Num. 136957003.

20. Proferi “decisão de organização do IRDR” (id 141540862), na qual:

ADMITI A INTERVENÇÃO de (c) WALTER JOSÉ CAVANHA e (d) JOEL PEREIRA DE SOUZA e ANTONIO LOPES;

INDEFIRI os pleitos deduzidos por (a) GETULIO URSULINO NETTO; (b) CARLOS JOÃO OLIVIERI; (e) VALDETE DIAS LANDIN; (f) SORAYA HORN DE ARAÚJO MATTOS; (g) EMANUELLE SILVEIRA DOS SANTOS BOSCARDINI e FERNANDA SILVEIRA DOS SANTOS; e por (h) ELENICE PAVELOSQUE GUARDACHONE e JOSI PAVELOSQUE;

DEFERI A HABILITAÇÃO do IBDP – Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário como *amicus curiae*;

SELECIONEI o feito de n. 5003858-43.2019.4.03.6183, de minha relatoria, para figurar como o segundo caso-piloto para o presente incidente, o qual foi posteriormente desafetado, na forma da decisão de id. 148924631; e

DETERMINEI expedição de ofício ao Setor de Cálculos desta Egrégia Corte, para manifestação, no prazo de 15 (quinze) dias, sobre os cálculos apresentados nos processos-piloto (5016916-50.2018.4.03.6183 e 5003858-43.2019.4.03.6183) e sobre a apresentação trazida aos autos pela autarquia previdenciária (id. 136717163), facultando, ainda, a apresentação de outras considerações que se entendam relevantes para a elucidação da questão de direito aqui controvertida, considerando a experiência de mencionado setor com processos que versem sobre a temática deste IRDR.

21. JOEL PEREIRA DE SOUZA, ANTONIO LOPES e REINALDO RIBEIRO DA SILVA opuseram, em face da decisão de id. 141540862, os embargos de declaração de id. 142455821, complementado pelas razões de id. 142525611, e apresentaram os quesitos de id. 142455824.

22. A Contadoria desta Corte, em atendimento à decisão de id. 143274610, prestou as informações de id. 143274610.

23. Os embargantes apresentaram os memoriais de id. 143987891.

24. Em sessão realizada no dia 08/10/2020, foram rejeitados os embargos de declaração opostos contra o acórdão que admitira a instauração deste IRDR, nos termos do voo de id. 144426969, tendo a e. Desembargadora Federal LUCIA URSAIA, em acréscimo de fundamentação, aduzido “*em prol do fundamento de que o presente IRDR atendeu ao requisito negativo previsto no art. 976 parágrafo 4 do CPC/2015, que devemos observar a própria Ementa do RE 546.354-SE/ STF que é expressa qto à Alteração do teto dos BENEFÍCIOS DO REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA , bem como todo o V acórdão e também todos os votos dos Srs Ministros da Suprema Corte , trataram da questão do teto dos BENEFÍCIOS do REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA , REGIME este que não existia antes da Constituição de 1988. Antes da CF/88 havia diversos regimes previdenciários sendo que o REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA foi criado na Contituição cidadã, portanto, podemos concluir que a tese firmada no RE 546.354-SE/STF não se aplica aos benefícios previdenciários concedidos antes da Constituição de 1988*”, no que foi acompanhada pelo i. Desembargador Federal CARLOS DELGADO.

25. Na decisão de id. 144679147, (i) rejeitei os embargos declaratórios de id. 142455821, complementados pela petição de id. 142525611; (ii) indeferi o pedido de apresentação de quesitos formulados na petição de id. 142455824; (iii) promovi a juntada do estudo realizado por servidora dessa Corte; e (iv) dei por encerrada a instrução deste incidente, determinando que as partes, interessados e o *amicus curiae* habilitados fossem intimados para, querendo, apresentarem, no prazo de 15 (quinze) dias, razões finais e manifestação sobre as informações da Contadoria e sobre o estudo cuja juntada se promoveu.

26. O INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO – IBDP apresentou razões finais e manifestação sobre as informações da Contadoria, aduzindo, em síntese, o seguinte: (i) “o salário de benefício era antes da CF/1988 e ainda é a média de contribuições e não esse ou aquele teto”; (ii) “O menor valor teto é um limitador aplicável após o cálculo da média das contribuições, assim como o teto de hoje também o é”, de modo que “havendo montante excedente ao menor valor teto, esses deverão ser analisados quando da entrada em vigor das EC 20 e 41”; (iii) “O Supremo Tribunal Federal tem entendimento pacificado no tocante à aplicação das Emendas Constitucionais 20/1998 e 41/2003, para os benefícios concedidos antes da promulgação da Constituição Federal de 1988”; (iv) “O salário de benefício incorpora ao patrimônio jurídico do segurado. Assim, a integralidade do salário de benefício deve ser assegurada desde que não haja efetiva alteração na metodologia de cálculo do valor do benefício. Para tanto, é irrelevante se o salário de benefício foi limitado no menor ou no maior valor teto”; (v) “é desarrazoado lesar o patrimônio jurídico do segurado aposentado antes da promulgação da CFRB/88, que pode ter sofrido redução significativa em seus proventos previdenciários pela aplicação dos tetos da época”.

26.1. Nesse passo, pede que seja firmada a seguinte tese: “O requisito para a aplicação dos novos tetos das EC 20/98 e 41/03 aos benefícios concedidos anteriormente à sua vigência é que o salário de benefício tenha sofrido, à época de sua concessão, diminuição em razão da incidência do limitador previdenciário, o que alcança inclusive os benefícios concedidos antes da Constituição Federal de 1988, caso limitados pelo menor ou maior valor teto” e que “A análise sobre a efetiva existência de eventual direito às diferenças deve ser feita caso a caso, conforme os parâmetros já definidos no acórdão do já referido RE 564.354”.

27. EMANUELLE SILVEIRA DOS SANTOS BOSCARDIN, advogada do autor do primeiro processo piloto, apresentou manifestação (id. 146989733), argumentando, em síntese, o seguinte:

27.1. O parecer da contadoria desta Corte e o estudo de id. estariam equivocados, eis que (a) o próprio INSS em seu parecer nesse Incidente reconhece o menor valor teto como limitador; (b) também a Suprema Corte já reformou decisão deste E. TRF 3, bem os dos TRFs 1, 2 e 4, reconhecendo o menor valor teto; (c) os TRFs 1, 2 e 4 alteraram o entendimento e atualmente reconhecem o menor valor teto como limitador do salário de benefício; e (d) a revisão promovida pelo artigo 58 da ADCT não promoveu recomposição alguma, e nem mesmo pode servir de base de cálculo da revisão em debate, já que apenas estabeleceu um critério de reajuste que adotou como parâmetro a renda inicial limitada (e não o salário-de-benefício, como fez o *leading case* julgado STF).

27.2. “Em razão do desprezo de parte do salário de benefício para os casos de limitação ao menor valor teto é que a Suprema Corte vem reconhecendo o menor valor teto como limitador e, reiteradamente, reformando decisões dos Tribunais inferiores que haviam entendido que o benefício limitado ao menor valor teto não faz jus a revisão. Inclusive decisão deste E. Tribunal foi reformada (Min. Edson Fachin RE 1151616/SP)”.

27.3. Em parecer oferecido no Incidente Assunção de Competência de n. 50377997620194040000, no TRF da 4ª região, a Advocacia Geral da União, na condição de AMICUS CURIAE, reconheceu que tendo o salário de benefício sido limitado ao teto, deve ser assegurado o patrimônio jurídico do segurado, e que os limitadores adotados para a realização do cálculo à época da concessão do benefício (no caso menor e maior valor teto), são limitadores elementos externos ao benefício, não servindo como critério para revisão.

27.4. Deve-se “preservar o salário-de-benefício, entendido como a média dos salários-de-contribuição no período básico de cálculo, por consistir na melhor representação da relação financeira do segurado com a previdência social”.

28. JOEL PEREIRA DE SOUZA, ANTONIO LOPES e REINALDO RIBEIRO DA SILVA apresentaram manifestação sobre as informações da Contadoria anexadas aos autos e ofereceram as suas alegações finais, defendendo, em síntese, o seguinte:

28.1 As informações prestadas pela Contadoria e o estudo de id. 144853232 conteriam omissões e equívocos;

28.2 “O elemento que teve a sua natureza jurídica definida no RE564.354/SE como elemento externo à estrutura jurídica do benefício é o LIMITE DO SALÁRIO-DE-BENEFÍCIO, que não é o mesmo limite do valor do benefício”; sendo que “O limite do art. 33 da Lei 8.213/91, evocado na referida R. Decisão dispõe sobre o limite da renda mensal (RM), E NÃO SOBRE O LIMITE DO SALÁRIO-DE-BENEFÍCIO, OBJETO DO RE 564.354/SE, O QUAL ESTÁ PREVISTO NO ART. 29 DA Lei 8.213/91”;

28.3. Em sede de repercussão geral, foram firmados os seguintes parâmetros que devem ser adotados pelos julgadores para aplicarem a tese firmada no RE 564.354/SE: (a) “não importa como se calcula o benefício. O que importa é saber se, nos cálculos iniciais, seja nesse sistema ou naquele sistema, o salário-de-benefício sofreu a incidência de limitador externo à estrutura jurídica do benefício e se a Renda Mensal seria maior, não fosse a sua incidência”; (b) “Em caso positivo, o salário-de-benefício deve ser reajustado pelos índices e critérios oficiais de reajuste até a edição das Emendas 20 e 41, época em que o salário-de-benefício já reajustado deverá observar os novos tetos constitucionais”.

28.4. “A fórmula de cálculo do salário-de-benefício da CLPS é exatamente a mesma do cálculo do salário-de-benefício da Lei 8.213/91. Em ambas as leis o salário-de-benefício resultava da atualização dos salários-de-contribuição, representa a vida contributiva do segurado e se incorpora ao seu patrimônio jurídico”;

28.5. “Tanto na CLPS quanto na Lei 8.213/91, a regra geral é que a RMI era calculada com base no valor integral do salário-de-benefício. A exceção a essa regra era quando o salário-de-benefício superava o seu limitador previdenciário previsto em lei; - Na CLPS, quando o salário-de-benefício superava o MAIOR e/ou o MENOR valor-teto, parte do salário-de-benefício era sempre descartada, gerando excedente não aproveitado pelos aposentados à época da concessão e até hoje;

28.6. “Os artigos 225, §3º do Dec. 77.076/77 e 212 do Dec. 89.312/84 dispõem de forma clara e cristalina que o MAIOR e o MENOR valor-teto eram limitadores previdenciários do salário-de-benefício e, quando sobre ele incidiam, provocavam a sua diminuição;”

28.7. “O artigo 136 da Lei 8.213/91 que suprimiu da legislação previdenciária o MAIOR e o MENOR valor-teto também deixa claro que estes institutos eram dedicados à limitação do salário-de-benefício”;

28.8. Requer, assim, seja fixada a seguinte tese no presente IRDR: (a) é aplicável o RE 564.354/SE aos benefícios anteriores a CF/1988 cujo salário-de-benefício tenha sofrido a incidência do MENOR valor-teto; (b) a nova RMB adequada aos novos tetos deverá ser apurada através do reajuste do salário-de-benefício pelos índices e critérios oficiais até a edição das Emendas Constitucionais 20 e 41, época em que o salário-de-benefício já reajustado deverá observar os novos tetos constitucionais, observando, também, que no período do art. 58 do ADCT, o salário-de-benefício deverá observar a conversão em salários-mínimos preconizada pelo referido dispositivo constitucional.

29. WALTER JOSÉ CAVANHA manifestou-se na petição de id. 147249784, aduzindo o seguinte: (i) o Supremo Tribunal Federal reconheceu o direito a revisão dos benefícios concedidos anteriormente a CF/88; (ii) não estamos diante de alteração da metodologia de cálculo do valor do benefício, mas sim de preservação da média contributiva (salário de benefício); (iii) não importa o valor da renda mensal inicial original, e sim o desprezo da média pura dos salários-de-contribuição quando do cálculo originário, e, por fim; (iv) uma vez já reconhecido que o maior valor-teto é abate teto que se deve afastar da média, o mesmo entendimento deve ser estendido ao menor valor-teto, uma vez que este último é exatamente a metade daquele, que na mesma ordem está defasado em relação aos tetos criados pelas Emendas Constitucionais 20/98 e 41/2003”.

29.1. Com base em tais argumentos, pede o “reconhecimento através deste Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que o Menor e o Maior Valor Teto são limitadores externos ao salário de benefício, sendo, portanto, reconhecidas as diferenças resultantes do afastamento destes limitadores desde a concessão, apurando-se eventuais diferenças a partir do advento das emendas constitucionais 20/98 e 41/2003, levando-se em conta a média legítima dos salários-de-contribuição e o coeficiente de cálculo de cada benefício”.

29.2 Colaciona aos autos o parecer ofertado pelo MPF, no IAC 5037799-76.2019.4.04.0000, em trâmite no TRF da 4ª Região (id. 147249798).

30. CARLOS GUEDES apresentou a manifestação de id. 147646889, na qual defende, em síntese, o seguinte:

30.1 É cabível a “aplicação do RE 564.354, aos benefícios anteriores a CF de 1988, INDENPENDENTE DE ESTAREM LIMITADOS AO MENOR OU MAIOR VALOR TETO, DEVENDO SER READEQUADO O BENEFÍCIO COM BASE NO SALÁRIO DE BENEFICIO, E NÃO COM BASE NA RMI (AFINAL DA RMI- FOI LIMITADA PELO MENOR OU MAIOR VALOTE TETO NA CONCESSÃO”;

30.2. “o STF, ao julgar o RE 564.354, definiu de forma clara e precisa que o salário de benefício integra-se ao patrimônio jurídico do segurado, ou seja, pertencem ele uma vez que ele pagou essas contribuições, não havendo que se falar em fonte de custeio, pois o mesmo já foi custeado pelo próprio segurado, senão o STF, não chegaria a esse consenso”;

30.3. “e todo o Limitador é externo à estrutura do cálculo, devendo o salário de benefício ser trazido no tempo para o recálculo da aposentadoria, sem estar limitado a RMI, que pode ter limitada devido a forma de cálculo da aposentadoria, na época da concessão, como “ao menor ou maior valor teto”.

30.4. “deve ser feito o recálculo da readequação do benefício levando em conta, o salário de BENEFICIO e não RMI QUE FOI UTILIZADA PELO INSS, pois está foi limitada ao teto para fins de pagamento, RESUMINDO A RENDA MENSAL INICIAL, não precisa estar limitada ao teto, para os benefícios antes de 1988, somente pode ser esse um motivo, mas além deste motivo, também fazem jus aqueles que readequando o salário de benefício e aplicando a revisão do artigo 58 da ADCT, em dezembro de 1991, suplementam o teto como no caso em tela”

31. O INSS apresentou memoriais (id. 147755344), nos quais requer sejam firmadas as seguintes teses: (a) para os benefícios concedidos antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 é vedada a utilização do RE 546.354-SE para fins de alteração do “menor valor teto” ou, mais amplamente, de qualquer alteração da metodologia de cálculo do valor do benefício; (b) Considerando a ausência de limites temporais em relação ao decidido no RE 546.354-SE, tal readequação aos novos tetos estabelecidos pelas Emendas Constitucionais n. 20/98 e 41/03 depende da demonstração, na fase de conhecimento, que ocorreu limitação do benefício ao “maior valor teto”, sob pena de improcedência da demanda; e (c) Requer, ademais, a juntada de parecer técnico da lavra do Analista do Seguro Social Antônio Alfredo Linhares Alves, que nos termos da decisão contida no ID 14467914, contem manifestação sobre as informações da contadoria judicial.

32. O Ministério público Federal apresentou parecer, no qual opina “pelo parcial acolhimento da pretensão do INSS, para o fim de limitar a aplicação do RE 546.354-SE aos benefícios anteriores à CF/88 unicamente ao conceito de “maior valor-teto”, preservando-se hígida a fórmula de cálculo da RMI, permitindo-se, porém, aos segurados, a demonstração do direito em fase de cumprimento de sentença ou execução”.

É o relatório do essencial.

Desembargadora Federal INÊS VIRGÍNIA - Relatora

VOTO

A EXMA. SRA. DESEMBARGADORA FEDERAL INÊS VIRGÍNIA (RELATORA): Trata-se de IRDR - Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas instaurado pelo INSS – Instituto Nacional do Seguro Social, no qual se discute a possibilidade de aplicação da *ratio decidendi* do RE 546.354-SE aos benefícios concedidos antes da CF/88 – Constituição Federal de 1988.

DA SUSPENSÃO DO JULGAMENTO DO PROCESSO-PILOTO EM RAZÃO DA CONSTATAÇÃO DO ÓBITO DO AUTOR. POSSIBILIDADE DE IMEDIATO JULGAMENTO DO MÉRITO DO IRDR. AUTONOMIA ENTRE OS PROCEDIMENTOS. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 976, §1º C.C OS ARTIGOS 978 E 980, TODOS DO CPC/2015.

No documento de id. Num. 147755363 - Pág. 2, juntado aos autos pelo INSS em 24/11/2020, consta a informação de que o benefício do autor (ALFREDO ANTONIO BATISTA CARDOSO) do processo-piloto em que proposto o presente incidente encontra-se na seguinte situação: “CESSADO PELO SISOB”.

Embora o óbito do autor não tenha sido noticiado no feito de n. 5016916-50.2018.4.03.6183, em consulta ao sistema CNIS, verifiquei que, de fato, o benefício em tela fora cessado, em razão do falecimento do seu beneficiário. Nessa situação, faz-se necessário suspender o trâmite de referido processo individual, para fins de regularização da representação processual, nos termos do art. 313, I, do CPC/15.

A suspensão de um dos processos-piloto que instruem o IRDR remete à dicção do artigo 978, parágrafo único, do CPC/2015, que estabelece que: “O órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente”.

Portanto, para definição da possibilidade de julgamento do IRDR em apartado de um dos seus processos-piloto, faz-se necessário verificar se o termo “igualmente” é utilizado como sinônimo de simultaneamente ou no sentido de que tanto o IRDR como todos os processos-piloto serão julgados pelo mesmo órgão.

Marcos Cavalcanti, ao analisar o dispositivo em comento, destaca que o art. 978, parágrafo único *“deixa claro que há um desmembramento de julgamento ao dizer que o órgão colegiado incumbido de julgar o incidente julgará igualmente a causa pendente. Julgar igualmente não é o mesmo que ‘julgar simultaneamente’ (...) são duas decisões, uma abstrata, que julga e fixa a tese no IRDR, e outra concreta e posterior, que decide a lide posta no processo pendente no tribunal.”* (CAVALCANTI, Marcos. *Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)*. Editora RT, 2016, p.227-228).

Entendo acertada a posição do doutrinador. O dispositivo pretende garantir que os processos-pilotos sejam submetidos ao mesmo órgão que julgou o IRDR. O critério de sincronicidade não pode ser extraído do dispositivo em análise, sendo possível o julgamento posterior, após a fixação da tese e, por óbvio, sendo impossível o desmembramento para julgamento antecedente, já que isso afetaria toda a lógica do julgamento do IRDR.

A compreensão do citado artigo e da exclusão da sincronicidade está em conformidade com a posição que adoto acerca da natureza do IRDR: de um incidente que tem como mote único a fixação da tese sobre a questão de direito, desvinculado da apreciação do conflito subjetivo. Nesse sentido, Sofia Temer destaca que *“Haveria, então, uma cisão cognitiva, com fixação de tese em abstrato, sem aplicação direta ao caso concreto, assumindo o incidente uma feição objetiva. Alguns autores empregam a nomenclatura ‘procedimento-modelo’ para se referirem à natureza do IRDR”* (TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*, Editora JusPodvim, 3ª edição, 2018, p. 67-69). A outra posição possível é a de que o incidente se caracteriza como uma unidade cognitiva-decisória, com a resolução do conflito subjetivo somada à solução da controvérsia da questão de direito (objetiva).

Filio-me ao entendimento de que o IRDR forma um procedimento-modelo com a finalidade de fixar a tese jurídica. Em razão disso, entendo ser possível que o IRDR e a causa-piloto sejam julgados em momentos distintos, sempre observando-se a precedência no julgamento do incidente. Importa destacar que a solução da questão comum (veiculada no IRDR) é diferente da solução do caso concreto (veiculada no processo-piloto). Para resolver a questão comum - e fixar a tese jurídica, o processo deve reunir elementos que permitam o conhecimento da controvérsia; e o processo-piloto é um dos elementos que serve de suporte para formação do incidente, mas não é o único para o deslinde da controvérsia da questão de direito.

Registro, de logo, que, mesmo com o julgamento não simultâneo do processo-piloto/ da apelação de n. 5016916-50.2018.4.03.6183, há nos autos elementos suficientes para a análise da controvérsia estabelecida, tendo em vista (i) a efetiva participação do AUTOR do processo-piloto neste incidente, inclusive com a exposição da sua advogada EMANUELLE S. SANTOS BOSCARDIN na audiência pública realizada em 30.06.2020 e apresentação de memoriais (id. 146989733); (ii) as manifestações apresentadas pelos interessados CARLOS GUEDES; WALTER JOSÉ CAVANHA e JOEL PEREIRA DE SOUZA e ANTONIO LOPES; (iii) a participação do IBDP – Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário como *amicus curiae*; (iv) a realização de audiência pública, na forma disciplinada pelo artigo 938, §1º, do CPC/2015, em que houve a exposição de 11 (onze) especialistas no tema em debate, e Instituições por eles representadas; e (v) a juntada de estudos técnicos pela contadoria do Tribunal e por servidora desta casa, com finalidade de esclarecimento e diálogo com os dados trazidos pelos expositores da audiência pública.

No mais, cabe trazer a previsão do artigo 976, §1º, do CPC, segundo o qual *“A desistência ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente”*. Essa previsão legal tem todo sentido, já que uma vez instaurado o incidente, passam a correr, a um só tempo,

dois procedimentos: (i) o do recurso ou do processo originário, em que se discute a questão individual da parte; e (ii) o incidental, que tem por objeto a definição da tese. Isso é o que explicam Fredie Didier e Leonardo Carneiro da Cunha:

Quando se seleciona um caso para julgamento, instaura-se um novo procedimento. Esse procedimento incidental é instaurado e não se confunde com o procedimento principal originário ou recursal. [...] Quer isso dizer que surgem, paralelamente, dois procedimentos: a) o do processo originário ou do recurso, que é o procedimento principal, destinado a resolver a questão individual da parte; e b) o procedimento incidental de definição do precedente ou da tese a ser adotada, que haverá de ser seguida pelos demais órgãos jurisdicionais (art. 927, III, CPC) e que repercutirá na análise dos demais processos que estão sobrestados para julgamento. Este último procedimento tem uma feição objetiva, não devendo ser objeto de desistência, da mesma forma que não se admite a desistência em processos de controle concentrado de constitucionalidade.

O objeto desse incidente é a fixação de uma tese jurídica geral. Quando o autor ou recorrente, num caso como esses, desiste da ação ou do recurso, a desistência deve atingir, apenas, o procedimento relativo a uma dessas demandas. Tal desistência, todavia, não atinge o segundo procedimento, instaurado para definição da tese a ser adotada pelo tribunal. Em suma, a desistência não impede o julgamento, com a definição da tese a ser adotada pelo tribunal, mas tal julgamento não atinge o autor ou o recorrente que desistiu, servindo apenas, para estabelecer o entendimento do tribunal, a influenciar e repercutir nos outros pendente e futuros. (DIDIER JR, Fredie e CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil. Volume 3, Ed. JusPodivm, 15ª edição, 2018, p. 696)

Diante da relevância da definição da tese e do interesse público que lhe é subjacente, o legislador estabeleceu essa autonomia entre a questão incidental e a individual, de sorte a assegurar o julgamento do incidente e a definição da tese, ainda que haja desistência ou abandono no âmbito do processo individual.

Esse mesmo móvel levou o legislador a fixar o prazo de 1 (um) ano para o julgamento do IRDR e atribuir-lhe *“preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus”* (art. 980 do CPC). E também exigiu que a prorrogação do limite temporal fosse feita por decisão fundamentada, indicando a importância da celeridade (art. 980, parágrafo único, do CPC). Nesse sentido, vale trazer as ponderações do processualista Paulo Lucon:

A contraposição entre a celeridade e a segurança jurídica necessita ser cuidadosamente analisada, pois o risco decorrente da demora na prestação jurisdicional - o denominado dano marginal do processo - é evidente, já que nesses casos se constata a presença de muitos interessados, possíveis titulares de direitos homogêneos já violados. A suspensão, de um lado, tutela a segurança jurídica, de outro, lesa aqueles que clamam por uma solução célere. Esses dois aspectos devem ser considerados na decisão que opte por ampliar o prazo de 1 (um) ano, que, para a vida de qualquer pessoa, é relevante. (LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Relação entre demandas. Gazeta Jurídica, 1ª edição, 2016, p.212)

Por isso, parece-me razoável julgar o incidente antes do processo individual (processo-piloto), já que, com isso, permitir-se-á a observância do prazo do artigo 980 do CPC - o qual vencerá em janeiro/2021 - e, sobretudo, a retomada do trâmite processual de todos os feitos individuais que foram suspensos em razão da admissão deste incidente.

Destarte, embora não haja previsão legal expressa nesse sentido, entendo que a inteligência do art. 976, §1º c.c. o art. 980, ambos do CPC, autoriza, a postergação do julgamento de um processo-piloto no caso de óbito da parte ou quando constatada necessidade de regularização processual imprescindível para o deslinde do feito individual. Destaco que o julgamento do mérito do IRDR no prazo indicado pelo CPC, sem que se faça necessário suspendê-lo para esperar o saneamento do processo-piloto, em nada afetará o direito de contraditório e de participação efetiva do autor do feito individual, que tem sido exercido com desenvoltura pelas patronas da causa desde a admissão do incidente.

No mais, a fixação da tese jurídica permitirá que os processos individuais suspensos em primeiro e segundo graus sejam julgados um a um (art. 985, do CPC).

Por isso, a melhor solução na hipótese dos autos é, a meu ver, a opção pela não simultaneidade dos julgamentos da apelação de n. 5016916-50.2018.4.03.6183 (processo-piloto) e do IRDR. Ressalto, no entanto, que a característica de processo-piloto do IRDR remanesce à apelação, e, por consequência, fica preservada a competência originária desta 3ª Seção para seu julgamento, nos termos do art. 978, parágrafo único.

Por tais razões, voto, preliminarmente, pela suspensão do julgamento da apelação de n. 5016916-50.2018.4.03.6183, com a sua retirada de pauta e o retorno dos autos ao meu gabinete, para a adoção das providências necessárias, sem prejuízo do imediato exame do mérito do IRDR.

DA READEQUAÇÃO DOS BENEFÍCIOS PRÉ-CONSTITUCIONAIS AOS NOVOS TETOS CRIADOS PELAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS 20/98 E 41/03.

A controvérsia objeto deste IRDR – Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas cinge-se à possibilidade de se aplicar a *ratio decidendi* do precedente formado no RE 564.354 aos benefícios previdenciários concedidos antes da promulgação da Constituição Federal de 1988.

No ordenamento processual vigente, pode-se extrair dos precedentes judiciais uma norma jurídica individual aplicável ao caso concreto e uma norma jurídica geral aplicável a casos semelhantes e cuja observância pode ser até mesmo obrigatória.

Reconhecida a força normativa geral do precedente, em especial do vinculante – tal como se verifica no caso vertente, em que se tem uma vinculação (externa) à orientação emanada do Plenário do E. STF (art. 927, V, CPC) –, deve-se interpretá-lo e identificar as circunstâncias que lhe são subjacentes, de sorte a viabilizar a adequada aplicação da tese jurídica nele delineada a casos análogos.

Nesse sentido, advertem Fredie Didier, Paula Sarno e Rafael de Oliveira que “A invocação de um precedente pressupõe e recomenda que sejam consideradas as circunstâncias de fato em que foi construído, para que só se o aplique a causas em que a base fática seja similar” (DIDIER JR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil. Volume 2, Ed. JusPodivm, 12ª edição, 2017, p. 557).

Mencionados juristas ressaltam a importância da técnica de confronto – *distinguishing* – para a interpretação e aplicação do precedente, por meio da qual o magistrado compara a situação concreta com aquela que deu origem ao precedente, aplicando-lhe a *ratio decidendi* deste se as circunstâncias e peculiaridades de ambos os casos forem compatíveis (*ampliative distinguishing*). Por outro lado, havendo incompatibilidade entre as peculiaridades do caso *sub judice* e as do precedente, a tese jurídica neste firmada não poderá ser aplicada (*restritive distinguishing*), ficando o magistrado livre para julgar fundamentadamente a questão que lhe foi posta:

Nas hipóteses em que o órgão julgador está vinculado a precedentes judiciais, a sua primeira atitude é verificar se o caso em julgamento guarda alguma semelhança com o(s) precedente(s). Para tanto, deve valer-se de um método de comparação: à luz de um caso concreto, o magistrado deve analisar os elementos objetivos da demanda, confrontando-os com os elementos caracterizadores das demandas anteriores. Se houver aproximação, deve então dar um segundo passo, analisando a *ratio decidendi* (tese jurídica) firmada nas decisões proferidas nessas demandas anteriores.

Notando, pois, o magistrado que há *distinção* (*distinguishing*) entre o caso *sub judice* e aquele que ensejou o precedente, pode seguir um desses caminhos: (i) dar à *ratio decidendi* uma interpretação restritiva, por entender que as peculiaridades do caso concreto impedem a aplicação da mesma tese jurídica outrora firmada (*restrictive distinguishing*), caso em que julgará o processo livremente, sem vinculação ao precedente, nos termos do art. 489, §1º, VI, e 927, §1º, CPC; (ii) ou estender ao caso a mesma solução conferida aos casos anteriores, por entender que, a despeito das peculiaridades concretas, aquela tese jurídica lhe é aplicável, (*ampliative distinguishing*), justificando-se nos moldes do art. 489, §1º, V, e 927, §1º, CPC. (DIDIER JR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil. Volume 2, Ed. JusPodivm, 12ª edição, 2017, p. 557).

In casu, já no acórdão que admitiu este incidente, pontuou-se que há órgãos desta Corte que têm aplicado a *ratio decidendi* do RE 564.354 aos casos em que se busca a readequação de benefícios concedidos antes da CF/88 e que há outros órgãos que entendem de forma diversa.

Em tal oportunidade, sublinhou-se que a questão debatida neste IRDR versa sobre a extensão que deve ser atribuída ao entendimento consolidado no RE 564.354, a qual não fora expressamente delineada no julgamento levado a efeito no E. STF, sem olvidar que o tema (extensão da tese firmada no RE 564.354) já foi enfrentado por órgãos da Corte Suprema, mas não em sede de precedente obrigatório.

Nessa ótica, forçoso é concluir que há elementos de contatos entre a tese paradigma e a questão objeto deste incidente, o que impõe a análise e interpretação daquela tese, bem como dos elementos caracterizadores da demanda que lhe deu origem, para, com isso, perscrutar se é o caso de se lhe aplicar aos benefícios concedidos antes da CF/1988; se a hipótese é de *ampliative* ou *restrictive distinguishing*.

Antes de adentrar na análise e fixação da tese jurídica, vale destacar que a instrução do IRDR está baseada na lógica participativa, que tem dentre suas premissas, o contraditório como direito de influência, que implica no exercício do “direito ao convencimento”. Por essa razão, entendo essencial dedicar o tópico seguinte aos argumentos trazidos a debate pelos diversos atores, no curso deste processo, com destaque especial à participação na Audiência Pública - AP.

DOS ARGUMENTOS TRAZIDOS NA AUDIÊNCIA PÚBLICA REALIZADA NO CURSO DO IRDR

Com a finalidade de dar plena efetividade ao exercício do “direito ao convencimento”, na decisão de id. 133013113, determinei a realização de audiência pública, na forma disciplinada pelo artigo 938, §1º, do CPC. O objetivo principal da AP era colher informações de especialistas acerca da (im)possibilidade de readequação de benefício previdenciário calculado e concedido antes da Constituição Federal de 1988 aos novos tetos dos salários-de-contribuição de R\$ 1.200,00 e de R\$ 2.400,00, fixados, respectivamente, pelas EC nº 20/98 e EC nº 41/2003.

Pois bem.

A Audiência Pública foi realizada em 30.06.2020, estando a sua íntegra disponível na internet (https://www.youtube.com/watch?v=OVe_3UD_7k4). Após a audiência, a participação

também aconteceu por meio das petições juntadas aos autos, inclusive como memoriais da aludida audiência.

A Constituição estabelece no art. 5º, LV o direito ao contraditório e no inciso LX do mesmo dispositivo o direito à publicidade dos atos do Poder Judiciário. Ainda em sede constitucional, o art. 93, IX indica que, de regra, todos os julgamentos do órgão judiciário serão públicos. Além disso, outros dispositivos constitucionais consagram direitos destinados à defesa da posição jurídica perante o Estado (órgãos jurisdicionais e administração pública): art. 5º, XXXIV, XXXV, XXXVII a LXXIV, LXVIII, LXXVI e LXXVIII.

No entanto, as inúmeras audiências (não reservadas) que ocorrem nos processos judiciais, para instrução do processo, não devem ser confundidas com o instrumento de participação denominado *Audiência Pública* (AP), caracterizado por traços de oficialidade, publicidade e compartilhamento de *expertise*, cuja convocação está baseada em interesse público relevante e que, no caso do IRDR, visa dar efetividade ao direito ao convencimento.

A Audiência Pública é um instrumento vocacionado a processos judiciais de interesse coletivo e tem por finalidade minimizar ou compensar a limitação da capacidade institucional do órgão julgador por meio da participação qualificada da sociedade civil na arena judicial. Está prevista no art. 938, §1º, do CPC e além de mecanismo participativo e processual, a AP é também um veículo que permite o uso do espaço público e formal por atores que não estão legitimados a integrar o processo judicial, apesar de diretamente vinculados ao tema em debate em outras instâncias e de qualificados para trazer subsídios técnicos, sociais, econômicos e políticos para o julgamento.

É pertinente lembrar que, quando discorre acerca do problema da participação no IRDR e as premissas para seu equacionamento, a processualista Sofia Temer, indica, dentre as três premissas que estabelece, a premissa “do contraditório como direito de influência”, esclarecendo que a participação no IRDR revela o exercício do “direito ao convencimento” e não o exercício da “necessidade de consentimento”. Nas palavras de Sofia Temer:

A participação aqui [no IRDR] é vista, então, como a possibilidade de convencimento, através da apresentação (direta ou indireta) de razões para resolução da controvérsia jurídica. É dispensável, no incidente, perquirir o que o sujeito quer ao propor a demanda em que se discuta a questão jurídica.

(...)

Sob essa perspectiva, o incidente assemelha-se ao espaço público em que são apresentados fundamentos racionais para a tomada de decisões. O ‘teste do debate público’, ou seja, é o que legitima a decisão proferida no IRDR perante toda a sociedade e, por consequência, a posterior eficácia da decisão sobre a esfera dos sujeitos da demanda repetitiva.

Sendo assim, no incidente, o contraditório foge à sua concepção tradicional e não pode ser concebido como embate de teses antagônicas, nem como mero direito de informação e reação voltado a um direito subjetivo. (...)

Muito mais do que o consentimento de quem quer que seja, o que é relevante para legitimar a decisão é a demonstração de que houve possibilidade de convencimento através do exercício do direito de influência, ainda que por sujeitos ‘não representantes’ ou mesmo ‘não interessados’. (TEMER, Sofia. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, Editora JusPodvim, 3ª edição, 2018, p. 152-155).

Esta abertura para o “convencimento” tem por finalidade subsidiar as decisões judiciais em todas as instâncias, inclusive nos debates travados no IRDR, podendo ser feita na tramitação ordinária do processo, a partir das partes legitimadas a atuar, ou por meio de mecanismos participativos que abrigam outros sujeitos na arena judicial, dentre os quais, a Audiência Pública.

Na Audiência Pública (AP) realizada para instrução do presente IRDR, houve participação qualificada e com amplos pontos de vista diversificados sobre o tema, permitindo a clara percepção da controvérsia. Vejamos os principais pontos abordados nas falas, que duraram cerca de quinze minutos cada, que aqui serão expostas na mesma ordem de apresentação do dia da AP:

1. A Dra *EMANUELLE SILVEIRA DOS SANTOS BOSCARDIN* questionou a forma de cálculo do aproveitamento dos valores desprezados quando da concessão do benefício, explicando como funcionava a sistemática antes da Carta Magna, apresentando os três “tetos” existentes na época, defendendo que os benefícios eram limitados ao menor teto e ao maior teto e que a renda nunca poderia ultrapassar 90% do maior valor teto. Seu argumento foi de que não houve aproveitamento de toda média contributiva. Reforçou que, independentemente do valor do menor e maior valor teto, o que os segurados pleiteiam e o que o Supremo Tribunal Federal reconheceu que lhes fosse assegurado foi o aproveitamento desses valores desprezados no cálculo inicial. Lembrou que esse entendimento é adotado pelo TRF4 e que já se encontra pacificado e, que a Defensoria Pública da União, em parecer apresentado no Tribunal Regional da 4ª região, reconheceu exatamente o que está sendo pleiteado.

2. A Dra. *GISELE LEMOS KRAVCHYN*, Diretora de atuação judicial do Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário – IBDP e advogada especialista em direito previdenciário, com atuação no tema 76 de repercussão geral do Supremo Tribunal Federal, destacou que um ponto importante na discussão a respeito da aplicação das emendas e dos tetos nos benefícios é saber estabelecer quais foram as premissas que o STF usou para chegar à conclusão que foi então da Repercussão Geral, tema 76 que trata especificamente da aplicação das emendas constitucionais 20 e 41 nos benefícios previdenciários. Sustentou que o cálculo é baseado na média das contribuições multiplicadas pelo coeficiente de benefício, sendo o direito do segurado limitado por um fator externo, que é o teto. O teto tem essa função de limitar, mas, uma vez alterado, faz-se possível a readequação dos benefícios em manutenção.

Por fim, acrescentou que o Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário (IBDP), opina que somente serão respeitados os limites das premissas estabelecidas no tema 76 de Repercussão geral se for mantido o patrimônio jurídico dos segurados, formado a partir da média das contribuições, sem a incidência dos tetos.

3. O Dr. *MICHELE PETROSINO JUNIOR*, advogado, defendeu que a questão já está pacificada, mencionando a existência de Reclamação no âmbito do E. STF, manejada em face de decisão de Turma Recursal que não aplicou de imediato as revisões e readequações do teto para o benefício concedido antes da Constituição. Lembrou que o Ministro Dias Toffoli, de forma monocrática, decidiu que não haveria limitação temporal no julgamento do RE 564354 e que ele deveria ser aplicado para todos os benefícios independente da época de concessão.

Sustentou ainda, que o salário de benefício nada mais é que o patrimônio do segurado, formado a partir de suas contribuições. Destacou a alta inflação existente na década de 80, o que igualmente justificaria a readequação. Relembrou que os segurados são pessoas de idade avançada e que vão receber tão e somente a retribuição por aquilo que efetivamente pagaram. Finaliza lembrando que o teto nada mais é que uma política econômica que limitava os valores a serem pagos e que com o passar do tempo foram sendo mudados, assim como também foi mudada a forma de contribuição.

4. O Dr. *JULIO CESAR BERTOCO*, advogado com atuação na área do Direito Previdenciário, integrante da Confederação Brasileira dos Aposentados e Pensionistas (COBAP) e da Federação das Associações de Aposentados, Pensionistas e Idosos do estado de São Paulo (FAPESP), ressaltou a relevância e urgência na resolução do tema proposto, lembrando que os

segurados atingidos pela decisão a ser proferida possuem média de idade superior à expectativa de vida dos brasileiros.

Como seus antecessores, também relembrou a decisão do Supremo Tribunal Federal a respeito do benefício pleiteado, no qual reconheceu o aproveitamento desses valores desprezados quanto do cálculo inicial. Destacou um trecho do voto da Ministra Carmen Lúcia, no qual se reconheceria a aplicação imediata do novo teto àqueles que percebam seus benefícios com base no limitador anterior. Mencionou que a Ministra relatora fez questão de consignar que não se trata de aumento, mas sim de direito do segurado de ter o valor do seu benefício calculado com base num limitador mais alto, concluindo ser possível imediata aplicação dos tetos condicionados àqueles benefícios que seguem seus valores com base em limitador anterior, levando em conta os salários de contribuição que foram utilizados para os cálculos iniciais. Finaliza sustentando ser muito perverso considerar que os benefícios anteriores à Constituição não podem se readequar aos tetos Constitucionais, sendo que estão equiparados pela Constituição e foi determinada a revisão. E afirma que uma vez alterado o teto, entende-se que esses benefícios também sofrem a readequação a esse novo teto.

5. O Dr. *FERNANDO CARDOSO SILVEIRA*, advogado com atuação na área do direito previdenciário, especialista técnico na parte de cálculos revisionais, e ações relacionadas às majorações trazidas pelas emendas constitucionais 20/98 e 41/03, apresentou os pressupostos a serem observados com o objetivo de evitar decisões díspares, quais sejam: (a) pacificação do entendimento quanto à aplicação das emendas aos benefícios concedidos antes da Constituição; (b) o salário de benefício é patrimônio jurídico do segurado; (c) que não se trata de revisão, mas sim, readequação; (d) o teto é redutor de pagamento, não englobando o cálculo do benefício; (e) caso seja o teto elevado, devem ser reaproveitados os valores perdidos por força da limitação.

O expositor ainda fez menção a decisão do TRF4 quanto à pacificação do entendimento de que é aplicada a majoração das emendas aos benefícios anteriores à CF. E destacou que o que o segurado visa é integrar o patrimônio jurídico do salário de benefício - que fora desprezado por força da limitação do teto - na data das emendas constitucionais, e não revisar o ato concessório, tese esta defendida pelo INSS.

6. O Dr. *SERGIO GEROMES*, advogado, Diretor de Cálculos do Instituto de Estudos Previdenciários (IEPREV) e Secretário da Comissão Especial de Direito Previdenciário da OAB/SP, a qual representava na Audiência Pública, destacou que a pretensão dos segurados se baseia no decidido no Tema 76, ratificado pelo Tema 930, ou seja, calcular a RMI com base na média dos salários de contribuição. Argumentou que se houver superação do limite teto na data de início do benefício, aplica-se o limitador externo, mas para fins de readequação aos tetos, há de se evoluir a RMI apurada sem a incidência de limitador. Se o valor ainda resultar em nova limitação, isto é, se em dezembro de 1998 a RMI apurada pela média resultar em valor superior ao teto de R\$1.200,00, deve ocorrer a evolução do valor limitado e do sem limitação para nova readequação quando da emenda constitucional 41/03.

7. O Dr. *GIOVANNI MAGALHÃES DA SILVA*, advogado especialista em cálculos, representando o IEPREV – Instituto de Estudos Previdenciários na AP, citou o RE 664317/PR, que decidiu pelo cabimento do RE 564354, porque se tratava de um benefício anterior à CF. Lançou luzes para o cerne da questão, que, no seu entender, consiste em determinar onde está a limitação do benefício para existir o direito à readequação ao teto. Sustentou a desnecessidade de limitação na data das emendas constitucionais. Afirma que a limitação ao teto ocorre no menor valor teto. Aduziu, ainda, que não existe reajuste em 1991 pelo art. 58 da ADCT como forma de recuperar o valor excedente.

8. O Dr. *EDERSON RICARDO TEIXEIRA*, advogado e professor especializado em direito do trabalho e ex-Diretor Tesoureiro do Instituto dos Advogados Previdenciários de São Paulo – IAPE, defendeu o reconhecimento de que o menor e o maior valor teto são limitadores externos ao salário de benefício, bem como das diferenças resultantes do afastamento destes tetos até o advento das emendas constitucionais e o pagamento das diferenças resultantes a partir de então.

9. O Dr. *ELVIS GALLERA GARCIA*, secretário Adjunto de Previdência da Secretaria Especial de Previdência e Trabalho, disse que o INSS vem pagando corretamente aos contribuintes e que o cálculo deve ser mantido da forma que é feito atualmente. Justifica este argumento dizendo que caso seja reformado o cálculo a previdência será prejudicada financeiramente.

10. O Dr. *ANTÔNIO ALFREDO LINHARES ALVES*, analista do Seguro Social – Setor de Cálculos e Pagamentos Judiciais (INSS), especialista em Direito Previdenciário, Bacharel em Ciências Contábeis, Professor Coordenador de Curso de Cálculos Previdenciários, falou como Representante da Procuradoria Federal Especializada junto ao INSS, órgão de execução da Procuradoria-Geral Federal responsável pela consultoria e assessoramento jurídicos do INSS.

O expositor explicou que na autarquia existem 400 contadores, estes cuidam da parte de cálculo. E apresentou os elementos de cálculo da revisão do teto, que consistem em: (a) Limite máximo do Salário – de – Contribuição: Nenhuma contribuição poderia ser superior a este limite; (b) Média (M): é o produto da parte do primeiro cálculo; (c) Maior Valor Teto; (d) Menor Valor Teto; (e) Grupo de 12 contribuições acima do Menor Valor Teto; (f) coeficiente ou Percentual; e (g) Renda mensal inicial.

Continuou sua explanação indicando que há 2(duas) possibilidades de calcular a média: Quando a média é inferior ao valor teto e quando a média é superior ao menor valor teto. A controvérsia, segundo o expositor, ocorre quando a média é superior ao menor valor teto.

11. Por fim, o Dr. *VITOR FERNANDO GONÇALVES CORDULA*, Procurador Federal, atual Diretor do Departamento de Contencioso, da Procuradoria Geral Federal do Distrito Federal, com experiência profissional em direito administrativo e previdenciário, fez sua exposição. Aduziu que o limitador se encontra apenas em um local, e não em três como foi citado nas outras sustentações. Por isso, defendeu que o teto é elemento externo ao cálculo, deve ser incluído apenas no passo “g”, explicado na exposição do analista Antônio, que o antecedeu. Desta forma, a equação inicial é preservada e o patrimônio jurídico também.

É possível perceber, pelo sucinto resumo das exposições na Audiência Pública, dois vetores básicos indicados pelo processualista Antonio Cabral para guiar a escolha da causa-piloto também estiveram presentes em outro instrumento participativo deste IRDR: a) a amplitude do contraditório; e b) a pluralidade e representatividade dos sujeitos do processo originário. Quando se refere ao contraditório, Antônio Cabral indica os seguintes parâmetros: “(a) a completude da discussão; (b) qualidade da argumentação; (c) diversidade da argumentação; (d) contraditório efetivo; (e) existência de restrições à cognição e à prova.” Já para o segundo vetor básico, o citado processualista explica: “se justifica porque, ao pensarmos nestes incidentes, que tendem a multiplicar a vários processos uma conclusão sobre uma questão comum a todos eles, devemos refletir sobre formas de fomentar a participação no incidente e reduzir os déficits de contraditório. Com isso, pensamos em neutralizar ou diminuir as objeções acerca dos efeitos do julgamento do incidente, e sua extensão subjetiva aos não participantes.”(CABRAL, Antonio dos Passos, A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos, Revista de Processo | vol. 231/2014 | p. 201 - 223 | Mai / 2014).

Pode-se dizer que, nesta Audiência Pública, predominaram falas que defendiam os direitos dos segurados do INSS, o que pode ser visto como algo positivo e como uma forma de

garantia de exercício tanto do direito de acesso à justiça e quanto do direito de influência da parte mais frágil nas relações previdenciárias do Regime Geral da Previdência Social (RGPS).

Todos os consistentes argumentos trazidos na Audiência Pública foram considerados na fixação da tese e o diálogo com cada ponto aduzido será realizado nos próximos tópicos do voto.

DA INTERPRETAÇÃO DO PRECEDENTE FORMADO NO RE 564.354 – IDENTIFICAÇÃO DA TESE JURÍDICA FIRMADA PELO E. STF E DOS ELEMENTOS CARACTERIZADORES DA DEMANDA QUE LHE DEU ORIGEM.

As Emendas Constitucionais 20/1998 e 41/2003 alteraram os *tetos dos benefícios* então vigentes. Ressalte-se que tais diplomas normativos não se limitaram a corrigir monetariamente mencionados limites, tendo-os majorado. Eles aumentaram os tetos acima dos índices de correção aplicáveis aos benefícios previdenciários, gerando um aumento real e não mera atualização do teto de benefícios.

Por isso, os segurados que tiveram seus benefícios “tetados” - reduzidos aos tetos vigentes no momento da concessão - pleitearam que seus proventos fossem readequados aos novos limitadores, haja vista que a consequência lógica do aumento do limite previdenciário é a redução ou quiquê a eliminação do expurgo dele decorrente.

No julgamento do RE 564.354, o Plenário do E. STF acolheu tal pretensão, firmando o entendimento de que “*não ofende o ato jurídico perfeito a aplicação imediata do art. 14 da Emenda Constitucional n. 20/1998 e do art. 5º da Emenda Constitucional n. 41/2003 aos benefícios previdenciários limitados a teto do regime geral de previdência estabelecido antes da vigência dessas normas, de modo a que passem a observar o novo teto constitucional*”, em acórdão que foi assim ementado:

EMENTA: DIREITOS CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. ALTERAÇÃO NO TETO DOS BENEFÍCIOS DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA. REFLEXOS NOS BENEFÍCIOS CONCEDIDOS ANTES DA ALTERAÇÃO. EMENDAS CONSTITUCIONAIS N. 20/1998 E 41/2003. DIREITO INTERTEMPORAL: ATO JURÍDICO PERFEITO. NECESSIDADE DE INTERPRETAÇÃO DA LEI INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DAS LEIS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Há pelo menos duas situações jurídicas em que a atuação do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição da República demanda interpretação da legislação infraconstitucional: a primeira respeita ao exercício do controle de constitucionalidade das normas, pois não se declara a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei sem antes entendê-la; a segunda, que se dá na espécie, decorre da garantia constitucional da proteção ao ato jurídico perfeito contra lei superveniente, pois a solução de controvérsia sob essa perspectiva pressupõe sejam interpretadas as leis postas em conflito e determinados os seus alcances para se dizer da existência ou ausência da retroatividade constitucionalmente vedada.

2. Não ofende o ato jurídico perfeito a aplicação imediata do art. 14 da Emenda Constitucional n. 20/1998 e do art. 5º da Emenda Constitucional n. 41/2003 aos benefícios previdenciários limitados a teto do regime geral de previdência estabelecido antes da vigência dessas normas, de modo a que passem a observar o novo teto constitucional.

3. Negado provimento ao recurso extraordinário.

Como visto, para que se possa aplicar adequadamente a norma jurídica geral formada num precedente, é preciso identificar os elementos caracterizadores da demanda que lhe deu origem, o que passo a fazer na forma que segue.

4.1. Da causa de pedir e do pedido.

No feito que deu origem ao precedente, argumentou-se, a título de *causa de pedir*, que os segurados cujos benefícios foram limitados ao teto, a princípio, teriam direito a receber um valor superior ao efetivamente percebido, direito esse que seria parcialmente neutralizado pelo limitador previdenciário – a parte que ultrapassava o limite tornava-se inexigível – e que, com o advento de um novo teto, o valor do benefício precisaria ser a este readequado, considerando-se inexigível apenas o valor que excedesse o novo limite.

Isso é o que se infere das contrarrazões apresentadas no RE 564.354 (disponível no site do STF), nas quais o então recorrido bem explicou a pretensão e a tese por ele defendidas.

Na resposta ao recurso extraordinário, o recorrido aduziu, em síntese, que (i) as contribuições que vertera para o Sistema Previdenciário foram suficientes para que a sua renda mensal superasse o teto vigente à época da concessão; (ii) o valor do seu benefício fora limitado a mencionado teto, razão pela qual, alterado este limitador, seu benefício deveria ser readequado ao novo limite; e que (iii) para a concretização do seu direito à readequação, seria necessário (a) corrigir monetariamente a base de incidência do limitador previdenciário utilizada no momento da concessão de seu benefício – por ele chamada “Renda Mensal” – até a data de entrada em vigor do novo limitador; e (b) sobre tal base atualizada, fazer incidir o novo teto, alcançando-se, assim, o valor readequado do seu benefício.

Mencionada peça processual citou, como exemplo de benefício passível de ser readequado, um com DIB em 06/1994, cuja RMI de R\$639,79 fora limitada ao teto da época da concessão (R\$582,86). Nesse caso, a atualização da referida “Renda Mensal” (R\$639,79) para 06/1998 resultaria numa “Renda Reajustada” de R\$1.187,10, superior ao teto vigente em 06/1998, de modo que “a partir da EC n. 20/98, o benefício deverá ser pago no montante mensal de R\$1.187,10, passando a não sofrer qualquer limitação, posto que inferior ao novo teto”.

Com base em tal linha argumentativa, foi formulado o *pedido* de readequação de um benefício previdenciário que, no momento da respectiva concessão (1995, conforme se extrai do voto do Ministro Dias Toffoli), fora limitado ao teto.

A Ministra Cármen Lúcia, de saída, esclareceu que o pedido de readequação consiste no aumento do valor do benefício exclusivamente em função da *substituição* do limitador aplicado no momento da concessão pelo novo teto instituídos pelas emendas. Evidenciou tratar-se de pedido que não se confunde com *revisão* – já que nela não se altera nem retira um elemento intrínseco ao cálculo do benefício –, nem com *reajuste*, no qual o aumento do valor do benefício decorre da aplicação de um critério instituído por lei em sentido amplo.

Nas palavras da Ministra Cármen Lúcia, relatora do RE 564.354, “se trata simplesmente de saber se um teto limitador fixado por uma Constituição e que foi alterado deflagra automático direito daqueles que recebiam a menos, porque o teto era menor, de também receber a diferença que supera esse teto e sofria o chamado ‘corte’”; [...] “não se trata também – nem se pediu reajuste automático de nada – de reajuste. Discute-se apenas se, majorado o teto, aquela pessoa que tinha pago a mais, que é o caso do recorrido, poderia também ter agora o reajuste até aquele patamar máximo”; [...] “a pretensão que o ora recorrido sustenta na ação é manter seus reajustes de acordo com índices oficiais, conforme determinado em lei, sendo possível que, por força desses reajustes seja ultrapassado o antigo ‘teto’, respeitando, por óbvio, o novo valor introduzido pela emenda Constitucional n. 20/98”.

Ou seja, na readequação, o valor readequado é obtido com a incidência do novo limitador sobre o valor atualizado que o segurado teria direito a receber, se, mantidos todos os

elementos intrínsecos aplicáveis aos cálculos no momento da concessão (a equação primária), não tivesse sido aplicada a linha de corte previdenciária

4.2. Do descompasso entre o salário de benefício e o salário de contribuição

O e. Ministro Gilmar Mendes, de sua vez, elucidou outra questão inicial importante; a origem do descompasso entre a média de contribuições e o valor do benefício, o qual, a rigor, não deveria existir, já que este decorre daquele, sendo que ambos se sujeitam a um teto de valor nominalmente idêntico:

[...]

Os valores mencionados sofriam atualizações periódicas. Assim, por ocasião da superveniência da EC 20/98, o valor do limitador dos benefícios previdenciários era R\$1.081,50 (...) – valor estabelecido em junho de 1998; na superveniência da EC 41/03, o valor correspondia a R\$1.869,34 (...) – valor fixado em junho de 2003.

Presente essa cronologia, pode-se concluir que as contribuições e os benefícios previdenciários encontravam-se sujeito a dois limitadores distintos: a) limite máximo do salário de contribuição; b) teto máximo de salário de benefício.

Partindo-se do pressuposto de que o segurado é obrigado a respeitar o limite do salário de contribuição mensal, uma primeira indagação deve ser enfrenada: Como é possível a consolidação de um salário de benefício superior ao teto? A resposta pode ser buscada nos diferentes índices utilizados para corrigir as contribuições pagas pelos segurados (salário de contribuição) e o valor nominal do limitador dos benefícios, fenômeno que perdurou até 2/2004, quando os índices foram uniformizados, conforme se demonstra a seguir:

[...]

Assim, e apenas para exemplificar, no período de 12/1998 a 11/2003, o salário de contribuição recebeu uma atualização monetária acumulada de 98,43%. Nesse mesmo período, o limitador previdenciário sofreu uma atualização acumulada de somente 55,77%, ou seja, o segurado contribuiu dentro do limite legalmente permitido, e da atualização dos salários de contribuição (um índice específico – maior) decorreu um salário de benefício que superou o teto em vigor na época da concessão, cujo valor é atualizado por outro índice (menor).

Demonstrou-se que, apesar de a Lei 8.213/91 limitar o *valor dos benefícios previdenciários ao teto do salário de contribuição*, a legislação de regência previa índices de reajustes mais constantes e elevados para o valor das contribuições do que para o dos benefícios, de modo que, quando se calculava a média das contribuições, esta era suficiente para ensejar o valor de um benefício superior ao teto previdenciário.

É isso o que explica a existência, na sistemática da Lei 8.213/91, de um descompasso entre os salários-de-contribuição e o teto de benefício e, por conseguinte, a possibilidade de o histórico contributivo do segurado ser suficiente a gerar um benefício superior ao limitador do benefício, atraindo a incidência do redutor previdenciário.

4.3. Da não violação aos princípios do respeito ao jurídico perfeito e irretroatividade das leis

Feitos tais esclarecimentos, o E. STF refutou as alegações formuladas pelo INSS, no sentido de que a readequação postulada ensejaria violação aos princípios da proteção ao ato jurídico perfeito e irretroatividade das leis.

Segundo a Excelsa Corte, como a readequação, diferentemente da revisão, não enseja qualquer alteração do ato concessório, nem modifica qualquer dos elementos intrínsecos ao cálculo elaborado no momento da concessão do benefício, o reconhecimento de tal direito não

pressupõe a aplicação retroativa das emendas nem atinge o ato jurídico da concessão, máxime porque ele só produz efeitos a partir da entrada em vigor dos novos tetos.

Nesse sentido, o seguinte trecho do voto da Ministra Carmem Lúcia:

7. Extrai-se daqueles julgados, citados à guisa de exemplo, afirmar este Supremo Tribunal não ser possível lei posterior alcançar atos jurídicos efetivados antes de sua vigência, sob pena de ofensa ao princípio do ato jurídico perfeito.

Todavia, tem-se, na espécie em foco, situação distinta. A pretensão posta na lide respeita à aplicação imediata ou não do novo teto previdenciário trazido pela emenda Constitucional n. 20/98, e não sua aplicação retroativa.

Assim, a meu ver, não há que se falar em ofensa ao ato jurídico perfeito (art. 5º, inc. XXXVI, da Constituição) ou ao princípio da irretroatividade das leis.

Nessa quadra, tem-se que o STF rejeitou as alegações de que a readequação postulada violaria os princípios da proteção ao ato jurídico perfeito e irretroatividade das leis, mas, ao fazê-lo, firmou um parâmetro importante que precisa ser observado na análise do pedido: *a readequação não depende nem pode ensejar alteração do regime jurídico de cálculo aplicável no momento da concessão, sob pena de se vulnerar tais princípios constitucionais*.

Nesse particular, oportunas as seguintes ponderações do Ministro Marco Aurélio ao longo do julgamento:

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - A situação jurídica é outra. Não se muda a equação inicial. Ela permanece a mesma, apenas se altera o redutor, porque absorvido pela elevação do teto.

[...]

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Não Ministro, a equação primeira, verificada quando da aposentadoria, fica inalterada. Na ação não se pretendeu a alteração dessa equação. O que se pretendeu – e viu-se reconhecido – foi afastar, ante um novo teto, aquele quantitativo inicial, não sei se de forma total ou não, ou seja, o que ele estava perdendo, deixando de receber mês a mês em razão do teto. A relação jurídica é de débito continuado.

Tal aspecto também foi sublinhado pela Ministra Cármen Lúcia, conforme se infere do trecho de seu voto anteriormente transcrito no item 4.1 e da seguinte ponderação apresentada ao longo da sessão de julgamento:

A MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) – Ministro Lewandowski, a emenda constitucional veio e aumentou esse teto, o redutor passa a ser isso. O que pede o recorrido, agora, na ora dos reajustes dele, é que ele possa chegar a esse novo redutor, e não ao anterior. *Ele não muda a forma de cálculo dele não*.

Esse é um ponto essencial para o deslinde da controvérsia, até porque o respeito ao ato jurídico perfeito e a irretroatividade das leis ostentam estatuto constitucional, sendo de se frisar que foi tal questão constitucional que tornou possível que o E. STF se debruçasse sobre o tema.

4.4. Do direito adquirido do segurado ao valor de um benefício previdenciário compatível com seu histórico contributivo e a possibilidade de a Previdência limitá-lo ao teto previdenciário. Natureza jurídica do limitador.

Analizando a questão da readequação propriamente dita, o Supremo acolheu a tese sustentada pelo então recorrido, sob o fundamento de que os segurados, a partir de seus históricos contributivos, adquirem o direito a um valor de benefício, o qual se sujeita a uma limitação provisória decorrente de lei (em sentido amplo).

Segundo a Ministra Carmem Lúcia, *“Não foi concedido aumento ao Recorrido, mas reconhecido o direito de ter o valor de seu benefício calculado com base em limitador mais alto, fixado por norma constitucional emendada”*.

Assim, aumentado esse limitador por uma legislação superveniente, há que se readequar o benefício ao novo limite, harmonizando-se o direito adquirido pelo segurado com o novo teto previdenciário.

Isso é o que se infere do seguinte trecho do diálogo entre os Ministros ao longo do julgamento:

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – Senhor Presidente, indago do eminente Ministro Toffoli se ele admite que mantida a fórmula, subindo o teto após o advento da emenda nº 20, subirá também o quantum recebido pelo aposentado?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: Não, porque entendo que não se incorporou essa diferença ao patrimônio do beneficiário no momento em que foi feito o cálculo, não há um direito adquirido àquela diferença. É essa a dificuldade de eu acompanhar a eminente Relatora.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) – O problema não está nessa diferença, mas está na diferença que resulta do reajuste do cálculo original, isto é, há um cálculo original. Esse cálculo original é reajustado segundo as regras da previdência. O que se pergunta é se, depois de efetuado esse cálculo do reajuste, incide sobre esse valor o redutor?

A MINISTRA CÁRMEM LÚCIA (RELATORA)- O mesmo redutor do primeiro período, ou seja, se esse redutor é imutável.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) – O mesmo redutor, é só isso.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: É que a premissa do meu voto é que o cálculo é feito uma única vez.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – É, subindo o teto.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) – Incide. Quando o redutor subir, vai haver direito adquirido.

A MINISTRA CÁRMEM LÚCIA (RELATORA) – Ministro Lewandowski, a emenda constitucional veio e aumentou esse teto, o redutor passa a ser isso. O que pede o recorrido, agora, na ora dos reajustes dele, é que ele possa chegar a esse novo redutor, e não ao anterior. Ele não muda a forma de cálculo dele não.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) – Exatamente, quando for feito o cálculo do reajuste, segundo o regime a que o interessado está sujeito, indaga-se: bate no teto ou não? Se bate no teto, não pode receber mais? Quando o teto for aumentado, tem direito à diferença? Tem.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – É a equação inicial, se ele deixar de ter a linha de corte.

[...]

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Redutor é representado por algo que o servidor ou beneficiário da previdência teria direito e apenas não auferiu, por quê? Porque havia um teto e o valor a receber esbarrou nesse teto. Pois bem, alterado o teto, não ocorre a diminuição do que equivale ao redutor? Claro que sim, é a ordem natural das coisas.

Reconhecido o direito adquirido a um valor de benefício compatível com o histórico contributivo do segurado, o Ministro Gilmar Mendes lançou luzes sobre outro parâmetro essencial para o deslinde da controvérsia, a natureza jurídica do limitador previdenciário.

Sua Excelência, à luz da ordem constitucional, evidenciou que o limitador previdenciário é “elemento externo à estrutura jurídica do benefício previdenciário, que não o integra” E cuja incidência “pressupõe a perfectibilização do direito, sendo-lhe, pois, posterior e incidindo como elemento redutor do valor do benefício” (g.n):

Esclarecida a origem meramente contábil da discrepância entre valor máximo do salário de contribuição e valor do limitador previdenciário (“teto previdenciário”), a questão central do debate reside na elucidação da natureza jurídica do limitador previdenciário. Tenho que o limitador previdenciário, a partir de sua construção constitucional, é elemento externo à estrutura jurídica do benefício previdenciário, que não o integra. O salário de benefício resulta da atualização dos salários de contribuição. A incidência do limitador previdenciário pressupõe a perfectibilização do direito, sendo-lhe, pois, posterior e incidindo como elemento redutor do valor do benefício.

Dessa forma, sempre que alterado o valor do limitador previdenciário, haverá possibilidade de o segurado adequar o valor de seu benefício ao novo teto constitucional, recuperando o valor perdido em virtude do limitador anterior, “pois coerente com as contribuições efetivamente pagas”. (CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Manual de Direito Previdenciário. 12 ed. Florianópolis: Conceito Editorial. 2010. P. 557/558).

Vale destacar que o E. STF não se debruçou sobre a legislação infraconstitucional, tendo firmado sua compreensão a partir do texto constitucional, o qual, de sua vez, faz alusão apenas ao “*limite máximo para o valor dos benefícios do regime geral de previdência social*”, nos seguintes termos:

Emenda Constitucional 20/1998.

Art. 14 - O limite máximo para o valor dos benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal é fixado em R\$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais), devendo, a partir da data da publicação desta Emenda, ser reajustado de forma a preservar, em caráter permanente, seu valor real, atualizado pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social.

Emenda Constitucional 41/2003:

Art. 5º O limite máximo para o valor dos benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal é fixado em R\$ 2.400,00 (dois mil e quatrocentos reais), devendo, a partir da data de publicação desta Emenda, ser reajustado de forma a preservar, em caráter permanente, seu valor real, atualizado pelos mesmos índices aplica.

Assim, embora haja, nos votos apresentados e também nos diálogos entre os ministros, menções laterais aos institutos do *salário de benefício*, *salário de contribuição* e *renda mensal*, certo é que o STF não deixou assentado que os segurados têm direito adquirido ao *salário de benefício* ou a *RMI*, tampouco que o teto previdenciário incide sobre esta ou aquela rubrica específica, sendo possível, apenas, inferir tais aspectos.

O Tribunal Supremo, em verdade, firmou uma norma jurídica geral, na qual considerou que o limitador previdenciário é um elemento externo ao benefício, cuja incidência é posterior à formação do direito adquirido, de modo que a readequação se faz possível, *DESDE* que (i) fique demonstrado que o valor do benefício, no momento da concessão, foi reduzido em função da aplicação de um elemento externo ao cálculo *E* que (ii) a readequação seja feita observando-se a equação inicial utilizada quando da concessão do benefício.

Reconheceu-se que o teto previdenciário não extingue o direito do segurado ao valor que o excede, mas apenas o neutraliza e afasta a sua exigibilidade; o limitador previdenciário não é incompatível com a existência do direito do segurado a uma valor superior ao efetivamente considerado ou percebido, mas antes a pressupõe.

O Ministro Marco Aurélio, conforme antes transcrito, chamou a atenção para tal aspecto, frisando, com outras palavras, que o limitador previdenciário não elimina o direito do segurado ao excedente, mas apenas retira a sua exigibilidade, tal como se verifica com os servidores públicos que, embora tenham adquirido o direito de incorporar determinadas parcelas a sua remuneração, sofrem a limitação ao teto constitucional quando o somatório de suas verbas remuneratórias supera o teto constitucional (subsídio dos Ministros do STF).

Diz-se que essa limitação é apenas circunstancial e mutável, pois a legislação de regência pode alterá-la, modificando a sua relação com o direito ao qual se contrapõe, o que, de sua vez, impõe a readequação do benefício ao novo contexto normativo.

In casu, foi exatamente isso o que ocorreu.

O e. STF reconheceu que o teto previdenciário é mutável e se contrapõe apenas circunstancialmente ao direito adquirido do segurado.

Assim, com a instituição de novos tetos pelas Emendas Constitucionais 20/98 e 41/03, fez-se possível a readequação do benefício, harmonizando-se o direito adquirido do segurado a um valor superior ao teto então vigente, ao novo teto previdenciário.

4.5. Da tese jurídica firmada no precedente e das circunstâncias que lhe caracterizam

Em suma, pode-se dizer que, no RE 564.354, o STF firmou a seguinte tese jurídica: é possível a readequação dos benefícios concedidos antes da entrada em vigor das EC 20/98 e 41/03 aos novos tetos por estas instituídos, desde que: (i) o benefício que se busque readequar tenha sofrido limitação ao teto previdenciário vigente no momento da concessão; e que (ii) a readequação não dependa nem enseje a alteração do regime jurídico e da fórmula de cálculo aplicável no momento da concessão da benesse.

Tal conclusão está assentada nos seguintes fundamentos: (iv) o segurado, a partir do seu histórico contributivo (salários de contribuição), adquire o direito a receber um determinado valor a título de benefício previdenciário; (v) a esse direito pode se opor o teto previdenciário.

Além disso, há que se considerar que (vi) tal precedente foi formado num caso em que o benefício objeto da lide fora concedido em 1995, logo na vigência da Lei 8.213/91 e que (vii) o STF, a partir do regramento constitucional, considerou o teto previdenciário um elemento externo à estrutura do benefício e cuja incidência pressupõe a formação do direito adquirido do segurado.

Identificadas a norma jurídica geral formada no precedente paradigma e as circunstâncias fáticas e jurídicas que lhe são subjacentes, faz-se possível lançar mão da técnica do confronto – *distinguishing* – por meio da qual o magistrado compara a situação concreta com aquela que deu origem ao precedente, aplicando-lhe a *ratio decidendi* deste (*ampliative distinguishing*) se as circunstâncias e peculiaridades de ambos os casos forem compatíveis, ou não (*restritive distinguishing*), caso identifique incompatibilidade entre as peculiaridades dos casos confrontados.

4.6. Da aplicação da tese firmada no RE 564.354/SE aos benefícios concedidos no período denominado de buraco negro

Firmada a tese no RE 564.354/SE, estabeleceu-se a controvérsia se tal *ratio decidendi* poderia ser aplicada aos benefícios anteriores à edição da LBPS.

Primeiramente debateu-se a possibilidade de readequação dos benefícios concedidos no denominado *buraco negro*, período entre 05.10.1988 e 05.04.1991, o lapso temporal compreendido entre a promulgação da CF/88 e a LBPS.

No RE 937595, de Relatoria do e. Ministro Roberto Barroso, o E. STF adotou a tese de que “os benefícios concedidos entre 05.10.1988 e 05.04.1991 (período do buraco negro) não estão, em tese, excluídos da possibilidade de readequação segundo os tetos instituídos pelas EC’s nº 20/1998 e 41/2003, a ser aferida caso a caso, conforme os parâmetros definidos no julgamento do RE 564.354, em regime de repercussão geral” (Tema 930, STF).

Vale observar, entretanto, que a possibilidade de readequação dos benefícios concedidos no buraco negro, portanto anteriores à Lei 8.213/91, não significa que o STF já reconheceu a possibilidade de readequação de todos os benefícios concedidos antes da Lei 8.213/91, inclusive os anteriores à CF/88.

Sucede que os benefícios implantados durante o buraco negro tiveram “sua renda mensal inicial recalculada e reajustada, de acordo com as regras estabelecidas” na Lei 8.213/91, em função do quanto estabelecido no seu art. 144.

Destarte, quando o STF reconheceu a possibilidade de readequação dos benefícios implantados durante o buraco negro, admitiu a readequação de benefícios regidos pela Lei 8.213/91 e não pela legislação anterior à CF/88.

Na verdade, a diferença de regramento jurídico entre os benefícios concedidos no denominado buraco negro e o benefício analisado no RE 564.354, é apenas aparente, pois, com a revisão do artigo 144, da LBPS, àqueles foi aplicado o mesmo teto previdenciário que incidiu sobre este.

Nessas condições, a peculiaridade dos benefícios concedidos no buraco negro – serem anteriores a Lei 8.213/91 - em relação àquela que originou o precedente paradigma – benefício concedido na vigência da Lei 8.213/91 - não é suficiente para afastar a aplicação da tese jurídica anteriormente firmada.

Trata-se, pois, de um típico *ampliative distinguishing*.

Nesse cenário, resta perquirir se a possibilidade de readequação assentada no RE 564.354 é compatível com os benefícios calculados na forma do regramento anterior à lei 8.213/91, portanto, os benefícios concedidos antes da Constituição Federal, questão jurídica que constitui o objeto deste IRDR.

4.7. Da aplicabilidade do precedente aos benefícios concedidos antes da CF/88

No âmbito do E. STF, já foram proferidas algumas decisões no sentido de que o julgamento do RE 564.354 não impôs qualquer limite temporal em relação à aplicação da sua *ratio decidendi*.

Há, inclusive, decisões monocráticas de Ministros da Suprema Corte no sentido de que a norma jurídica geral extraída do RE 564.354 deve ser aplicada aos benefícios concedidos antes da entrada em vigor da CF/88.

A título de exemplo, cito o seguinte *decisum*, de lavra da e. Ministra Cármen Lúcia, que apreciou o RE 1241157, interposto contra decisão desta C. Corte:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. LIMITAÇÃO DO TETO. RENDA MENSAL DO BENEFÍCIO. DATA DE INÍCIO ANTERIOR À VIGÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988. READEQUAÇÃO AO TETO DAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS NS. 20/1998 E 41/2003 (RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 564.354-RG, TEMA 76). PRECEDENTES. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO.

Relatório

1. Recurso extraordinário interposto com base na al. a do inc. III do art. 102 da Constituição da República contra o seguinte julgado do Tribunal Regional Federal da Terceira Região:

“DECISÃO MONOCRÁTICA. POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO MONOCRÁTICO. ART. 932, IV, ‘b’, CPC/15. ALTERAÇÃO NO VALOR DOS TETOS PELAS EC 20/1998 E 41/2003. IMPOSSIBILIDADE DE REAQUAÇÃO DA RENDA MENSAL DOS BENEFÍCIOS CONCEDIDOS ANTES DA CF/88. 1. Nos termos do art. 932, IV, ‘b’ do CPC/15, estão presentes os requisitos que autorizam a prolação de decisão monocrática, considerando que a matéria discutida nos autos já se encontra consolidada no Supremo Tribunal Federal, por meio do julgamento de recursos repetitivos (repercussão geral), RE nº 564.354/SE e RE nº 937.595/RG-SP. 2. A pretensão deduzida nesta ação refere-se à obtenção da readequação da renda mensal do benefício mediante a observância dos novos tetos constitucionais e não à revisão do ato de concessão/renda mensal inicial, não havendo que se falar em decadência. 3. Deve-se observar a prescrição das prestações vencidas antes do quinquênio que antecede a propositura da ação, nos termos da Súmula 85 do STJ e art. 103 da Lei 8.213/91. 4. A pretensão deduzida na ação refere-se à obtenção da readequação da renda mensal do benefício mediante a observância dos novos tetos constitucionais restou pacificada no E. STF por seu Tribunal Pleno, em Repercussão Geral conferida ao RE nº 564.354/SE, em que foi relatora a Ministra Cármen Lúcia. 5. Os benefícios concedidos antes da Constituição Federal de 1988 não se enquadram na readequação deferida pela Suprema Corte, pois se submeteram à observância de outros limitadores, como o Menor Valor Teto e o Maior Valor Teto, em função disso, tiveram reposição integral da renda mensal inicial em número de salários mínimos (artigo 58 do ADCT). 6. Agravo não provido” (fl. 201, vol. 1).

2. O recorrente alega ter o Tribunal de origem contrariado o art. 14 da Emenda Constitucional n. 20/1998, o art. 5º da Emenda Constitucional n. 41/2003 e art. 58 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Argumenta que “a evolução do salário-de-benefício é devida, já que o STF, no julgamento do RE 564.354 deixou claro que o limitador é um fator externo ao benefício, de modo que quando ocorrer majoração deverá ser adequado o valor do benefício, tomando-se como base de cálculo a média dos salários-de-contribuição” (fl. 216, vol. 1).

Assinala que “sofreu as limitações do menor-valor-teto à época da concessão de seu benefício e, portanto, também tem direito a recompor sua renda com a aplicação das emendas constitucionais 20/98 e 42/2003, quando elevaram o valor do teto, sendo que seu benefício também tinha um excedente que ficou limitado à época” (fl. 216, vol. 1).

Pede “seja dado provimento ao presente recurso para reformar o venerando acórdão proferido, e julgar procedente os pedidos contidos da exordial, em face da expressa disposição Constitucional” (fl. 217, vol. 1).

3. O Tribunal de origem deixou de exercer juízo de retratação (fls. 242-247, vol. 1).

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (fl. 265, vol. 1).

Apreciada a matéria trazida na espécie, DECIDO.

4. Razão jurídica assiste ao recorrente.

5. No julgamento do Recurso Extraordinário n. 564.354-RG (Tema 76), de minha relatoria, este Supremo Tribunal assentou não ofender o ato jurídico perfeito a aplicação imediata do art. 14 da Emenda Constitucional n. 20/1998 e do art. 5º da Emenda Constitucional n. 41/2003 aos benefícios previdenciários limitados ao teto do regime geral de previdência estabelecido antes da vigência dessas normas, com os fundamentos a seguir:

[...]

6. O Tribunal de origem assentou:

“Contudo, é necessário ressaltar que os benefícios concedidos antes da Constituição Federal de 1988 não se enquadram na readequação deferida pela Suprema Corte, pois se submeteram à observância de outros limitadores, como o Menor Valor Teto e o Maior Valor Teto. Em função disso, tiveram reposição integral da renda mensal inicial em número de salários mínimos (art. 58 do ADCT). Dessa forma, considerando que seu benefício foi concedido em 04/05/81, a parte autora não faz jus à readequação da renda mensal aos limites fixados pelos tetos estabelecidos pelas Emendas Constitucionais nºs 20/98 e 41/2003” (fls. 199-200, vol. 1).

7. Este Supremo Tribunal não definiu que a aplicação do art. 14 da Emenda Constitucional n. 20/1998 e do art. 5º da Emenda Constitucional n. 41/2003 seria reconhecida apenas aos benefícios previdenciários concedidos após a vigência da Constituição de 1988, pelo que deve ser aplicado o entendimento acolhido no Recurso Extraordinário n. 564.354-RG, independente da data de início do benefício. Assim, por exemplo:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIOS LIMITADOS AO TETO DO RGPS ESTABELECIDO ANTES DA VIGÊNCIA DO ART. 14 DA EC 20/1998 E DO ART. 5º DA EC 41/2003. APLICAÇÃO IMEDIATA DESSES DISPOSITIVOS. CONSTITUCIONALIDADE. TEMA 76 DA REPERCUSSÃO GERAL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO, COM APLICAÇÃO DE MULTA. I - Esta Corte, ao julgar o RE 564.354-RG (Tema 76), da relatoria da Ministra Cármen Lúcia, firmou tese no sentido de que ‘não ofende o ato jurídico perfeito a aplicação imediata do art. 14 da Emenda Constitucional 20/1998 e do art. 5º da Emenda Constitucional 41/2003 aos benefícios previdenciários limitados a teto do regime geral de previdência estabelecido antes da vigência dessas normas, de modo a que passem a observar o novo teto constitucional’. II – Esta Corte não limitou a aplicação do art. 14 da EC 20/1998 e do art. 5º da EC 41/2003 aos benefícios previdenciários concedidos após a vigência da Constituição de 1988, sendo que o único requisito para a incidência desses dispositivos é que o salário de benefício tenha sofrido, à época de sua concessão, diminuição em razão da incidência do limitador previdenciário então vigente. III – Agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC” (RE n. 1.085.209-AgR, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 30.4.2018).

[...]

O julgado recorrido divergiu dessa orientação jurisprudencial.

8. Pelo exposto, dou provimento ao recurso extraordinário (al. b do inc. V do art. 932 do Código de Processo Civil e § 2º do art. 21 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal) para anular o julgado recorrido e determinar a remessa dos autos ao Tribunal de origem para decidir como de direito.

Como tais decisões não têm força vinculante, em que pese a sua eficácia persuasiva, não há óbice ao exame da pretensão de readequação dos benefícios concedidos antes do advento da CF/88 aos novos tetos instituídos pelas EC’s nº 20/1998 e 41/2003.

Pelo contrário, a inexistência de uma precedente obrigatório quanto à possibilidade de readequação dos benefícios pré-constitucionais aliada à divergência existente nesta Corte em relação a esse tema tornam admissível esse incidente, conforme assentado já no acórdão que o admitiu.

Ademais, a meu sentir, em tais decisões monocráticas, os e. Ministros não se debruçaram sobre a legislação infraconstitucional que compõe o regime jurídico aplicável aos benefícios pré-constitucionais, até porque tal tarefa não cabe à Corte Constitucional.

Até por isso, nos casos em que Suas Excelências dão provimento aos recursos extraordinários interpostos pelos segurados, normalmente se determina o retorno dos autos ao Tribunal de origem, para que se verifique se, no caso concreto, o benefício sofreu limitação ao teto previdenciário no momento da concessão.

Lado outro, quando o Tribunal de origem afirma, à luz da legislação infraconstitucional, que no caso concreto o benefício não sofreu limitação ao teto previdenciário, os recursos extraordinários tendem a ser desprovidos.

Veja-se, a propósito, o seguinte *decisum*:

Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, assim ementado:

“PREVIDENCIÁRIO. JUÍZO DE RETRATAÇÃO NEGATIVO. RESP 564.354/SE. REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. READEQUAÇÃO DA RENDA MENSAL. EMENDAS CONSTITUCIONAIS N. 20/1998 E 41/2003. NÃO LIMITAÇÃO SALÁRIO DE BENEFÍCIO. MANUTENÇÃO DO V. ACÓRDÃO.

1. O julgado representativo de controvérsia RE nº 564.354/SE firmou que é possível a readequação da renda mensal aos limites fixados pelos tetos estabelecidos pelas Emendas Constitucionais nºs 20/98 e 41/2003.

2. Espancada a questão, a E. Corte Suprema, sempre por meio de decisões monocráticas, tem afirmado que o precedente firmado não estabeleceu limitação temporal à aplicação da tese, razão pela qual os benefícios previdenciários implantados anteriormente à promulgação da CF/88 não estariam excluídos, ocorre que em momento algum o C. STF afirmou ser inconstitucional, à luz da CF anterior, a sistemática de apuração do salário-de-benefício à época vigente.

3. No regime constitucional anterior, o salário-de-benefício era apurado segundo a somatória de duas parcelas, conforme o disposto no Art. 23 do Decreto nº 89.312/84. Aplicar o precedente do STF sobre o ‘teto’ à sistemática anterior significaria declarar a inconstitucionalidade do artigo 23 do decreto nº 89.312/84, sem que o STF o tenha feito no precedente e sem que a parte o tenha sequer pedido.

4. A almejada desconsideração ‘dos tetos’, portanto, implicaria no absoluto desrespeito da sistemática prevista à época, com a criação judicial de regras próprias, situação que, nem de longe, foi abordada por julgado algum do C. STF.

5. Considerando que o benefício foi concedido anteriormente a CF/88, a parte autora não faz jus à readequação da renda mensal aos limites fixados pelos tetos estabelecidos pelas Emendas Constitucionais nºs 20/98 e 41/2003.

6. Juízo de retratação negativo para manter o v. acórdão”.

O recurso busca fundamento no art. 102, III, a, da Constituição Federal. A parte recorrente alega violação ao art. 14 da EC 20/1998 e ao art. 5º da EC 41/2003.

O recurso extraordinário não merece acolhida.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 564.354, Relª. Minª. Cármen Lúcia, sob a sistemática da repercussão geral, entendeu ser possível a aplicação imediata do art. 14 da Emenda Constitucional nº 20/1998 e do art. 5º da Emenda Constitucional nº 41/2003 àqueles que percebem seus benefícios com base em limitador anterior, levando-se em conta os salários-de-contribuição que foram utilizados para os cálculos iniciais. O mencionado entendimento, contudo, não aproveita à pretensão, uma vez que restou assentado no acórdão recorrido que o benefício previdenciário não foi limitado ao teto no momento de sua concessão.

Logo, a solução da controvérsia pressupõe a aferição se houve ou não limitação ao teto no momento da concessão do benefício, de modo que, necessariamente, exigir-se-ia a análise da legislação infraconstitucional aplicada e o reexame dos fatos e do material probatório contantes dos autos (Súmula 279/STF), o que torna inviável o processamento do recurso extraordinário.

Diante do exposto, com base no art. 932, IV e VIII, do CPC/2015 e no art. 21, § 1º, do RI/STF, nego provimento ao recurso. Existindo nos autos prévia fixação de honorários advocatícios, fica majorado em 25% o valor da verba honorária fixada anteriormente, observados os limites legais do art. 85, §§ 2º e 3º, do CPC/2015, bem como eventual deferimento da assistência judiciária gratuita. (RE 1274436 / SP - SÃO PAULO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO Julgamento: 03/08/2020)

Logo, para a adequada solução da controvérsia, há que se aferir se o regime jurídico dos benefícios pré-constitucionais é compatível com os parâmetros fixados no precedente paradigma, quais sejam:

(i) ter o benefício que se busca readequar sofrido limitação ao teto previdenciário vigente no momento da concessão, entendendo-se como tal um elemento externo à estrutura do benefício;

(ii) a readequação não dependa nem enseje alteração do regime jurídico e da fórmula de cálculo aplicável no momento da concessão da benesse.

É com base nisso que se deve passar ao exame do regramento jurídico aplicável aos benefícios concedidos antes da promulgação da CF/88.

4.8. Do reajuste previsto no artigo 58, do ADCT, c.c. o artigo 41, § 3º, da Lei 8.213/91.

No que se refere aos benefícios pré-constitucionais, deve-se observar, por primeiro, que o artigo 58, do ADCT - Ato das Disposições Constitucionais Transitórias deles tratou, estabelecendo o seguinte:

Art. 58. Os benefícios de prestação continuada, mantidos pela previdência social na data da promulgação da Constituição, terão seus valores revistos, a fim de que seja restabelecido o poder aquisitivo, expresso em número de salários mínimos, que tinham na data de sua concessão, obedecendo-se a esse critério de atualização até a implantação do plano de custeio e benefícios referidos no artigo seguinte.

Parágrafo único. As prestações mensais dos benefícios atualizadas de acordo com este artigo serão devidas e pagas a partir do sétimo mês a contar da promulgação da Constituição.

A e. Desembargadora Federal Marisa Santos explica que “o legislador constituinte de 1998, pretendendo resgatar um passado de reajustes que não preservavam o poder de compra dos benefícios, determinou que fossem recalculados todos os benefícios previdenciários já concedidos na data da promulgação da CF, de modo que a renda mensal correspondesse ao número de salários mínimos que tinham na data da sua concessão” (SANTOS, Marisa Ferreira. *Direito Previdenciário Esquemático*, Saraiva, 9ª edição, 2019. p. 248).

Destarte, instituiu-se um excepcional – já que o art. 7º, IV, da CF, veda a vinculação ao salário mínimo para qualquer fim - regime de equivalência ao salário mínimo, o qual vigorou de abril/1989 (sétimo mês após a promulgação da CF/88) a 09.12.1991, quando publicado o Decreto 357/91, o qual regulamentou a Lei 8.213/91, no que toca ao critério de reajustamentos dos benefícios.

A partir de dezembro/1991, os benefícios concedidos na vigência do regramento pré-constitucional passaram a ser reajustados com base nos critérios fixados na Lei 8.213/91, a qual previa, na redação originária do artigo 41, § 3º, que “Nenhum benefício reajustado poderá exceder o limite máximo do salário-de-benefício na data do reajustamento, respeitados os direitos adquiridos”.

Diante desse cenário, há respeitável entendimento jurisprudencial, inclusive no âmbito desta C. Corte, no sentido de que, em função do disposto no artigo 58 do ADCT, c.c. o artigo 41, § 3º, da Lei 8.213/91, os benefícios concedidos antes da promulgação da CF/88 não se sujeitaram a qualquer teto previdenciário, de modo que eles não são suscetíveis de serem readequados na forma delineada no RE 564.354.

Segundo tal entendimento jurisprudencial, a tese delineada no RE 564.354 seria absolutamente incompatível com o regramento aplicável aos benefícios concedidos antes da CF/88, até porque, até então, não existia o RGPS, regime mencionado expressamente no RE 564.354 e nas emendas constitucionais, surgido apenas com a Lei 8.213/91:

CONSTITUCIONAL. PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. REJULGAMENTO CONFORME O RE Nº 564.354/SE (TEMA 76 DA REPERCUSSÃO GERAL).

- O benefício em questão foi concedido antes da vigência da atual Constituição Federal, promulgada em 05/10/1988, portanto, teve seu valor revisto e readequado em salários mínimos, de acordo com o art. 58/ADCT.

- As diferenças apuradas nos benefícios atualizados de acordo com o referido artigo foram pagas em cumprimento ao seu parágrafo único, conforme a Portaria nº 4.426/89 da Autarquia Previdenciária.

- Estão superados os argumentos que afirmam que os benefícios concedidos, com base na sistemática anterior à CF/88, foram desfalcados pela incidência do limite ao 'maior valor teto', nos termos da C.L.P.S/Decreto nº 89.312/84, art. 23, eis que a nova ordem constitucional com esta readequação em salários mínimos estabeleceu novos valores a todos os benefícios em manutenção sem a estipulação de qualquer teto.

- A Administração Pública Direta ou Indireta só pode agir em obediência à lei. Enquanto na atividade privada pode-se fazer tudo o que não é proibido, na Administração Pública só se pode fazer o que é permitido na lei, portanto, a subsunção à lei é absoluta. O Direito Previdenciário sendo ramo de Direito Público está submetido ao estrito princípio da legalidade.

- Sob o fundamento de ausência de autorização legal, quer no direito positivo quer na jurisprudência estabelecida sob o regime de repercussão geral no RE nº 564.354/SE, não há previsão em nossa ordem jurídica para a revisão dos benefícios previdenciários formalizados sob a égide da Consolidação das Leis da Previdência Social, Decreto nº 89.312/84, benefícios que foram calculados de acordo com o que dispunha seu artigo 23.

- No RE nº 564.354/SE o benefício previdenciário questionado era uma aposentadoria proporcional com DIB em 09/10/1995, as questões suscitadas têm como pressuposto o valor dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social (regime geral este que foi criado na Constituição Federal de 1988) de que trata o artigo 201 desta Constituição, nos exatos termos dos artigos 5º da EC nº 41/2003 e art. 14 da EC nº 20/98.

- Não se extrai dos fundamentos de fato e de direito expostos no retro referido RE nº 564.354/SE, comando legal para alteração de atos jurídicos formalizados nas normas da Consolidação das Leis da Previdência Social - C.L.P.S / Decreto nº 89.312/84, que é anterior à Constituição Federal de 1988.

- O V. Acórdão proferido nestes autos está em plena harmonia com o RE nº 564.354/SE e foram obedecidos os artigos 1.036 e seguintes do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15), restando mantido, na íntegra.

- Afastada a retratação e remetidos os autos para a Vice-Presidência deste E. Tribunal Regional Federal.

(TRF 3ª Região, DÉCIMA TURMA, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 2240881, 0007569-78.2016.4.03.6141, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL LUCIA URSAIA, julgado em 27/08/2019, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/09/2019)

O entendimento supra transcrito está amparado em robustos fundamentos, mas, com a devida vênia, precisa ser inferido também a partir da compreensão do artigo 58 do ADCT. Este dispositivo não impôs uma revisão propriamente dita aos benefícios concedidos antes da CF/88, tampouco alterou o regime jurídico aplicável a tais benefícios; ele apenas os reajustou. Como a sistemática de cálculos aplicada quando da concessão dos benefícios foi mantida, tem-se que ela, na verdade, foi recepcionada pela CF/88 e pelo RGPS, o qual, a partir do seu advento, passou a regulá-los.

Impende destacar que o recálculo determinado por mencionado dispositivo – diferentemente do que aconteceu, por exemplo, com a revisão prevista no artigo 144, da Lei 8.213/91 para os benefícios concedidos no denominado buraco negro - não alterou a fórmula de cálculo aplicada no momento da concessão, tendo, antes, partido do resultado desta.

Por conseguinte, os reajustes decorrentes do artigo 58, do ADCT e, posteriormente, do artigo 41, § 3º, da Lei 8.213/91, não constituem circunstância suficiente para afastar a possibilidade de readequação fundada no RE 564.354, eis que tais reajustes não excluem eventual limitação originária, isso é, havida no momento da concessão do benefício.

4.9. Da análise do regramento jurídico aplicável aos benefícios concedidos antes da promulgação da CF/88

Nessa conjuntura, há que se perquirir se, no regramento jurídico anterior à CF/88, existia um “*elemento externo à estrutura jurídica do benefício previdenciário, que não o integra*” e cuja incidência “*pressupõe a perfectibilização do direito, sendo-lhe, pois, posterior e incidindo como elemento redutor do valor do benefício*”, nas palavras do Ministro Gilmar Mendes, ou um “*fator extrínseco ao cálculo da aposentadoria*”, na precisa elocução do e. Desembargador Federal Newton de Lucca, constante da declaração de voto apresentada quando do exame de admissibilidade deste IRDR, nos seguintes termos (id. 107923173):

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA: Inicialmente, acompanho o voto da E. Relatora no sentido de admitir o IRDR, fazendo-o, no entanto, pela conclusão, em razão do exposto a seguir.

Com relação aos benefícios concedidos no período anterior ao advento da Constituição Federal de 1988, o C. Supremo Tribunal Federal firmou posicionamento no sentido de não haver limitação temporal relativamente à data de início do benefício, para fins de aplicação da orientação firmada na Repercussão Geral reconhecida no Recurso Extraordinário nº 564.354. Transcrevo, por oportuno, trecho da decisão proferida pelo saudoso Ministro Teori Zavascki: “em momento algum esta Corte limitou a aplicação do entendimento aos benefícios previdenciários concedidos na vigência da Lei 8.213/91. Na verdade, o único requisito para a aplicação dos novos tetos aos benefícios concedidos anteriormente à sua vigência é que o salário de benefício tenha sofrido, à época de sua concessão, diminuição em razão da incidência do limitador previdenciário então vigente.” (STF, ARE nº 915.305/RJ, DJe de 24/11/15). Nesse mesmo sentido, cito os seguintes precedentes: Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 1.085.209/SP, Relator Ministro Ricardo Lewandowski; Recurso Extraordinário nº 998.396, Relatora Ministra Rosa Weber e Recurso Extraordinário nº 1.004.657, Relator Ministro Dias Toffoli.

O C. Supremo Tribunal Federal determinou a exclusão do teto previdenciário (fator extrínseco ao cálculo da aposentadoria) para fins de readequação dos benefícios aos novos limites previstos nas Emendas Constitucionais nº 20/98 e nº 41/03.

No entanto, a legislação aplicável aos benefícios previdenciários concedidos antes da Constituição Federal de 1988, previa, ao menos, três tetos para a apuração da renda mensal inicial: menor valor teto, maior valor teto e limitação do valor do benefício a 90% do maior valor teto. Dessa forma, considero indispensável a análise sobre a forma de cálculo do benefício e quais tetos deverão (ou não) ser desconsiderados, a fim de que possa haver a compatibilização entre o comando exarado na Repercussão Geral acima mencionada com a legislação previdenciária existente no período anterior à Constituição Federal, sem implicar, ao final, recálculo da renda mensal inicial, expressamente vedado pelo C. STF.

Ante o exposto, acompanho o voto da E. Relatora, pela conclusão.

O INSS, na petição em que requereu a instauração deste incidente, admitiu a possibilidade de limitação do benefício a 90% do “maior valor teto”. Posteriormente, nas razões finais de id. 147755344, a autarquia, reconheceu a possibilidade de “limitação do benefício ao ‘maior valor teto’”.

Em sentido oposto, a tese defendida em prol dos segurados parte da premissa de que tanto o *mVT* (*menor valor teto*) quanto o *MVT* (*maior valor teto*) seriam fatores extrínsecos

aos cálculos, funcionando como verdadeiros limitadores previdenciários, de sorte que, uma vez demonstrada a incidência de qualquer um deles no momento da concessão, seria devida a readequação aos novos tetos previdenciários instituídos pelas ECs 20/98 e 41/03.

Conquanto tal entendimento tenha sido sustentado com maestria e brilhantismo nas manifestações apresentadas por diferentes atores nesse incidente, não só por meio das petições que foram carreadas aos autos, mas também, ao longo da audiência pública realizada em 30.06.2020, entendo que ele não pode vicejar.

A meu ver, o regramento anterior à CF/88, à semelhança do regime instituído pela RGPS, previa um fator com a mesma natureza jurídica do limitador previdenciário previsto na Lei 8.213/91, qual seja, o *MVT* (*maior valor teto*).

Não há, contudo, como se acolher a pretensão dos segurados no que tange ao reconhecimento do *mVT* como limitador previdenciário, pois isso “*esbarra na alteração estrutural da forma de cálculo da RMI dos benefícios concedidos e calculados antes da CF/88, o que o STF não admitiu*”, conforme bem destacado no parecer ministerial

Destarte, ao menos em tese, faz-se possível a aplicação da *ratio decidendi* do RE 564.354 aos benefícios concedidos antes da promulgação da CF/88, desde que o benefício objeto da readequação postulada tenha sofrido a limitação pelo *MVT*.

Explico.

A Lei 8.213/91 determina que o cálculo do benefício previdenciário deve observar uma sistemática em que o valor do benefício reflita o valor das contribuições vertidas pelo trabalhador, concretizando o *princípio constitucional da contributividade* (art. 201, da CF/88).

Por isso, tal cálculo é feito em etapas, sendo que, em regra, na primeira, apuram-se, a partir do histórico contributivo do segurado, os *salários de contribuição*, dos quais se extrai uma média, chegando-se ao *salário de benefício* (art. 29, incisos I e II, da Lei 8.213/91).

O *salário de benefício*, em determinados casos, é alcançado pela multiplicação da média apurada a partir dos salários de contribuição pelo *fator previdenciário* (art. 29, I, da LBPS), não podendo ser “superior ao do limite máximo do salário-de-contribuição na data de início do benefício” (art. 29, §2º).

Na sequência, aplica-se um coeficiente específico - que varia de acordo com a natureza do benefício e outros fatores inerentes à história laboral e contributiva do segurado – sobre o *salário de benefício*, chegando-se, assim, ao valor que o segurado, *a princípio*, adquire o direito de receber e que a Lei 8.213/91 denomina de “*renda mensal*”.

Dito isso, já se vê que, ao menos na concepção originária da Lei 8.213/91, o *limitador previdenciário* majorado pelas emendas constitucionais poderia incidir sobre o “*salário de benefício*” e sobre a “*renda mensal*”, o montante a que corresponde o benefício previdenciário.

Sabe-se que o legislador ordinário buscou corrigir essa sistemática de dupla incidência do teto previdenciário no procedimento do cálculo do benefício.

Segundo o escólio de Hermes Arrais Alencar, “*o legislador reconheceu ter a Lei no. 8.213/91 exagerado ao estabelecer limitação ao teto a cada etapa do cálculo previdenciário (SC, SB, RMI e RMReqj), vindo, em razão disso, atenuar o rigor da Lei de Benefícios, mediante a edição das Leis nos. 8.870 e 8.880, ambas de 1994, autorizando a recomposição da renda mensal dos segurados que tiveram o “salário de benefício” limitado ao teto máximo na oportunidade do cálculo do benefício*”.

O autor explica que “*o art. 26 da Lei no. 8.870/94 e art. 21, §3º, da Lei no. 8.880/94 garantem a recomposição da perda sofrida pelo segurado que teve a média aritmética sim-*

ples dos salários de contribuição limitados ao teto, proporcionando aos segurados nessas condições, o direito ao índice-teto, que representa a justa recomposição da perda sofrida em face da limitação do SB ao patamar máximo”. (ALENCAR, Hermes Arrais; Cálculos de Benefícios Previdenciários. Editora Atlas, 7ª edição, 2015, p.

De todo modo, constata-se que, no regime da Lei 8.213/91, no momento da concessão e realização do cálculo inicial do benefício, o teto previdenciário pode incidir sobre o “salário de benefício”, a “renda mensal” e a *renda mensal reajustada* (art. 41).

Embora o regime pré-constitucional previsse duas figuras que continham a expressão “teto” em sua denominação, o *mVT (menor valor teto)* e o *MVT (maior valor teto)*, o exame acurado de tal regramento revela que apenas o *MVT (maior valor teto)* assume os mesmos contornos jurídicos do *teto previdenciário* previsto no RGPS.

A lei 3.807/60, em sua redação originária, assim dispunha, no artigo 23, sobre o valor dos benefícios previdenciários:

Art. 23. O cálculo dos benefícios far-se-á tomando-se por base o “salário de benefício” assim denominado a média dos salários sobre os quais o segurado haja realizado as últimas 12 (doze) contribuições mensais contadas até o mês anterior ao da morte do segurado, no caso de pensão, ou ao início do benefício nos demais casos.

§ 1º O “salário de benefício” não poderá ser inferior em cada localidade, ao salário mínimo de adulto ou menor, conforme o caso, nem superior a 5 (cinco) vezes o mais alto salário mínimo vigente no país.

§ 2º O limite máximo estabelecido no parágrafo anterior será elevado até 10 (dez) vezes o salário mínimo de maior valor vigente no País, quando o segurado já vier contribuindo sobre importância superior àquele limite, em virtude de disposição legal.

Os artigos 3º e 5º da lei 5.890/1973 alteraram o regramento anterior, tendo, por sua vez, sido alterados ao longo do tempo, razão pela qual transcrevo a versão consolidada de tais dispositivos:

Art 3º O valor mensal dos benefícios de prestação continuada, inclusive os regidos por normas especiais, será calculado tomando-se por base o salário-de-benefício, assim entendido: I - para o auxílio-doença, a aposentadoria por invalidez, a pensão e o auxílio-reclusão, 1/12 (um doze avos) da soma dos salários-de-contribuição imediatamente anteriores ao mês do afastamento da atividade, até o máximo de 12 (doze), apurados em período não superior a 18 (dezoito) meses;

~~H - para as demais espécies de aposentadoria, 1/48 (um quarenta e oito avos) da soma dos salários-de-contribuição imediatamente anteriores ao mês do afastamento da atividade, até o máximo de 48 (quarenta e oito) apurados em período não superior a 60 (sessenta) meses;~~

~~H - para as demais espécies de aposentadoria, 1/36 (um trinta e seis avos) da soma dos salários-de-contribuição imediatamente anteriores ao mês de afastamento da atividade, até o máximo de 36 (trinta e seis), apurados em período não superior a 48 (quarenta e oito) meses; (Redação dada pela Lei nº 6.210, de 1975)~~

II - para as demais espécies de aposentadoria, 1/36 (um trinta e seis avos) da soma dos salários-de-contribuição imediatamente anteriores ao mês da entrada do requerimento, até o máximo de 36 (trinta e seis), apurados em período não superior a 48 (quarenta e oito) meses. (Redação dada pela Lei nº 6.887, de 1980)

[...]

§ 4º O salário-de-benefício não poderá, em qualquer hipótese, ser inferior ao valor do salário-mínimo mensal vigente no local de trabalho do segurado, à data do início do benefício, nem superior a 20 (vinte) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

[...]

§ 7º O valor mensal das aposentadorias de que trata o inciso II não poderá exceder 95% (noventa e cinco por cento) do salário-de-benefício (Incluído pela Lei nº 6.210, de 1975)
[...]

Art 5º Os benefícios a serem pagos sob a forma de renda mensal terão seus valores fixados da seguinte forma: (Vide Lei 6.708, de 1979)

I - quando o *salário-de-benefício* for igual ou inferior a 10 (dez) vezes o maior salário-mínimo vigente no País, aplicar-se-lhe-ão os coeficientes previstos nesta e na Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960;

II - quando o *salário-de-benefício* for superior ao do item anterior será ele dividido em duas parcelas, a primeira, igual a 10 (dez) vezes o maior salário-mínimo vigente no País, a segunda, será o valor excedente ao da primeira;

a) sobre a primeira parcela aplicar-se-ão os coeficientes previstos no item anterior;

b) sobre a segunda, aplicar-se-á um coeficiente igual a tantos 1/30 (um trinta avos) quantos forem os grupos de 12 (doze) contribuições acima de 10 (dez) salários-mínimos, respeitado, em cada caso, o limite máximo de 80% (oitenta por cento) do valor da parcela;

III - o valor da renda mensal no caso do item anterior será a soma das parcelas calculadas na forma das alíneas a e b, não podendo ultrapassar o valor correspondente a 90% (noventa por cento) de 20 (vinte) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

Tais dispositivos foram objeto de sucessivos regulamento:

Seção III

Salário-de-benefício

Art 26 O benefício de prestação continuada, inclusive o regido por normas especiais, terá seu valor calculado tomando-se por base o salário-de-benefício, assim entendido:

I – para o auxílio-doença, a aposentadoria por invalidez, a pensão e o auxílio-reclusão, 1/12 (um doze avos) da soma dos salários-de-contribuição imediatamente anteriores ao mês do afastamento da atividade, até o máximo de 12 (doze), apurados em período não superior a 18 (dezoito) meses;

II – para as demais espécies de aposentadoria, 1/36 (um trinta e seis avos) da soma dos salários-de-contribuição imediatamente anteriores ao mês do afastamento da atividade, até o máximo de 36 (trinta e seis), apurados em período não superior a 48 (quarenta e oito) meses;
[...]

§ 4º - O salário-de-benefício não pode, em qualquer hipótese, ser inferior ao salário-mínimo vigente na localidade de trabalho do segurado, nem superior ao maior valor-teto (artigo 225, § 3º) vigente na data do início do benefício.

[...]

Seção IV

Valor dos benefícios

Art 28 O valor do benefício de prestação continuada será calculado da seguinte forma:

I – quando o salário-de-benefício for igual ou inferior ao menor valor-teto (artigo 225, § 3º), serão aplicados os coeficientes previstos nesta Consolidação;

II – quando for superior ao menor valor-teto, o salário-de-benefício será dividido em duas parcelas, a primeira igual ao menor valor-teto e a segunda correspondente ao que exceder o valor da primeira, aplicando-se:

a) à primeira parcela os coeficientes previstos no item I;

b) à segunda um coeficiente igual a tantos 1/30 (um trinta avos) quantos forem os grupos de 12 (doze) contribuições acima do menor valor-teto, respeitado, em cada caso, o limite máximo de 80% (oitenta por cento) do valor dessa parcela;

III – na hipótese do item II o valor da renda mensal será a soma das parcelas calculadas na forma das letras a e b , não podendo ultrapassar 90% (noventa por cento) do maior valor-teto (artigo 225, § 3º).

§ 1º - O valor obtido será arredondado, se for o caso, para a unidade de cruzeiro imediatamente superior.

§ 2º - O valor mensal das aposentadorias de que trata o item II do artigo 26 não poderá exceder 95% (noventa e cinco por cento) do salário-de-benefício.

[...]

Art 30 O valor do benefício em manutenção será reajustado quando for alterado o salário-mínimo.

[...]

§ 3º - *Nenhum benefício reajustado poderá ser superior a 90% (noventa por cento) do maior valor-teto (artigo 225, § 3º) vigente na data do reajustamento.*

O mesmo se deu com a superveniência da CLPS/1984 (Decreto 89.312, de 23/01/1984):

Art. 21. O benefício de prestação continuada, inclusive o regido por normas especiais, tem seu valor calculado com base no salário-de-benefício, assim entendido:

I - para o auxílio-doença, a aposentadoria por invalidez, a pensão e o auxílio reclusão, 1/12 (um doze avos) da soma dos salários-de-contribuição dos meses imediatamente anteriores ao do afastamento da atividade, até o máximo de 12 (doze), apurados em período não superior a 18 (dezoito) meses;

II - para as demais espécies de aposentadoria e para o abono de permanência em serviço, 1/36 (um trinta e seis avos) da soma dos salários-de-contribuição dos meses imediatamente anteriores ao do afastamento da atividade ou da entrada do requerimento, até o máximo de 36 (trinta e seis), apurados em período não superior a 48 (quarenta e oito) meses.

[...]

§ 4º O salário-de-benefício não pode ser inferior ao salário-mínimo da localidade de trabalho do segurado nem superior ao maior valor-teto na data do início do benefício.

[...]

Art. 23. O valor do benefício de prestação continuada é calculado da forma seguinte:

I - quando, o salário-de-benefício é igual ou inferior ao menor valor-teto, são aplicados os coeficientes previstos nesta Consolidação;

II - quando é superior ao menor valor-teto, o salário-de-benefício é dividido em duas parcelas, a primeira igual ao menor valor-teto e a segunda correspondente ao que excede o valor da primeira, aplicando-se:

a) à primeira parcela os coeficientes previstos nesta Consolidação;

b) à segunda um coeficiente igual a tantos 1/30 (um trinta avos) quantos forem os grupos de 12 (doze) contribuições acima do menor valor-teto, respeitado o limite máximo de 80% (oitenta por cento) do valor dessa parcela;

III - na hipótese do item II o valor da renda mensal é a soma das parcelas calculadas na forma das letras “a” e “b”, não podendo ultrapassar 90% (noventa por cento) do maior valor-teto.

§ 1º O valor mensal das aposentadorias do item II do artigo 21 não pode exceder 95% (noventa e cinco por cento) do salário-de-benefício.

[...]

Art. 25. O valor do benefício de prestação continuada é reajustado quando é alterado o salário mínimo, de acordo com a evolução da folha de salários-de-contribuição dos segurados ativos, não podendo o reajustamento ser inferior, proporcionalmente, ao incremento verificado.

Parágrafo único. Nenhum benefício reajustado pode ser superior a 90% (noventa por cento) do maior valor-teto vigente na data do reajustamento. O “caput” do artigo 25 desta CLPS

foi revogado pelo Decreto-lei nº 2.113, de 18 de abril de 1984, ficando restabelecidas as disposições legais anteriormente vigentes sobre a matéria.

Como se vê, a sistemática de cálculo prevista na legislação anterior à CF/88 também buscava que o valor dos benefícios refletisse, da melhor maneira possível, o montante das contribuições vertidas pelo segurado.

O cálculo era igualmente feito em etapas, sendo que, na primeira, apuravam-se os *salários de contribuição*, dos quais se extraía uma média, que, de sua vez, correspondia ao *salário de benefício* (art. 3º, II, da Lei 5.890/1973).

Esse *salário de benefício* não podia ser inferior ao salário mínimo, nem superior a 20 (vinte) vezes o maior salário mínimo vigente no país (*Maior Valor Teto – MVT*), em função do quanto estabelecido no art. 3º, §4º, da Lei 5.890/1973.

Ou seja, na sistemática pré-CF/88, o *salário de benefício* poderia sofrer limitação a um teto (*Maior Valor Teto – MVT*).

Na sequência, a partir do *salário de benefício*, calculava-se o valor da *renda mensal*, observando-se uma equação bem diferente do regramento estabelecido pela Lei 8.213/91 e suas sucessivas alterações.

Se o *salário de benefício (SB)* fosse igual ou inferior a 10 (dez) vezes o maior salário mínimo vigente no país (*Menor Valor Teto – mVT*), sobre ele se aplicava o *coeficiente do benefício (cb)*, alcançando-se, com isso, a *renda mensal* do benefício, o *valor do benefício*.

Todavia, quando o *salário de benefício (SB)* superava o *mVT*, o *cômputo da renda mensal (RM)* era submetido a outro critério de cálculo, sem qualquer correspondência com a sistemática instituída pela Lei 8.213/91.

Nessa quadra, o valor que o segurado teria direito a receber - denominado pela lei de *renda mensal (RM)* - era alcançado a partir da soma de duas parcelas calculadas a partir do desmembramento do *salário de benefício (SB)*:

(a) a primeira correspondia ao produto da multiplicação do menor valor teto (*mVT*) pelo coeficiente do benefício (*cb*); e

(b) a segunda, correspondia à diferença entre o *salário de benefício (SB)* e o menor valor teto (*mVT*), multiplicada pelo coeficiente legal (*cl*) - isto é tantos 1/30 (um trinta avos) quantos forem os grupos de 12 (doze) contribuições acima de 10 (dez) salários-mínimos -, sendo que essa segunda parcela tinha que respeitar o limite máximo de 80% (oitenta por cento) do *mVT*.

Por fim, o *valor do benefício*, a *renda mensal* não poderia exceder a 90% (noventa por cento) do valor do *MVT*, consoante disposição do art. 5º, III, *in fine*, da Lei 5.890/1973.

Essa última limitação, na verdade, nada mais é do que uma consequência natural da limitação ao *MVT*, já que, como o *mVT* equivalia à metade do *MVT*; a parcela (a) não podia ser superior ao *mVT*; e a parcela (b) não podia ser superior a 80% do *mVT*; a soma dessas parcelas necessariamente não ultrapassava 90% do *MVT* (100% do *mVT* + 80% do *mVT* = 180% do *mVT* = 90% do *MVT*).

Reproduzo, por oportuno, interessante “quadro comparativo no qual podem ser observados os limitadores tanto do *salário de benefício* quanto da *renda mensal* inicial de aposentadorias implantadas sob a égide da Lei nº 8.213/91 (sem levar em consideração as alterações previstas na Lei nº 9.876/99) e do Decreto nº 89.312/84, além disso, segue abaixo um quadro contendo as fórmulas de cálculo dos benefícios implantados nos termos dos referidos diplomas legais”, apresentado pelo responsável pelo Setor de Contadoria desta Corte, o servidor Wilson José da Costa (id. 143274610):

Feita tal digressão comparativa, constata-se que, no regramento pré-CF/88, o valor do benefício previdenciário, tal como no RGPS, correspondia à denominada *renda mensal*, sendo limitada diretamente pelo teto de 90% do *Maior Valor Teto* e reflexamente pelo *MVT*.

Similarmente ao que acontece com o teto previdenciário da Lei 8.213/91, o *MVT* também incidia tanto na definição do *valor de benefício* quanto na da *renda mensal* e, até mesmo, da *renda mensal reajustada* (art. 25, p.u, da CLPS/1984, por exemplo).

Além disso, nessa sistemática, o *MVT* incidia após a definição do valor do *salário de benefício* e da *renda mensal*, ensejando o descarte de parte dessas verbas.

Tudo isso conduz à conclusão de que o *MVT* funcionava como um “*elemento externo à estrutura jurídica do benefício previdenciário, que não o integra*” e cuja incidência “*pressupõe a perfectibilização do direito, sendo-lhe, pois, posterior e incidindo como elemento redutor do valor do benefício*”, subsumindo-se ao conceito delineado pelo Ministro Gilmar Mendes do RE 564.354.

O mesmo, entretanto, não ocorre com o *mVT* – *menor valor teto*.

Realmente, o *mVT* não ensejava o descarte de qualquer parcela do valor do *salário de benefício* ou da média dos salários de contribuição. Ele apenas servia de baliza ou referência para determinar qual das fórmulas de cálculo previstas na legislação seria utilizada para a definição da *renda mensal*.

Como visto, se o *salário de benefício* fosse inferior ao *mVT*, a *renda mensal* era obtida a partir do *valor integral* do *salário de benefício*, sobre o qual incidia o *coeficiente do benefício*.

Logo, nesse caso, o *mVT* não ensejava o descarte de qualquer parcela do *salário de benefício*, de modo que a *renda mensal* poderia ficar aquém do *salário de benefício* única e exclusivamente em função do *coeficiente do benefício*.

Lado outro, quando o *salário de benefício* superava o valor do *mVT*, o montante da *renda mensal* era obtido pela soma de duas parcelas, uma calculada sobre a *integralidade* do *mVT* e outra sobre a diferença entre o *salário de benefício* e o *mVT*.

Nesse caso, o *mVT* não ensejava o descarte de parte do *salário de benefício*, já que o valor que o excedia era integralmente utilizado no cálculo da segunda parcela da *renda mensal*.

Essa nuance foi muito bem destacada pela Servidora desta Corte, Romery Estelita Correia, no estudo de id. 144853232, senão, veja-se:

Na hipótese de o salário de benefício resultar superior ao menor valor teto – o que ocorreu -, há expressa disposição legal contida no artigo 23, II, do Decreto n. 89.312/1984, para seu desmembramento em duas parcelas.

A primeira, denominada “menor valor teto”, será base para a aplicação do coeficiente de cálculo previsto na CLPS (art. 23, II, “a”, do Decreto n. 89.312/1984), devendo ser observado o limite estabelecido no inciso III, §1º, do referido artigo.

A segunda parcela, correspondente ao *excedente entre a média apurada e o menor valor teto*, com limite no maior valor teto (art. 21, II, §4º, da CLPS), será base de aplicação de atos 1/30 (um trinta avos) quanto forem os grupos de 12 (doze) contribuições acima do menor valor teto (art. 23, II, “b”, do Decreto n. 89.312/1984).

O somatório de ambas as parcelas corresponderá à RMI devida.

Como se verifica do demonstrativo anexado, a média apurada – Cr\$ 538.156,65 – foi *integralmente utilizada*, pois embora a primeira parcela tenha apurada sobre o menor valor teto – Cr\$485.785,00 -, o excedente de Cr\$52.371,55 foi aproveitado, compondo a segunda parcela do cálculo.

Na sistemática vigente na legislação anterior à Constituição Federal de 1988, o excedente entre a média e o menor valor teto era computado na apuração do benefício como “parcela adicional”, de modo que *não ocorria* perda.

Assim, é forçoso concluir que o excedente ao menor valor teto *sempre* integrava o salário de benefício, tendo *aproveitamento integral* na apuração da RMI dos benefícios.

Não se olvida que, no cálculo dessa segunda parcela, a parte do *salário de benefício* que excedia o *mVT*, no mais das vezes, terminava sendo reduzida. Todavia isso se dava única e exclusivamente em razão do *coeficiente legal*, não decorrendo, pois, do *mVT*.

Não há dúvidas, portanto, que o *mVT* não limitava qualquer elemento do cálculo, tarefa essa que cabia a outros fatores da equação, tais como o *MVT* – que limitava o *salário de benefício* –, o *coeficiente do benefício* – que incidia sobre o *mVT* – e o *coeficiente legal*, incidente sobre a diferença entre o *salário de benefício* e o *mVT*.

Nessa ordem de ideias, tem-se que o fato de o salário de benefício superar o *mVT* não autoriza a readequação na forma delineada no 564.354.

Na verdade, a tese sustentada em prol dos segurados busca, sob o pálio da readequação, promover uma verdadeira revisão da fórmula de cálculo aplicada no momento da concessão, mediante a exclusão do desmembramento do *salário de benefício* para fins de cômputo da *renda mensal*, expurgando o *coeficiente legal* da equação.

Segundo tal linha argumentativa, a readequação deve ser levada a efeito comparando-se os novos tetos com o valor atualizado do produto da multiplicação da média dos salários de contribuição (*salário de benefício* sem limitações) pelo coeficiente de benefício aplicado ao caso concreto.

Tal posicionamento foi bem defendido na audiência pública realizada em 30.06.2020, especialmente pelas Dras. EMANUELLE SILVEIRA DOS SANTOS BOSCARDIN, GISELE LEMOS KRAVCHYN, FERNANDO CARDOSO SILVEIRA, GIOVANNI MAGALHÃES DA SILVA, MICHELE PETROSINO JUNIOR e EDERSON RICARDO TEIXEIRA.

O IBDP, por exemplo, “*opina em favor do entendimento que somente será respeitado o patrimônio jurídico do segurado a evolução da média multiplicada pelo coeficiente de cálculo, atualizado até o confronto com os novos tetos decorrentes das alterações constitucionais – Emendas 20/1998 e 41/2003*”, pedindo que seja firmada a seguinte tese: “*É devida a readequação dos benefícios concedidos antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 aos tetos instituídos pelas EC 20/1998 e 41/2003, independentemente do limitador adotado à época da concessão do benefício, visto que os limitadores são elementos externos ao benefício e deve ser respeitado o patrimônio jurídico dos segurados*”.

O IAPE, seguindo a mesma linha do IBDP e dos interessados habilitados neste IRDR, requer a “*o reconhecimento através deste Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que o Menor e o Maior Valor Teto são limitadores externos ao salário de benefício, sendo, portanto, reconhecidas as diferenças resultantes do afastamento destes limitadores desde a concessão, apurando-se eventuais diferenças a partir do advento das emendas constitucionais 20/98 e 41/2003, levando-se em conta a média legítima dos salários-de-contribuição e o coeficiente de cálculo de cada benefício*” (id. Num. 136716561).

Igual argumentação é articulada pelo interessado WALTER JOSÉ CAVANHA, que trouxe aos autos, em seu apoio, o parecer de lavra do e. Procurador Regional da República Paulo Gilberto Cogo Leivas, oferecido no IAC de n. 5037799-76.2019.4.04.0000, em trâmite no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, do qual destaco o seguinte excerto:

Como visto, o salário de benefício constitui patrimônio jurídico do segurado, ato jurídico perfeito, e não tem na sua formação interferência dos valores de teto (art 28 da CLPS 76 e art. 23 da CLPS 84). Os menor e maior valores teto eram utilizados apenas no cálculo da RMI, na função de redutores externos.

O julgamento do RE 564354 permite que sejam os novos limitadores externos, os tetos previstos nas Emendas Constitucionais 20 e 41 venham a ser aplicados aos benefícios concedidos antes da Constituição de 1988.

Ainda que se pudesse, por uma ficção, recompor os limitadores externos de menor valor teto e maior valor teto a partir do teto previsto nas Emendas Constitucionais 20 e 41, não se estaria frente a tetos com a mesma função.

Ao utilizar os tetos no cálculo da RMI e também como um limitador externo ao valor do benefício efetivamente pago, o limitador estaria sendo aplicado duas vezes.

Assim, entendendo deva ser mantida a forma de incidência dos tetos das Emendas Constitucionais 20 e 41 deve seguir a forma como aplicada pela 5ª Turma, e como vinha sendo aplicada pela 6ª Turma, exemplificada nos seguintes julgados:

PREVIDENCIÁRIO. EXECUÇÃO/CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. REVISÃO DE BENEFÍCIO CONCEDIDO ANTES DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DIFERENÇAS A RECEBER.

1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE nº 564.354, assentou que “o teto é exterior ao cálculo do benefício”; por conseguinte, o valor real do benefício é a média dos salários de contribuição, calculada segundo os parâmetros da legislação vigente na data da concessão, de modo que, com relação aos benefícios anteriores à Constituição Federal de 1988, o próprio salário de benefício é o valor real e integra-se ao patrimônio jurídico do segurado, resultando daí que todo o excesso não aproveitado em razão da restrição poderá ser utilizado sempre que alterado o teto, adequando-se ao novo limite.

2. Logo, não há outra forma de dar fiel aplicação ao entendimento do STF senão por meio da aplicação da equivalência salarial determinada pelo art. 58/ADCT diretamente sobre a média dos salários de contribuição, que corresponderia ao valor que o segurado deveria receber, não houvesse o limitador para fins de pagamento.

3. *Então, para a recomposição da renda mensal segundo o título judicial exequendo, não importa o cálculo com menor e o maior valor teto, sendo a média dos salários de contribuição que deve ser atualizada até cada competência (mediante a equivalência salarial até dez/91 e, após, segundo os índices de reajuste dos benefícios previdenciários) e confrontada com o limite máximo para fins de pagamento (teto do salário de contribuição).* (TRF4, AC 5009954-05.2016.4.04.7201, SEXTA TURMA, Relator para Acórdão JULIO GUILHERME BEREZOSKI SCHATTSCHNEIDER, juntado aos autos em 09/09/2019)

No mesmo trilho, o entendimento defendido pelo autor do primeiro processo piloto, que pede a aplicação do seguinte critério de cálculo para fins de readequação (Num. 90195231 - Pág. 30):

O procedimento a ser adotado, visando a recuperação dos valores desprezados quando do cálculo inicial, é o seguinte:

- . tomar o salário de benefício sem limitações, na data da concessão (a média pura dos 36 salários, portanto);
- . converte-lo, no período do artigo 58-ADCT, pela quantidade de salários mínimos que representava;
- . multiplicar esta quantidade de salários mínimos pelo valor do salário mínimo, por exemplo, de 09/91 (última conversão do período do artigo 58 – voltando o valor a ser expresso em moeda);
- . aplicar o coeficiente de concessão do benefício.
- . o resultado disto seria então o valor devido em 09/91. Daí em diante, reajustar este valor pelos índices oficiais de reajustamento.

Alega que tal sistemática tem sido utilizada em outros órgãos do Judiciário pátrio, citando, à guisa de exemplo, os seguintes cálculos elaborados pela Contadoria do Rio de Janeiro:

Percebe-se que a tese sustentada em favor dos segurados, a pretexto de eliminar a restrição supostamente imposta pelo *mVT*, na verdade, eliminou uma das etapas da sistemática de cálculo da época e um dos seus elementos intrínsecos, o *coeficiente legal*.

Nesse sentido, destaco percuciente trecho das informações prestadas pelo Setor de Contadoria desta C. Corte (id. 143274610):

Portanto, no que tange à revisão dos tetos das EC' nº 20/98 e 41/03 em benefícios implantados na forma da Lei nº 8.213/91, fica um tanto óbvio concluir que não poderiam ser desconsiderados os componentes intrínsecos da apuração da RMI, tais como o coeficiente de cálculo e o fator previdenciário (se o caso) para não caracterizar revisão alheia ao objeto da ação, senão, a título ilustrativo, seria indiferente o tempo de contribuição, a idade (se o caso), o sexo (se o caso) e a expectativa de sobrevida (se o caso) dos segurados “agraciados” com a revisão dos tetos, em detrimento daqueles de renda mensal mais baixa que não teriam a mesma benesse. De toda forma, nesses casos não tem ocorrido controvérsia significativa em sede de execução do julgado.

Deste modo, por analogia, para benefícios implantados nos termos do Decreto nº 89.312/84, em tese, também não poderiam ser desconsiderados os componentes intrínsecos da apuração da RMI, s.m.j., tais como o menor valor teto, o nº de grupos de 12 contribuições e o coeficiente de cálculo para não caracterizar revisão alheia ao objeto da ação, senão, a título meramente ilustrativo, também seria indiferente o tempo de contribuição e o patamar dos montantes mensais recolhidos junto aos cofres previdenciários no curso do período contributivo (exceto os dos 36 meses anteriores à DIB). (Grifamos)

Isso, por si só, já é suficiente para repelir tal entendimento, pois este desconsidera uma das condições impostas pelo STF para harmonizar a procedência do pedido de readequação com o respeito ao ato jurídico perfeito e irretroatividade das leis, a necessidade de preservação da equação primária do cálculo.

Em suma, não há como se acolher a pretensão dos segurados de se promover a readequação apenas e tão somente com a aplicação do coeficiente do benefício sobre o salário de benefício (média do salário de contribuições), quando este for superior ao *mVT*, pois a legislação determinava que o cálculo deveria obedecer a outra metodologia. Previsto um fator intrínseco para o cálculo em tal contexto, o *coeficiente legal*, este não pode ser extirpado do cômputo, sob pena de violação ao princípio *tempus regit actum*.

E isso não significa negar que o STF reconheceu o direito adquirido do segurado ao *salário de benefício*. Sucede que, se é legítimo inferir tal reconhecimento a partir da exegese do RE 564.354, não se pode olvidar que o STF também sublinhou que tal direito não é absoluto, tendo, antes, o condicionado à observância da legislação de regência, em deferência ao princípio *tempus regit actum*.

Ou seja, a norma de regência deve ser interpretada de forma conglobante, em sua inteireza, não se podendo aplicar apenas a parte que se mostrar mais benéfica ao segurado, desprezando aquela que não lhe convém, pois assim se estaria criando um regime híbrido pelo Judiciário.

Aqui há que se fazer uma contextualização histórica para demonstrar que o entendimento ora adotado, ao contrário do quanto defendido pelos segurados, leva, sim, em consideração o patrimônio jurídico formado a partir das contribuições vertidas pelo segurado e o faz de forma mais fidedigna do que aquele defendido pelos segurados.

É preciso ter em mente que, à época, o *salário de benefício* era obtido a partir de um recorte relativamente pequeno do histórico contributivo. Embora se exigisse, em regra, 30 (trinta anos) anos de atividade para a concessão da aposentadoria, consideravam-se, no cômputo do *salário de benefício*, apenas os últimos 36 (trinta e seis) salários de contribuição. Isso, a toda evidência, justificava-se em razão da dificuldade de se aferir a média contributiva a partir de um PBC - Período Básico de Cálculo mais extenso, dado que, àquele tempo, não havia os mesmos recursos disponíveis atualmente.

Os documentos de id. Num. 136609175 (Pág. 96 e ss) revelam que o cálculo dos benefícios objeto deste IRDR eram feitos manualmente, com uso de calculadoras de bobina ou fita, o que explica que a realidade prática impunha a utilização de um pequeno recorte do histórico contributivo para fins de apuração do SB.

Diante de tal contexto, o legislador previu o *coeficiente legal* para obter um valor de benefício mais condizente com o histórico contributivo do segurado. É precisamente por isso que o *coeficiente legal* correspondia a 1/30 a cada grupo de 12 contribuições que superasse o *mVT*.

Com o *coeficiente legal*, o legislador assegurava um tratamento proporcional e isonômico aos segurados, aumentando, de um lado, o valor do benefício daqueles que vertiam contribuições superiores ao *mVT* na exata medida destas e, de outro, evitava que o segurado, nos últimos anos de atividade, recolhesse contribuições incompatíveis com o seu histórico contributivo como forma de inflar, artificialmente, o seu *salário de benefício*.

Expediente semelhante foi adotado pelo legislador ordinário já no RGPS, quando tratou, no artigo 32, da Lei 8.213/91, sobre o salário de benefício no caso de atividades concomitantes. Outro exemplo é o divisor mínimo, previsto no artigo 29, §1º, na redação originária da Lei 8.213/91.

Disso resulta que o *coeficiente legal*, aplicado no cálculo da segunda parcela da *renda mensal*, é elemento intrínseco ao cálculo do benefício previdenciário na sistemática pré-CF/88, sendo a sua aplicação essencial para a aferição de uma *renda mensal* (valor do benefício) mais compatível com o histórico contributivo do segurado, logo para a concretização dos princípios da contributividade e da isonomia.

Nesse passo, pode-se dizer que o *coeficiente legal* fazia com que a *renda mensal* retratasse o histórico contributivo do segurado de forma mais fidedigna do que o *salário de benefício*.

Esse coeficiente, assim como “- as contribuições; - o sexo; - a idade; - o tipo de atividade laboral; - o tempo de serviço-”, embora olvidado pelos interessados, também se enquadra no conceito de “elementos adotados nos cálculos concessórios que integram a estrutura jurídica do benefício e, portanto, se incorporam ao ato concessório” (id. 134548182 - Pág. 8).

Portanto, se de um lado “as contribuições, o sexo, a idade, o tipo de atividade laboral e o tempo de serviço do(a) segurado(a) são patrimônios fixos e permanentes, com vocação de disciplina para o futuro e, por isso, se incorporam aos cálculos e atos concessórios”, o que foi acertadamente ponderado na petição de id. 134548182, por outro lado, há que se reconhecer que o *coeficiente legal* também tem vocação de disciplina para o futuro, não podendo ser expurgado do cálculo.

Poder-se-ia questionar a validade de tal sistemática, sob o fundamento de que o segurado jamais obteria a integralidade da segunda parcela ou de que ela ensejaria uma dupla limitação. Este último, inclusive, é um dos argumentos articulados pelo MPF no IAC em trâmite no TRF4. Mas isso não pode ser levado a efeito no âmbito da readequação. É que neste, deve-se observar fielmente o regramento vigente à época da concessão do benefício, não sendo pos-

sível a alteração tampouco a exclusão de um fator intrínseco da sistemática de cálculo, o que é inerente à revisão. Isso, repita-se, foi expressamente repellido pelo E. STF no RE 564.354.

Por todo o exposto, conclui-se que os benefícios concedidos antes da promulgação da CF/88 podem ser objeto da readequação nos termos delineados no RE 564.354, *DESDE* que fique demonstrado que, no momento da concessão, o *salário de benefício* sofreu limitação pelo *MVT – maior valor teto*.

O entendimento aqui adotado vai ao encontro da tese assentada pela TNU, conforme se infere do seguinte precedente:

PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO NACIONAL. PREVIDENCIÁRIO. READEQUAÇÃO DE BENEFÍCIO AOS TETOS ESTABELECIDOS PELAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS 20/1998 E 41/2003. HIPÓTESE EM QUE O BENEFÍCIO, CONCEDIDO NA VIGÊNCIA DA LEI 5.890/73, SUPEROU O MENOR VALOR TETO DA ÉPOCA, MAS NÃO SOFREU LIMITAÇÃO DO MAIOR VALOR TETO. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DOS REFERIDOS TETOS CONSTITUCIONAIS. ACÓRDÃO DE ORIGEM EM CONSONÂNCIA COM A TESE RECENTEMENTE FIXADA NO PEDILEF 0504607-40.2018.4.05.8100: “SEGUNDO AS REGRAS ANTERIORES À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, O FATO DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO TER SIDO LIMITADO AO MENOR VALOR-TETO POR SI SÓ NÃO SE AMOLDA À READEQUAÇÃO DO BENEFÍCIO, COM BASE NOS AUMENTOS DE TETO PROMOVIDOS PELAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS 20/98 E 41/03”. INCIDENTE DA PARTE AUTORA CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei (Turma) 0505630-53.2016.4.05.8500, TAIS VARGAS FERRACINI DE CAMPOS GURGEL - TURMA NACIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO.)

Esse também é o entendimento adotado em algumas das C. Turmas que compõem esta E. Seção:

PREVIDENCIÁRIO. NOVOS LIMITES MÁXIMOS INSTITUÍDOS PELAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS NºS 20/98 E 41/03. BENEFÍCIO CONCEDIDO ANTES DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. MÉDIA DOS SALÁRIOS DE CONTRIBUIÇÃO LIMITADA AO MAIOR VALOR TETO. PROCEDÊNCIA.

I- Não há que se falar em decadência, uma vez que o prazo previsto no art. 103, da Lei nº 8.213/91, incide nas ações visando à revisão do ato de concessão de benefício previdenciário. No caso dos autos, trata-se de readequação do valor da renda mensal aos novos limites máximos instituídos pelas Emendas Constitucionais nºs 20/98 e 41/03.

II- Com relação aos benefícios concedidos no período anterior ao advento da Constituição Federal de 1988, o C. Supremo Tribunal Federal firmou posicionamento no sentido de não haver limitação temporal relativamente à data de início do benefício, para fins de aplicação da orientação firmada no RE nº 564.354.

III- Não se mostra possível a equiparação do teto previdenciário, mencionado no RE nº 564.354, ao denominado “menor valor teto”, tendo em vista que tal expressão refere-se, na realidade, a um fator intrínseco ao cálculo do benefício. Se houver a exclusão do menor valor teto não será possível a obtenção do coeficiente de cálculo a ser aplicado na apuração do valor da aposentadoria, e, conseqüentemente, haverá a indevida e injusta equiparação dos segurados que, exemplificativamente, contribuíram por apenas 1 ano com os que contribuíram por 15 anos, acima do menor valor teto, na medida em que tal coeficiente é apurado levando-se em conta o número de “12 (doze) contribuições acima do menor valor-teto” (art. 23 da CLPS).

IV- No que se refere ao maior valor teto, previsto na CLPS, este sim representa indubitavelmente verdadeiro limitador extrínseco do benefício, o qual deve ser afastado para os efeitos da aplicação dos tetos das Emendas Constitucionais ns. 20/98 e 41/03.

V- No presente caso, considerando que a média dos salários de contribuição foi limitada ao maior valor teto, a parte autora, em tese, faz jus à pretendida readequação dos tetos. A matéria relativa à existência ou não de eventuais diferenças a executar deverá ser discutida no momento da execução, quando as partes terão ampla oportunidade para debater a respeito, inclusive no tocante ao exato valor a ser recebido pelo segurado.

VI- A correção monetária deve incidir desde a data do vencimento de cada prestação e os juros moratórios a partir da citação, momento da constituição do réu em mora. Com relação aos índices de atualização monetária e taxa de juros, devem ser observados os posicionamentos firmados na Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 870.947 (Tema 810) e no Recurso Especial Repetitivo nº 1.492.221 (Tema 905), adotando-se, dessa forma, o IPCA-E nos processos relativos a benefício assistencial e o INPC nos feitos previdenciários. A taxa de juros deve incidir de acordo com a remuneração das cadernetas de poupança (art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09), conforme determinado na Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 870.947 (Tema 810) e no Recurso Especial Repetitivo nº 1.492.221 (Tema 905).

VII- Matéria preliminar rejeitada. No mérito, apelação parcialmente provida.

(TRF 3ª Região, 8ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL, 5001859-32.2019.4.03.6126, Rel. Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA, julgado em 09/03/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 12/03/2020)

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. REVISÃO DE BENEFÍCIO. ALTERAÇÃO DOS TETOS PELAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS N. 20/1998 E 41/2003, À LUZ DO RE N. 564.354 DO STF. BENEFÍCIO COM DIB ANTERIOR À DATA DE PROMULGAÇÃO DA CF/1988. IMPOSSIBILIDADE. METODOLOGIA PRÓPRIA DE CÁLCULO CONFORME LEGISLAÇÃO VIGENTE NA CONCESSÃO. SALÁRIO-DE-BENEFÍCIO NÃO LIMITADO AO MAIOR VALOR TETO. SUCUMBÊNCIA.

- A controvérsia reside na possibilidade de revisar o benefício, por força das Emendas Constitucionais n. 20/1998 e 41/2003, concedido antes da vigente Constituição Federal.

- A análise realizada pelo C. Supremo Tribunal Federal para alcançar a inteligência dos RE n. 564.354/SE e 937.595/SP, sob o rito da repercussão geral, deu-se com base na legislação previdenciária atual.

- A legislação previdenciária anterior e a atual são completamente distintas no tocante à metodologia de cálculo, à sistemática e à fórmula de apuração da renda mensal inicial dos benefícios previdenciários.

- O benefício objeto deste recurso fora concedido à luz da legislação vigente à época de sua concessão, de acordo com o princípio *tempus regit actum*; portanto, a forma de cálculo deve ser idêntica à prevista no momento da concessão, sendo incabível a aplicação de outro regramento introduzido por emendas constitucionais posteriores que não trataram expressamente do direito à revisão dos benefícios previdenciários em decorrência da elevação do maior teto da previdência social.

- *A parte autora é titular de aposentadoria por tempo de serviço concedida em 5/3/1977; contudo, o demonstrativo de cálculo aponta uma mensalidade forte de Cr\$ 8.788,04, quando o maior valor teto vigente à época era de Cr\$ 14.872,00. Dessa forma, vê-se nitidamente que o resultado final do salário-de-benefício do segurado não foi glosado, pois não atingiu o maior salário-de-benefício vigente na concessão.*

- A parte autora não logrou comprovar o direito alegado quanto à incidência dos novos tetos trazidos pelas emendas constitucionais, de sorte que a improcedência do pedido é medida de rigor. Precedentes.

- Mantida a sucumbência, deve a parte autora arcar com custas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em 12% (doze por cento) sobre o valor da causa corrigido, já majorados em razão da fase recursal, conforme critérios do artigo 85, §§ 1º, 2º, 3º, I, e 4º, III, do CPC,

suspensa, porém, a exigibilidade, na forma do artigo 98, § 3º, do mesmo estatuto processual, por tratar-se de beneficiária da justiça gratuita.

- Apelação conhecida e desprovida.

(TRF 3ª Região, 9ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL, 5020228-34.2018.4.03.6183, Rel. Desembargador Federal DALDICE MARIA SANTANA DE ALMEIDA, julgado em 15/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 18/12/2019)

PREVIDENCIÁRIO - PROCESSUAL CIVIL - REAJUSTE DE BENEFÍCIO - ADEQUAÇÃO AOS TETOS DAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS 20/98 E 41/2003 - BENEFÍCIO ANTERIOR À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988 - CÁLCULO DA RENDA MENSAL INICIAL - OBSERVÂNCIA DOS CRITÉRIOS FIXADOS NA LEGISLAÇÃO DA ÉPOCA DA CONCESSÃO - RE 564.354/SE - NECESSIDADE DE LIMITAÇÃO DO SALÁRIO DE BENEFÍCIO NA DATA DA CONCESSÃO - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - JUSTIÇA GRATUITA.

I - O Egrégio Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 564.354/SE, de relatoria da Eminentíssima Ministra Cármen Lúcia, realizado em 08.09.2010, na forma do art. 543-B do CPC de 1973, assentou entendimento no sentido da possibilidade de adoção dos tetos previstos nas Emendas Constitucionais nº 20/98 e 41/03 nos reajustes dos benefícios previdenciários.

II - O E. STF já se posicionou no sentido de que a orientação consagrada no RE 564.354/SE não impôs limites temporais, podendo, assim, ser aplicada aos benefícios concedidos antes da promulgação da Constituição da República de 1988.

III - Os benefícios concedidos anteriormente à Constituição da República de 1988 eram calculados com base nos critérios definidos na Lei n. 5.890/73, e consolidações posteriores.

IV - Conforme disposto no art. 3º da referida Lei n. 5.890/73 o valor mensal dos benefícios de prestação continuada era calculado tomando-se por base o salário-de-benefício, que não poderia ser superior a 20 (vinte) vezes o maior salário mínimo vigente no país (maior valor teto), na forma do § 4º do aludido artigo, correspondente a 1/36 (um trinta e seis avos) da soma dos salários-de-contribuição imediatamente anteriores ao mês da entrada do requerimento, até o máximo de 36 (trinta e seis), apurados no período não superior a 48 (quarenta e oito) meses, observada a correção monetária dos 24 salários de contribuição anteriores aos 12 últimos.

V – Nos termos do art. 5º, da Lei 5.890/73, definido o salário de benefício, se este fosse inferior a 10 (dez) vezes o maior salário mínimo do país (menor valor teto), seriam aplicados os coeficientes referentes ao tempo de serviço sobre o valor do salário de benefício. De outro lado, na hipótese em que o salário de benefício fosse superior ao menor valor teto o salário de benefício seria dividido em duas partes, a primeira, igual a 10 (dez) vezes o maior salário mínimo vigente no País, a segunda, correspondente ao valor excedente ao da primeira; sobre a primeira parcela seriam aplicados os coeficientes relativos ao tempo de serviço do segurado; sobre a segunda, incidiria um coeficiente igual a tantos 1/30 (um trinta avos) quantos fossem os grupos de 12 (doze) contribuições acima de 10 (dez) salários-mínimos, respeitado, em cada caso, o limite máximo de 80% (oitenta por cento) do valor da parcela, bem como a limitação da renda mensal inicial ao um valor não superior a 90% do maior valor teto (art. 5º, Inciso III, da Lei 5.890/73).

VI - Da interpretação da legislação relativa ao cálculo dos benefícios previdenciários concedidos antes da Constituição da República verifica-se que o menor valor teto era parte integrante do cálculo da renda mensal inicial, ou seja, elemento interno do cálculo, uma vez que a parcela excedente ao aludido menor valor teto era acrescida ao valor final da renda mensal inicial dependendo do número de contribuições acima de 10 (dez) salários mínimos (menor valor teto) que o segurado possuísse.

VII - De outra parte, constata-se também que o maior valor teto era utilizado como limitador máximo do benefício, conforme previsto no art. 3º, § 4º, da Lei n. 5.890/73, hipótese em que servia de limite máximo do salário de benefício, ou então na forma prevista no art. 5º, inciso

III, da referida norma, que dispunha que a renda mensal inicial não poderia superar 90% (noventa por cento) do maior valor teto, na hipótese da renda mensal ter sido calculada em duas etapas, conforme previsto no aludido art. 5º.

VIII - Assim, para aplicação dos efeitos do RE 564.354/SE para os benefícios concedidos no período anterior à entrada em vigor da Constituição da República de 1988 se faz necessário que o salário de benefício da parte autora tenha sido limitado na data da concessão ao maior valor teto previsto no art. 3º, §4º, da Lei 5.890/73, e consolidações posteriores. Nesse sentido já se posicionou o E. STF: (RE 1198655/RS, Relator Min. Roberto Barroso; RE 1113193/RS, Relator Min. Dias Toffoli).

IX - No caso dos autos, em janeiro de 1985, o menor valor teto equivalia a Cr\$ 1.415.490,00, e o maior valor teto correspondia a Cr\$ 2.830.980,00, e era este último, portanto, o limite máximo do salário de benefício, na forma do art. 3º, §4º, da Lei 5.890/73, enquanto o limite máximo da renda mensal inicial deveria corresponder a 90% do referido valor (Cr\$ 2.547.882,00), na forma prevista no inciso III, do art. 5º, do mesmo diploma legal. Já a renda mensal inicial da jubilação do instituidor da pensão da autora foi concedida com valor de Cr\$ 1.444.291,00, e salário de benefício de Cr\$ 2.266.124,12, conforme informado pelo próprio autor.

X - Assim, constata-se que não houve limitação do salário de benefício do de cujus ao maior valor teto, na forma do art. 3º, §4º, da Lei n. 5.890/73, e consequentemente da sua renda mensal inicial ao limite máximo previsto no art. 5º, inciso III da aludida normal, sendo indevida, portanto, a aplicação dos efeitos do RE 564.354/SE ao feito em curso.

XI – Honorários advocatícios fixados em R\$1.000,00 (um mil reais), conforme previsto no artigo 85, §§ 4º, III, e 8º, do CPC. A exigibilidade da verba honorária ficará suspensa por 05 (cinco) anos, desde que inalterada a situação de insuficiência de recursos que fundamentou a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita, nos termos do artigo 98, §3º, do mesmo estatuto processual.

XII –Apelação da parte autora improvida.

(TRF 3ª Região, 10ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL, 5000497-66.2016.4.03.6104, Rel. Desembargador Federal SERGIO DO NASCIMENTO, julgado em 28/11/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 05/12/2019)

Nesse sentido, também a opinião do Ministério Público Federal no bem lançado parecer de lavra do e. Procurador Regional da República Robério Nunes dos Anjos Filho, assim ementado:

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. APLICAÇÃO DO RE Nº 564.354-SE EM PROCESSOS DE REVISÃO DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS CALCULADOS E CONCEDIDOS ANTES DA CF/88. POSSIBILIDADE RESTRITA AO CONCEITO DE MAIOR VALOR-TETO. DEMONSTRAÇÃO DO DIREITO NA FASE DE CONHECIMENTO. DESCABIMENTO. ÔNUS EXCESSIVO AO SEGURADO.

Como se depreende da análise das duas teses antagônicas, é possível estabelecer como ponto central para a solução da controvérsia a identificação do que pode ser entendido como limitador externo à formação da RMI: a) segundo os segurados o menor valor-teto, o maior valor-teto, e a limitação da RMI calculada a 90% do maior valor-teto são todos fatores externos ao cálculo da RMI, logo, passíveis de exclusão; e b) segundo o INSS, apenas seria possível, caso a caso, a aplicação do RE 564.354-SE aos conceitos de maior valor-teto. Quanto aos benefícios previdenciários calculados e concedidos anteriormente à Constituição de 1988, a legislação previa três limitadores na apuração da renda mensal inicial dos benefícios, isso sem considerar o eventual coeficiente de cálculo resultante da proporcionalidade ou da integralidade do tempo de serviço. A Lei n. 5.890/1973, o Decreto n. 77.077/1976, o Decreto n. 83.080/1979 e o Decreto n. 89.312/1984 impunham, no cálculo da renda mensal inicial, a observância do

menor e do maior valor-teto, além de estabelecerem que, ao final, nenhuma renda mensal poderia ser paga em valor superior a 90% do maior valor-teto. Caso o salário de benefício resultasse em valor igual ou inferior ao menor valor-teto fixado na legislação, o cálculo da renda inicial seria feito mediante a aplicação, sobre o salário de benefício, do coeficiente relativo à espécie benefício e conforme sua integralidade/proporcionalidade. Este procedimento, inclusive, foi o que veio a ser adotado originalmente pela Lei 8.213/91 para todos os benefícios concedidos ou revisados por força da sua edição. Caso o salário de benefício fosse superior ao menor valor-teto, o cálculo da renda mensal seria feito em duas etapas. Primeiro, dividia-se o salário de benefício em duas partes - a primeira igual ao menor valor-teto, sobre o qual seria calculada a parcela básica da renda mensal, com a incidência da aplicação do coeficiente relativo à espécie benefício e conforme sua integralidade/proporcionalidade. A segunda, igual ao valor excedente ao menor valor-teto, seria utilizada até o máximo de oitenta por cento de seu valor, para o cálculo da parcela adicional da renda mensal, multiplicando-se o valor dessa parte por tantos 1/30 (um trinta avos) quantos fossem os grupos de 12 (doze) contribuições, consecutivas ou não, acima do menor valor-teto. A renda mensal nesse caso seria a soma da parcela básica à parcela adicional, e não poderia ultrapassar 90% do valor do maior valor-teto. Nenhum benefício concedido antes da CF/88 poderia ser pago ao segurado em valor superior a 90% do teto do salário de contribuição, em cada competência. O menor valor-teto correspondia a 50% do maior valor-teto (teto do salário de contribuição). Concluímos, em resumo, que apenas o termo “maior valor-teto” é equiparável ao conceito de “teto” debatido no RE 564.354-SE. Ou seja, não é possível retirar o menor valor-teto, isso alteraria a forma de cálculo da RMI, o que em nenhum momento foi feito pelo STF no RE 564.354-SE. O único fator externo limitador que pode sofrer a incidência do quanto decidido pelo STF no RE 564.354-SE é o maior valor-teto. Por fim, não merece ser acolhida a pretensão autárquica quanto à necessidade de demonstração, pelo segurado, da titularidade do direito já na fase de conhecimento do processo, pois, conquanto se evitaria, com tal medida, a excessiva judicialização da questão, fato é que seria imposição de ônus excessivo aos segurados, com a antecipação de custos com profissionais da área contábil que poderiam inviabilizar o direito de ação e o próprio gozo da revisão devida.

Pelo parcial acolhimento da pretensão do INSS, para o fim de limitar a aplicação do RE 546.354-SE aos benefícios calculados e concedidos antes da CF/88 unicamente ao conceito de “maior valor-teto”, preservando-se hígida a fórmula de cálculo da RMI, permitindo-se, porém, aos segurados a demonstração do direito em fase de cumprimento de sentença ou execução.

Ressalte-se que, para o reconhecimento do direito à readequação do benefício aos novos tetos instituídos pela ECs 20/98 e 41/03, é indispensável a demonstração de que o valor readequado resulte numa renda mensal superior àquela percebida pelo segurado quando da entrada em vigor dos novos tetos instituídos pelas ECs 20/98 e 41/03. Do contrário, não haverá proveito econômico ao segurado.

Noutras palavras, deve-se aferir se a readequação dá lugar a uma nova renda mensal em 12/1998 e 01/2004 superior à percebida pelo segurado, o que deve ser feito “mediante o confronto entre a evolução da média ajustada (mantendo-se os componentes do *menor valor teto*, *coeficiente de benefícios*, e *coeficiente legal* (1/30 para cada grupo de 12 contribuições acima do mVT)”, nos seguintes termos constantes das informações prestadas pelo Setor de Contadoria desta Corte (id. 143274610):

Assim sendo, na opinião deste serventuário, com base no RE nº 564.354/SE (repercussão geral), no ARE nº 915.305/RJ (extensor de limites temporais), bem assim na legislação aplicável, s.m.j., fica subentendido que a obrigatoriedade de limitação da média dos salários de contribuição deva ocorrer, obrigatoriamente, em relação ao maior valor teto, consequentemente, tratar-se-ia do

componente extrínseco, qual seja, s.m.j., o único que poderia ser afastado da fórmula de cálculo. Além disso, aritmeticamente, o método de evolução da média estaria avalizado, porém, na opinião deste serventário, sem o descarte dos elementos intrínsecos da apuração do benefício. Desta forma, no que tange ao cálculo de liquidação, as diferenças seriam apuradas mediante o confronto entre a evolução da média ajustada (mantendo-se os componentes intrínsecos: menor valor teto, grupos de 12 contribuições e coeficiente), levando-se em consideração a metodologia já explicitada (valor real), e a evolução da RMI.

Por derradeiro, creio ser oportuno estabelecer a necessidade de se aferir, ainda na fase de conhecimento, se a readequação pleiteada tem o condão de gerar proveito econômico ao segurado, evitando-se, com isso, as denominadas execuções vazias.

Trata-se, a meu ver, de providência salutar e imperiosa para se assegurar uma prestação jurisdicional mais eficiente, impedindo que o Judiciário se debruce sobre uma questão que não trará quaisquer benefícios às partes.

Ademais, a efetiva limitação ao MVT e o eventual proveito econômico daí decorrente consistem em fatos constitutivos do direito do segurado, devendo, por conseguinte, serem provados para que se possa reconhecer a procedência do pedido.

Com a devida *venia* ao órgão ministerial, não diviso que tal exigência imponha “ônus excessivo aos segurados, com a antecipação de custos com profissionais da área contábil que poderiam inviabilizar o direito de ação e o próprio usufruto da revisão devida”, especialmente porque tal verificação pode e, no mais das vezes, é realizada pela Contadoria do Juízo, nos casos em que os advogados dos segurados não o fazem.

E, conforme bem demonstrado nas informações de id. 143274610 e no estudo de id. 144853232, na prática, a existência de proveito econômico é, pelo menos, de difícil ocorrência, tendo em vista que, no regramento anterior à CF/88, o maior valor teto correspondia a um valor superior aos tetos instituídos pelas EC's 20/98 e 41/03:

Tendo sido limitada a média dos salários de contribuição, poder-se-ia aduzir a existência de excedente, a ser aproveitado quando da elevação dos etos emendados.

Contudo, isso também não se verifica no caso sob exame.

É que o maior valor teto, limite máximo do salário de benefício no lapso temporal anterior à Constituição Federal de 1988, assume valores que suplantaram, *em todo o período, os limites máximos fixados pelas emendas Constitucionais n. 20/98 e 41/2003.*

Isso é demonstrado no “PDF” que integra os ANEXOS deste estudo, extraído do “Anuário Estatístico da Previdência Social – Suplemento Histórico 2014 – págs. 27/37”, cujo documento foi nomeado como “aeps2014_suplemento”, como já referido.

Nota-se que, desde junho de 1973, quando entrou em vigor a Lei n. 5.890/1973, os limites máximos do salário de benefício foram superiores a 10 (dez) salários mínimos (tetos das emendas). Vale dizer: não obstante o maior valor teto tenha disso desvinculado do salário mínimo a partir de 1975, em virtude de proibição legal (Lei n. 6.205/1975), a atualização do maior valor teto de maio de 1974 – (20 (vinte) salários mínimos -, pelos índices de política salarial vigente, trouxe sempre valores superiores aos novos tetos das Emendas Constitucionais n. 20/1998 e 41/2003.

Ponderação semelhante foi feita pelo Setor de Contadoria desta Corte:

Para conhecimento, com base nessa metodologia, destaco que somente teria vantagem com a revisão dos tetos aquele segurado com média ajustada superior a 10,00 (dez inteiros) salários-mínimos, isso porque o limite máximo de contribuição do mês de 12/1991 (último mês da

vigência do artigo 58 do ADCT-CF/88) equivalia a Cr\$ 420.002,00 e 10,00 (dez inteiros) salários-mínimos na aludida competência equivaliam a Cr\$ 420.000,00. Lembrando que a partir de 01/1992 (1º reajuste pós art. 58) tanto a renda mensal quanto o limite máximo de contribuição eram reajustados pelos índices oficiais.

Assim, conquanto, matematicamente falando, haja pouco, ou quiçá nenhum, proveito econômico na readequação dos benefícios concedidos anteriormente à CF/88 aos novos tetos constitucionais instituídos pelas EC's 20/98 e 41/03, considerando que, sob a perspectiva eminentemente jurídica, o pedido de readequação encontra amparo no regramento, há de se admitir tal possibilidade, bem assim condicionar a procedência do pedido à demonstração do proveito econômico.

Por fim, registro que, no âmbito da C. Sétima Turma, vinha seguindo o entendimento segundo o qual o “menor valor teto” e o “maior valor teto” não funcionavam como limitadores previdenciários.

Todavia, melhor refletindo sobre a questão posta em debate e após analisar as diversas manifestações apresentadas pelos diferentes atores processuais que participaram deste incidente, revi meu posicionamento. Com esteio nos fundamentos adrede articulados, chego à conclusão de que o *MVT* (*maior valor teto*) possui a mesma natureza jurídica do teto previdenciário previsto na Lei 8.213/91 e nas emendas constitucionais 20/98 e 41/03; não ocorrendo o mesmo fenômeno em relação ao *mVT* (*menor valor teto*).

DA TESE A SER FIRMADA

Ante o exposto, proponho que seja firmada a seguinte tese: o *mVT* - *menor valor teto* funciona como um fator intrínseco do cálculo do valor do benefício e não pode ser afastado para fins de readequação; ao mesmo tempo, os benefícios concedidos antes da promulgação da CF/88 podem ser objeto da readequação nos termos delineados no RE 564.354, *DESDE* que, no momento da concessão, o benefício tenha sofrido limitação pelo *MVT* - *maior valor teto*, devendo tal limitação e eventual proveito econômico daí decorrente serem demonstrados na fase de conhecimento, observando-se em tal apuração a incidência de todos os fatores da fórmula de cálculo vigente no momento da concessão do benefício [*mVT*, coeficiente de benefício e coeficiente legal (1/30 para cada grupo de 12 contribuições superiores ao *mVT*)].

CONCLUSÃO

Ante o exposto, voto:

Preliminarmente, pela suspensão do julgamento da apelação de n. 5016916-50.2018.4.03.6183, com a sua retirada de pauta e o retorno dos autos ao meu gabinete, para a adoção das providências necessárias, sem prejuízo do imediato exame do mérito do IRDR.

No mérito, pela definição da seguinte tese jurídica: o *mVT* - *menor valor teto* funciona como um fator intrínseco do cálculo do valor do benefício e não pode ser afastado para fins de readequação; ao mesmo tempo, os benefícios concedidos antes da promulgação da CF/88 podem ser objeto da readequação nos termos delineados no RE 564.354, *DESDE* que, no momento da concessão, o benefício tenha sofrido limitação pelo *MVT* - *maior valor teto*, devendo tal limitação e eventual proveito econômico daí decorrente serem demonstrados na fase de conhecimento, observando-se em tal apuração a incidência de todos os fatores da fórmula de cálculo vigente no momento da concessão do benefício [*mVT*, coeficiente de benefício e coeficiente legal (1/30 para cada grupo de 12 contribuições superiores ao *mVT*)].

É o voto.

Desembargadora Federal INÊS VIRGÍNIA - Relatora

VOTO-VISTA

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS DELGADO:

Trata-se de incidente de resolução de demandas repetitivas instaurado pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS, visando à adoção, no âmbito desta 3ª Região, de tese jurídica relativa à possibilidade de readequação aos tetos fixados nas Emendas Constitucionais nºs 20/1998 e 41/2003 da renda mensal de benefícios previdenciários concedidos anteriormente à promulgação da Constituição Federal de 1988.

Na sessão de 10.12.2020, a i. Relatora Desembargadora Federal Inês Virgínia apresentou voto no sentido de se fixar a seguinte tese jurídica: *“o mVT - menor valor teto funciona como um fator intrínseco do cálculo do valor do benefício e não pode ser afastado para fins de readequação; ao mesmo tempo, os benefícios concedidos antes da promulgação da CF/88 podem ser objeto da readequação nos termos delineados no RE 564.354, DESDE que, no momento da concessão, o salário de benefício tenha sofrido limitação pelo MVT – maior valor teto, devendo tal limitação e eventual proveito econômico daí decorrente serem demonstrados na fase de conhecimento, observando-se em tal apuração a incidência de todos os fatores da fórmula de cálculo vigente no momento da concessão do benefício [mVT, coeficiente de benefício e coeficiente legal (1/30 para cada grupo de 12 contribuições superiores ao mVT)]”*.

Em orientação divergente, a i. Desembargadora Federal Lucia Ursaia votou no sentido de se adotar a tese jurídica que segue: *“para os benefícios concedidos antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 não há autorização legal, quer no Direito Positivo, quer na jurisprudência em regime de Repercussão Geral do RE 564.354-SE, para a alteração da metodologia de cálculo do benefício como prevista na C.L.P.S/Decreto 89.312/84, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade estrita, que rege o Direito Previdenciário como ramo do Direito Público”*.

Pedi vista dos autos para uma análise mais detida do caso.

As Emendas Constitucionais nº 20/98 e nº 41/03, conquanto não fosse necessário fazer-se por este tipo de via, promoveram a alteração do limite máximo para o valor dos benefícios do regime geral de previdência social – denominado “teto” –, de sorte que, respectivamente, determinaram a mudança do teto de R\$ 1.081,50 para R\$ 1.200,00 e de R\$ 1.869,34 para R\$ 2.400,00.

Com isso, a Administração passou a aplicar os novos tetos somente para os benefícios concedidos após a vigência das respectivas Emendas Constitucionais, surgindo, assim, o enfrentamento judicial relativo à possibilidade de sua aplicação também aos benefícios anteriormente deferidos.

Da tese firmada pelo e. Supremo Tribunal Federal (temas nºs 76 e 930) relativamente a benefícios concedidos, no âmbito do RGPS, posteriormente à promulgação da Constituição Federal de 1988

No que tange aos benefícios concedidos, no âmbito do Regime Geral da Previdência Social – RGPS, posteriormente à promulgação da Constituição Federal de 1988, a questão foi sedimentada, com repercussão geral, pelo e. Supremo Tribunal Federal.

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 564.354, fixou-se a tese de que não ofende o ato jurídico perfeito a aplicação imediata dos artigos 14 da Emenda Constitucional nº 20/1998 e 5º da Emenda Constitucional nº 41/2003 aos benefícios previdenciários limitados a teto do regime geral de previdência estabelecido antes da vigência dessas normas, de modo a que passem a observar o novo teto constitucional. A ementa do acórdão segue transcrita:

“DIREITOS CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. ALTERAÇÃO NO TETO DOS BENEFÍCIOS DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA. REFLEXOS NOS BENEFÍCIOS CONCEDIDOS ANTES DA ALTERAÇÃO. EMENDAS CONSTITUCIONAIS N. 20/1998 E 41/2003. DIREITO INTERTEMPORAL: ATO JURÍDICO PERFEITO. NECESSIDADE DE INTERPRETAÇÃO DA LEI INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DAS LEIS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Há pelo menos duas situações jurídicas em que a atuação do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição da República demanda interpretação da legislação infraconstitucional: a primeira respeita ao exercício do controle de constitucionalidade das normas, pois não se declara a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei sem antes entendê-la; a segunda, que se dá na espécie, decorre da garantia constitucional da proteção ao ato jurídico perfeito contra lei superveniente, pois a solução de controvérsia sob essa perspectiva pressupõe sejam interpretadas as leis postas em conflito e determinados os seus alcances para se dizer da existência ou ausência da retroatividade constitucionalmente vedada. 2. Não ofende o ato jurídico perfeito a aplicação imediata do art. 14 da Emenda Constitucional n. 20/1998 e do art. 5º da Emenda Constitucional n. 41/2003 aos benefícios previdenciários limitados a teto do regime geral de previdência estabelecido antes da vigência dessas normas, de modo a que passem a observar o novo teto constitucional. 3. Negado provimento ao recurso extraordinário.” (STF, Pleno, RE 564354, relatora Ministra Cármen Lúcia, j. 08.09.2010, DJe 14.02.2011)

Reconheceu-se o direito à imediata aplicação nos novos limites máximos do valor dos benefícios a todos aqueles “que percebem seus benefícios com base em limitador anterior, levando-se em conta os salários de contribuição que foram utilizados para os cálculos iniciais”.

Há que se ressaltar discussão relevante que se fez nos debates do julgamento e que constitui a própria *ratio essendi* do quanto decidido, assestando-se que a admissão da incidência imediata dos novos “tetos” não ofendia ato jurídico perfeito ou a irretroatividade das leis justamente porque não se alterava a forma de cálculo do benefício – “a equação inicial” –, considerando-se que o limite máximo do valor do benefício – “teto” – consistia em elemento extrínseco ao cálculo.

Ainda, registra-se que, diante de celeuma relativa aos benefícios concedidos no período denominado como “buraco negro”, entre a promulgação da Constituição de 1988 e a data da vigência da Lei nº 8.213/91, o e. Supremo Tribunal Federal, firmou tese, reafirmando sua jurisprudência, no sentido de que os benefícios concedidos entre 05.10.1988 e 05.04.1991 (período do buraco negro) não estão, em tese, excluídos da possibilidade de readequação segundo os tetos instituídos pelas Emendas Constitucionais nºs 20/1998 e 41/2003, a ser aferida caso a caso, conforme os parâmetros definidos no julgamento do RE nº 564.354, haja vista que não foi determinado nenhum limite temporal naquele julgamento. Segue a ementa do acórdão:

“Direito previdenciário. Recurso extraordinário. Readequação de benefício concedido entre 05.10.1988 e 05.04.1991 (buraco negro). Aplicação imediata dos tetos instituídos pelas EC’s nº 20/1998 e 41/2003. Repercussão geral. Reafirmação de jurisprudência. 1. Não ofende o ato jurídico perfeito a aplicação imediata dos novos tetos instituídos pelo art. 14 da EC nº 20/1998 e do art. 5º da EC nº 41/2003 no âmbito do regime geral de previdência social (RE 564.354, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em regime de repercussão geral). 2. Não foi determinado nenhum limite temporal no julgamento do RE 564.354. Assim, os benefícios concedidos entre 05.10.1988 e 05.04.1991 (buraco negro) não estão, em tese, excluídos da possibilidade de readequação, segundo os tetos instituídos pelas EC’s nº 20/1998 e 41/2003. O eventual direito a diferenças deve ser aferido caso a caso, conforme os parâmetros já definidos no julgamento

do RE 564.354. 3. Repercussão geral reconhecida, com reafirmação de jurisprudência, para assentar a seguinte tese: “os benefícios concedidos entre 05.10.1988 e 05.04.1991 (período do buraco negro) não estão, em tese, excluídos da possibilidade de readequação segundo os tetos instituídos pelas EC’s nº 20/1998 e 41/2003, a ser aferida caso a caso, conforme os parâmetros definidos no julgamento do RE 564.354, em regime de repercussão geral.” (STF, Pleno, RE 937595, relator Ministro Roberto Barroso, v.u., j. 02.02.2017, DJe 15.05.2017)

Pois bem, desse conjunto de teses firmadas, *in abstracto*, pela Corte Suprema – detentora que é do controle concentrado de constitucionalidade – tem-se assentada a inexistência, *em tese*, de limitação temporal à incidência imediata nos benefícios em manutenção do RGPS do limite máximo para o valor de benefício estabelecido nas ECs nºs 20/98 e nº 41/03, desde que observada a preservação do ato jurídico perfeito e do princípio da irretroatividade das leis, por meio da manutenção da equação inicial do cálculo do valor do benefício, afastando-se tão somente o elemento externo consistente no limitador anterior (“teto”) para verificação, *in concreto*, do direito à readequação da renda mensal do benefício.

Assim, todos aqueles beneficiários que tiveram o valor de seus benefícios previdenciários limitados ao teto quando da sua implantação, podem, mediante o afastamento do teto da época, fazer a evolução do valor originário calculado do benefício, mediante seu simples reajustamento pelos índices próprios, de forma a avaliarem se esses valores estariam, no momento das referidas Emendas Constitucionais, sofrendo corte pelo limite máximo existente antes das suas respectivas majorações.

Impende ressaltar que o Supremo Tribunal Federal não implodiu ou afastou o instituto do teto constitucional, até porque isso encontraria obstáculo intransponível no princípio do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema, de forma a lhe garantir sustentabilidade. A ideia da evolução fictícia dos salários de benefício implantados anteriormente às Emendas Constitucionais nºs 20/98 e 41/03 diz com a atualização monetária dos benefícios implantados no RGPS idealizado com a nova ordem constitucional, vigente a partir de 5 de outubro de 1988, e não, como querem fazer crer os segurados, com o repúdio ao conceito de “teto” para pagamento dos benefícios da Previdência Social.

Do distinguishing relativo aos benefícios concedidos anteriormente à promulgação da Constituição Federal de 1988

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, contexto jurídico em que formuladas as teses jurídicas supracitadas, a previdência social passou a ser organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial.

No ordenamento jurídico anterior, entretanto, não havia se falar em regime geral de previdência.

No que tange aos contribuintes da Previdência Social Urbana, aplicavam-se as disposições da Lei Orgânica da Previdência Social – LOPS (Lei nº 3.807/1960).

Em sua redação original, o artigo 23, § 1º, da LOPS estabelecia que o salário de benefício (resultante da média aritmética simples de determinado número de salários de contribuição) não poderia ser inferior, em cada localidade, ao respectivo salário-mínimo de adulto ou de menor, conforme o caso, nem superior a dez vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

Com a vigência da Lei nº 5.890/1973, fixou-se que o salário de benefício não poderia ser inferior ao valor do salário-mínimo mensal vigente no local de trabalho do segurado, à data do início do benefício, nem superior a vinte vezes o maior salário-mínimo vigente no País,

restando estabelecida uma forma de cálculo diferenciada do valor a ser recebido, de acordo com o quanto apurado na média dos salários de contribuição, *verbis*:

“Art 5º Os benefícios a serem pagos sob a forma de renda mensal terão seus valores fixados da seguinte forma: (Vide Lei 6.708, de 1979)

I - quando o salário-de-benefício for igual ou inferior a 10 (dez) vezes o maior salário-mínimo vigente no País, aplicar-se-lhe-ão os coeficientes previstos nesta e na Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960;

II - quando o salário-de-benefício for superior ao do item anterior será ele dividido em duas parcelas, a primeira, igual a 10 (dez) vezes e maior salário-mínimo vigente no País, a segunda, será o valor excedente ao da primeira;

a) sobre a primeira parcela aplicar-se-ão os coeficientes previstos no item anterior;

b) sobre a segunda, aplicar-se-á um coeficiente igual a tantos 1/30 (um trinta avos) quantos forem os grupos de 12 (doze) contribuições acima de 10 (dez) salários-mínimos, respeitado, em cada caso, o limite máximo de 80% (oitenta por cento) do valor da parcela;

III - o valor da renda mensal no caso do item anterior será a soma das parcelas calculadas na forma das alíneas a e b, não podendo ultrapassar o valor correspondente a 90% (noventa por cento) de 20 (vinte) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.”

Dada a majoração, em 1973, do número de salários mínimos sobre os quais se permitiu contribuir, o valor de benefício percebido, a depender do número de contribuições vertidas e da base de cálculo apurada, sofria proporcional influência do percentual apurado, de forma a manter o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema.

Com a edição da Consolidação das Leis da Previdência Social – CLPS, por meio do Decreto nº 77.077/1976, os valores correspondentes aos limites de dez e vinte vezes o maior salário-mínimo vigente no País passaram a ser denominados, respectivamente, “menor valor-teto” e “maior valor-teto” do salário de benefício (artigo 225, § 3º).

Saliente-se que o menor e o maior valor-teto equivaliam a 10 (dez) e 20 (vinte) salários mínimos, respectivamente, sendo corrigidos de acordo com os índices da política salarial da época (Lei nº 6.205/75), e, após a edição da Lei nº 6.708/79, pelo INPC - Índice Nacional de Preços ao Consumidor.

Assim, verifica-se que, para os benefícios concedidos antes da Constituição Federal de 1988, aplicava-se uma forma de cálculo peculiar, a qual não previa um único limitador e consignava que, na hipótese do salário de benefício suplantar o menor-valor teto, o excedente não era desconsiderado, mas utilizado para aferição de uma segunda parcela.

Repiso, a sistemática de apuração do valor do benefício resultava não só da média aritmética dos últimos salários-de-contribuição, mas, também, da aplicação dos coeficientes antes mencionados no cálculo de uma ou duas parcelas.

Os denominados “menor” e “maior valor teto”, a bem da verdade, sequer funcionavam como tetos, razão pela qual não exibem a mesma natureza jurídica e nem são geradores dos mesmos efeitos do instituto hoje denominado “teto da Previdência”, o qual, ressalta-se, tem por base apenas o décuplo do salário mínimo.

Além disso, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, os benefícios de prestação continuada mantidos pela previdência social tiveram seus valores recompostos, por força do artigo 58 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a fim de que fosse restabelecido seu poder aquisitivo, expresso em número de salários mínimos que tinham na data de sua concessão, obedecendo-se a esse critério de atualização até a implantação do pla-

no de custeio e benefícios, quando passaram a ser atualizados pelos mesmos critérios legais aplicáveis ao RGPS.

Quanto ao ponto, não é demais lembrar que o Plenário do e. STF vedou a aplicação da equivalência salarial prevista no artigo 58 do ADCT em relação aos benefícios concedidos após a promulgação da Carta de 1988 e, para àqueles em manutenção da data de sua promulgação, não permitiu estender suas disposições para além da regulamentação dos critérios de reajustamento dos benefícios pela Lei nº 8.213/91:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO CONCEDIDO ANTERIORMENTE À PROMULGAÇÃO DA CARTA FEDERAL DE 1988. CRITÉRIO DA EQUIVALÊNCIA SALARIAL, INAPLICABILIDADE. PRESERVAÇÃO DO VALOR REAL DO BENEFÍCIO. LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. OBSERVÂNCIA. 1. Benefício de prestação continuada, deferido pela Previdência Social sob a égide da Carta Federal vigente. Inaplicabilidade do critério da equivalência salarial previsto no artigo 58 do ADCT-DF/88. 2. Reajuste de benefício previdenciário. Superveniência das leis de custeio e benefícios. Integralização legislativa. A Constituição Federal assegurou tão-somente o direito ao reajustamento, outorgando ao legislador ordinário a fixação dos critérios para a preservação do seu valor real. Recurso Extraordinário conhecido e provido.” (STF, Pleno, RE 199994, relator Ministro Marco Aurélio, relator para o acórdão Ministro Maurício Corrêa, j. 23.10.1997)

Sintetizando o quanto exposto, não há amparo jurídico para o afastamento dos denominados menor ou maior valor-teto.

Quanto ao “menor valor-teto”, porque não limitava o valor do benefício, mas, sim, implicava uma forma de cálculo diferenciada, em duas etapas, com o aproveitamento do excedente ao décuplo do salário mínimo na segunda fase do cálculo, de sorte que a retirada do menor valor-teto implicaria alteração da equação inicial de cálculo, ferindo o ato jurídico perfeito e a irretroatividade das leis.

No que tange ao “maior valor-teto”, justamente por equivaler a vinte vezes o salário mínimo da época, portanto, superior aos atuais dez salários mínimos previstos como “teto” do RGPS, na forma das Emendas Constitucionais nº 20/98 e 41/03.

Ressaltando-se, na forma que ora reitero, que os benefícios concedidos anteriormente à Constituição Federal de 1988, independentemente de terem sido concedidos em valor igual a uma ou a vinte vezes o salário mínimo de época, foram recompostos a partir de sua promulgação, por meio de equivalência à quantidade de salários mínimos no ato de concessão, sem imposição de qualquer limitação ou “teto”. Isto é, aqueles que tiveram seus benefícios concedidos com valor superior ao décuplo do salário mínimo, mantiveram seus proventos mantidos naquela forma, sem limitações ao atual “teto” do RGPS, com o devido reajustamento posterior.

Desta sorte, se houve perda do poder aquisitivo relativamente a benefício que fora concedido em montante superior ao décuplo do salário mínimo, isto se deu não em função da sistemática de cálculo vigente anteriormente (com a utilização dos parâmetros denominados menor e maior valor-teto), mas, sim, pelo descompasso entre o critério utilizado para correção do valor do salário mínimo e aquele adotado para reajustamento dos benefícios do RGPS, posteriormente ao prazo de vigência do artigo 58 do ADCT.

A almejada desconsideração do menor e maior valor-teto, portanto, implicaria no absoluto desrespeito da sistemática prevista à época, com a criação judicial de regras próprias, situação que, nem de longe, foi abordada por julgado algum do c. STF.

A prevalecer a tese adotada pela i. Relatora, a quem rendo as minhas homenagens pelo exímio trabalho e cuidado na condução e julgamento deste incidente, faria jus à evolução dos seus salários de benefícios, a partir de quando implantados, somente aqueles que tivessem seus benefícios iniciais apurados em valor superior aos 20 (vinte) salários mínimos da época, de acordo com sistemática de cálculo absolutamente distinta daquela construída sob os novos parâmetros da Constituição Federal de 1988. Benefícios aos quais, inclusive, pela aplicação do artigo 58 do ADCT já foram recalculados de forma a reestabelecer a equivalência ao número de salários mínimos quando da sua concessão. A estes benefícios, equivalentes a 20 (vinte) salários mínimos da época da sua recomposição, não se aplicava o limitador representado pelo novo “teto” constitucional, de 10 (dez) salários mínimos, justamente porque concedidos anteriormente à CF/88. E isso porque o princípio constitucional da isonomia determina que as pessoas serão tratadas igualmente ou desigualmente, no limite exato das desigualdades, e desde que o *discrímen* seja lógico e razoável.

Sequer matematicamente seria validável a tese, eis que, recompostos os valores dos salários de benefícios para aqueles que tiveram seu valor original apurado em 20 (vinte) salários mínimos, a evolução, a partir daí, dos seus valores ao longo do tempo, não permitiria que, nos momentos das malfadadas Emendas Constitucionais nºs 20/98 e 41/03, estes permanecessem abaixo dos novos valores tetos propostos, de forma a justificar a percepção de diferenças, o que, ao meu sentir, evidencia, inclusive, inexistir interesse processual na proposição das demandas individuais, na modalidade utilidade.

Assim, pelas razões expendidas, os benefícios previdenciários concedidos anteriormente à promulgação da Constituição Federal de 1988, assim como aqueles que deles derivaram, não geram direito à readequação de sua renda mensal em razão da alteração, pelas Emendas Constitucionais nºs 20/1998 e 41/2003, do limite máximo para o valor dos benefícios do regime geral de previdência social.

Ante o exposto, *peço vênia à ilustre Relatora para, com acréscimo dos fundamentos supra, acompanhar o voto divergente apresentado pela Desembargadora Federal Lucia Ursaia.*

É como voto.

DECLARAÇÃO DE VOTO

A Excelentíssima Desembargadora Federal Lucia Ursaia:

Nesta sessão de julgamento realizada em 10 de dezembro de 2020, a E. Desembargadora Federal Relatora Inês Virgínia apresentou voto em IRDR - Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas instaurado pelo INSS – Instituto Nacional do Seguro Social, no qual se discute a possibilidade de aplicação da *ratio decidendi* do RE 564.354-SE aos benefícios concedidos antes da CF/88 – Constituição Federal de 1988, e propôs definição da seguinte tese jurídica: o mVT - menor valor teto funciona como um fator intrínseco do cálculo do valor do benefício e não pode ser afastado para fins de readequação; ao mesmo tempo, os benefícios concedidos antes da promulgação da CF/88 podem ser objeto da readequação nos termos delineados no RE 564.354, DESDE que, no momento da concessão, o benefício tenha sofrido limitação pelo MVT – maior valor teto, devendo tal limitação e eventual proveito econômico daí decorrente serem demonstrados na fase de conhecimento, observando-se em tal apuração a incidência de todos os fatores da fórmula de cálculo vigente no momento da concessão do benefício [mVT, coeficiente de benefício e coeficiente legal (1/30 para cada grupo de 12 contribuições superiores ao mVT)].

Contudo, divirjo, respeitosamente, do entendimento manifestado pela eminente Relatora pelas razões a seguir expostas.

De fato, o E. Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida em sede de Repercussão Geral (RE 564.354/SE), com força vinculante, entendeu pela possibilidade de aplicação imediata dos novos tetos de benefícios fixados pelas EC nº 20/98 e nº 41/03, aos benefícios previdenciários que foram limitados a teto do Regime Geral da Previdência, anteriormente à vigência das referidas Emendas Constitucionais.

Reporto-me à Ementa como segue:

“DIREITOS CONSTITUCIONAIS E PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. ALTERAÇÃO NO TETO DOS BENEFÍCIOS DO REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA. REFLEXOS NOS BENEFÍCIOS CONCEDIDOS ANTES DA ALTERAÇÃO. EMENDAS CONSTITUICIONAIS N. 20/1998 E 41/2003. DIREITO INTERTEMPORAL: ATO JURÍDICO PERFEITO. NECESSIDADE DE INTERPETRAÇÃO DA LEI INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DAS LEIS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Há pelo menos duas situações jurídicas em que a atuação do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição da República demanda interpretação da legislação infraconstitucional: a primeira respeita ao exercício do controle de constitucionalidade das normas, pois não se declara a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei sem antes entendê-la; a segunda, que se dá na espécie, decorre da garantia constitucional da proteção ao ato jurídico perfeito contra lei superveniente, pois a solução de controvérsia sob essa perspectiva pressupõe sejam interpretadas as leis postas em conflito e determinados os seus alcances para se dizer da existência ou ausência da retroatividade constitucional vedada.

2. Não ofende o ato jurídico perfeito a aplicação imediata do art. 14 da Emenda Constitucional n. 20/1998 e do art. 5º da Emenda Constitucional n. 41/2003 aos benefícios previdenciários limitados a teto do regime geral da previdência estabelecido antes da vigência dessas normas, de modo a que passem a observar o novo teto constitucional.

3. Negado provimento ao recurso extraordinário.” (RE nº 564354, Relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, em Repercussão Geral conferida, j. 08/09/2010, DJ 14/02/2011).

Todavia, a questão tratada neste V. Acórdão, refere-se aos benefícios concedidos dentro do Regime Geral da Previdência Social, que foi criado com a Constituição Federal, promulgada em 05/10/1988.

Os benefícios concedidos anteriormente à Constituição Federal/88 e que estavam em manutenção foram objeto das disposições transitórias da Constituição e tiveram seus valores revistos e readequados em salários-mínimos, de acordo com o art. 58-ADCT:

“Art. 58. Os benefícios de prestação continuada, mantidos pela previdência social na data da promulgação da Constituição, terão seus valores revistos, a fim de que seja restabelecido o poder aquisitivo, expresso em número de salários mínimos, que tinham na data de sua concessão, obedecendo-se a esse critério de atualização até a implantação do plano de custeio e benefícios referidos no artigo seguinte.”

As diferenças apuradas nos benefícios atualizados de acordo com o referido artigo foram pagas em cumprimento ao seu parágrafo único, conforme a Portaria nº 4.426/89 da Autarquia Previdenciária.

Entendo, s.m.j., que estão superados os argumentos que afirmam que os benefícios concedidos, com base na sistemática anterior à CF/88, foram desfalcados pela incidência do

limite ao ‘maior valor teto’, nos termos da C.L.P.S/Decreto nº 89.312/84, art. 23, eis que a nova ordem constitucional com esta readequação em salários mínimos estabeleceu novos valores a todos os benefícios em manutenção sem a estipulação de qualquer teto.

Ressalto, com veemência, data máxima vênia, que nesta questão está ocorrendo o mesmo engano que ocorreu quando do julgamento da desaposentação, quando o E. Superior Tribunal de Justiça firmou jurisprudência sobre sua possibilidade enquanto o C. Supremo Tribunal Federal pôs, por terra, aquele entendimento sob o correto fundamento das normas de Direito Administrativo que distinguem o Direito Público do Direito Privado.

De fato, a Administração Pública Direta ou Indireta só pode agir em obediência à lei. Enquanto na atividade privada pode-se fazer tudo o que não é proibido, na Administração Pública só se pode fazer o que é permitido na lei, portanto, a subsunção à lei é absoluta.

O Direito Previdenciário sendo ramo de Direito Público está submetido ao estrito princípio da legalidade e, lembrando o julgamento da questão da desaposentação, o Colendo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 661.256/SC, sob regime de repercussão geral, encerrou o seu julgamento fixando a tese, “in litteram”:

“No âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à ‘desaposentação’, sendo constitucional a regra do artigo 18, parágrafo 2º, da Lei 8.213/91” (ATA nº 31, de 26/10/2016, DJE nº 234, divulgado em 03/11/2016)

Sob o mesmo fundamento de ausência de autorização legal, quer no direito positivo quer na jurisprudência estabelecida sob o regime de repercussão geral no RE nº 564.354/SE, acima referido, não há previsão em nossa ordem jurídica para a revisão dos benefícios previdenciários formalizados sob a égide da Consolidação das Leis da Previdência Social, Decreto nº 89.312/84, benefícios que foram calculados de acordo com o que dispunha seu artigo 23.

No RE nº 564.354/SE o benefício previdenciário questionado era uma aposentadoria proporcional com DIB em 09/10/1995, as questões suscitadas têm como pressuposto o valor dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social (regime geral este que foi criado na Constituição Federal de 1988) de que trata o artigo 201 desta Constituição, nos exatos termos dos artigos 5º da EC nº 41/2003 e art. 14 da EC nº 20/98.

Não se extrai dos fundamentos de fato e de direito expostos no retro referido RE nº 564.354/SE, comando legal para alteração de atos jurídicos formalizados nas normas da Consolidação das Leis da Previdência Social - C.L.P.S / Decreto nº 89.312/84, que é anterior à Constituição Federal de 1988.

De fato, após o exame detalhado de todas as questões discutidas no referido RE nº 564.354/SE e votos apresentados pelos Exmo. Ministros do Plenário do Colendo S.T.F., fica absolutamente claro meu entendimento ora exposto, pedindo vênia para reproduzir o início do voto do Sr. Ministro Gilmar Mendes, conforme segue:

“Com o objetivo de contextualizar as questões constitucionais incidentes, consideremos a seguinte cronologia legislativa ao tema central do Recurso Extraordinário:

-Julho/1991 - Lei nº 8.213/91: “o benefício não poderá ser superior ao limite máximo do salário de contribuição”.

-16/12/1998 - EC 20/98: fixa o limite em R\$ 1.200,00.

-31/12/2003 - EC 41/03: fixa o limite em R\$ 2.400,00.”

Assim sendo, com a devida vênia, divirjo do entendimento da E. Desembargadora Federal Relatora, e acolhendo a primeira parte do pedido do autor, apresento a tese jurídica como segue: para os benefícios concedidos antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 não há autorização legal, quer no Direito Positivo, quer na jurisprudência em regime de Repercussão Geral do RE 564.354-SE, para a alteração da metodologia de cálculo do benefício como prevista na C.L.P.S/Decreto 89.312/84, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade estrita, que rege o Direito Previdenciário como ramo do Direito Público.

É como voto.

DECLARAÇÃO DE VOTO

O Exmo. Desembargador Federal Gilberto Jordan:

Com a devida vênia ousou divergir parcialmente da Exma. Relatora, no que tange à fixação da tese objeto da controvérsia deste IRDR.

O cerne da questão neste IDR cinge-se à possibilidade de revisar o benefício, por força das Emendas Constitucionais nº 20/98 e 41/03, concedido anteriormente à vigência da Constituição Federal de 1988, diante do entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal de que não há limitação temporal para a aplicação dos julgados nos RE nº 564.354/SE e RE nº 937.595/SP, apreciados sob o rito da repercussão geral.

Observo desde logo que toda a análise feita pelo Supremo Tribunal Federal para alcançar a inteligência dos julgados supracitados foi lastreada com base na legislação previdenciária atual.

Ressalto que a legislação previdenciária anterior e a atual são completamente distintas no tocante à metodologia de cálculo, à sistemática e à fórmula da apuração da renda mensal inicial dos benefícios previdenciários.

É certo que os benefícios concedidos à luz da legislação vigente à época de sua concessão, antes da vigência da CF/88, com base no princípio do *tempus regit actum*, devem observar, portanto, a forma de cálculo que deve ser também aquela prevista no momento da concessão, sendo incabível a aplicação de outro regramento introduzido por emendas constitucionais posteriores que não trataram expressamente do direito à revisão dos benefícios previdenciários em decorrência da elevação do maior teto da previdência social.

Seguindo tal raciocínio, se o benefício foi submetido à sistemática do menor e do maior valor-teto da legislação anterior, não é possível a aplicação dos índices de reajuste sobre o valor total da renda mensal para haver posteriormente a limitação ao teto do RGPS, o qual veio a ser majorado pelas Emendas Constitucionais nº 20/98 e nº 41/03.

Frise-se que a expressão salário-de-benefício é biunívoca, ou seja, com mais de um sentido e significando realidades distintas segundo a legislação de regência no transcurso do tempo.

Veja-se que, com o advento da Lei nº 9.876/1999, a partir de 29.11.1999, o conceito de salário-de-benefício sofreu profundas alterações.

Wladimir Novaes Martinez, *in* Curso de Direito Previdenciário - 6ª ed. LTr., p. 803 ensina, *in verbis*:

“O conceito do salário de benefício, especialmente no tocante à aposentadoria por tempo de contribuição, a partir de 29.11.1999, sofreu profundas modificações em sua estrutura. (...) Salário de benefício, usualmente, é média aritmética simples das bases da contribuição contidas num certo básico período de cálculo, quantum que se presta para a aferição da renda mensal inicial da prestação em dinheiro de pagamento continuado”.

Diante de tais lições, vê-se que o conceito de salário-de-benefício não é unívoco, pois é gênero do qual são espécies: a renda mensal inicial e a prestação mensal continuada de benefício previdenciário, ambas representando a expressão “valor dos benefícios” de que tratam os textos das emendas constitucionais. Estas se utilizaram da referida expressão, como se extrai do artigo 14 da EC nº 20/98 e do artigo 5º da EC nº 41/03, respectivamente, *in verbis*:

“O limite máximo para o valor dos benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal é fixado em R\$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais)...”

“O limite máximo para o valor dos benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal é fixado em R\$ 2.400,00 (dois mil e quatrocentos reais)...”

As referidas emendas em nenhum momento utilizam o termo “salário-de-benefício”. Como já dito, devido às alterações legislativas, tal expressão não tem o mesmo sentido e alcance no decurso do tempo.

Como ensinam Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Júnior, *in* Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social - 10ª ed., editora Livraria do Advogado, páginas 33 e 34, *in verbis*:

“2.2 Limitação do Salário-de-Benefício

A disposição contida no § 2º do art. 29 da lei 8.213/91 não apresenta nenhuma novidade. Desde a edição da LOPS, a qual contemplava a limitação no § 1º do art. 23, sempre houve uma preocupação em conter o salário-de-benefício dentro de um certo patamar. Na redação original da Lei 5.890/73, ele estava limitado a 20 vezes o maior salário-mínimo vigente no país. Posteriormente, a Lei 6.205/75 descaracterizou a utilização do salário-mínimo como fator de atualização monetária, determinando a atualização dos limites considerados no art. 5º da Lei 5.890/73, nos quais está implícita a limitação do salário-de-benefício, fossem feito pelo fator de reajustamento salarial estabelecido pela Lei 6.147/74. Por fim, o art. 14 da Lei 6.708/79 determinou a atualização dos limites do § 3º do art. 1º da Lei 6.205/75 pelo INPC. Esta regra foi consolidada no § 4º do art. 26 da CLPS/77 e depois no § 4º do art. 21 da CLPS/84. Esta limitação do salário-de-benefício não encontrava óbice no regime constitucional anterior. Porém, com o advento da Carta de 1988, ao nosso sentir, ficou vedada por colidir com o mandamento constitucional do *caput* do art. 202 da CF, o qual determina a correção de todos os salários-de-contribuição considerados no cálculo do benefício e a manutenção do valor real das constituições”

Daí torna-se evidente a existência de diferentes regramentos para os benefícios concedidos antes e após a vigência da CF/88.

Na sistemática de cálculos dos benefícios, anteriormente à vigência da atual Constituição Federal, foram estabelecidos balizadores, que podem ser classificados como sendo:

1) Limite Máximo do Salário-de-Contribuição: Nenhuma contribuição poderia ser superior a esse limite. Não integrava o cálculo da renda do benefício. Previsto pelo Dec. nº 89.312/1984, art. 135 c/c art. 211, d.

2) Maior Valor-Teto do Salário-de-Benefício: Este era o limite máximo para o salário-de-benefício, etapa do cálculo da renda inicial dos benefícios previdenciários. Após a sua incidência, ainda eram aplicados coeficientes referentes à espécie do benefício e à proporcionalidade ou integralidade. Era um valor indissociável do cálculo da renda inicial, e que esgotava a sua função com o cálculo completo desta. Previsto pelo Dec. nº 89.312/1984, art. 21 § 4º.

3) Menor Valor-Teto do Salário-de-Benefício: Este era utilizado exclusivamente como etapa do cálculo do salário-de-benefício. Seu valor era a metade do Maior Valor-Teto. A parcela da média das contribuições inferior ao Menor Valor-Teto tinha um tratamento e a parcela superior tinha outro. A primeira parte (valor até o Menor Valor-Teto) recebia o coeficiente específico do benefício. A segunda parte (valor entre o Menor e o Maior Valor-Teto) recebia o coeficiente na proporção dos grupos completos de doze contribuições da vida contributiva do segurado. Ele era indissociável do cálculo da renda inicial e esgotava a sua função com o cálculo completo desta. Previsto pelo Dec. 89.312/1984, art. 21 § 4º.

4) Limite Máximo de Pagamento Mensal: Valor que não poderia ser ultrapassado por ocasião dos reajustes da renda dos benefícios. Estava estabelecido em 90% (noventa por cento) do valor do Maior Valor-Teto do Salário-de-Benefício. Este, sim, era o que poderia sofrer glosa, capaz de atrair a aplicação do RE nº 564.354/SE, em razão da redução da Renda Mensal Inicial, esta aplicável exclusivamente por ocasião dos pagamentos, previsto pelo Dec. nº 89.312/1984, art. 25, § único.

É certo que a legislação anterior estabelecia uma fórmula complexa para a apuração da renda mensal dos benefícios, aplicando, sim, limitadores máximo e mínimo para os salários-de-benefício, e tomava como variáveis para o seu cálculo a soma dos salários-de-contribuição imediatamente anteriores ao mês da entrada do requerimento, até o máximo de 36 (trinta e seis), apurados em período não superior a 48 (quarenta e oito) meses.

Em razão do fato de o cálculo não considerar todos os salários-de-contribuição efetivamente recolhidos pelo segurado, mas uma pequena amostra destes, e relativa aos últimos recolhimentos, a fórmula se utilizava também de um coeficiente igual a tantos 1/30 (um trinta avos) quantos fossem os grupos de 12 (doze) contribuições acima de 10 (dez) salários mínimos, respeitando-se, em cada caso, o limite máximo de 80% (oitenta por cento) do valor da parcela.

Ademais, a fórmula de cálculo do salário-de-benefício da legislação anterior à CF/88 considerava as contribuições acima de 10 (dez) salários mínimos no período de 30 anos, de modo que o resultado não era simplesmente a média dos 36 (trinta e seis) últimos salários-de-contribuição.

Daí, vê-se claramente que, sem violar e revisar a fórmula de cálculo legalmente prevista, não é possível a aplicação do entendimento dos REs nº 564.354/SE e nº 937.595/SP aos benefícios em que a glosa não tenha sido aplicada após a apuração do valor da renda mensal inicial.

Dessa forma, somente é possível aplicar corretamente os mencionados Recursos Extraordinários aos casos em que a glosa tenha reduzido a renda mensal inicial do benefício (resultado final do cálculo) ao patamar do maior salário-de-benefício vigente à época da concessão.

De outro lado, os cálculos apresentados pelos segurados tendentes a demonstrar glosa antes do resultado final do cálculo da RMI, que é o salário-de-benefício, são resultantes de uma interpretação equivocada dos REs nº 564.354/SE e nº 937.595/SP, encontrando, inclusive, óbice no § 5º, do artigo 195, da CF/88, que estabelece: “Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total”.

Cabe lembrar que as Emendas Constitucionais nº 20/98 e nº 41/03 não estabeleceram fonte de custeio total para que se possa dar a interpretação pretendida pelos segurados na aplicação dos REs nº 564.354/SE e nº 937.595/SP.

Ademais, os artigos 21, 22, 23 e 24, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, dispõem, *in verbis*:

“Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo

expresso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o *caput* deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

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

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. .

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

Parágrafo único. (VETADO).

Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público” (grifei).

E como afirmaram, respectivamente, os Ministros Luiz Fux e Alexandre de Moraes, da Primeira Turma do STF, ao suspender, em 12/03/19, os processos que solicitam pagamento do adicional de 25% a todos os aposentados que precisam de cuidador, até que o tema seja analisado definitivamente pelo plenário da corte: “Os poderes precisam tomar consciência da necessidade “de estancar sangria da Previdência” e “O caso da extensão do adicional aponta que nem reformas da previdência vão dar certo diante do comportamento do Judiciário. É mais um rombo fantástico da Previdência, sem qualquer previsão legal”.

Para o Ministro Fux, a extensão do benefício foi feita pelo STJ sem previsão legal: “Além disso, o STJ fixou tese que pode ser adotada em decisões monocráticas, o que provocaria um efeito sistêmico e imediato. Assim, o Poder Judiciário tem o dever de examinar as consequências imediatas e sistêmicas que um pronunciamento judicial pode produzir na realidade social”, defendeu.

E, no tema em espécie, ao se adotar a tese simplista de que qualquer limitação da média obtida no período básico de cálculo dos salários-de-contribuição considerados no cálculo do salário-de-benefício é suficiente para ensejar o direito à revisão dos tetos das ECs nº 20/98 e nº 41/03, reconhecido pelo STF nos REs nº 564.354/SE e nº 937.595/SP, estar-se-ia violando os princípios *tempus regit actum*, da correlação da fonte de custeio, da legalidade e a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, por conceder direito não contemplado na ordem constitucional vigente à época da concessão do benefício.

Isto porque, se o legislador optou, ao estabelecer a fórmula de cálculo, inserir uma série de conceitos, considerações e critérios embasados nos princípios da previdência social, com o fim de se garantir ao segurado uma renda mensal vitalícia, por prazo indeterminado e em valor definido, não pode o Poder Judiciário, que não é legislador positivo, estabelecer outra forma de cálculo para o benefício, ou entender os chamados menor e maior valor-teto, que são elementos do cálculo, como parâmetros a serem utilizados como limitadores do benefício, ou seja, funcionando como uma glosa do valor final, pois a sistemática do menor e maior valor-teto tão somente faziam parte do cálculo da Renda Mensal Inicial. O chamado menor valor-teto não se constituía em um teto para fins de se limitar a RMI, mas, na verdade, consubstanciava-se em *mero critério de cálculo do salário-de-benefício, para se apurar a Renda Mensal Inicial*, dentro dos limites e condições dos cálculos atuariais para a cobertura dos riscos que o sistema assumiu, mediante o pagamento, pelo segurado, do respectivo prêmio, que é a contribuição previdenciária em todo o período contributivo, e não apenas de uma parte insignificativa deste.

Ante o exposto, voto para fixar a seguinte tese:

“Para os benefícios concedidos antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 é vedada a utilização do RE 546.354-SE para fins de modificação da forma de cálculo estabelecida na legislação vigente à época da concessão, em especial para se desprezar a aplicação do “menor valor teto” ou, mais amplamente, de qualquer alteração da metodologia de cálculo do valor do benefício, para se determinar se houve glosa no salário de benefício, representado pela renda mensal inicial do benefício.

Para a readequação dos benefícios concedidos antes da vigência da Constituição Federal de 1988 aos novos tetos estabelecidos pela Emendas Constitucionais n. 20/98 e 41/03 é necessária a demonstração e a comprovação, na fase de conhecimento, de que ocorreu a limitação do salário de benefício, representado pela renda mensal inicial, à 90% do “maior valor teto” no resultado final da fórmula de cálculo, depois de concluído todo o cálculo do benefício, na exata aplicação da metodologia de cálculo legalmente estabelecida, sem a mínima alteração de qualquer variável do cálculo.”

No mais acompanho a Exma. Relatora.

AGRAVO DE INSTRUMENTO

5021652-65.2020.4.03.0000

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Agravado: SERGIO CARDAN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL DAVID DANTAS

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 30/04/2021

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. TEMA 998 DO STJ. AUXÍLIO-DOENÇA PREVIDENCIÁRIO. RECONHECIMENTO DE ESPECIALIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.

- O Supremo Tribunal Federal, por maioria, reconheceu a inexistência de repercussão geral da questão, por não se tratar de matéria constitucional. Em 10/11/2020 foi publicado o acórdão, não reconhecendo envergadura constitucional do Tema afetado. Preliminar rejeitada.

- Não procede a alegação de inadequação do enquadramento de atividade especial no período em que o demandante esteve em gozo de auxílio-doença previdenciário, como quer fazer crer a autarquia federal.

- A Primeira Seção do C. STJ já havia fixado, por unanimidade, a tese de que o segurado que exerce atividades em condições especiais, quando em gozo de auxílio-doença, seja acidentário ou previdenciário, faz jus ao cômputo desse período como especial.

- Com efeito, durante o julgamento de recurso repetitivo sobre o assunto (Tema 998), o colegiado considerou ilegal a distinção entre as modalidades de afastamento feitas pelo Decreto nº 3.048/99, o qual prevê apenas o cômputo do período de gozo de auxílio-doença acidentário como especial.

- Acrescento, ainda, que a questão também foi levada à apreciação do C. STF, por meio do RE nº 1.279.819, interposto pelo INSS, porém, em decisão proferida aos 29.10.2020, foi mantido o entendimento exarado pelo C. STJ, eis que segundo o i. Ministro Luiz Fux, ao limitar o reconhecimento de atividade especial somente às hipóteses em que o segurado ficar afastado do trabalho em gozo de benefício por incapacidade de natureza acidentária, o Decreto nº 4.882/03, de fato, extrapolou o limite do poder de regulamentar do Estado. Além disso, foi declarada a inexistência de repercussão geral da questão, haja vista não tratar-se de matéria constitucional, ratificando assim o posicionamento esboçado pelo C. STJ no julgamento do Tema 998.

- Agravo interno desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Oitava Turma, por unanimidade, decidiu NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO INTERNO, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL DAVID DANTAS:

Trata-se de agravo interno interposto pelo INSS contra decisão que negou provimento ao seu recurso.

O INSS, ora agravante, repete os mesmos argumentos expostos nas razões do recurso já analisado. Insurge-se quanto ao não reconhecimento, como especial, do período em que o demandante esteve em gozo de auxílio-doença.

Prequestiona a matéria para fins recursais.

O agravado, intimado a se manifestar, não apresentou contrarrazões.

É o relatório.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

VOTO

O EXMO. SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL DAVID DANTAS:

De início consigo que tal qual o pretérito artigo 557 do CPC de 1973, a regra do artigo 932, incisos V 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).

Não procede a alegação de inadequação do enquadramento de atividade especial no período em que o demandante esteve em gozo de auxílio-doença previdenciário, como quer fazer crer a autarquia federal.

Isso porque, a Primeira Seção do C. STJ já havia fixado, por unanimidade, a tese de que o segurado que exerce atividades em condições especiais, quando em gozo de auxílio-doença, seja acidentário ou previdenciário, faz jus ao cômputo desse período como especial.

Com efeito, durante o julgamento de recurso repetitivo sobre o assunto (Tema 998), o colegiado considerou ilegal a distinção entre as modalidades de afastamento feitas pelo Decreto nº 3.048/99, o qual prevê apenas o cômputo do período de gozo de auxílio-doença acidentário como especial.

Os dois recursos tomados como representativos da controvérsia foram interpostos pelo INSS contra acórdãos do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, ao argumento de que não seria possível a contagem especial de tempo de serviço no período em que o segurado está em gozo de auxílio-doença, uma vez que não há exposição a agentes nocivos durante o afastamento.

Todavia, o i. Relator dos recursos no C. STJ, ministro Napoleão Nunes Maia Filho, explicou que a redação original do art. 65 do Decreto nº 3.048/99, permitia a contagem como tempo especial dos períodos correspondentes ao exercício de atividade permanente e habitual sujeita a condições que prejudiquem a saúde ou a integridade física do contribuinte, inclusive, quanto aos períodos de férias, licença médica e auxílio-doença.

Segundo o ministro, comprovada a exposição do segurado a condições que prejudicassem sua saúde ou integridade física, na forma exigida pela legislação, seria reconhecida a especialidade do período de afastamento em que o segurado permanecesse em gozo de auxílio-doença, fosse ele acidentário ou previdenciário.

O i. Relator ainda observou que a legislação permite contar como atividade especial o tempo em que o segurado esteve em gozo de salário-maternidade e férias, afastamentos que também suspendem o contrato de trabalho, assim como o auxílio-doença, retirando o trabalhador, da mesma forma, da exposição aos agentes nocivos.

Para o ministro, se o legislador prevê a contagem desses afastamentos como atividade especial, *não há, sob nenhum aspecto, motivo para que o período em afastamento de auxílio-doença não acidentário também não seja computado, desde que, à data do afastamento, o segurado estivesse exercendo atividade considerada especial.*

Consigno, ainda, que de acordo com o i. Ministro Napoleão Maia Filho, o § 6º do art. 57 da Lei nº 8.213/1991 determinou expressamente que o direito ao benefício previdenciário da aposentadoria especial será financiado com os recursos provenientes da contribuição de que trata o art. 22, inc. II, da Lei nº 8.212/1991, cujas alíquotas são acrescidas conforme a atividade exercida pelo segurado a serviço da empresa, as quais são recolhidas independentemente de estar ou não o trabalhador em gozo de benefício.

Nota-se que o custeio do tempo de contribuição especial se dá por intermédio de fonte que não é diretamente relacionada à natureza dada ao benefício por incapacidade concedido ao segurado, mas sim quanto ao grau preponderante de risco existente no local de trabalho deste, o que importa concluir que, estando ou não afastado por benefício motivado por acidente do trabalho, o segurado exposto a condições nocivas à sua saúde promove a ocorrência do fato gerador da contribuição previdenciária destinada ao custeio do benefício de aposentadoria especial, disse o i. Relator em seu voto.

Assim, ao negar provimento aos recursos do INSS, o eminente ministro considerou que o Decreto nº 4.882/2003 extrapolou o limite do poder regulamentar do Estado, restringindo ilegalmente a proteção da Previdência Social do trabalhador sujeito a condições especiais que prejudiquem a sua saúde ou a sua integridade física. (REsp nº 1759098 e REsp nº 1723181).

Acrescento, ainda, que a questão também foi levada à apreciação do C. STF, por meio do RE nº 1.279.819, interposto pelo INSS, porém, em decisão proferida aos 29.10.2020, foi mantido o entendimento exarado pelo C. STJ, eis que segundo o i. Ministro Luiz Fux, ao limitar o reconhecimento de atividade especial somente às hipóteses em que o segurado ficar afastado do trabalho em gozo de benefício por incapacidade de natureza acidentária, o Decreto nº 4.882/03, de fato, extrapolou o limite do poder de regulamentar do Estado. Além disso, foi declarada a inexistência de repercussão geral da questão, haja vista não tratar-se de matéria constitucional, ratificando assim o posicionamento esboçado pelo C. STJ no julgamento do Tema 998.

Destarte, mostrou-se acertado o enquadramento do(s) período(s), em que a parte autora gozou auxílio-doença previdenciário, como atividade especial exercida pelo autor.

No mais, é forte na 3ª Seção desta Casa jurisprudência no sentido de que decisões condescientemente 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), cediço 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.

Ad argumentandum tantum, “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, Theotonio; 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.).

Por derradeiro, verifico que o recurso foi interposto com intuito de protelar deliberadamente o andamento do feito, aliado à falta de comportamento de acordo com a boa-fé, em total afronta aos artigos 4º e 5º, ambos do CPC/2015, motivo pelo qual *advirto o recorrente de que no caso de persistência, caberá aplicação de multa*.

Ante o exposto, *NEGO PROVIMENTO AO AGRAVO INTERNO*, nos termos da fundamentação.

É O VOTO.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO

5023614-26.2020.4.03.0000

Agravante: CLOVIS MARIANO

Agravado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL BATISTA GONÇALVES

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/04/2021

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. ENQUADRAMENTO DE ATIVIDADE ESPECIAL. REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA. ILEGITIMIDADE DE PARTE DO INSS. RECURSO NÃO PROVIDO.

Compete ao ente municipal ao qual a parte autora esteve vinculada atestar as condições especiais de trabalho a que foi submetida e, ao expedir a certidão de tempo de contribuição para fins de contagem recíproca, mencionar a atividade em sua totalidade, já incluindo os acréscimos decorrentes da conversão.

Por se tratar de atividade vinculada ao ente estatal, sob regime próprio, este deve ser o órgão no qual deve o segurado buscar o reconhecimento ao enquadramento especial e, em caso de negativa, aforar a contenda na Justiça Estadual competente, a fim de ver apreciado o direito invocado.

Configurada está a ilegitimidade passiva do INSS para o reconhecimento da especialidade do período de 13.02.1995 a 31.05.1999, impondo-se, quanto a esse aspecto, a extinção do processo, sem resolução de mérito, nos termos do artigo 485, VI, § 3º, do CPC.

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.

Desembargador Federal BATISTA GONÇALVES - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por CLOVIS MARIANO em face da r. decisão que, em sede de ação que visa a concessão de aposentadoria especial por tempo de contribuição, julgou extinto o pedido do autor em relação aos períodos em que esteve vinculado ao Regime Próprio da Previdência Social (13.02.1995 a 31.05.1999).

Alega o agravante, em síntese, que não pode ser prejudicado apenas pelo fato de ter laborado por determinado período sob o manto do Regime Próprio de Previdência Social, não havendo razões para que este período não seja considerado como especial.

Devidamente intimada, a autarquia previdenciária deixou transcorrer *in albis* o prazo para apresentação de contraminuta.

É o relatório.

Desembargador Federal BATISTA GONÇALVES - Relator

VOTO

Trata-se, na origem, de ação movida em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL objetivando o recebimento de aposentadoria especial. Argumenta o autor, ora agravante, que laborou por mais de 25 anos em atividades perigosas/insalubres, tidas como especiais.

No que concerne ao presente recurso, consta dos autos que o autor ocupou o cargo de eletricista de veículos na Prefeitura de Martinópolis-SP, estando sujeito ao regime próprio de previdência municipal no período de 13.02.1995 a 31.05.1999.

Verifica-se, quanto a este período, a ilegitimidade passiva do INSS.

Compete ao ente municipal ao qual a parte autora esteve vinculada atestar as condições especiais de trabalho a que foi submetida e, ao expedir a certidão de tempo de contribuição para fins de contagem recíproca, mencionar a atividade em sua totalidade, já incluindo os acréscimos decorrentes da conversão.

Por se tratar de atividade vinculada ao ente estatal, sob regime próprio, este deve ser o órgão no qual deve o segurado buscar o reconhecimento ao enquadramento especial e, em caso de negativa, aforar a contenda na Justiça Estadual competente, a fim de ver apreciado o direito invocado.

Nesse sentido:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. ENQUADRAMENTO DE ATIVIDADE ESPECIAL. POLICIAL MILITAR. REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA. ILEGITIMIDADE DE PARTE DO INSS. AUSENTES OS REQUISITOS. SUCUMBÊNCIA MAJORADA.

- A pretensão encontra óbice na própria legislação previdenciária, a qual não admite a conversão da atividade especial em comum, consoante artigo 125, § 1º, do Decreto n. 3.048/1999.
- Desponta a ilegitimidade passiva do INSS no tocante ao reconhecimento da especialidade durante trabalho sob normas de Regime Próprio de Previdência. Precedente.
- Não atendidos os requisitos para a concessão da aposentadoria por tempo de contribuição.
- Condena-se a parte autora a pagar custas processuais e honorários de advogado, arbitrados em 12% (doze por cento) sobre o valor atualizado da causa, já majorados em razão da fase recursal, conforme critérios do artigo 85, §§ 1º, 2º, 3º, I, e 4º, III, do CPC.
- Apelação conhecida e não provida.

(TRF 3ª Região, 9ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL, 5013497-22.2018.4.03.6183, Rel. Juiz Federal Convocado VANESSA VIEIRA DE MELLO, julgado em 07/08/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 12/08/2020)

Nesse contexto, configurada está a ilegitimidade passiva do INSS para o reconhecimento da especialidade do período de 13.02.1995 a 31.05.1999, impondo-se, quanto a esse aspecto, a extinção do processo, sem resolução de mérito, nos termos do artigo 485, VI, § 3º, do CPC.

Por estes fundamentos, a r. decisão recorrida não merece reparos.

Ante o exposto, *nego provimento ao recurso*, nos termos da fundamentação.

Desembargador Federal BATISTA GONÇALVES - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
5245904-27.2020.4.03.9999

Apelante: LARISSA DE MORAIS MAZZIERI
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Relatora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA LEILA PAIVA
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/04/2021

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. RESTABELECIMENTO DE PENSÃO POR MORTE. FILHA MAIOR. DOENÇA NÃO INCAPACITANTE E POSTERIOR AO ÓBITO. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA NÃO DEMONSTRADA.

1. A concessão do benefício, em princípio, depende do reconhecimento da presença de três requisitos básicos: o óbito, a qualidade de segurado do falecido e a dependência econômica em relação a ele na data do falecimento.
2. Preceitua o artigo 16, I e § 4º, da Lei nº 8.213/91, que os filhos inválidos são beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, cuja dependência econômica é presumida.
3. Embora a lei seja explícita quanto ao fato de o filho inválido ser beneficiário previdenciário, cinge-se a controvérsia em determinar até qual momento a invalidez deve ser manifestada, a saber, se é até a data do óbito do instituidor do benefício, ou até o dia em que o filho completar 21 anos.
4. O Tribunal da Cidadania abarca a primeira vertente, entendendo que a prova da invalidez deve preceder ao óbito do instituidor do benefício, sendo irrelevante a idade do filho
5. Sem maiores digressões, as provas carreadas nos autos demonstram que o transtorno psíquico da autora surgiu após o óbito da instituidora do benefício e, ainda, não enseja na incapacidade ou invalidez para a prática dos atos da vida civil dela. Ausente, portanto, o requisito da dependência econômica da autora que, de fato, cessou quando completou 21 (vinte e um) anos de idade, inviabilizando o restabelecimento da pensão por morte.
6. Recurso não provido.

ACÓRDÃO

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

Juíza Federal Convocada LEILA PAIVA - Relatora

RELATÓRIO

A Excelentíssima Senhora Juíza Federal convocada Leila Paiva (Relatora):

Cuida-se de recurso de apelação interposto por Larissa de Moraes Mazzieri contra sentença proferida em demanda previdenciária, que julgou improcedente o pedido de restabe-

lecimento da pensão por morte em razão do falecimento da genitora da autora, por entender que ela não é incapaz ou inválida.

Em razões recursais, defende, em síntese, o restabelecimento da pensão por morte cessada quando completou 21 (vinte e um) anos de idade, pois é portadora de Transtorno de Personalidade (F. 60.3) e tem a vida comprometida em razão da doença, o que a torna incapaz para os atos da vida civil.

Sem contrarrazões, vieram os autos a esta E. Corte Regional.

É o relatório.

Juíza Federal Convocada LEILA PAIVA - Relatora

VOTO

A Excelentíssima Senhora Juíza Federal convocada Leila Paiva (Relatora):

1. Da pensão por morte

A pensão por morte é benefício previdenciário assegurado pelo artigo 201, inciso V, da Constituição da República, consistente em prestação de pagamento continuado.

A concessão do benefício, em princípio, depende do reconhecimento da presença de três requisitos básicos: o óbito, a qualidade de segurado do falecido e a dependência econômica em relação a ele na data do falecimento.

É incontroverso o óbito da Sra. Walkiria Maria Moraes Mazzieri, bem como que ela apresentava a qualidade de segurada na oportunidade do óbito, tanto que já foi concedido à autora o benefício da pensão por morte (NB 118.451.292-0) (ID 131661167).

Ressalto que embora conste o Sr. Raymundo Olivar P. de Moraes como o beneficiário da referida pensão, a autora esclareceu que ele era seu avô e como na ocasião do óbito ela era menor impúbere, ele recebia o benefício em nome dela (ID 131661181), alegações essas confirmadas pela autarquia federal (ID 131661190).

A autora recebeu o benefício até completar 21 (vinte e um) anos. O ponto nodal consiste em dirimir se a autora, após a cessação da pensão por morte, continuou ou não sendo dependente economicamente da instituidora do benefício.

Da dependência econômica

Preceitua o artigo 16, I e § 4º, da Lei nº 8.213/91, com a redação vigente à época do passamento, que os filhos inválidos são beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, cuja dependência econômica é presumida.

Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave;

(...)

§ 4º A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada

Embora a lei seja explícita quanto ao fato de o filho inválido ser beneficiário previdenciário, cinge-se a controvérsia em determinar até qual momento a invalidez deve ser manifestada, a saber, se é até a data do óbito do instituidor do benefício, ou até o dia em que o filho completar 21 anos.

Analisando a controvérsia, o Tribunal da Cidadania abarca a primeira vertente, entendendo que a prova da invalidez deve preceder ao óbito do instituidor do benefício, sendo irrelevante a idade do filho.

Nesse sentido, confira-se:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO ART. 1.022 DO CPC. INEXISTÊNCIA. PENSÃO POR MORTE. FILHO MAIOR INVÁLIDO. REQUISITOS. PREENCHIMENTO. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. REVISÃO DE PREMISSAS FÁTICAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 1.022 do CPC.

2. *Consoante a jurisprudência do STJ, é irrelevante o fato de a invalidez ter sido após a maioria do postulante*, uma vez que, nos termos do artigo 16, III c/c o parágrafo 4º, da Lei 8.213/1991, é devida a pensão por morte, comprovada a dependência econômica, ao filho inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente. (g. m.)

3. *Alinhado a esse entendimento, há precedentes do STJ no sentido de que, em se tratando de dependente maior inválido, basta a comprovação de que a invalidez é anterior ao óbito do segurado*. Nesse sentido: AgRg no AREsp 551.951/SP, Rel. Min^a. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 24.4.2015; AgRg no Ag 1.427.186/PE, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 14.9.2012; REsp 1.618.157/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 12.9.2016. (g. m.)

(AREsp 1570257/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/11/2019, DJe 19/12/2019)

E o entendimento desta E. 9a. Turma está em sintonia com o da Corte Superior:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. FILHO MAIOR INVÁLIDO. NÃO COMPROVAÇÃO DA INVALIDEZ NA DATA DO ÓBITO. BENEFÍCIO INDEVIDO.

(...)

- *Para a concessão de pensão por morte, nos casos de dependente maior inválido, basta a comprovação de que a invalidez antecede a ocasião do óbito, sendo irrelevante o fato de que seja posterior à maioria. Precedentes do STJ.*(g. m.)

(...)

- Apelação provida. Tutela revogada.

(TRF 3ª Região, 9ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 0003639-16.2019.4.03.9999, Rel. Desembargador Federal DALDICE MARIA SANTANA DE ALMEIDA, julgado em 06/05/2020, Intimação via sistema DATA: 08/05/2020)

Todavia, quanto à dependência econômica do filho maior e inválido, o entendimento jurisprudencial da Corte Superior é no sentido de que ela é relativa, de modo que pode ser suprimida por prova em contrário. Confira-se:

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. PENSÃO POR MORTE. FILHO MAIOR DE 21 ANOS INVÁLIDO. CUMULAÇÃO COM APO-

SENTADORIA POR INVALIDEZ E PENSÃO POR MORTE DEIXADA POR OUTRO GENITOR. ALEGAÇÃO DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. PRESUNÇÃO RELATIVA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1 - O § 4º do art. 16 da Lei n. 8.213/1991 prescreve uma presunção relativa de dependência econômica do filho maior de 21 anos inválido, que, como tal, pode ser suprimida por provas em sentido contrário. Precedentes. (g. m.)

(...)

3 - Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp 985.716/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/02/2018, DJe 28/02/2018)

Do caso dos autos

A certidão de nascimento demonstra que a autora nasceu em 01/03/1996 (ID 131661164). E embora a certidão de óbito não tenha sido acostada com a exordial, não há controvérsia de que o evento morte ocorreu dia 29/09/2000, quando a autora tinha somente 4 (quatro) anos de vida.

Como indício de prova matéria, foram juntados dois relatórios médicos, elaborados em datas bem posterior ao óbito:

- ID 131661170 – Dr. Nilo Sérgio (2017): afirmou que trata da autora desde 11/09/2015 e concluiu que ela é portadora de transtorno de personalidade (F 60.3) emocionalmente instável com prognóstico reservado.

- ID 131661183 – Dra. Larnany (2017): afirmou que atendeu a autora nos dias 15/05/2012 e 17/07/2012, que ela não fez os tratamentos psiquiátricos indicados, de modo que a família foi orientada a fazer o tratamento mediante internação dela.

Realizada perícia médica judicial (ID 131661229), foi concluído, em síntese, que ela é portadora de Transtorno Misto de Ansiedade e Depressão (F 41.2), doença recuperável desde que tome a medicação necessária, iniciada aos 13 (treze) anos de idade, sem ensejar na sua incapacidade.

Sem maiores digressões, as provas carreadas nos autos demonstram que o transtorno psíquico da autora surgiu após o óbito da instituidora do benefício e, ainda, não enseja na incapacidade ou invalidez para a prática de todos os atos da vida civil. Ausente, portanto, o requisito da dependência econômica da autora que, de fato, cessou quando completou 21 (vinte e um) anos de idade, inviabilizando o restabelecimento da pensão por morte.

Escorreta a r. sentença guerreada, que deve ser mantida.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso de apelação da autora.

É como voto.

Juíza Federal Convocada LEILA PAIVA - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL

5348184-76.2020.4.03.9999

Apelante: GILDOBERTO GOMES DOS SANTOS
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL DALDICE SANTANA
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/04/2021

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL. CONCESSÃO. CERCEAMENTO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. TRABALHADOR RURAL. CORTADOR DE CANA. ENQUADRAMENTO. POSSIBILIDADE. REQUISITOS PREENCHIDOS. CONSECTÁRIOS.

- Não se verifica o alegado cerceamento de defesa. Cabe à parte autora, nos termos do artigo 373, I, do CPC, os ônus de comprovar a veracidade dos fatos constitutivos do direito invocado, por meio de prova suficiente e segura.

- O tempo de trabalho sob condições especiais poderá ser convertido em comum, observada a legislação aplicada à época na qual o trabalho foi prestado (art. 70 do Decreto n. 3.048/1999, com a redação dada pelo Decreto n. 4.827/2003). Superadas, portanto, a limitação temporal prevista no artigo 28 da Lei n. 9.711/1998 e qualquer alegação quanto à impossibilidade de enquadramento e conversão dos lapsos anteriores à vigência da Lei n. 6.887/1980.

- O enquadramento apenas pela categoria profissional é possível tão-somente até 28/4/1995 (Lei n. 9.032/1995). Precedentes do STJ.

- A exposição superior a 80 decibéis era considerada atividade insalubre até a edição do Decreto n. 2.172/97, que majorou o nível para 90 decibéis. Com a edição do Decreto n. 4.882, de 18/11/2003, o limite mínimo de ruído para reconhecimento da atividade especial foi reduzido para 85 decibéis, sem possibilidade de retroação ao regulamento de 1997 (REsp n. 1.398.260, sob o regime do artigo 543-C do CPC/73).

- Sobre a questão da eficácia do Equipamento de Proteção Individual (EPI), entretanto, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do ARE n. 664.335, em regime de repercussão geral, decidiu que: (i) se o EPI for realmente capaz de neutralizar a nocividade, não haverá respaldo ao enquadramento especial; (ii) havendo, no caso concreto, divergência ou dúvida sobre a real eficácia do EPI para descaracterizar completamente a nocividade, deve-se optar pelo reconhecimento da especialidade; (iii) na hipótese de exposição do trabalhador a ruído acima dos limites de tolerância, a utilização do EPI não afasta a nocividade do agente.

- A informação de “EPI Eficaz (S/N)” não se refere à real eficácia do EPI para fins de descaracterizar a nocividade do agente.

- No tocante ao intervalo requerido, nas funções degradantes de rurícola à frente do corte de cana em estabelecimento agropecuário, pode ser reputado insalutífero, nos exatos termos do código 2.2.1 do anexo ao Decreto n. 53.831/1964. Precedentes.

- Não se afigura viável o enquadramento das funções de “fiscal” e “balanceiro” executadas nos lapsos remanescentes. Na condição de “fiscal”, o recorrente fazia “apontamentos e relatórios dos serviços fiscalizados” e era encarregado do planejamento

e organização das tarefas, ao passo que, como “balanceiro”, era responsável pela “pesagem dos caminhões de cana”, atividades meramente comuns.

- Presentes os requisitos necessários para a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição.

- O termo inicial do benefício deve ser fixado na data da DER, consoante entendimento sedimentado no STJ.

- A correção monetária deve ser aplicada nos termos da Lei n. 6.899/1981 e da legislação superveniente, bem como do Manual de Orientação de Procedimentos para os cálculos na Justiça Federal, afastada a incidência da Taxa Referencial – TR (Repercussão Geral no RE n. 870.947).

- Os juros moratórios devem ser contados da citação, à razão de 0,5% (meio por cento) ao mês, até a vigência do CC/2002 (11/1/2003), quando esse percentual foi elevado a 1% (um por cento) ao mês, utilizando-se, a partir de julho de 2009, a taxa de juros aplicável à remuneração da caderneta de poupança (Repercussão Geral no RE n. 870.947), observada, quanto ao termo final de sua incidência, a tese firmada em Repercussão Geral no RE n. 579.431.

- Sobre as custas processuais, no Estado de São Paulo, delas está isenta a Autarquia Previdenciária, a teor do disposto nas Leis Federais n. 6.032/1974, 8.620/1993 e 9.289/1996, bem como nas Leis Estaduais n. 4.952/1985 e 11.608/2003. Contudo, essa isenção não a exime do pagamento das custas e despesas processuais em restituição à parte autora, por força da sucumbência, na hipótese de pagamento prévio.

- Em virtude de sucumbência recíproca e da vedação à compensação (art. 85, § 14, da Lei 13.105/2015), ficam os litigantes condenados a pagar honorários advocatícios, arbitrados em 5% (cinco por cento) sobre as prestações vencidas até a data deste acórdão, consoante Súmula n. 111 do Superior Tribunal de Justiça e critérios do artigo 85 do CPC. Em relação à parte autora, porém, fica suspensa a exigibilidade, na forma do artigo 98, § 3º, do mesmo diploma processual, por tratar-se de beneficiária da justiça gratuita.

- Apelação da parte autora parcialmente provida.

ACÓRDÃO

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

Desembargadora Federal DALDICE SANTANA - Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de ação de conhecimento proposta em face do INSS, na qual a parte autora pleiteia o reconhecimento de atividade especial, com vistas à concessão de aposentadoria por tempo de contribuição integral.

A r. sentença julgou improcedente o pedido.

Inconformada, apresentou recurso. Suscita, inicialmente, cerceamento de defesa. Na questão de fundo, exora a procedência dos lapsos insalutíferos veiculados na exordial, o que lhe garante o direito à prestação em foco na DER.

Sem contrarrazões, os autos subiram a esta Egrégia Corte.
É o relatório.

Desembargadora Federal DALDICE SANTANA - Relatora

VOTO

O recurso atende aos pressupostos de admissibilidade e merece ser conhecido.

Compulsados os autos, não visualizo o alegado cerceamento de defesa, porquanto há laudo pericial produzido, durante a instrução, por profissional legalmente habilitado da confiança do Juízo, com observância do contraditório.

Ademais, cabe à parte autora, nos termos do artigo 373, I, do CPC, os ônus de comprovar a veracidade dos fatos constitutivos do direito invocado, por meio de prova suficiente e segura.

Passo à análise das questões de mérito trazidas a julgamento.

Do enquadramento de período especial

Editado em 3 de setembro de 2003, o Decreto n. 4.827 alterou o artigo 70 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto n. 3.048, de 6 de maio de 1999, o qual passou a ter a seguinte redação:

“Art. 70. A conversão de tempo de atividade sob condições especiais em tempo de atividade comum dar-se-á de acordo com a seguinte tabela:

(...)

§ 1º A caracterização e a comprovação do tempo de atividade sob condições especiais obedecerá ao disposto na legislação em vigor na época da prestação do serviço.

§ 2º As regras de conversão de tempo de atividade sob condições especiais em tempo de atividade comum constantes deste artigo aplicam-se ao trabalho prestado em qualquer período.”

Por conseguinte, o tempo de trabalho sob condições especiais poderá ser convertido em comum, observada a legislação aplicada à época na qual o trabalho foi prestado. Além disso, os trabalhadores assim enquadrados farão jus à conversão dos anos trabalhados a “qualquer tempo”, independentemente do preenchimento dos requisitos necessários à concessão da aposentadoria.

Ademais, em razão do novo regramento, encontram-se superadas a limitação temporal, prevista no artigo 28 da Lei n. 9.711/1998, e qualquer alegação quanto à impossibilidade de enquadramento e conversão dos lapsos anteriores à vigência da Lei n. 6.887/1980.

Nesse sentido: STJ, REsp 1010028/RN, 5ª Turma; Rel. Ministra Laurita Vaz, julgado em 28/02/2008, DJe 07/04/2008.

Cumpra observar que antes da entrada em vigor do Decreto n. 2.172, de 5 de março de 1997, regulamentador da Lei n. 9.032, de 28 de abril de 1995, não se exigia (exceto em algumas hipóteses) a apresentação de laudo técnico para a comprovação do tempo de serviço especial, pois bastava o formulário preenchido pelo empregador (SB40 ou DSS8030) para atestar a existência das condições prejudiciais.

Nesse particular, a jurisprudência majoritária, tanto nesta Corte quanto no Egrégio STJ, assentou-se no sentido de que o enquadramento apenas pela categoria profissional é possível tão-somente até 28/4/1995 (Lei n. 9.032/1995). Nesse sentido: STJ, AgInt no AREsp 894.266/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/10/2016, DJe 17/10/2016.

Contudo, tem-se que, para a demonstração do exercício de atividade especial cujo agente agressivo seja o ruído, sempre houve a necessidade da apresentação de laudo pericial, independentemente da época de prestação do serviço.

Nesse contexto, a exposição superior a 80 decibéis era considerada atividade insalubre até a edição do Decreto n. 2.172/1997, que majorou o nível para 90 decibéis. Isso porque os Decretos n. 83.080/1979 e 53.831/1964 vigoraram concomitantemente até o advento do Decreto n. 2.172/1997.

Com a edição do Decreto n. 4.882, de 18 de novembro de 2003, o limite mínimo de ruído para reconhecimento da atividade especial foi reduzido para 85 decibéis (art. 2º, que deu nova redação aos itens 2.0.1, 3.0.1 e 4.0.0 do Anexo IV do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto n. 3.048/1999).

Quanto a esse ponto, à míngua de expressa previsão legal, não há como conferir efeito retroativo à norma regulamentadora que reduziu o limite de exposição para 85 dB(A) a partir de novembro de 2003.

Sobre essa questão, o STJ, ao apreciar o *Recurso Especial* n. 1.398.260, sob o regime do art. 543-C do CPC/1973, consolidou entendimento acerca da *inviabilidade da aplicação* retroativa do decreto que reduziu o limite de ruído no ambiente de trabalho (de 90 para 85 dB) para configuração do tempo de serviço especial (julgamento em 14/5/2014).

Com a edição da Medida Provisória n. 1.729/1998 (convertida na Lei n. 9.732/1998), foi inserida na legislação previdenciária a exigência de informação, no laudo técnico de condições ambientais do trabalho, quanto à utilização do Equipamento de Proteção Individual (EPI).

Desde então, com base na informação sobre a eficácia do EPI, a autarquia deixou de promover o enquadramento especial das atividades desenvolvidas posteriormente a 3/12/1998.

Sobre a questão, entretanto, o Colendo Supremo Tribunal Federal (STF), ao apreciar o *ARE* n. 664.335, em regime de repercussão geral, decidiu que: (i) se o EPI for realmente capaz de neutralizar a nocividade, não haverá respaldo ao enquadramento especial; (ii) havendo, no caso concreto, divergência ou dúvida sobre a real eficácia do EPI para descaracterizar completamente a nocividade, deve-se optar pelo reconhecimento da especialidade; (iii) na hipótese de exposição do trabalhador a ruído acima dos limites de tolerância, a utilização do EPI não afasta a nocividade do agente.

Quanto a esses aspectos, sublinhe-se o fato de que o campo “*EPI Eficaz (S/N)*” constante no Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP) é preenchido pelo empregador considerando-se, tão somente, se houve ou não atenuação dos fatores de risco, consoante determinam as respectivas instruções de preenchimento previstas nas normas regulamentares. Vale dizer: essa informação não se refere à real eficácia do EPI para descaracterizar a nocividade do agente.

Em relação ao PPP, instituído pelo art. 58, § 4º, da Lei n. 9.528/1997, este é emitido com base em laudo técnico elaborado pelo empregador, retrata as características do trabalho do segurado e traz a identificação do profissional legalmente habilitado pela avaliação das condições de trabalho, apto, portanto, a comprovar o exercício de atividade sob condições especiais.

Além disso, a lei não exige a contemporaneidade desses documentos (laudo técnico e PPP). É certo, ainda, que em razão dos muitos avanços tecnológicos e da fiscalização trabalhista, as circunstâncias agressivas em que o labor era prestado tendem a atenuar-se com o decorrer do tempo.

No caso, a parte autora reivindica o reconhecimento da natureza especial das atividades desempenhadas nos seguintes períodos listados na inicial: de 17/1/1984 a 6/3/1992, de 10/3/1992 a 10/2/1995, de 18/4/1995 a 13/1/1999 e de 3/5/1999 a 11/11/1999.

No tocante ao intervalo de 17/1/1984 a 6/3/1992, nas funções degradantes de rurícola à frente do corte de cana em estabelecimento agropecuário, entendendo que pode ser reputado insalutífero, nos exatos termos do código 2.2.1 do anexo ao Decreto n. 53.831/1964.

Nesse sentido, trago decisões do Superior Tribunal de Justiça (g.n.):

“PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. SÚMULA 7/STJ. *ENQUADRAMENTO COMO ESPECIAL. INTERPRETAÇÃO DO DECRETO 53.831/1964. LIMITAÇÃO À ATIVIDADE AGROPECUÁRIA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. ANÁLISE PREJUDICADA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.* 1. A tese recursal gira em torno do reconhecimento de tempo de labor rural, para fins de comprovação dos requisitos necessários à concessão de benefício previdenciário aposentadoria por tempo de serviço, bem como o enquadramento da atividade em especial, nos termos do Decreto 53.831/1964. 2. O Tribunal de origem, com base na análise do conjunto fático-probatório, entendeu que não estariam preenchidos os requisitos necessários à concessão do benefício previdenciário aposentadoria por tempo de serviço, uma vez que a prova documental corroborada pela prova testemunhal, somente comprovam o labor rural no período compreendido entre 1º/1/1968 a 31/12/1980. 3. Com efeito, a questão foi apreciada com base nos elementos probatórios colacionados, de modo que modificar o entendimento esposado no acórdão recorrido demandaria o reexame do conjunto fático-probatório, o que encontraria óbice na Súmula 7/STJ. 4. No que concerne ao enquadramento da atividade rural como especial nos termos do Decreto 53.831/1964, verifica-se que o Tribunal de origem entendeu não ser possível o reconhecimento da atividade rural como especial porque não evidenciada a exposição à nocividade de modo habitual e permanente. 5. *O STJ possui entendimento no sentido de que nos termos do Decreto 53.831/1964, somente se consideram nocivas as atividades desempenhadas na agropecuária por outras categorias de segurados, não sendo possível o enquadramento como especial da atividade exercida na lavoura pelo segurado especial em regime de economia familiar.* 6. Agravo regimental não provido. ..EMEN:Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento: “A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).” As Sras. Ministras Assusete Magalhães (Presidente), Diva Malerbi (Desembargadora convocada do TRF da 3a. Região) e os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.” (AINTARESP - AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - 860631 2016.00.32469-5, MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:16/06/2016 ..DTPB:.)

“PREVIDENCIÁRIO. TRABALHO RURAL EM REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR. ENQUADRAMENTO COMO ATIVIDADE ESPECIAL DE QUE TRATA O ITEM 2.2.1 DO ANEXO DO DECRETO N. 53.831/64. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI N. 9.032/95, QUE ALTEROU O ART. 57, § 4º, DA LEI N. 8.213/91. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DO DIREITO À CONTAGEM DE TEMPO DE TRABALHO ESPECIAL, NA HIPÓTESE EM ANÁLISE. 1. O reconhecimento de trabalho em condições especiais antes da vigência da Lei n. 9.032/95, que alterou o art. 57, § 4º, da Lei n. 8.213/91, ocorria por enquadramento. Assim, o anexo do Decreto 53.831/64 listava as categorias profissionais que estavam sujeitas a agentes físicos, químicos e biológicos considerados prejudiciais à saúde ou à integridade física do segurado. 2. Os segurados especiais (rurícolas) já são contemplados com regras específicas que buscam protegê-los das vicissitudes próprias das estafantes atividades que desempenham, assegurando-lhes, de forma compensatória, a aposentadoria por idade com redução de cinco anos em relação aos trabalhadores urbanos; a dispensa do recolhimento de contribuições até o advento da Lei n. 8.213/91; e um menor rigor quanto ao conteúdo dos

documentos aceitos como início de prova material. 3. Assim, *a teor do entendimento do STJ, o Decreto n. 53.831/64, no item 2.2.1 de seu anexo, considera como insalubres as atividades desenvolvidas na agropecuária por outras categorias de segurados*, que não a dos segurados especiais (rurícolas) que exerçam seus afazeres na lavoura em regime de economia familiar. Precedentes: AgRg no REsp 1.084.268/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 13/03/2013 e AgRg nos EDcl no AREsp 8.138/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, DJe 09/11/2011. 4. Recurso especial a que se nega provimento. ..EMEN:Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Regina Helena Costa, Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Napoleão Nunes Maia Filho e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.” (RESP - RECURSO ESPECIAL - 1309245 2012.00.30818-2, SÉRGIO KUKINA, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:22/10/2015 ..DTPB:.)

Ademais, a ocupação desenvolvida nas lavouras de cana-de-açúcar envolve desgaste físico excessivo, sujeição à radiação solar ultravioleta (altamente cancerígena), a hidrocarbonetos policíclicos aromáticos, além do contato com a fuligem da cana-de-açúcar, o que demonstra a extrema penosidade da função.

Esse também é o entendimento desta Nona Turma: *ApCiv 5555531-16.2019.4.03.9999, Desembargador Federal Gilberto Rodrigues Jordan, Data: 9/8/2019; ApCiv 0000424-68.2015.4.03.6120, Desembargadora Federal Marisa Santos, e-DJF3: 7/8/2019.*

Entretanto, não se afigura viável o enquadramento das funções de “fiscal” e “balanceiro” executadas nos lapsos remanescentes. Na condição de “fiscal”, o recorrente fazia “apontamentos e relatórios dos serviços fiscalizados” e era encarregado do planejamento e organização das tarefas, ao passo que, como “balanceiro”, era responsável pela “pesagem dos caminhões de cana”, atividades, a meu ver, meramente comuns.

Diante da ausência de exposição a fatores de risco com potencialidade nociva à saúde humana, a despeito do contato eventual com poeiras e fuligem, os vínculos de 10/3/1992 a 10/2/1995, de 18/4/1995 a 13/1/1999 e de 3/5/1999 a 11/11/1999 devem ser computados como tempo normal.

Assim, cumpre reconhecer a natureza insalutífera apenas do período de 17/1/1984 a 6/3/1992 sob o fator 1,40.

Da aposentadoria por tempo de contribuição

Antes da edição da Emenda Constitucional n. 20/98, de 15 de dezembro de 1998, a aposentadoria por tempo de serviço estava prevista no artigo 202 da Constituição Federal, assim redigido:

“Art. 202. É assegurada aposentadoria, nos termos da lei, calculando-se o benefício sobre a média dos trinta e seis últimos salários-de-contribuição, corrigidos monetariamente mês a mês, e comprovada a regularidade dos reajustes dos salários-de-contribuição de modo a preservar seus valores reais e obedecidas as seguintes condições:

(...)

II - após trinta e cinco anos de trabalho, ao homem, e, após trinta, à mulher, ou em tempo inferior, se sujeitos a trabalho sob condições especiais, que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidas em lei:

(...)

§ 1º - É facultada aposentadoria proporcional, após trinta anos de trabalho, ao homem, e, após vinte e cinco, à mulher.”

Já na legislação infraconstitucional, a previsão está contida no artigo 52 da Lei n. 8.213/91:

“Art. 52. A aposentadoria por tempo de serviço será devida, cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que completar 25 (vinte e cinco) anos de serviço, se do sexo feminino, ou 30 (trinta) anos, se do masculino.”

Assim, para fazer jus ao benefício de aposentadoria por tempo de serviço, o segurado teria de preencher somente dois requisitos, a saber: tempo de serviço e carência.

Com a inovação legislativa trazida pela citada Emenda Constitucional, de 15/12/1998, a aposentadoria por tempo de serviço foi extinta, restando, contudo, a observância do direito adquirido. Isso significa dizer: o segurado que tivesse satisfeito todos os requisitos para obtenção da aposentadoria integral ou proporcional, sob a égide daquele regramento, poderia, a qualquer tempo, pleitear o benefício.

No entanto, àqueles que estavam em atividade e não haviam preenchido os requisitos à época da Reforma Constitucional, a Emenda em comento, no seu artigo 9º, estabeleceu regras de transição e passou a exigir, para quem pretendesse se aposentar na forma proporcional, requisito de idade mínima (53 anos de idade para os homens e 48 anos para as mulheres), além de um adicional de contribuições no percentual de 40% sobre o valor que faltasse para completar 30 anos (homens) e 25 anos (mulheres), consubstanciando o que se convencionou chamar de “pedágio”.

No caso vertente, o requisito da carência restou cumprido em conformidade com o artigo 142 da Lei n. 8.213/91.

Ademais, somado o período reconhecido e enquadrado (devidamente convertido) ao montante incontroverso apurado administrativamente, a parte autora reúne mais de 35 anos de serviço no requerimento administrativo, motivo pelo qual é devido o benefício requerido.

O termo inicial do benefício deve ser fixado na DER 17/1/2018, consoante entendimento sedimentado no STJ.

Quanto à correção monetária, esta deve ser aplicada nos termos da Lei n. 6.899/1981 e da legislação superveniente, bem como do Manual de Orientação de Procedimentos para os cálculos na Justiça Federal.

Fica afastada a incidência da Taxa Referencial (TR) na condenação (Repercussão Geral no RE n. 870.947).

Com relação aos juros moratórios, estes devem ser contados da citação (art. 240 do CPC), à razão de 0,5% (meio por cento) ao mês, por força do art. 1.062 do CC/1916, até a vigência do CC/2002 (11/1/2003), quando esse percentual foi elevado a 1% (um por cento) ao mês, nos termos dos artigos 406 do CC/2002 e 161, § 1º, do CTN, utilizando-se, a partir de julho de 2009, a taxa de juros aplicável à remuneração da caderneta de poupança, consoante alterações introduzidas no art. 1º-F da Lei n. 9.494/1997 pelo art. 5º da Lei n. 11.960/2009 (Repercussão Geral no RE n. 870.947, em 20/9/2017), observada, quanto ao termo final de sua incidência, a tese firmada em Repercussão Geral no RE n. 579.431, em 19/4/2017.

Sobre as custas processuais, no Estado de São Paulo, delas está isenta a Autarquia Previdenciária, a teor do disposto nas Leis Federais n. 6.032/1974, 8.620/1993 e 9.289/1996, bem como nas Leis Estaduais n. 4.952/1985 e 11.608/2003. Contudo, essa isenção não a exime do pagamento das custas e despesas processuais em restituição à parte autora, por força da sucumbência, na hipótese de pagamento prévio.

Em virtude de sucumbência recíproca e da vedação à compensação (art. 85, § 14, da Lei 13.105/2015), ficam os litigantes condenados a pagar honorários advocatícios, arbitrados em 5% (cinco por cento) sobre as prestações vencidas até a data deste acórdão, consoante Súmula n. 111 do Superior Tribunal de Justiça e critérios do artigo 85 do CPC. Em relação à parte autora, porém, fica suspensa a exigibilidade, na forma do artigo 98, § 3º, do mesmo diploma processual, por tratar-se de beneficiária da justiça gratuita.

Diante do exposto, *dou parcial provimento* à apelação para, nos termos da fundamentação: (i) determinar o enquadramento, como atividade especial, do interstício de 17/1/1984 a 6/3/1992; (ii) determinar a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição na DER; (iii) fixar os consectários.

É o voto.

Desembargadora Federal DALDICE SANTANA - Relatora

Direito Processual Civil



APELAÇÃO CÍVEL
0002874-16.2007.4.03.6103

Apelante: UNIÃO FEDERAL

Apeladas: EMBRAER S.A., GULFSTREAM AEROSPACE CORPORATION

Relatora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA DENISE AVELAR

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 25/02/2021

EMENTA

PROCESSO CIVIL. DIREITO CIVIL. OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. EMBRAER. *GOLDEN SHARE*. AUSÊNCIA DE INTERESSE DA UNIÃO. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. RECURSO ADESIVO PARCIALMENTE PROVIDO. PREJUDICADA A APELAÇÃO.

1. Trata-se de apelação e recurso adesivo em ação de obrigação de fazer cumulada com pedido de indenização por perdas e danos, objetivando a concessão de tutela para inibição do evento veiculado no jornal “Vale Paraibano” para o recrutamento de engenheiros aeronáuticos aos quadros da unidade da empresa em Savannah, estado da Geórgia, nos Estados Unidos da América, bem como a sua condenação por tentativa de aliciamento de funcionários.
2. Verifica-se o atendimento da condição prevista na norma processual vigente, com a reiteração dos agravos retidos no recurso adesivo interposto.
3. A alegação de ausência do interesse de agir da Autora no prosseguimento da ação deve ser afastada, na medida em que a tutela inibitória foi intentada antes dos eventos de recrutamento anunciados pela recorrente no jornal local, somente não se realizando por força da liminar concedida pela Justiça Estadual local.
4. A decisão de deferimento do pedido de ingresso da União deu início, a partir do evento de sua publicação, ao decurso do prazo para insurgência recursal das partes quanto ao tema, encontrando-se, assim, tempestiva a interposição do agravo retido.
5. Não se reconhece a nulidade apontada pela falta de intimação da parte sobre o pedido de ingresso formulado pela União, tendo em vista a ausência de prejuízo à parte, que logrou se insurgir contra o deferimento do pedido por esta via recursal, bem como à luz do princípio processual segundo o qual o ato previsto em lei deverá ser convalidado se, ainda que praticado de forma diversa da prevista em lei, tiver alcançado a sua finalidade.
6. O interesse manifestado pela União não se compatibiliza com o objeto da demanda, nem afetam as matérias que lhe competem no exercício da *golden share*, visto que tais poderes conferidos à União dizem respeito, especificamente, ao controle acionário da Embraer, limitados, pois, às decisões adotadas pelos acionistas da empresa controlada.
7. Delimita-se, pois, o escopo da atuação da União Federal ao âmbito do controle societário da Embraer, consoante os poderes que lhe são atribuídos pela cláusula de *golden share* descrita, da qual não se extrai o direito de atuar sobre a contratação, retenção ou desfazimento dos vínculos trabalhistas mantidos pela empresa com seus funcionários.
8. Considerando ser a discussão dos autos limitada aos interesses da Embraer, pessoa jurídica constituída na forma de sociedade anônima, sufraga a competência da Justiça Federal para o conhecimento e o processamento da demanda. Precedentes.
9. Recurso adesivo parcialmente provido. Prejudicada a apelação interposta pela União.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso adesivo para excluir a União do feito, declarando a incompetência da Justiça Federal determinando-se a remessa dos autos à Justiça Estadual, e julgando prejudicada a apelação interposta pela União, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado

Juíza Federal Convocada DENISE AVELAR - Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de ação ajuizada por *EMBRAER S/A* em face de *Gulfstream Aerospace Corporation*, objetivando o recebimento de indenização, em virtude do aliciamento de seus funcionários para trabalhar no exterior.

A tutela antecipada foi deferida para determinar a proibição da realização do evento que pretende aliciar e/ou contratar funcionários da EMBRAER, sob pena de multa diária de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais), sem prejuízo do crime de desobediência (ID 90348570 - Pág. 47-49).

Inconformada com o não acolhimento da preliminar de falta de interesse de agir, a empresa ré interpôs agravo retido (ID 90348571 - Pág. 38-48).

A União foi incluída no polo ativo da lide, na qualidade de assistente litisconsorcial (ID 90348571 - Pág. 107).

Dessa decisão a parte ré interpôs novo agravo retido (ID 90348571 - Pág. 119-125).

O MM. Juiz *a quo* julgou parcialmente procedente o pedido para reconhecer a legitimidade das ações da autora para impedir a ação da ré, tendente a aliciar seus empregados, porém deixou de condenar a empresa ré ao pagamento de indenização, uma vez não comprovado nenhum dano. Na oportunidade, reconheceu-se a sucumbência recíproca (ID 90268625 - Pág. 82-89).

A União apelou, sustentando, em síntese, que:

a) as provas produzidas nos autos comprovam o aliciamento de funcionários da EMBRAER pela empresa ré, tanto que a decisão proferida em sede de tutela antecipada determinou que a ré se abstivesse de praticar tais atos, fixando multa diária de dois milhões no caso de nova ocorrência;

b) apesar de na sentença ser reconhecido que mais de cem aliciamentos foram realizados após os anúncios indevidos e comprovados em contrariedade à lei, o juízo *a quo* não fixou a indenização prevista no artigo 608 do Código Civil, que, no caso em comento, é aplicado por analogia;

c) conquanto haja dificuldade em se saber os nomes dos funcionários que apresentaram currículos à parte ré, há comprovação nos autos de que o engenheiro Rogério Vítor Viera de Arantes foi trabalhar na empresa ré em 20.03.2006 (ID 90348571 - Pág. 11), além do engenheiro Antônio Fernando Corrêa (ID 90268625 - Pág. 15-21), razão pela qual requer a reforma do julgado para fixar a título de perdas e danos os dois anos do último salário recebido por esses engenheiros, devidamente corrigidos e com juros de mora a partir da citação, ou então a fixação de indenização equivalente a 200 mil reais referente a cada um, já que o salário deles superava dez mil reais na EMBRAER.

A empresa ré interpôs recurso adesivo, pugnando pela apreciação de seus agravos retidos e aduzindo, em suma, que:

a) o artigo 608 do Código Civil é inaplicável ao presente caso, pois encontra-se no Código Civil Brasileiro, Livro 1, Título VI, Capítulo VII - 'Da Prestação de Serviço', sendo que o artigo 593, do mesmo diploma legal, assevera, peremptoriamente, que as disposições do referido capítulo se aplicam a contratos que não estejam sujeitos às leis trabalhistas ou lei especial (como, por exemplo, a Lei de Representação Comercial);

b) ainda que fosse possível admitir a aplicação subsidiária do art. 608 do Diploma Civil ao caso concreto, a oferta de postos de trabalho realizada pela apelante, por meio de anúncio publicado no jornal Vale Paraibano, não se dirigiu direta e especificamente aos empregados e/ou prestadores de serviço da Embraer, mas à generalidade do público de engenheiros disponíveis em São José dos Campos, que é referência mundial na área de engenharia aeronáutica;

c) no mesmo período da publicação do anúncio no jornal de São José dos Campos, a apelante também buscava selecionar prestadores de serviço qualificados nos Estados Unidos, na Europa e no Canadá, conforme fazem prova as cópias dos anúncios acostadas no ID 90348570 - Pág. 97-111 e o testemunho do Sr. Antônio Fernando Corrêa, sendo que a mesma oferta de postos de trabalho existia no sítio eletrônico da apelante na internet;

d) a publicação de anúncio em jornais e revistas especializadas constitui, como é notoriamente sabido, prática usual e escorreita de oferta de postos de trabalho, mormente quando relativo a áreas de grande especialidade técnica, como é a aeronáutica;

e) os mercados de atuação da apelante e da Embraer são diversos, já que a primeira atua, exclusivamente, no mercado de jatos executivos e de alto padrão de luxo, e a segunda atua fundamentalmente no mercado dos jatos destinados à aviação regional;

f) por atuar em nicho completamente diverso do mercado de aviões, a apelante sequer se situa entre os principais concorrentes da EMBRAER, que são a Bombardier, a Dassault e a Honda Jet, não nutrindo a apelante qualquer interesse pela tecnologia da autora;

g) o testemunho do Sr. Antonio Fernando Correa é bastante significativo ao informar que, por iniciativa própria, entrou em contato com a empresa apelante, comunicando que tinha um visto de trabalho H1B e solicitando uma oferta de trabalho;

h) como admitido pelo depoimento pessoal do representante da EMBRAER, Sr. Newton dos Anjos, nos contratos que a EMBRAER celebra com seus empregados não existe cláusula de não concorrência, que lhes prive de trabalhar para outras indústrias do ramo aeronáutico, concorrentes ou não, após seu desligamento;

i) em se tratando de contratação a ser celebrada no território norte americano, resta óbvio que não se aplica a Lei Federal nº 7.064/82 e que nenhuma autorização do Ministério do Trabalho precisava ser obtida.

Com contrarrazões da empresa ré e da EMBRAER, alegando a intempestividade do segundo agravo retido, vieram os autos a este Tribunal.

É o relatório.

Juíza Federal Convocada DENISE AVELAR - Relatora

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Trata-se de apelação e recurso adesivo em ação de obrigação de fazer cumulada com pedido de indenização por perdas e danos proposta pela EMBRAER – EMPRESA BRASILEIRA DE AERONÁUTICA S/A em

face de GULFSTREAM AEROSPACE CORPORATION, objetivando a concessão de tutela para inibição do evento veiculado no jornal “ValeParaibano” para o recrutamento de engenheiros aeronáuticos aos quadros da unidade da empresa em Savannah, estado da Geórgia, nos Estados Unidos da América, bem como a sua condenação por tentativa de aliciamento de funcionários com fundamento no artigo 606 do Código Civil.

A parte ré, ora apelante, interpôs agravo retido (ID nº 90348571, págs. 40-48) contra a decisão que saneou o processo, afastando as preliminares. Ato contínuo, interpôs novo agravo (ID nº 90348571, págs. 119-125), desta vez em face da decisão que acolheu o pedido de ingresso aos autos formulado pela União Federal, na qualidade de assistente da Embraer, que também motivou o declínio da competência do Juízo Estadual para a Subseção Judiciária de São José dos Campos (SP).

A sentença julgou parcialmente procedente a ação, nos termos do artigo 269, I do CPC/1973, reconhecendo a legitimidade das ações da Embraer para impedir a tentativa de aliciamento de funcionários perpetrada pela empresa Gulfstream, sem, todavia, reconhecer o direito de indenização invocado pela parte autora. Em face da sucumbência recíproca, cada parte foi condenada ao pagamento das custas desembolsadas e dos honorários advocatícios respectivos.

Irresignada, a União Federal interpôs recurso de apelação (ID nº 90268625, págs. 93-96), pugnando pela reforma parcial da r. sentença, para que seja fixada a pena de indenização por perdas e danos, nos moldes do art. 606 do Código Civil, em razão de depoimentos colhidos em audiência que confirmariam o aliciamento de ao menos dois funcionários da Embraer.

Por sua vez, a empresa Gulfstream interpôs recurso adesivo (ID nº 90268625, págs. 116-134 e ID nº 90268626, págs. 01-04), reiterando as razões dos agravos retidos e objetivando o provimento da apelação para que seja reconhecida a inexistência de qualquer espécie de aliciamento dos funcionários da Embraer.

Inicialmente, verifico o atendimento da condição prevista no art. 523, §1º do CPC/1973, considerando a reiteração dos agravos retidos no recurso adesivo interposto, passando, a seguir, à sua análise.

Conheço do agravo retido de ID nº 90348571, págs. 40-48, tendo em vista a sua tempestividade.

Afasto, porém, a alegação de ausência de interesse de agir da Embraer no prosseguimento da ação, na medida em que a tutela inibitória foi intentada antes dos eventos de recrutamento anunciados pela recorrente no jornal local (previstos para os dias 1º e 03 de junho de 2006, conforme ID nº 90348570, pág. 31), somente não se realizando por força da decisão liminar concedida pela Justiça Estadual local.

Ao mesmo tempo, forçoso reconhecer que a pretensão autoral não se resume à questão, consistindo, igualmente, no alegado direito a indenização pela tentativa de recrutamento, cuja discussão se confunde com o mérito recursal.

Por sua vez, reconheço a tempestividade do agravo retido de ID nº 9034571, págs. 119-125, distribuído em 15.10.2008, visto que direcionado especificamente à decisão de ID nº 90348571, pág. 107, disponibilizada no DJE de 03.10.2008, conforme certidão de ID nº 90348571, pág. 110, e não à decisão proferida pelo D. Juízo Estadual, como alegado pela Embraer em sua contraminuta ao agravo.

Em que pese o interesse de intervenção da União ter sido originalmente apontado quando os autos ainda se encontravam no âmbito estadual, a questão só foi dirimida com o acolhi-

mento do pedido de ingresso da União Federal, na condição de assistente da Embraer, ao ID nº 90348571, pág. 110, decisão proferida pelo Juízo Federal *a quo*.

Dessa forma, a decisão de deferimento do pedido de ingresso da União ao ID nº 90348571, pág. 110, deu início, a partir do evento de sua publicação, ao decurso do prazo para insurgência recursal das partes quanto ao tema, encontrando-se, assim, tempestiva a sua interposição.

Ademais, quanto a falta de intimação da agravante sobre o pedido de ingresso formulado pela União, nos moldes do art. 51 do CPC/1973, não reconheço a nulidade invocada, tendo em vista a ausência de prejuízo à parte, que logrou se insurgir contra o deferimento do pedido por esta via recursal.

Destarte, ainda que a intimação não tenha, de fato, se verificado, é inequívoco que a recorrente se viu cientificada sobre o pedido formulado pela União, devendo, pois, ser considerado válido, à luz do princípio insculpido no art. 277 do CPC/05 (art. 154 do CPC/73), segundo o qual o ato previsto em lei deverá ser convalidado se, ainda que praticado de forma diversa da prevista em lei, tiver alcançado a sua finalidade.

Todavia, em relação ao segundo ponto, referente ao interesse de agir da União nesta ação, algumas considerações devem ser traçadas.

Com efeito, há consenso quanto ao surgimento de mecanismos societários de intervenção estatal no âmbito dos processos de privatização de empresas estatais a partir dos governos europeus, na segunda metade do Século XX, em relação a setores de importância estratégica e relacionados à prestação de serviços públicos essenciais, que, de outro modo, se tornariam vulneráveis a circunstâncias indesejadas, desde a interrupção das atividades até a aquisição hostil por investidores estrangeiros.

Em artigo publicado por Juliana Krueger Pela na Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (v. 103, jan/dez. 2008), denominado “Origem e Desenvolvimento das Golden Shares”, a autora atribui ao governo do Reino Unido a criação da denominada “Golden Share”, conceituada como:

“(...) uma ação preferencial resgatável, com valor nominal de 1.00, que atribuía ao seu titular – o Estado – prerrogativas especiais (...) (que) diferiam conforme a empresa a ser privatizada, porém, em geral, consistiam em: (i) aprovação ou reformas estatutárias que tivessem por objeto os artigos relacionados à golden share ou aqueles que impusessem limites à titularidade de ações; (ii) veto em deliberações a respeito da dissolução da companhia ou criação de novas ações; e (iii) aprovação da transferência de parte significativa dos ativos da companhia)” (pág. 192).

Demonstrando a relação entre a evolução dos processos de privatização e a adoção de tais mecanismos por diversos países, a autora afirma ainda que:

“(...) a partir do modelo britânico de privatizações e, justamente para satisfação de interesses nacionais, o mecanismo originalmente corporificado na golden share foi adotado, sob denominações diversas, em países como a França (*action spécifique*), Itália (*poteri speciali*), Alemanha (*goldene Aktie* e *Spezialaktie*), Bélgica (*action spécifique*), Portugal (ações preferenciais), Espanha (regime administrativo de controle específico), Nova Zelândia (*kiwi share*), México e Brasil (ação de classe especial)” (idem, pág. 189).

No Brasil, a Lei nº 8.031/1990, resultante da conversão da Medida Provisória nº 155/90, estatuiu o Programa Nacional de Desestatização (PND), assegurando à União Federal, à

ocasião, o direito a ações de classe especial do capital social das empresas privatizadas, a ser exercido na forma de poder de veto em determinadas matérias e prevendo a sua devida caracterização nos estatutos sociais respectivos. Confirmam-se os termos do art. 8º, em sua redação original:

Lei nº 8.031/1990 - Art. 8º: Sempre que houver razões que o justifiquem, a União deterá, direta ou indiretamente, ações de classe especial do capital social de empresas privatizadas, que lhe confirmam poder de veto em determinadas matérias, as quais deverão ser caracterizadas nos estatutos sociais das empresas, de acordo com o estabelecido no art. 6º, inciso XIII e §§ 1º e 2º desta lei.

Com o advento da Lei nº 9.491/1997, que revogou o diploma anterior, o direito assegurado em favor da União Federal passou a ser tutelado sob nova perspectiva, não mais se limitando ao “poder de veto”, mas alçado à condição de “poderes especiais”. Confira-se a redação atualmente em vigor:

Lei nº 9.491/1997 - Art. 8º: Sempre que houver razões que justifiquem, a União deterá, direta ou indiretamente, ação de classe especial do capital social da empresa ou instituição financeira objeto da desestatização, que lhe confira poderes especiais em determinadas matérias, as quais deverão ser caracterizadas nos seus estatutos sociais.

Nesse contexto, tem-se que a Embraer – Empresa Brasileira de Aeronáutica S. A., incluída no programa de desestatização, teve o processo de privatização concluído em 1994. Dos documentos acostados aos autos, extraem-se as informações seguintes, constantes da Nota Interna nº 104/2007/JCNS/DEJAP/PGU/AGU:

“(…) Tal como consta no art. 1º, ‘caput’ e parágrafo único, do estatuto social da empresa, a EMBRAER foi privatizada pelo Governo Brasileiro no processo de desestatização ocorrido na década de 90, senão vejamos: ‘Art. 1º - A EMBRAER – Empresa Brasileira de Aeronáutica S. A. (‘Companhia’) é uma sociedade de economia mista federal, autorizada pelo Decreto-Lei nº 770, de 19 de agosto de 1969, e privatizada, nos termos da Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e do Edital nº PND-A-05/94-EMBRAER, da Comissão Diretora do Programa Nacional de Desestatização, publicado no Diário Oficial, Seção 3, de 4 de abril de 1994, às páginas 5.774 e 5.783 (...)’”. (ID nº 90348571, pág. 78).

O instrumento convocatório em alusão (Edital nº PND-A-05/94-EMBRAER) previa expressamente a realização de Assembleia Geral Extraordinária em data anterior ao leilão, para fins de criação da cláusula referente ao direito de ação de classe especial em favor da União, nos termos do item “2.2.1”, alínea “b”:

“(…) deverá ser criada ‘golden share’, a ser detida exclusivamente pela União, com direito de veto nas seguintes matérias: (i) mudança do objeto social; (ii) alteração e/ou aplicação da logomarca da empresa; (iii) criação e alteração de programas militares que envolvem - ou não - a República Federativa do Brasil; (iv) capacitação de terceiros em tecnologia para programas militares; (v) interrupção do fornecimento de peças de manutenção e reposição de aeronaves militares; (vi) transferência do controle acionário; (vii) quaisquer modificações no Estatuto Social que alterem os artigos 8º e 14 e seus parágrafos, ou quaisquer vantagens, preferências ou direitos atribuídos à ‘golden share’”.

Com efeito, o Estatuto Social da empresa, cuja íntegra encontra-se disponível para consulta pública por intermédio do endereço eletrônico <https://ri.embraer.com.br/list.aspx?IdCanal=eV6x9nCF/hxoGe4E/gWfqQ==> (acessado em 02.02.2021), estabeleceu em favor da União Federal o direito a ação ordinária de classe especial com poder de veto sobre as matérias elencadas em sua cláusula 9ª:

Art. 9º: A ação ordinária de classe especial confere à União poder de veto nas seguintes matérias:

I. Mudança de denominação da Companhia ou de seu objeto social;

II. Alteração e/ou aplicação da logomarca da Companhia;

III. Criação e/ou alteração de programas militares, que envolvam ou não a República Federativa do Brasil;

IV. Capacitação de terceiros em tecnologia para programas militares;

V. Interrupção de fornecimento de peças de manutenção e reposição de aeronaves militares;

VI. Transferência do controle acionário da Companhia;

VII. Quaisquer alterações: (i) às disposições deste artigo, do art. 4, do caput do art. 10, dos arts. 11, 14 e 15, do inciso III do art. 18, dos parágrafos 1º e 2º do art. 27, do inciso X do art. 33, do inciso XII do art. 39 ou do Capítulo VII; ou ainda (ii) de direitos atribuídos por este Estatuto Social à ação de classe especial.

PARÁGRAFO 1º - Estará sujeita a prévia aprovação da União, na qualidade de detentora da ação ordinária de classe especial, a realização da oferta pública de aquisição de ações referida no art. 54 do presente Estatuto Social.

PARÁGRAFO 2º - Observado o disposto na Lei nº 6.404/76 e no art. 18, inciso III deste Estatuto Social, as matérias elencadas no presente artigo estarão sujeitas à deliberação do Conselho de Administração da Companhia, observando-se o seguinte procedimento:

I. A matéria será objeto de deliberação do Conselho de Administração.

II. Se aprovada pelo Conselho de Administração, o Presidente daquele órgão notificará o membro eleito pela União para que esta exerça seu direito de veto ou se manifeste favoravelmente à matéria, dentro do prazo de 30 dias a contar do recebimento da referida notificação.

III. Decorrido o prazo referido no inciso II acima, será realizada nova reunião do Conselho de Administração para: (i) reconsiderar a deliberação, caso a União tenha exercido o seu direito de veto; ou (ii) ratificar a deliberação, caso a União tenha se manifestado favoravelmente ou não tenha proferido qualquer manifestação no prazo indicado acima.

IV. Se a deliberação for ratificada pelo Conselho de Administração, a matéria, nos casos em que a legislação assim exija, será submetida à aprovação da Assembleia Geral, na qual a União poderá ainda exercer o poder de veto nos termos do presente artigo.

PARÁGRAFO 3º - Sem prejuízo do procedimento estabelecido no § 2º acima, todas as matérias sujeitas a veto da União, na qualidade de titular da ação ordinária de classe especial, a serem deliberadas pelo Conselho de Administração, deverão adicionalmente ser objeto de notificação prévia da Companhia ao Ministério da Fazenda, a ser feita concomitantemente com a notificação mencionada no inciso II acima, para pronunciamento dentro do prazo de 30 dias a contar do recebimento da notificação referida no inciso II acima. (Grifos nossos).

Dentro desta concepção, no presente caso, a União foi intimada, originalmente, ao ID nº 90348571, face à hipótese de que eventual aliciamento dos funcionários da Embraer pudesse implicar em violação a interesses militares, além de seu próprio interesse, na qualidade de acionista da Autora.

E, na primeira oportunidade para manifestar-se nos autos a esse respeito, a Procuradoria Regional posicionou-se contrariamente ao ingresso no feito, sob o argumento de que eventual reflexo dos fatos contidos na narrativa inaugural incidiria de maneira indireta e específica-

mente sobre os interesses econômicos da União Federal. Colham-se das razões apresentadas o quanto segue:

“O argumento de que o possível aliciamento de funcionários da empresa autora poderia violar interesses militares afigura-se improvável, já que consta na inicial informação de que a empresa ré é concorrente da autora na fabricação de aviões executivos, e não de aviões militares, engenharia que comporta inúmeras especificidades. Ainda que se entendesse que a empresa Ré concorre com a Autora no mercado militar norte-americano, como também informado pela Autora, ainda assim o aliciamento de trabalhadores para a empresa ré geraria o direito a indenização, conforme estabelece o art. 608 do Código Civil, configurando interesse da União meramente indireto, por ser um dos acionistas (SIC) da empresa autora. O interesse da União na solução do presente caso se configuraria no caso de tais engenheiros que estariam supostamente sofrendo aliciamento pela empresa-ré, estivessem trabalhando em um projeto de interesse nacional, ou possuísem informações relevante ao País, ou seja, se estivessem presentes razões de interesse nacional e de relevante interesse público. In casu, a empresa autora alega que é ‘evidente que o intuito da requerida, com sua presença na cidade, é o aliciamento dos empregados da requerente, certamente com a finalidade de transferência de know how, de troca de informações, de troca de tecnologia, além do possível desvio de clientela’. Desta ilação, pode-se retirar a conclusão de que o que a empresa autora objetiva com a ação é não perder excelentes profissionais para a ré, sua direta concorrente, não havendo que se falar em interesses militares” (ID nº 90348571, pág. 56).

Porém, em manifestação subsequente, notoriamente fundada nas conclusões contidas no memorando da AGU de ID nº 90348571, págs. 72-86, a União passou a sustentar que os poderes atribuídos à ação ordinária de classe especial estariam vinculados à atuação estratégica da Embraer em relação à tecnologia militar, competindo, pois, à União, no presente caso, impedir a potencial violação de segredos industriais militares e transferência de tecnologia nacional, mesmo que sua ocorrência não restasse, necessariamente, comprovada no curso da demanda (ID nº 90348571, pág. 69).

Registre-se que a posição foi ratificada pela União quando os autos já tramitavam perante a Justiça Federal, na forma da manifestação de ID nº 90348571, pág. 106.

Ocorre, todavia, que o interesse aduzido pela União em suas manifestações ulteriores não se compatibiliza com o objeto da demanda, nem afetam as matérias que lhe competem no exercício da *golden share*.

Inicialmente, porque tais poderes conferidos à União dizem respeito, especificamente, ao controle acionário da Embraer, limitados, pois, às decisões adotadas pelos acionistas da empresa controlada, que, no caso dos autos, aduz ser alvo de investidas da empresa-requerida, sem participação ativa nos acontecimentos relacionados em sua narrativa.

Trata-se, aqui, de delimitar-se o escopo da atuação da União Federal ao âmbito do controle societário da Embraer, consoante os poderes que lhe são atribuídos pela cláusula de *golden share* descrita, da qual não se extrai o direito de atuar sobre a contratação, retenção ou desfazimento dos vínculos trabalhistas mantidos pela empresa com seus funcionários.

Nesse sentido, como bem destacado em sua primeira manifestação, ainda que os fatos narrados venham a ser comprovados no curso da demanda, os efeitos à órbita de interesses da União serão reflexos, de ordem econômica, na qualidade de acionista da empresa.

Quanto ao ponto, convém destacar que, sendo a discussão dos autos limitada aos interesses da Embraer, pessoa jurídica constituída na forma de sociedade anônima, sufraga a

competência da Justiça Federal para o conhecimento e o processamento da demanda. Confira-se, a esse respeito, o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

EMENTA

Ação Ordinária. Competência. Embraer. Ausência de ente federal.

I - Sendo a EMBRAER uma sociedade anônima e portanto não elencada no art. 109, I, da CF, a competência para apreciar o feito é da Justiça Comum Estadual.

II - Conflito de que se conhece para declarar competente o suscitado.

(CC 21.138/RS, Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/08/2001, DJ 15/10/2001, p. 229).

Cumpra ainda salientar, conforme já demonstrado, que se consubstancia interesse da União Federal, especificamente, evitar que terceiros se capacitem indevidamente para o uso de tecnologias militares nacionais, tornando-se, possivelmente, aptos à utilização dessas tecnologias sem a autorização das Forças Armadas.

Para que tal hipótese restasse caracterizada, seria necessário a reunião de elementos fáticos e probatórios suficientes para a conclusão de que segredos industriais da Embraer relacionados à área militar estivessem sendo transferidos para a empresa requerida por meio dos funcionários egressos, o que, todavia, não constitui objeto da demanda, reduzida à pretensão inibitória ao assédio alegado e à indenização material pela perda da mão-de-obra.

Posto que a lide se delinea pela narrativa e os requerimentos iniciais, a dilação probatória admitida se destina a fazer prova quanto à ocorrência do aliciamento aduzido e a apuração do seu direito à indenização pela ruptura dos contratos.

Assim, pelas razões declinadas, deve ser reconhecida a ausência de interesse da União Federal em intervir no feito e, por conseguinte, a incompetência absoluta da Justiça Federal para conhecer e processar a presente demanda, que, conforme entendimento deste Egrégio Tribunal, perfaz-se improrrogável, nos termos seguintes:

EMENTA

INDENIZAÇÃO POR DESAPOSSAMENTO ILÍCITO. IMPLANTAÇÃO DE LINHA DE TRANSMISSÃO. AUSÊNCIA DE INTERESSE DA UNIÃO FEDERAL. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DA JUSTIÇA FEDERAL.

- Ao ajuizarem a demanda, os autores não pediram que a União fosse chamada para manifestar possível interesse. Tampouco o fizeram ao longo do processo. Somente depois de sentenciado e de acostado o apelo da CESP é que, tardiamente, o fizeram, decorridos mais de sete anos. (...).

- Evidencia-se da narrativa que a União Federal não tem interesse na demanda. Sob o aspecto de a ré ser empresa concessionária de serviço público, o ente federal sequer cogitou. Em verdade, a única pretensão que expressou, em virtude de o imóvel estar em zona litorânea, foi a de certificar-se que a disputa não afeta área de marinha. A preocupação, todavia, pode ser solucionada com facilidade por meio do próprio laudo do perito oficial, ao descrever a localização da gleba - Conforme se extrai do laudo pericial, a linha de transmissão margeia a estrada, no lado da Serra, e está há mais de um quilômetro da praia, distância que supera em muito a da chamada “faixa de marinha”.

- Ausente nos autos qualquer elemento caracterizador do interesse da União e demonstração fundamentada ou não desta num sentido ou noutro, apesar de inúmeras oportunidades para que se pronunciasse, a incompetência absoluta da Justiça Federal é inequívoca. Precedentes desta corte e do STJ.

- O argumento do autor de que por longos anos admitiu-se a competência federal e, agora, não é mais possível a remessa à Justiça Estadual é totalmente equivocado, seja porque in-

competência absoluta é improrrogável, seja porque o lapso decorrido somente a ela pode ser imputado, na medida em que, apenas após o apelo da ré, preocupou-se em chamar a União à lide para manifestar o eventual interesse.

- Reconhecida, de ofício, a incompetência absoluta da Justiça Federal para apreciar a ação e, em consequência, a nulidade de todos os atos decisórios praticados no processo e determinada a remessa dos autos à Justiça Estadual de primeira instância, com jurisdição sobre o local em que está situado o imóvel, a fim de que tenha regular prosseguimento. Prejudicada a apelação. (TRF 3ª Região, QUINTA TURMA - Ap 0938347-82.1986.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRE NABARRETE, julgado em 07/11/2005, DJU DATA:29/11/2005 PÁGINA: 229)

Desse modo, ausente interesse da União declino em favor da Justiça Estadual a competência jurisdicional para processar e julgar a presente ação, reconhecendo a nulidade dos atos decisórios praticados neste processo pelo D. Juízo Federal *a quo*.

Ante o exposto, *dou parcial provimento* ao recurso adesivo para excluir a União do feito, declarando a incompetência da Justiça Federal determinando-se a remessa dos autos à Justiça Estadual, e julgando prejudicada a apelação interposta pela União.

É como voto.

Juíza Federal Convocada DENISE AVELAR - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL

0005037-51.2016.4.03.6103

Apelante: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Apelada: LOURDES MONTEIRO DO AMARAL DE MORAIS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS FRANCISCO
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 29/04/2021

EMENTA

EMBARGOS DE TERCEIRO. FRAUDE À EXECUÇÃO FISCAL. ALIENAÇÃO DE BEM NA VIGÊNCIA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 118/2005 E ANTERIOR À PROPOSTURA DA EXECUÇÃO FISCAL. NEGÓCIO JURÍDICO VÁLIDO.

- A matéria pertinente à fraude à execução, no campo tributário, encontra regramento específico no art. 185 do CTN.

- Ao tratar do tema, a Primeira Seção do E. STJ, no julgamento do REsp 1.141.990/PR, assentou tese de que, na hipótese de a alienação ter ocorrido *antes* da entrada em vigor da Lei Complementar nº 118/2005, que alterou o art. 185 do CTN, configura fraude à execução se o negócio jurídico tiver sido celebrado após a *citação* do devedor; se a alienação foi efetivada *posteriormente* à publicação da referida norma, presume-se a ocorrência de fraude à execução caso a transação tenha sido realizada após a *inscrição do débito em dívida ativa*. Na ocasião, consolidou-se também o entendimento de que não se aplica à execução fiscal a Súmula 375 do STJ, segundo a qual “*o reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente*”.

- No caso *sub judice*, a alienação do imóvel à embargante deu-se mediante promessa de compra e venda aperfeiçoada já sob a égide da Lei Complementar nº 118/2005, que conferiu nova redação ao art. 185 do CTN, cuja disposição passou a presumir como fraudulenta a alienação ou oneração de bem posterior à inscrição do débito em dívida ativa, como acima afirmado. Todavia, embora não conste dos autos a data em que se deu a inscrição do débito exequendo, é certo que a aludida transmissão imobiliária operou-se muito tempo antes da propositura da ação executiva, não sendo razoável presumir-se, portanto, que a transação pactuada entre a embargante e a antiga proprietária (sociedade executada) tenha sido realizada em fraude à execução.

- Apesar de a embargante não ter providenciado o registro da transmissão imobiliária no cartório competente, a falta de tal providência não a impede de obter o afastamento da constrição judicial sobre o bem, uma vez que o instrumento de promessa de compra e venda, na hipótese em análise, constitui meio hábil para obstar a configuração de fraude à execução fiscal. Jurisprudência consolidada do E. STJ.

- Não vislumbrada a ocorrência de fraude à execução no presente caso, de rigor a manutenção do cancelamento do decreto de indisponibilidade que recaiu sobre o imóvel em debate.

- Apelação da União à qual se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Segunda Turma

decidiu, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal CARLOS FRANCISCO - Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS FRANCISCO: Trata-se de apelação interposta pela UNIÃO (FAZENDA NACIONAL) em face de sentença que, em sede de embargos de terceiro opostos por LOURDES MONTEIRO DO AMARAL DE MORAIS, julgou procedente o pedido de cancelamento do decreto de indisponibilidade que recaiu sobre o imóvel matriculado sob nº 200.970, perante o 1º Cartório de Registro de Imóveis de São José dos Campos/SP, efetivada nos autos da Execução Fiscal nº 0005687-69.2014.403.6103. Quanto à sucumbência, entendeu que a embargada não deu causa à constrição indevida, uma vez que o bem se encontra registrado em nome do executado, não devendo arcar, portanto, com honorários advocatícios.

Em seu recurso, alega a União a configuração de fraude à execução no caso em análise, nos termos do art. 185 do CTN (com a redação dada pela Lei Complementar nº 118/2005), uma vez que a alienação do bem ao embargante ocorreu após a inscrição em dívida ativa de débitos a cargo do executado, sendo ineficaz, portanto, o negócio jurídico cujo objeto implicou a transmissão imobiliária aludida. Por essa razão, pugna pela reforma da sentença, para que se mantenha o decreto de indisponibilidade sobre o bem.

Com contrarrazões, subiram os autos a este Tribunal.

É o breve relatório. Passo a decidir.

Desembargador Federal CARLOS FRANCISCO - Relator

VOTO

O EXMO. SR. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS FRANCISCO: A matéria pertinente à fraude à execução, no campo tributário, encontra regramento específico no art. 185 do CTN, cuja redação primitiva assim dispunha:

“Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa *em fase de execução*.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados pelo devedor bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida *em fase de execução*.” (grifei)

Com a edição da Lei Complementar nº 118/2005, o dispositivo citado passou a ostentar a seguinte redação:

“Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente *inscrito como dívida ativa*.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados, pelo devedor, bens ou rendas suficientes ao total pagamento da *dívida inscrita*.” (grifei)

Ao tratar do tema, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do REsp 1.141.990/PR, submetido ao rito do art. 543-C do CPC/1973, assentou tese de que, na hipótese de a alienação ter ocorrido *antes* da entrada em vigor da Lei Complementar nº 118/2005, que alterou o art. 185 do CTN, configura fraude à execução se o negócio jurídico tiver sido celebrado após a *citação* do devedor; se a alienação foi efetivada *posteriormente* à publicação da referida norma, presume-se a ocorrência de fraude à execução caso a transação tenha sido realizada após a *inscrição do débito em dívida ativa*. Na ocasião, consolidou-se também o entendimento de que não se aplica à *execução fiscal* a Súmula 375 do STJ, segundo a qual “*o reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente*”, visto que a natureza jurídica tributária do crédito, voltada ao interesse público, permite que a simples alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, pelo devedor de quantia inscrita em dívida ativa, sem a reserva de meios para quitação do débito, gere presunção absoluta de fraude à execução.

Eis a ementa do julgado:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE TERCEIRO. FRAUDE À EXECUÇÃO FISCAL. ALIENAÇÃO DE BEM POSTERIOR À CITAÇÃO DO DEVEDOR. INEXISTÊNCIA DE REGISTRO NO DEPARTAMENTO DE TRÂNSITO - DETRAN. INEFICÁCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO. INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA. ARTIGO 185 DO CTN, COM A REDAÇÃO DADA PELA LC Nº 118/2005. SÚMULA 375/STJ. INAPLICABILIDADE.

1. A lei especial prevalece sobre a lei geral (*lex specialis derogat lex generalis*), por isso que a Súmula nº 375 do Egrégio STJ não se aplica às execuções fiscais.

2. O artigo 185, do Código Tributário Nacional - CTN, assentando a presunção de fraude à execução, na sua redação primitiva, dispunha que:

“Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa em fase de execução.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados pelo devedor bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida em fase de execução.”

3. A Lei Complementar nº 118, de 9 de fevereiro de 2005, alterou o artigo 185, do CTN, que passou a ostentar o seguinte teor:

“Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados, pelo devedor, bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida inscrita.”

4. Consectariamente, a alienação efetivada antes da entrada em vigor da LC nº 118/2005 (09.06.2005) presumia-se em fraude à execução se o negócio jurídico sucedesse a citação válida do devedor; posteriormente à 09.06.2005, consideram-se fraudulentas as alienações efetuadas pelo devedor fiscal após a inscrição do crédito tributário na dívida ativa.

5. A diferença de tratamento entre a fraude civil e a fraude fiscal justifica-se pelo fato de que, na primeira hipótese, afronta-se interesse privado, ao passo que, na segunda, interesse público, porquanto o recolhimento dos tributos serve à satisfação das necessidades coletivas.

6. É que, consoante a doutrina do tema, a fraude de execução, diversamente da fraude contra credores, opera-se *in re ipsa*, vale dizer, tem caráter absoluto, objetivo, dispensando o *concilium fraudis*. (FUX, Luiz. O novo processo de execução: o cumprimento da sentença e a execução extrajudicial. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 95-96/ DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução civil. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 278-282 / MACHADO, Hugo de Brito. Curso de direito tributário. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 210-211/ AMARO,

Luciano. Direito tributário brasileiro. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 472-473 / BALEEIRO, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 604).

7. A jurisprudência hodierna da Corte preconiza referido entendimento consoante se colhe abaixo:

“O acórdão embargado, considerando que não é possível aplicar a nova redação do art. 185 do CTN (LC 118/05) à hipótese em apreço (*tempus regit actum*), respaldou-se na interpretação da redação original desse dispositivo legal adotada pela jurisprudência do STJ”.

(EDcl no AgRg no Ag 1.019.882/PR, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 06/10/2009, DJe 14/10/2009)

“Ressalva do ponto de vista do relator que tem a seguinte compreensão sobre o tema: [...] b) Na redação atual do art. 185 do CTN, exige-se apenas a inscrição em dívida ativa prévia à alienação para caracterizar a presunção relativa de fraude à execução em que incorrem o alienante e o adquirente (regra aplicável às alienações ocorridas após 9.6.2005);” (REsp 726.323/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 04/08/2009, DJe 17/08/2009) “Ocorrida a alienação do bem antes da citação do devedor, incabível falar em fraude à execução no regime anterior à nova redação do art. 185 do CTN pela LC 118/2005”.

(AgRg no Ag 1.048.510/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 19/08/2008, DJe 06/10/2008)

“A jurisprudência do STJ, interpretando o art. 185 do CTN, até o advento da LC 118/2005, pacificou-se, por entendimento da Primeira Seção (REsp 40.224/SP), no sentido de só ser possível presumir-se em fraude à execução a alienação de bem de devedor já citado em execução fiscal”. (REsp 810.489/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 23/06/2009, DJe 06/08/2009)

8. A inaplicação do art. 185 do CTN implica violação da Cláusula de Reserva de Plenário e enseja reclamação por infringência da Súmula Vinculante nº 10, *verbis*: “Viola a cláusula de reserva de plenário (cf, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.”

9. Conclusivamente: (a) a natureza jurídica tributária do crédito conduz a que a simples alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, pelo sujeito passivo por quantia inscrita em dívida ativa, sem a reserva de meios para quitação do débito, gera presunção absoluta (*jure et de jure*) de fraude à execução (lei especial que se sobrepõe ao regime do direito processual civil); (b) a alienação engendrada até 08.06.2005 exige que tenha havido prévia citação no processo judicial para caracterizar a fraude de execução; se o ato translativo foi praticado a partir de 09.06.2005, data de início da vigência da Lei Complementar nº 118/2005, basta a efetivação da inscrição em dívida ativa para a configuração da figura da fraude; (c) a fraude de execução prevista no artigo 185 do CTN encerra presunção *jure et de jure*, conquanto componente do elenco das “garantias do crédito tributário”; (d) a inaplicação do artigo 185 do CTN, dispositivo que não condiciona a ocorrência de fraude a qualquer registro público, importa violação da Cláusula Reserva de Plenário e afronta à Súmula Vinculante nº 10, do STF. 10. *In casu*, o negócio jurídico em tela aperfeiçoou-se em 27.10.2005, data posterior à entrada em vigor da LC 118/2005, sendo certo que a inscrição em dívida ativa deu-se anteriormente à revenda do veículo ao recorrido, porquanto, consoante dessume-se dos autos, a citação foi efetuada em data anterior à alienação, restando inequívoca a prova dos autos quanto à ocorrência de fraude à execução fiscal.

11. Recurso especial conhecido e provido.”

(STJ, REsp 1141990/PR, Primeira Seção, Relator Ministro LUIZ FUX, julgado em 10/11/2010, DJe 19/11/2010)

No caso *sub judice*, a execução fiscal foi ajuizada pela União em 06/10/2014, para cobrança de débitos tributários incluídos nas Certidões de Dívida Ativa nºs 438865600, 438865618,

454616686, 454616694 (valor total de R\$ 151.543,83) em face da empresa “Gofer Company Construções Ltda.”, antiga proprietária do bem em questão.

O conjunto probatório dos autos revela que, em 13/01/2009, a sociedade executada assumiu o compromisso de transmitir a titularidade do domínio do imóvel à embargante Lourdes Monteiro do Amaral de Moraes, em troca de soma em dinheiro no valor de R\$ 53.220,00, nos termos do “Instrumento Particular de Compromisso de Cessão de Direitos e Obrigações de Unidade Autônoma”, assinado pelas partes em tal data (ID 135355069, fls. 16/18). Trata-se, destarte, de negócio jurídico celebrado já sob a égide da Lei Complementar nº 118/2005, que conferiu nova redação ao art. 185 do CTN, cuja disposição passou a presumir como fraudulenta a alienação ou oneração de bem posterior à inscrição do débito em dívida ativa.

Todavia, embora não conste dos autos a data em que se deu a inscrição do débito exequendo, é certo que a alienação do bem, no caso, operou-se muito tempo antes da propositura da ação executiva, em 06/10/2014, não sendo correto presumir, portanto, que a transação pactuada entre a embargante e a antiga proprietária (sociedade executada) tenha sido realizada em fraude à execução.

Nesse ponto, consigno que a data de inscrição da dívida apontada pela apelante, qual seja, 11/12/2008, diz respeito a débito diverso, incluído em CDA distinta (de nº 80.2.08.037627-10) e objeto de cobrança em outra execução fiscal (Proc. nº 0002727-82.2010.403.6103), como evidencia o documento ID 135355069, fl. 33, de modo que não serve como parâmetro para se investigar a ocorrência de fraude na situação aqui retratada.

Ademais, convém destacar que, apesar de a embargante não ter providenciado o registro da transmissão imobiliária no cartório competente (como se depreende da matrícula do imóvel, na qual ainda consta como titular do domínio útil a empresa executada - ID 135355069, fls. 19/20), a falta de tal providência não a impede de obter o afastamento da constrição judicial sobre o bem, uma vez que o instrumento de promessa de compra e venda, na hipótese em análise, constitui meio hábil para obstar a configuração de fraude à execução fiscal.

Nesse sentido, consolidou-se a jurisprudência do E. STJ, ao firmar o entendimento de que a celebração de compromisso de compra e venda, ainda que não tenha sido levado a registro no Cartório de Registro de Imóveis, constitui meio hábil a impossibilitar a constrição do bem imóvel, discutido em execução fiscal, e impede a caracterização de fraude à execução, aplicando-se o disposto no enunciado da Súmula 84 desta Corte Superior (*“É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro”*).

Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FRAUDE À EXECUÇÃO FISCAL. ART. 185 DO CTN. EXECUÇÃO FISCAL AJUIZADA DEPOIS DA VIGÊNCIA DA LC 118/2005. REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA: RESP 1.141.990/PR, REL. MIN. LUIZ FUX, DJe 19.11.2010. ALIENAÇÃO DO BEM ANTERIOR À INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA. FRAUDE À EXECUÇÃO NÃO CONFIGURADA. AGRAVO INTERNO DA FAZENDA NACIONAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A Primeira Seção desta Corte, ao julgar o REsp. 1.141.990/PR, representativo de controvérsia, da relatoria do eminente Ministro LUIZ FUX (DJe 19.11.2010), consolidou o entendimento de que não incide a Súmula 375/STJ em sede de Execução Fiscal. Naquela oportunidade, ficou assentado que o art. 185 do CTN, seja em sua escrita original ou na redação dada pela LC 118/2005, não prevê, como condição de presunção da fraude à execução fiscal, a prova do elemento subjetivo da fraude perpetrada, qual

seja, o consilium fraudis. Ao contrário, estabeleceu-se que a constatação da fraude deve se dar objetivamente, sem se indagar da intenção dos partícipes do negócio jurídico.

2. *In casu*, o negócio jurídico fora efetivado após a entrada em vigor da LC 118/2005 e anteriormente à inscrição do débito tributário em dívida ativa (6.10.2011 e 8.5.2012, respectivamente).

3. Ressalte-se que, consoante jurisprudência consolidada nesta Corte de Justiça, a celebração de compromisso de compra e venda, ainda que não tenha sido levado a registro no Cartório de Registro de Imóveis, constitui meio hábil a impossibilitar a constrição do bem imóvel, discutido em execução fiscal, e impede a caracterização de fraude à execução, aplicando-se o disposto no enunciado da Súmula 84/STJ: É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro (REsp. 974.062/RS, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJ 5.11.2007).

4. Agravo Interno da FAZENDA NACIONAL a que se nega provimento.

(STJ, AgInt no AREsp 1209717/SC, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/11/2020, DJe 30/11/2020)

Assim, por não vislumbrar a ocorrência de fraude à execução no presente caso, entendo deva ser mantido o cancelamento do decreto de indisponibilidade que recaiu sobre o imóvel matriculado sob nº 200.970, perante o 1º Cartório de Registro de Imóveis de São José dos Campos/SP, efetivada nos autos da Execução Fiscal nº 0005687-69.2014.403.6103.

Ante o exposto, *NEGO PROVIMENTO* à apelação.

É o voto.

Desembargador Federal CARLOS FRANCISCO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL

5005296-07.2019.4.03.6183

Apelante: MARIO SERGIO BEIA

Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL THEREZINHA CAZERTA

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 20/04/2021

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. COISA JULGADA. TRÍPLICE IDENTIDADE. NECESSIDADE. RECONHECIMENTO DE TEMPO ESPECIAL. PERICULOSIDADE. INSALUBRIDADE. DIVERSIDADE DE SITUAÇÕES FÁTICO-JURÍDICAS SUBJACENTES. AUSÊNCIA DE IDENTIDADE. PROSSEGUIMENTO DO FEITO. RECURSO PROVIDO.

1. Segundo o art. 337 do Código de Processo Civil, uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido. Há coisa julgada, por sua vez, quando se repisa ação que já foi decidida por sentença de que não caiba mais recurso.

2. Para reconhecimento dos institutos da coisa julgada, deve-se verificar a tríplice identidade jurídica dos sujeitos, pedido e causa de pedir, ou seja, os sujeitos se apresentarem na mesma qualidade, o objeto deve apresentar-se com relação aos pedidos mediato e imediato e, por sua vez, a identidade da causa de pedir deve resultar do mesmo fato jurídico nas demandas, incluindo-se o fato constitutivo do direito do autor e da obrigação do réu.

3. No feito sob análise, posto que se trate do mesmo pedido de reconhecimento da especialidade, a situação fático-jurídica subjacente é outra: a alegada periculosidade das condições decorre da suposta exposição a líquidos inflamáveis.

4. A exposição a condições de periculosidade pode gerar o direito ao recebimento de adicional de 30% sobre o salário-base do empregado, condições estas definidas pela Norma Regulamentadora 16: por sua natureza ou métodos de trabalho, são aquelas que implicam risco à vida do trabalhador em virtude de sua exposição a (i) inflamáveis; (ii) explosivos; (iii) energia elétrica; ou (iv) roubos ou outras espécies de violência física (para as atividades de segurança pessoal ou patrimonial).

5. Por sua vez, o trabalho exercido em condições insalubres relaciona-se a circunstâncias prejudiciais à saúde do empregado, acima dos limites de tolerância estabelecidos pela Norma Regulamentadora 15, podendo redundar em adicional variável (10%, 20% ou 40% do salário mínimo regional), conforme o grau de exposição ao agente (mínimo, médio ou máximo).

6. Como se vê, não há identidade da causa de pedir entre as ações. Tanto é assim que a Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho (SDI-I) firmou o entendimento de não ser possível o recebimento dos adicionais de periculosidade e insalubridade de forma cumulativa, ainda que o empregado esteja exposto a agentes nocivos e perigosos por diferentes fontes e ao mesmo tempo, cumprindo a ele optar por um dos benefícios, tendo sido fixado o Tema Repetitivo 17 (IRR 239-55.2011.5.02.0319, j. 26/09/2019).

7. Admissível a propositura de nova ação, para o fim de se requerer o reconhecimento da especialidade do tempo em razão da suposta periculosidade das condições, questão a ser dirimida mediante o regular processamento e julgamento da ação.
8. Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Oitava Turma, por unanimidade, decidiu dar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de recurso interposto pela parte autora contra a sentença que reconheceu a coisa julgada e extinguiu o processo sem resolução do mérito, com fundamento no art. 485, inciso V, do Código de Processo Civil.

A sentença foi fundamentada nos seguintes termos:

Cumprе ressaltar que a parte autora já ajuizou ação, que tramitou na 02ª Vara Previdenciária de São Paulo (autos nº 0000790-78.2016.403.6183), objetivando o reconhecimento de tempo de trabalho e a concessão do benefício de Aposentadoria por Tempo de Contribuição (NB 167.998.956-9) com DER em 13/02/2014.

Desta feita, observo que o objeto desta ação é idêntico à ação supra citada, sendo certo que naquela ação foi proferida sentença de procedência (ID 13162490, fls.20/39), que foi reformada pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região (ID 13162490, fl.108), não reconhecendo a especialidade no período 01/03/2002 a 11/12/2012 e, por consequência, o pedido de concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, com trânsito em julgado em 20/04/2018 (ID 13162490, fl. 140).

Por fim, importante frisar que o artigo 508 do Código de Processo Civil de 2015 prevê: “Transitada em julgado a decisão de mérito, considerar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e as defesas que a parte poderia opor tanto ao acolhimento quanto à rejeição do pedido”, que é exatamente o caso dos autos.

Assim, constato a ocorrência de coisa julgada neste feito.

Aduz o apelante que “o processo transitado em julgado de número 0000790-78.2016.4.03.6183, que tramitou perante na 2ª Vara Previdência de São Paulo, pleiteava o reconhecimento da especialidade do período de 01/03/2002 à 11/12/2012 BOEHRINGER INGELHEIM – pela INSALUBRIDADE, devido a exposição à produtos químicos como Cloreto de Sódio, Soda Líquida, Ácido Clorídrico e Soda Caustica. Todavia, insta esclarecer que o objeto da presente demanda diverge do processo anterior, uma vez que se trata do reconhecimento à exposição aos LÍQUIDOS INFLAMÁVEIS permanecendo em condições de risco exercendo atividade perigosa”, de modo que, apesar se de tratar do mesmo período de tempo e na mesma empresa, o fundamento para o novo período é a periculosidade da atividade, e não a insalubridade.

O INSS não apresentou contrarrazões.

É o relatório.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

VOTO

Assiste razão à apelante.

Segundo o art. 337 do Código de Processo Civil, uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido. Há coisa julgada, por sua vez, quando se repisa ação que já foi decidida por sentença de que não caiba mais recurso.

Sobrevindo a coisa julgada material, qualidade que torna imutável e indiscutível o comando que emerge da sentença (ou acórdão) de mérito, a norma concreta lá contida recebe o selo da imutabilidade e da incontestabilidade.

Para reconhecimento dos institutos da coisa julgada, deve-se verificar a tríplice identidade jurídica dos sujeitos, pedido e causa de pedir, ou seja, os sujeitos se apresentarem na mesma qualidade, o objeto deve apresentar-se com relação aos pedidos mediato e imediato e, por sua vez, a identidade da causa de pedir deve resultar do mesmo fato jurídico nas demandas, incluindo-se o fato constitutivo do direito do autor e da obrigação do réu.

Cabe ao magistrado, inclusive de ofício, observar a coisa julgada, corolário da segurança jurídica e um dos pilares do Estado de Direito. O *caput* do art. 5º da vigente Constituição da República, de fato, indo ao encontro de um anseio primordial da espécie humana, diz que é inviolável o direito à segurança, o que não impede, à luz do ensinamento de José Afonso da Silva, *in* Direito Constitucional Positivo “(...) *seja ele considerado um conjunto de garantias, natureza que, aliás, se acha ínsita no termo segurança*”. Dentre essas garantias, encontra-se a proteção constitucional à coisa julgada material, que torna possível a segurança jurídica, especialmente no que diz respeito à estabilidade dos direitos subjetivos. Ferir a coisa julgada, implica, portanto, violar garantia de direito inviolável.

In casu, como se vê dos documentos juntados, o autor ajuizou ações pleiteando o reconhecimento da especialidade quanto a idênticos períodos perante a Justiça Federal, tendo a primeira ação proposta sido objeto de julgamento, com trânsito em julgado, mas fundamentada em causa de pedir diversa da presente, é dizer, o pedido naquela ação (especialidade) decorria da alegada insalubridade das condições, causada pela suposta exposição aos agentes químicos cloreto de sódio, soda líquida, ácido clorídrico e soda cáustica em escamas (situação fático-jurídica subjacente).

No feito sob análise, posto se trate do mesmo pedido de reconhecimento da especialidade, a situação fático-jurídica subjacente é outra: a alegada periculosidade das condições decorre da suposta exposição a líquidos inflamáveis.

A exposição a condições de periculosidade pode gerar o direito ao recebimento de adicional de 30% sobre o salário-base do empregado, condições estas definidas pela Norma Regulamentadora 16: por sua natureza ou métodos de trabalho, são aquelas que implicam risco à vida do trabalhador em virtude de sua exposição a (i) inflamáveis; (ii) explosivos; (iii) energia elétrica; ou (iv) roubos ou outras espécies de violência física (para as atividades de segurança pessoal ou patrimonial).

Por sua vez, o trabalho exercido em condições insalubres relaciona-se a circunstâncias prejudiciais à saúde do empregado, acima dos limites de tolerância estabelecidos pela Norma Regulamentadora 15, podendo redundar em adicional variável (10%, 20% ou 40% do salário mínimo regional), conforme o grau de exposição ao agente (mínimo, médio ou máximo).

Como se vê, não há identidade da causa de pedir entre as ações.

Tanto é assim que a Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho (SDI-I) firmou o entendimento de não ser possível o recebimento dos

adicionais de periculosidade e insalubridade de forma cumulativa, ainda que o empregado esteja exposto a agentes nocivos e perigosos por diferentes fontes e ao mesmo tempo, cumprindo a ele optar por um dos benefícios, tendo sido fixando, para o Tema Repetitivo 17 (IRR 239-55.2011.5.02.0319, j. 26/09/2019), a seguinte tese:

“O artigo 193, parágrafo 2º, da CLT, foi recepcionado pela Constituição Federal e veda a cumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, ainda que decorrentes de fatos geradores distintos e autônomos.”

Sendo assim, reputo admissível a propositura de nova ação, para o fim de se requerer o reconhecimento da especialidade do tempo em razão da suposta periculosidade das condições, questão a ser dirimida mediante o regular processamento e julgamento da ação.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para reformar a sentença e afastar o reconhecimento da coisa julgada, determinando o regular prosseguimento do feito.

Extinto o feito sem que tenha havido a angularização processual, descabida a condenação em honorários de sucumbência.

É o voto.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL **6128790-84.2019.4.03.9999**

Apelante: VERA LUCIA CAMARGO
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL LUCIA URSIAIA
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 30/04/2021

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. IMPARCIALIDADE DO PERITO JUDICIAL NÃO COMPROVADA. EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO REJEITADA.

- Na existência de fatos que para sua aferição dependam de conhecimento especial, técnico ou científico, o juiz nomeará um perito de sua confiança, tecnicamente habilitado, nos termos do art. 156 do Código de Processo Civil. Ao perito se aplica as mesmas regras de impedimento e suspeição dos juízes, consoante regra do inciso II, do art. 148, do CPC, devendo ser equidistante das partes.
- Rejeitada a alegação de suspeição do perito judicial, em razão de ter prestado serviço ao INSS, pois, não atuando mais junto à autarquia não há incompatibilidade com o exercício das funções para as quais foi nomeado pelo MM. Juiz *a quo*.
- Apelação da excipiente não provida.

ACÓRDÃO

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

Desembargadora Federal LUCIA URSIAIA - Relatora

RELATÓRIO

A Senhora Desembargadora Federal LUCIA URSIAIA (Relatora): Arguida exceção de suspeição em face do médico perito, Osvaldo Sérgio Ortega, nomeado pela Vara Única da Comarca de IPAUSSU –SP, sobreveio sentença de improcedência, nos termos do artigo 487, I do Código de Processo Civil.

Inconformada, a parte autora, ora excipiente, interpôs recurso de apelação, sustentando que o médico perito não seria imparcial por ter trabalhado para a autarquia previdenciária. Pugna pela reforma da sentença e nomeação de outro profissional para a realização da perícia médica.

Sem as contrarrazões, os autos foram remetidos a este Tribunal.

É o relatório.

Desembargadora Federal LUCIA URSIAIA - Relatora

VOTO

A Senhora Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora): Inicialmente, cumpre observar que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é de que *“a parte que requerer seu ingresso em feito em andamento, se indeferido o requerimento, pode interpor agravo, mas se o requereu em processo incidental autônomo, ainda que se conclua ser este desnecessário, a sua inutilidade é declarada por sentença terminativa, desafiando apelação”*. Neste sentido: *REsp nº 1154767/PR, Relator Ministro LUIZ FUX. DJe 22/02/2011*.

Assim, recebo o presente recurso, haja vista que tempestivo, nos termos do artigo 1.021 do Código de Processo Civil.

Na existência de fatos que para sua aferição dependam de conhecimento especial, técnico ou científico, o juiz nomeará um perito de sua confiança, tecnicamente habilitado, nos termos do art. 156 do Código de Processo Civil. Ao perito se aplica as mesmas regras de impedimento e suspeição dos juízes, consoante regra do inciso II, do art. 148, do CPC, devendo ser equidistante das partes.

In casu, a excipiente não trouxe aos autos comprovação do comprometimento da imparcialidade e atuação equidistante das partes a justificar o afastamento do perito nomeado nos autos principais.

Considerando que o médico perito, ora excepto, não mais atua junto à autarquia desde 2016, não há que se falar em incompatibilidade com o exercício das funções para as quais foi nomeado pelo MM. Juiz *a quo*. Além disto, cabe ressaltar que o perito, como médico que é, antes de ser credenciado do INSS, está sujeito à disciplina ética de sua profissão, não havendo razões para concluir que aquele teria restado, após os anos de exercício, tendencioso. Tal juízo de apreciação tem grau de abstração que inviabiliza sua assunção como regra decisória.

Desta forma, não há razão para afastar a imparcialidade do perito em questão e, portanto, a arguição de suspeição não se enquadra entre as hipóteses elencadas no artigo 145 do Código de Processo Civil, carecendo de acolhida.

Nesse sentido, julgados desta Egrégia Corte:

PREVIDENCIÁRIO. EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO DO PERITO JUDICIAL REJEITADA. APELAÇÃO DA PARTE AUTORA IMPROVIDA.

1. A nomeação de perito é ato discricionário do Juiz e, portanto, pode ele designar qualquer profissional de sua confiança.
2. Não restou demonstrada a existência de interesse do perito no julgamento da causa em favor de uma das partes, razão pela qual se afigura descabida à exceção de suspeição oposta.
3. Apelação da parte autora improvida.

(TRF 3ª Região, 7ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 6094499-58.2019.4.03.9999, Rel. Desembargador Federal TORU YAMAMOTO, julgado em 25/06/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 01/07/2020)

PREVIDENCIÁRIO. EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO. ART. 144 DO CPC. PARCIALIDADE NÃO COMPROVADA. SUSPEIÇÃO REJEITADA.

1. A exceção foi oposta sob o argumento de que o excepto era Perito do INSS (Servidor Público) concursado, sendo que realizou perícias médicas durante anos pelo INSS e também como assistente técnico do INSS junto às perícias do JEF de Avaré.

2. A nomeação de perito é ato discricionário do Juiz, podendo ele, portanto, designar qualquer profissional de sua confiança. Não restou demonstrado ter o perito real interesse no julgamento da causa em desfavor da parte autora ou que tenha oficiado como perito de uma das partes.

3. O pedido está fundamentado em mera conjectura unilateral por parte do excipiente. A suspeição não pode ser presumida, mas sim demonstrada, de forma concreta, através de documentos, fatos e circunstâncias plausíveis, o que, no caso concreto, não ocorreu.

4. Exceção de suspeição rejeitada.

(TRF 3ª Região, 7ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5506843-23.2019.4.03.9999, Rel. Desembargador Federal PAULO SERGIO DOMINGUES, julgado em 30/11/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 03/12/2020)

Assim considerando, a r. sentença não merece reparos.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO À APELAÇÃO DA EXCIPIENTE, nos termos da fundamentação.

Comunique o Juízo *a quo* do inteiro teor deste acórdão.

É o voto.

Desembargadora Federal LUCIA URSIAIA - Relatora

CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL

5014641-82.2020.4.03.0000

Suscitante: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE TAUBATÉ/SP - 2ª VARA FEDERAL

Suscitado: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE TAUBATÉ/SP - JEF

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VALDECI DOS SANTOS

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 27/04/2021

EMENTA

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL E JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. ASSOCIAÇÃO DE MORADORES. SIMILARIDADE FÁTICA ENTRE AÇÃO DE COBRANÇA DE TAXA DE MANUTENÇÃO E DE COTAS CONDOMINIAIS. VALOR DA CAUSA INFERIOR A SESSENTA SALÁRIOS MÍNIMOS. COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL.

1. Da leitura do artigo 3º da Lei nº 10.259/01, extrai-se que cabe ao Juizado Especial julgar as demandas de competência da Justiça Federal, com valor de até sessenta salários mínimos, excetuando-se as causas elencadas nos incisos I a IV de seu §1º, bem como que, no foro onde houver Vara do Juizado, a sua competência é absoluta.
2. Ademais, o artigo 6º da mesma lei define quem pode ser parte no Juizado Especial Federal Cível. Neste contexto, embora o inciso I do referido artigo estabeleça como autores apenas *“as pessoas físicas e as microempresas e empresas de pequeno porte”*, a jurisprudência do C. STJ firmou-se no sentido de reconhecer competência absoluta dos Juizados Especiais Federais para julgar ação de cobrança ajuizada por condomínio, cujo valor da causa não ultrapasse 60 (sessenta) salários mínimos. Precedentes: STJ - Segunda Seção - AgRg no CC n. 88280/RJ, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 23/02/2010; STJ - Segunda Seção - CC 73681 / PR, Rel. Min. Nancy Andrigli, DJ 16/08/2007 p. 284.
3. Ainda, diante da similaridade fática entre a ação de cobrança de cotas condominiais e a de cobrança de taxas de manutenção por associações moradores, a Terceira Turma do C. STJ, no julgamento do RMS n. 53.602/AL, buscando conferir uniformidade na fixação da competência para julgamento de demandas semelhantes, entendeu que não há óbice para que as referidas associações proponham ações de cobrança perante os Juizados Especiais.
4. Dessa forma, considerando que, no caso, o valor da causa é inferior a sessenta salários mínimos, bem como que a demanda não se enquadra em nenhuma das hipóteses excludentes de competência previstas no artigo 3º, §1º, da Lei nº 10.259/2001, resta evidenciada a competência do Juizado Especial Federal.
5. Conflito de Competência procedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Primeira Seção, por unanimidade, decidiu julgar procedente o Conflito de Competência, para declarar competente o digno Juizado Especial Federal de Taubaté/SP para o julgamento da ação originária, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo da 2ª Vara Federal de Taubaté/SP em face do Juizado Especial Federal de Taubaté/SP, nos autos da ação de cobrança ajuizada pela Associação dos Proprietários do Residencial Pinheiros do Tremembé em face da Caixa Econômica Federal, objetivando a condenação da ré ao pagamento do rateio mensal/taxa de manutenção em atraso, no valor de R\$ 16.352,45.

A ação fora inicialmente ajuizada perante o Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Tremembé/SP, em face de Daniela Lina dos Santos e Salomão Barbosa dos Santos. Posteriormente, ante a consolidação da propriedade pela credora fiduciária, Caixa Econômica Federal, esta foi incluída no polo passivo, em substituição dos primeiros réus, razão pela qual os autos foram remetidos ao Juizado Especial Federal.

Redistribuídos os autos, o Juizado Especial Federal de Taubaté/SP declinou da competência, sob o fundamento de que associação de moradores não se enquadra na condição de micro ou pequena empresa, nos termos do artigo 6º da Lei nº 10.259/2001, o que afasta a competência do Juizado.

Por sua vez, o Juízo da 2ª Vara Federal de Taubaté/SP suscitou o presente conflito, sustentando que a associação tem natureza análoga a de um condomínio edilício, sendo, portanto, competente aquele Juizado Especial Federal.

A Associação dos Proprietários do Residencial Pinheiros do Tremembé peticionou nestes autos, informando que o imóvel foi vendido pela Caixa Econômica Federal a Elisa Cristina Rocha Guimarães e Gélcio Guimarães, e requereu a inclusão dos novos proprietários no polo passivo daquela demanda, com a consequente extinção do presente conflito de competência e a remessa dos autos à Justiça Estadual, a fim de que sejam distribuídos por prevenção ao Juízo inicialmente demandando.

O Ministério Público Federal opinou pelo prosseguimento do feito.

É o relatório.

Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS - Relator

VOTO

De início, assevero que o pedido de substituição do polo passivo da demanda originária deve ser feito naqueles autos, sendo incabível tal determinação por este Tribunal, em sede de conflito de competência.

No mais, observo que o presente conflito foi suscitado pelo Juízo da 2ª Vara Federal de Taubaté/SP em face do Juizado Especial Federal de Taubaté/SP, sob o fundamento de que não há óbice para que associação de moradores seja parte no Juizado.

O artigo 3º da Lei nº 10.259/01 dispõe sobre a competência dos Juizados Especiais Federais Cíveis, nos seguintes termos:

Art. 3º. Compete ao Juizado Especial Federal Cível processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos, bem como executar as suas sentenças.

§ 1º Não se incluem na competência do Juizado Especial Cível as causas:

I - referidas no art. 109, incisos II, III e XI, da Constituição Federal, as ações de mandado de segurança, de desapropriação, de divisão e demarcação, populares, execuções fiscais e por improbidade administrativa e as demandas sobre direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos;

II - sobre bens imóveis da União, autarquias e fundações públicas federais;

III - para a anulação ou cancelamento de ato administrativo federal, salvo o de natureza previdenciária e o de lançamento fiscal;

IV - que tenham como objeto a impugnação da pena de demissão imposta a servidores públicos civis ou de sanções disciplinares aplicadas a militares.

§ 2º Quando a pretensão versar sobre obrigações vincendas, para fins de competência do Juizado Especial, a soma de doze parcelas não poderá exceder o valor referido no art. 30, *caput*.

§ 3º No foro onde estiver instalada Vara do Juizado Especial, a sua competência é absoluta.

Da leitura do referido artigo, extrai-se que cabe ao Juizado Especial julgar as demandas de competência da Justiça Federal, com valor de até sessenta salários mínimos, excetuando-se as causas elencadas nos incisos I a IV de seu §1º, bem como que, no foro onde houver Vara do Juizado, a sua competência é absoluta.

Ademais, o artigo 6º da mesma lei define quem pode ser parte no Juizado Especial Federal Cível, *in verbis*:

Art. 6º. Podem ser partes no Juizado Especial Federal Cível:

I – como autores, as pessoas físicas e as microempresas e empresas de pequeno porte, assim definidas na Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996;

II – como rés, a União, autarquias, fundações e empresas públicas federais.

Neste contexto, embora o inciso I do referido artigo estabeleça como autores apenas “as pessoas físicas e as microempresas e empresas de pequeno porte”, a jurisprudência do C. STJ firmou-se no sentido de reconhecer competência absoluta dos Juizados Especiais Federais para julgar ação de cobrança ajuizada por condomínio, cujo valor da causa não ultrapasse 60 (sessenta) salários mínimos. Vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO FEDERAL E JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. AÇÃO DE COBRANÇA DE COTA CONDOMINIAL. COMPETÊNCIA DEFINIDA PELO VALOR DA CAUSA. ARTS. 3º E 6º DA LEI Nº 10.259/2001.

I - Consoante entendimento da C. 2.ª Seção, pode o condomínio figurar no pólo ativo de ação de cobrança perante o Juizado Especial Federal, em se tratando de dívida inferior a 60 salários mínimos, para a qual a sua competência é absoluta.

II - Embora o art. 6º da Lei nº 10.259/2001 não faça menção a condomínio, os princípios que norteiam os Juizados Especiais Federais fazem com que, na fixação de sua competência, prepondere o critério da expressão econômica da lide sobre a natureza das pessoas que figuram no pólo ativo. Precedente: CC 73.681/PR, Relª. Minª. NANCY ANDRIGHI, DJ 16.8.07. Agravo Regimental improvido.

(STJ - Segunda Seção - AgRg no CC n. 88280/RJ, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 23/02/2010)

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO FEDERAL E JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. COBRANÇA DE DÍVIDA CONDOMINIAL. POSSIBILIDADE. LEGITIMIDADE ATIVA DO CONDOMÍNIO. COMPETÊNCIA DEFINIDA PELO VALOR DA CAUSA. ARTS. 3º E 6º DA LEI Nº 10.259/2001.

- O entendimento da 2.ª Seção é no sentido de que compete ao STJ o julgamento de conflito de com-

petência estabelecido entre Juízo Federal e Juizado Especial Federal da mesma Seção Judiciária.

- O condomínio pode figurar perante o Juizado Especial Federal no pólo ativo de ação de cobrança. Em se tratando de cobrança inferior a 60 salários mínimos deve-se reconhecer a competência absoluta dos Juizados Federais.

- Embora art. 6º da Lei nº 10.259/2001 não faça menção ao condomínio, os princípios que norteiam os Juizados Especiais Federais fazem com que, na fixação de sua competência, prepondere o critério da expressão econômica da lide sobre a natureza das pessoas que figuram no pólo ativo. Conflito de Competência conhecido, para o fim de se estabelecer a competência do Juízo da 2ª Vara do Juizado Especial Federal da Seção Judiciária do Paraná, Subseção de Curitiba, ora suscitante.

(STJ - Segunda Seção - CC 73681 / PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 16/08/2007 p. 284)

Ainda, diante da similaridade fática entre a cobrança de cotas condominiais e a de taxas de manutenção por associações moradores, a Terceira Turma do C. STJ, no julgamento do RMS n. 53.602/AL, buscando conferir uniformidade na fixação da competência para julgamento de demandas semelhantes, entendeu que não há óbice para que as referidas associações proponham ações de cobrança perante os Juizados Especiais, nos termos da ementa abaixo transcrita:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. JUIZADO ESPECIAL CÍVEL. CONTROLE DE COMPETÊNCIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AÇÃO DE COBRANÇA AJUIZADA POR ASSOCIAÇÃO DE MORADORES DE LOTEAMENTO URBANO. TAXAS DE MANUTENÇÃO DE ÁREAS COMUNS. COMPETÊNCIA DO JUIZADO.

1. Mandado de segurança impetrado em 03/10/2013. Recurso ordinário interposto em 29/09/2016 e concluso em 23/03/2017.

2. *O propósito recursal consiste em definir se o Juizado Especial Cível detém competência para o processamento e o julgamento de ação proposta por associação de moradores visando à cobrança de taxas de manutenção de loteamento urbano, em face de morador não associado.*

3. Consoante o firme entendimento desta Corte, é cabível mandado de segurança, ao Tribunal de Justiça, para o controle da competência do Juizado Especial, vedada a análise do mérito do processo subjacente, em observância à Súmula 376/STJ.

4. A teor do disposto no art. 3º, II, da Lei 9.099/95, o Juizado Especial é competente para o julgamento das ações que, no revogado Código de Processo Civil de 1973, submetiam-se ao procedimento sumário (art. 275, II, do CPC/73), aí incluindo a ação de cobrança ao condômino de quaisquer quantias devidas ao condomínio.

5. *Conquanto a cobrança de cotas condominiais instituídas por condomínio formal não se confunda com a cobrança de taxas de manutenção de áreas comuns instituídas por associação de proprietários de loteamento fechado, ambas as hipóteses apresentam semelhança tal a exigir a aplicação da mesma razão de decidir quanto à fixação, em abstrato, da competência.*

6. *Esse entendimento, além de conferir uniformidade na repartição da competência para demandas faticamente semelhantes, coaduna-se com o metaprincípio de submissão ao sistema dos Juizados Especiais das causas mais simples, que podem ser solucionadas de maneira mais célere e efetiva, sem as amarras formais que impregnam o processo civil tradicional.*

7. Recurso ordinário não provido. (g.n.)

(STJ - Terceira Turma - RMS n. 53.602/AL, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 07/06/2018)

Dessa forma, considerando que, no caso, o valor da causa é inferior a sessenta salários mínimos (R\$ 16.352,45), bem como que a demanda não se enquadra em nenhuma das hipóteses excludentes de competência previstas no artigo 3º, §1º, da Lei nº 10.259/2001, resta

evidenciada a competência do Juizado Especial Federal.

Ante o exposto, *julgo procedente o conflito negativo de competência*, para declarar competente o digno Juizado Especial Federal de Taubaté/SP para o julgamento da ação originária.

É o voto.

Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS - Relator

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL

5020804-14.2020.4.03.6100

Parte Autora: EDSON MARQUES HESPANHOL

Partes Rés: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, GERENTE DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 29/04/2021

EMENTA

REEXAME NECESSÁRIO. LEVANTAMENTO DO SALDO DE CONTA VINCULADA AO FGTS. DOENÇA GRAVE NÃO PREVISTA EXPRESSAMENTE PELA LEI N. 8.036/1990. POSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. TUTELA AO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE DO TITULAR DA CONTA. REEXAME DESPROVIDO.

1. O FGTS, conforme se infere da jurisprudência deste Tribunal, possui natureza alimentar, tendo como objetivo assegurar ao trabalhador o mínimo de dignidade - princípio maior do ordenamento constitucional pátrio - nos momentos de maiores dificuldades (desemprego, doença grave, etc):

2. O artigo 20 da Lei 8.036/90 elenca quais são as hipóteses autorizadoras da movimentação do saldo do FGTS. Nesse cenário, constata-se que referido artigo não pode ser interpretado de maneira restritiva, mas sim de forma teleológica, juntamente com o artigo 6º da Constituição Federal, que alça a saúde ao patamar de direito constitucional social e fundamental.

3. Por tais razões, independentemente de se aferir se o fundista ou seu familiar está em estágio terminal, pode o magistrado ordenar o levantamento do saldo da conta do FGTS mesmo fora das hipóteses previstas no art. 20 da Lei n. 8.036/90, desde que tal liberação tenha como finalidade atender à necessidade social premente, sobretudo em hipóteses em que se busca resguardar a saúde de membro da família da parte autora, assegurando-lhe melhor qualidade de vida, logo um bem jurídico constitucionalmente tutelado.

4. A jurisprudência tem se firmado no sentido de autorizar o levantamento do saldo de FGTS, em se tratando de doença grave conjugada com a necessidade do numerário depositado. Precedentes.

5. Reexame desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Segunda Turma decidiu, por unanimidade, negar provimento ao reexame necessário, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator):

Trata-se de reexame necessário de sentença que concedeu a segurança para o pedido para autorizar, EDSON MARQUES HESPANHOL, o levantamento do saldo existente em seu nome a

título de FGTS, em razão da doença de seu filho, com fulcro no art. 20 da Lei 8.036/90. Ausente a condenação em honorários advocatícios em razão do disposto no art. 25 da Lei 12.016/2009.

O Ministério Público Federal manifestou não ser o caso hipótese de sua intervenção.

Devidamente processado o recurso, subiram os autos a este tribunal.

É o relatório.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator):

O FGTS, conforme se infere da jurisprudência deste Tribunal, possui natureza alimentar, tendo como objetivo assegurar ao trabalhador o mínimo de dignidade - princípio maior do ordenamento constitucional pátrio - nos momentos de maiores dificuldades (desemprego, doença grave, etc):

PROCESSUAL CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - FGTS - LEVANTAMENTO DOS DEPÓSITOS - FALECIMENTO DO TRABALHADOR - ARTIGO 20, INCISO IV, DA LEI Nº 8.036/90 - RECURSO DE APELAÇÃO IMPROVIDO - SENTENÇA MANTIDA.

1. Aplicável à espécie o disposto no art. 20, inciso IV, da Lei 8.036 de 11 de maio de 1990, que autoriza a movimentação da conta vinculada do FGTS, no caso de falecimento do trabalhador.

2. “O ingresso em juízo para postular a liberação dos valores creditados por força da LC nº 110/01 supre a ausência da formalidade e constitui renúncia à possibilidade de obter em juízo qualquer diferença” (TRF 4ª Região, DJ 27.07.05, p. 604).

3. O FGTS constitui-se em direito social do trabalhador (artigo 7º, inciso III, da Constituição Federal). Citado instituto, de natureza alimentar e substitutivo da estabilidade no emprego, visa a manutenção do trabalhador e de sua família, nas circunstâncias de desemprego involuntário, com atendimento de condições materiais mínimas de subsistência do ser humano, visando preservar sua dignidade, princípio fundamental do ordenamento jurídico pátrio.

4. Recurso de apelação improvido.

5. Sentença mantida. (TRIBUNAL - TERCEIRA REGIÃO Classe: AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1286758 Processo: 200561160014700 UF: SP Órgão Julgador: QUINTA TURMA Data da decisão: 14/07/2008 Documento: TRF300180249 JUIZA RAMZA TARTUCE)

O artigo 20 da Lei 8.036/90 elenca quais são as hipóteses autorizadoras da movimentação do saldo do FGTS, dentre as quais destaco:

“(…)

XI - quando o trabalhador ou qualquer de seus dependentes for acometido de neoplasia maligna.

“(…)

XIII - quando o trabalhador ou qualquer de seus dependentes for portador do vírus HIV

XIV - quando o trabalhador ou qualquer de seus dependentes estiver em estágio terminal, em razão de doença grave, nos termos do regulamento;”

Nesse cenário, constata-se que o artigo 20 da Lei 8.036/90 não pode ser interpretado de maneira restritiva, mas sim de forma teleológica, juntamente com o artigo 6º da Constituição Federal, que alça a saúde ao patamar de direito constitucional social e fundamental.

Por tais razões, independentemente de se aferir se o fundista ou seu familiar está em estágio terminal, pode o magistrado ordenar o levantamento do saldo da conta do FGTS mesmo fora das hipóteses previstas no art. 20 da Lei n. 8.036/90, desde que tal liberação tenha como finalidade atender à necessidade social premente, sobretudo em hipóteses em que se busca resguardar a saúde de membro da família da parte autora, assegurando-lhe melhor qualidade de vida, logo um bem jurídico constitucionalmente tutelado. Nesse sentido, a jurisprudência desta Corte:

REMESSA NECESSÁRIA. MANDADO DE SEGURANÇA. ALVARÁ JUDICIAL. LEVANTAMENTO DO SALDO DO FGTS. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NO ROL CONSTANTE DO ART. 20 DA LEI 8.036/90. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. SITUAÇÃO DEMONSTRADA NOS AUTOS. LIBERAÇÃO DO FGTS.

1. A expedição do alvará judicial para levantamento de depósito existente na conta do FGTS é possível desde que o autor ou qualquer de seus dependentes estejam em uma das situações descritas no art. 20 da Lei nº 8.036/90

2. Em que pesem as diversas hipóteses, o apelante tampouco qualquer dos seus dependentes não se enquadram em nenhuma delas. Entretanto, a jurisprudência firmou-se no sentido de que não é taxativo o rol elencado em aludido dispositivo. Precedentes.

3. A jurisprudência tem firmado entendimento no sentido de que, em se tratando de doença grave, e havendo necessidade da importância depositada no FGTS, o trabalhador tem direito ao levantamento do saldo, ainda que não se trate de doença expressamente prevista na legislação. Precedentes.

4. *In casu*, constata-se que o impetrante possui um filho menor, acometido de cardiopatia grave (diagnosticada como ATRESIA TRICÚSPIDE), já submetido a duas cirurgias, o qual necessita de tratamentos, decorrente das cirurgias, demandando gastos financeiros e cuidados por parte da família.

5. Outrossim, os documentos juntados aos autos são suficientes (laudos médicos, exames e resumos de alta hospital) para permitir o alargamento da norma autorizadora do saque do FGTS por meio de interpretação extensiva.

6. Nesse passo, em virtude dos elementos suficientes para determinar a liberação de saldo do FGTS, a manutenção da sentença é medida que se impõe.

7. Remessa necessária improvida.

(REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL / SP 5002477-87.2018.4.03.6133, Relator(a): Desembargador Federal HELIO EGYDIO DE MATOS NOGUEIRA, Órgão Julgador 1ª Turma, Data do Julgamento 27/08/2019, Data da Publicação/Fonte Intimação via sistema DATA: 30/08/2019)

MANDADO DE SEGURANÇA. FGTS. LEVANTAMENTO DE SALDO. LEI 8.036/90, ART. 20. ROL NÃO TAXATIVO.

I - Presente no caso concreto o pressuposto de semelhança relevante, é de se admitir o emprego da analogia, vislumbrando-se na hipótese fática o mesmo elemento de gravidade do estado de saúde da parte impetrante contemplado pela norma positivada a determinar a autorização de levantamento do FGTS.

II – Remessa oficial desprovida.

(REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL / SP 5007624-62.2019.4.03.6100, Relator(a): Desembargador Federal OTAVIO PEIXOTO JUNIOR, Órgão Julgador 2ª Turma, Data do Julgamento 22/07/2020, Data da Publicação/Fonte e - DJF3 Judicial 1 DATA: 24/07/2020)

Compulsando os autos verifico que foram juntados laudos e exames médicos os quais constataam que o filho do impetrante permanece internado no hospital Avicenna S/A, tendo sofrido uma parada cardiorrespiratória, o que resultou na evolução do quadro para encefalopatia hipóxico anóxico severo.

Restou comprovado que o caso em questão é grave e o tratamento é indispensável e envolve altos custos financeiros.

A jurisprudência tem se firmado no sentido de autorizar o levantamento do saldo de FGTS, em se tratando de doença grave conjugada com a necessidade do numerário depositado. Nesse sentido:

FGTS. LEVANTAMENTO DOS SALDOS DE FGTS. TRATAMENTO DE MOLÉSTIA GRAVE, NÃO ELENCADE NO ART. 20, XI, DA LEI Nº 8.036/90. POSSIBILIDADE.

1. A enumeração do art. 20, da Lei 8.036/90, não é taxativa, admitindo-se, em casos excepcionais, o deferimento da liberação dos saldos do FGTS em situação não elencada no mencionado preceito legal, como no caso dos autos. Precedentes.

2. Ao aplicar a lei, o julgador se restringe à subsunção do fato à norma. Deve atentar para princípios maiores que regem o ordenamento jurídico e aos fins sociais a que a lei se destina (art. 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil).

3. Possibilidade de liberação do saldo do FGTS não elencada na lei de regência, mas que se justifica, por ser o direito à vida, à saúde e à dignidade do ser humano garantia fundamental assegurada constitucionalmente.

4. *In casu*, o recorrido ajuizou ação ordinária, objetivando o levantamento do seu saldo da conta vinculada ao FGTS, para atender à necessidade grave de seu filho menor de idade, portador de Pan Encefalite Esclerosante Sub Aguda, necessitando dos respectivos valores para tratamento, tendo em vista o alto custo dos medicamentos necessários, e dos exames que são realizados periodicamente, além dos gastos com a fisioterapia, fonoaudiologia e terapia ocupacional.

5. Recurso especial improvido.

(REsp 848.637/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/10/2006, DJ 27/11/2006, p. 256)

ADMINISTRATIVO. FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO - FGTS. LEVANTAMENTO DO SALDO. DOENÇA GRAVE. HIPÓTESE NÃO ELENCADE NO ART. 20 DA LEI N. 8.036/90. FINALIDADE SOCIAL DA NORMA. POSSIBILIDADE.

1. Não é razoável considerar taxativo o rol de hipóteses que autorizam o levantamento do saldo depositado na conta fundiária, previstas na Lei nº 8.036/1990, devendo o citado dispositivo ser interpretado com vistas aos fins sociais aos que o mesmo se dirige e às exigências do bem comum, nos exatos termos do art. 5º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

2. A jurisprudência tem firmado entendimento no sentido de que, em se tratando de doença grave, e havendo necessidade da importância depositada no FGTS, o trabalhador tem direito ao levantamento do saldo, ainda que não se trate de doença expressamente prevista na legislação. Precedentes.

3. Resta patente o direito de a parte impetrante levantar o saldo de sua conta vinculada para atender às necessidades mais prementes em razão de sua doença, cujo tratamento demanda acompanhamento médico permanente e gastos com exames e medicamentos de alto custo.

4. Remessa oficial não provida.

(RemNecCiv 5000549-04.2018.4.03.6133, Desembargador Federal HELIO EGYDIO DE MATOS NOGUEIRA, TRF3 - 1ª Turma, Intimação via sistema DATA: 28/11/2019.)

ADMINISTRATIVO. FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO - FGTS. LEVANTAMENTO DO SALDO. DOENÇA GRAVE. HIPÓTESE NÃO ELENCADE NO ART. 20 DA LEI N. 8.036/90. FINALIDADE SOCIAL DA NORMA. POSSIBILIDADE.

1. A jurisprudência tem firmado entendimento no sentido de que, em se tratando de doença grave e havendo necessidade da importância depositada no FGTS, o trabalhador tem direito ao levantamento do saldo, ainda que não se trate de doença expressamente prevista na legislação. Precedentes.

2. Na hipótese dos autos, as filhas do titular da conta fundiária são portadoras de doença denominada “Transtorno do Espectro do Autismo”, surgindo, assim, o direito ao levantamento do saldo do FGTS, a fim de que seja assegurado acesso ao valor depositado para fazer frente às despesas com o tratamento e à aquisição dos medicamentos.

3. Remessa oficial não provida.

(REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL ..SIGLA_CLASSE: RemNecCiv 5000052-21.2020.4.03.6100.. PROCESSO_ ANTIGO:.PROCESSO_ ANTIGO_ FORMATADO:, ..RELATORC:, TRF3 - 1ª Turma, Intimação via sistema DATA: 14/09/2020 ..FONTE_PUBLICACAO1: ..FONTE_PUBLICACAO2: ..FONTE_PUBLICACAO3:.)

ADMINISTRATIVO. FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO. LEVANTAMENTO DE SALDO DE CONTA VINCULADA. DOENÇA GRAVE NÃO ELENCADE EXPRESSAMENTE NO ART. 20 DA LEI Nº 8.036/1990. POSSIBILIDADE.

- O FGTS tem múltiplas finalidades sociais, especialmente dar amparo financeiro ao trabalhador (em situações tais como desemprego involuntário) e criar volume de recursos para financiar políticas públicas em diversas áreas (p. ex., financiamentos habitacionais, saneamento e infraestrutura socioeconômica). Em razão disso, o ordenamento jurídico tem delimitado a movimentação do FGTS mediante listas positivadas em atos normativos.

- As hipóteses tratadas no art. 20 da Lei nº 8.036/1990 devem ser interpretadas restritivamente (vale dizer, trata-se de lista taxativa), devendo ser cumpridas pela CEF. Porque essas hipóteses de saque foram abstratamente positivadas, pelo titular da competência normativa, dentro de limites da discricionariedade concedidos pela ordem jurídica, o Poder Judiciário também deve respeitá-las, contudo, harmonizando aspectos particulares que os autos revelem, podendo avaliar, no caso concreto, se há justificativas jurídicas igualmente protegidas pelo Estado de Direito que permitam saques pelo trabalhador.

- O caso *sub judice* cuida de situação concreta na qual é juridicamente legítimo o saque do FGTS, porque o motivo do pleito emerge como motivo equivalente àqueles descritos no art. 20 da Lei nº 8.036/1990, conciliando os mesmos propósitos individuais e públicos. Nessas circunstâncias, é presumível que o levantamento pelo trabalhador atenda aos melhores propósitos do FGTS.

- Pela documentação acosta aos autos, está comprovado que o trabalhador sofre de Parkinson precoce; CID G20; apresentando rigidez, distúrbio da marcha e equilíbrio; e que é titular de conta vinculada do FGTS em relação ao qual pleiteia saque.

- Remessa necessária desprovida.

(REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL/SP 5000847-12.2020.4.03.6105, Relator(a): Desembargador Federal JOSE CARLOS FRANCISCO, Órgão Julgador, 2ª Turma Data do Julgamento, 26/11/2020, Data da Publicação/Fonte e - DJF3 Judicial 1 DATA: 30/11/2020)

Anoto que o emprego da analogia pressupõe o elemento de semelhança relevante, a nota comum entre os fatos devendo ser aquela pela lei considerada como determinante da norma no caso expressamente previsto, nas hipóteses legais vislumbrando-se o elemento de gravidade do estado de saúde de dependente de trabalhador optante a determinar a autorização de levantamento do FGTS, elemento este que se apresenta na espécie tratada nos autos.

Diante do exposto, *nego provimento* ao reexame necessário.

É como voto.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL

5030265-74.2020.4.03.0000

Suscitante: COMARCA DE NOVO HORIZONTE/SP - 2ª VARA
 Suscitada: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE CATANDUVA/SP - 1ª VARA FEDERAL
 Parte Autora: JOSÉ ANTONIO FRANCISCO
 Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELSON PORFÍRIO
 Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 06/04/2021

EMENTA

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. PREVIDENCIÁRIO. ART. 109, §3º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. COMPETÊNCIA TERRITORIAL. COMPETÊNCIA DELEGADA. LEI N. 13.876/2019. CONFLITO IMPROCEDENTE. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITANTE.

- 1 - Ação de natureza previdenciária pode ser ajuizada perante Vara Federal da Subseção Judiciária circunscrita ao município em que está domiciliado o autor; perante as Varas Federais da Capital do Estado ou, ainda, no foro Estadual do domicílio do segurado, sempre que a comarca não seja sede de Vara do Juízo Federal, por se tratar de hipótese de competência delegada, nos moldes do art. 109, § 3º, da Constituição Federal.
- 2 - O art. 15, inciso III, da Lei nº 5.010/66, com a redação dada pela Lei nº 13.876/2019, limitou o exercício da competência delegada às comarcas de domicílio do segurado situadas a mais de 70 km de municípios sede de vara federal, determinando ao respectivo Tribunal Regional Federal a indicação das comarcas que se enquadrem no critério de distância. A Presidência deste e. TRF/3ª Região, editou a Resolução n. 322, em 12 de dezembro de 2019, dispondo sobre o exercício da competência delegada no âmbito da Justiça Federal da 3ª Região, nos termos do art. 3º da Lei nº 13.876/2019, constando, no Anexo I, a comarca de Novo Horizonte, SP com competência federal delegada, pois localizada a mais de 70 km do município sede de vara federal, cuja circunscrição abranja o município sede da comarca, no caso, São José do Rio Preto. Essa previsão foi mantida na Resolução n. 334, de 27 de fevereiro de 2020.
3. Houve substancial alteração desse comando com a edição da Resolução Pres. 345, de 30 de abril de 2020, com a exclusão da competência delegada da comarca de Novo Horizonte, SP, que passou a ser abrangida pela circunscrição de Catanduva, nos termos do Provimento CJF3R n. 38, de 28 de maio de 2020, que alterou a jurisdição das Subseções Judiciárias de Barretos, Catanduva, Jales, São José do Rio Preto e Ribeirão Preto. Todavia, tendo a ação originária sido ajuizada em 11.03.2020, ou seja, *antes* da publicação da nova Resolução desta c. Corte, considero que a Justiça Estadual ainda detinha a competência delegada, prevista no § 3º do artigo 109 da Carta Magna.
- 4 - Conflito negativo julgado improcedente para declarar competente o e. Juízo Estadual Suscitante.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Seção, por unanimidade, decidiu julgar improcedente o conflito negativo de competência para declarar

competente o Juízo Estadual da 2ª Vara da Comarca de Novo Horizonte/SP (Juízo Suscitante), nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Desembargador Federal Nelson Porfírio (Relator): Trata-se de conflito de competência no qual consta como suscitante o *Juízo da 2ª Vara da Comarca de Novo Horizonte - SP* e como suscitado o *Juízo da 1ª Vara Federal de Catanduva - SP*, em ação objetivando a concessão do benefício de aposentadoria por idade a trabalhador rural.

O feito originário foi distribuído ao Juízo suscitante que, de ofício, declinou da competência, ao argumento que após a publicação da Lei n. 13.876/2019, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região promulgou a Resolução n. 322/2019, indicando as comarcas que permaneceram com a competência delegada, dentre as quais, a comarca de Novo Horizonte, que continuaria a exercer a competência federal delegada, pois distante a mais de 70 Km da Subseção Judiciária de São José do Rio Preto. Todavia, Novo Horizonte está localizada a apenas 50 Km da comarca de Catanduva, que possui vara federal, motivo pelo qual não se justifica a permanência de sua competência delegada.

Redistribuída a ação, o MM. Juízo da 1ª Vara Federal de Catanduva/SP, determinou a devolução dos autos ao juízo suscitante, ao argumento, em síntese, de que a Subseção de São José do Rio Preto/SP é a sede da “circunscrição federal” em que localizada Novo Horizonte/SP, de modo que mantém-se a competência delegada nos termos das Resoluções editadas pelo TRF/3ª Região, bem como na impossibilidade de redistribuição de processos pela Justiça Estadual (na competência delegada), nos termos da r. decisão proferida pelo Min. do STJ Mauro Campbell, no Incidente de Assunção de Competência, no Conflito de Competência nº150.051/RS.

Por sua vez, o Juízo Estadual de Novo Horizonte suscitou o conflito negativo de competência.

O presente conflito foi distribuído perante o colendo Superior Tribunal de Justiça, que não o conheceu, e determinou a redistribuição a este Tribunal (ID 146087174 - Pág. 90).

O e. Juízo Suscitante foi designado para a análise de questões de urgência (ID 147262632).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo regular prosseguimento (ID 148288963).

É o relatório.

Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO - Relator

VOTO

O Exmo. Desembargador Federal Nelson Porfírio (Relator): Com efeito, em se tratando de ação de natureza previdenciária, seu ajuizamento poderá se dar perante Vara Federal da Subseção Judiciária circunscrita ao município em que está domiciliado o autor; perante as Varas Federais da Capital do Estado ou, ainda, no foro Estadual do domicílio do segurado, sempre que a comarca não seja sede de Vara do Juízo Federal, por se tratar de hipótese de competência delegada, nos moldes do art. 109, § 3º, da Constituição Federal, que assim dispõe:

“Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

§ 3º - Serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado,

sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual”.

Por sua vez, o art. 15, inciso III, da Lei nº 5.010/66, com a redação dada pela Lei nº 13.876/2019, limitou o exercício da competência delegada às comarcas de domicílio do segurado situadas a mais de 70 km de municípios sede de vara federal, determinando ao respectivo Tribunal Regional Federal a indicação das comarcas que se enquadrem no critério de distância.

A Presidência deste e. TRF/3ª Região, editou a Resolução n. 322, em 12 de dezembro de 2019, dispondo sobre o exercício da competência delegada no âmbito da Justiça Federal da 3ª Região, nos termos do art. 3º da Lei nº 13.876/2019, constando, no Anexo I, a comarca de Novo Horizonte, SP com competência federal delegada, pois localizada a mais de 70 km do município sede de vara federal, cuja circunscrição abranja o município sede da comarca, no caso, São José do Rio Preto. Essa previsão foi mantida na Resolução n. 334, de 27 de fevereiro de 2020.

Esse era o comando normativo que estava em vigor no momento em que suscitado o conflito negativo de competência.

Houve substancial alteração desse comando com a edição da Resolução Pres. 345, de 30 de abril de 2020, com a exclusão da competência delegada da comarca de Novo Horizonte, SP, que passou a ser abrangida pela circunscrição de Catanduva, nos termos do Provimento CJP3R n. 38, de 28 de maio de 2020, que alterou a jurisdição das Subseções Judiciárias de Barretos, Catanduva, Jales, São José do Rio Preto e Ribeirão Preto.

Todavia, tendo a ação originária sido ajuizada em 11.03.2020, ou seja, *antes* da publicação da nova Resolução desta c. Corte, considero que a Justiça Estadual ainda detinha a competência delegada, prevista no § 3º do artigo 109 da Carta Magna.

Nesse sentido recente julgado desta eg. 3ª Seção desta Corte: CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL Nº 5030258-82.2020.4.03.0000, RELATOR DES. FED. BATISTA GONÇALVES, j. 11.03.2021.

Por fim, assevere-se que o C. Superior Tribunal de Justiça, no Conflito de Competência nº 170.051 - RS (2019/0376717-3), de relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, em caráter liminar, determinou a imediata suspensão, em todo o território nacional, de qualquer ato destinado a redistribuição de processos pela Justiça Estadual (no exercício da jurisdição federal delegada) para a Justiça Federal, até o julgamento definitivo do Incidente de Assunção de Competência no Conflito de Competência, para as ações ajuizadas anteriormente a 01.01.2020, conforme peço vênia para transcrever:

“Ante o exposto, submeto ao referendado da Primeira Seção do STJ, em observância aos artigos 947, § 2º, do CPC/2015 e 271-B do RISTJ, a admissão do Incidente de Assunção de Competência no presente conflito de competência, nos termos dos artigos 947, § 4º, do CPC/2015 e 271-B do RISTJ, observadas as seguintes determinações e providências:

b) Em caráter liminar, em razão da iminência de atos judiciais declinatórios de competência, observado o princípio da segurança jurídica, MANUTENÇÃO da imediata suspensão, em todo o território nacional, de qualquer ato destinado a redistribuição de processos pela Justiça Estadual (no exercício da jurisdição federal delegada) para a Justiça Federal, até o julgamento definitivo do presente Incidente de Assunção de Competência no Conflito de Competência, referente aos processos iniciados anteriormente a 1º/1/2020, os quais deverão ter regular tramitação e julgamento, independentemente do julgamento do presente Incidente de Assunção de Competência no Conflito de Competência;”

No presente caso, a ação originária foi distribuída em 11.03.2020, não sendo o caso, portanto, da mencionada suspensão.

Diante do exposto, *julgo improcedente* o conflito negativo de competência para declarar competente o Juízo Estadual da 2ª Vara da Comarca de Novo Horizonte/SP (Juízo Suscitante).

Oficie-se aos e. Juízos envolvidos na divergência informando-lhes sobre a presente decisão.

É como voto.

Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO - Relator

CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL

5033915-32.2020.4.03.0000

Suscitante: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SANTO ANDRÉ/SP - 1ª VARA FEDERAL
Suscitada: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO/SP - 1ª VARA FEDERAL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA RIBEIRO

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 15/04/2021

EMENTA

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. FORO COMPETENTE. APLICAÇÃO DA REGRA CONTIDA NO ART. 109, § 2º, DA CF/88. Destacando-se que, em se tratando de processo eletrônico, independentemente de onde estiverem os autos, o fluxo de comunicação entre o Juízo e a autoridade apontada como coatora mostra-se célere, tenho defendido que se evidencia que a natureza especial do “mandamus” funda-se apenas como natureza constitucional do instrumento de defesa de direitos, nada relacionado com a própria autoridade ou sua sede funcional, pelo que não existe oposição relevante quanto ao ponto para afastar a regra matriz de competência geral estabelecida no art. 109, §2º, da CF/88, que se ampara, inclusive, na efetivação do princípio constitucional do acesso à justiça em sua maior amplitude.

Constata-se que o Supremo Tribunal Federal legitima a opção do autor pelo foro de seu domicílio, mesmo que se trate de ação mandamental e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, amoldando-se ao entendimento do Supremo, tem reconhecido a aplicação do art. 109, §2º, da CF/88, no âmbito do mandado de segurança, decidindo que no conflito entre o entendimento que conclui pela competência do foro da sede da autoridade impetrada e o que conclui pelo foro de domicílio do autor, prevalece a faculdade atribuída ao impetrante pela Constituição Federal quanto à escolha de seu ajuizamento perante o foro de seu domicílio. No mesmo sentido, registrando-se julgados mais atuais de outros Tribunais Regionais Federais, nesta Corte, o Órgão Especial, no Conflito de Competência nº 5008497-92.2020.4.03.0000, assentou o entendimento no sentido de aplicar a faculdade prevista no art. 109, § 2º, da Constituição Federal, ao mandado de segurança, reconhecendo a competência do foro de domicílio da impetrante.

Conflito de competência procedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Segunda Seção, por unanimidade, decidiu julgar procedente o conflito de competência, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo da 1ª Vara Federal de Santo André/SP em face do Juízo Federal da 1ª Vara de São Bernardo do Campo/SP, nos autos de mandado de segurança impetrado em face do Delegado da Receita Federal do Brasil em Santo André, por impetrante com domicílio na cidade de São Bernardo do Campo.

Foi designado o Juízo suscitante para resolver provisoriamente as possíveis medidas urgentes.

É o relatório.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

VOTO

Destacando-se que, em se tratando de processo eletrônico, independentemente de onde estiverem os autos, o fluxo de comunicação entre o Juízo e a autoridade apontada como coatora mostra-se célere, tenho defendido que se evidencia que a natureza especial do “mandamus” funda-se apenas como natureza constitucional do instrumento de defesa de direitos, nada relacionado com a própria autoridade ou sua sede funcional, pelo que não existe oposição relevante quanto ao ponto para afastar a regra matriz de competência geral estabelecida no art. 109, §2º, da CF/88, que se ampara, inclusive, na efetivação do princípio constitucional do acesso à justiça em sua maior amplitude.

Em relação à questão, constata-se que o Supremo Tribunal Federal legitima a opção do autor pelo foro de seu domicílio, mesmo que se trate de ação mandamental:

CONSTITUCIONAL E DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. UNIÃO. FORO DE DOMICILIO DO AUTOR. APLICAÇÃO DO ART. 109, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal está pacificada no sentido de que as causas intentadas contra a União poderão ser aforadas na seção judiciária em que for domiciliado o autor, naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou, ainda, no Distrito Federal.

2. Agravo regimental improvido.

(RE 509442 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 03/08/2010, DJe-154 DIVULG 19-08-2010 PUBLIC 20-08-2010 EMENT VOL-02411-05 PP-01046 RT v. 99, n. 901, 2010, p. 142-144)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TEMA 374 DA REPERCUSSÃO GERAL. COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. ART. 109, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO. SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DOMICÍLIO DO AUTOR. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I – O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Tema 374 da Repercussão Geral (RE 627.709/DF, de minha relatoria), privilegiou o acesso à justiça na interpretação do art. 109, § 2º, da Constituição, ao aplicar a faculdade nele prevista também às autarquias federais.

II – A faculdade prevista no art. 109, § 2º, da Constituição deve ser aplicada inclusive em casos de impetração de mandado de segurança, possibilitando-se o ajuizamento na Seção Judiciária do domicílio do autor, a fim de tornar amplo o acesso à justiça.

III – Agravo regimental a que se nega provimento.

(RE 736971 AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 04/05/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-118 DIVULG 12-05-2020 PUBLIC 13-05-2020)

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, amoldando-se ao entendimento do Supremo, tem reconhecido a aplicação do art. 109, §2º, da CF/88, no âmbito do mandado de segurança, decidindo que no conflito entre o entendimento que conclui pela competência do foro da sede da autoridade impetrada e o que conclui pelo foro de domicílio do autor, prevalece a faculdade atribuída ao impetrante pela Constituição Federal quanto à escolha de seu ajuizamento perante o foro de seu domicílio:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. AUTARQUIA FEDERAL. ARTIGO 109, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. POSSIBILIDADE DE AJUIZAMENTO NO DOMICÍLIO DO AUTOR. FACULDADE CONFERIDA AO IMPETRANTE.

1. Não se desconhece a existência de jurisprudência no âmbito deste Superior Tribunal de Justiça segundo a qual, em se tratando de Mandado de Segurança, a competência para processamento e julgamento da demanda é estabelecida de acordo com a sede funcional da autoridade apontada como coatora e a sua categoria profissional. No entanto, a aplicação absoluta de tal entendimento não se coaduna com a jurisprudência, também albergada por esta Corte de Justiça, no sentido de que “Proposta ação em face da União, a Constituição Federal (art. 109, § 2º) possibilita à parte autora o ajuizamento no foro de seu domicílio” (REsp 942.185/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 02/06/2009, DJe 03/08/2009).
2. Diante do aparente conflito de interpretações, tenho que deve prevalecer a compreensão de que o art. 109 da Constituição Federal não faz distinção entre as várias espécies de ações e procedimentos previstos na legislação processual, motivo pelo qual o fato de se tratar de uma ação mandamental não impede o autor de escolher, entre as opções definidas pela Lei Maior, o foro mais conveniente à satisfação de sua pretensão.
3. A faculdade prevista no art. 109, § 2º, da Constituição Federal, abrange o ajuizamento de ação contra quaisquer das entidades federais capazes de atrair a competência da Justiça Federal, uma vez que o ordenamento constitucional, neste aspecto, objetiva facilitar o acesso ao Poder Judiciário da parte litigante.
4. Agravo interno a que se nega provimento.
(AgInt no CC 153.878/DF, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/06/2018, DJe 19/06/2018)

PROCESSO CIVIL. AGRAVO INTERNO NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPETRAÇÃO. AUTARQUIA FEDERAL. APLICAÇÃO DA REGRA CONTIDA NO ART. 109, § 2º, DA CF. ACESSO À JUSTIÇA. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Tratando-se de mandado de segurança impetrado contra autoridade pública federal, o que abrange a União e respectivas autarquias, o Superior Tribunal de Justiça realinhou a sua jurisprudência para adequar-se ao entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, admitindo que seja aplicada a regra contida no art. 109, § 2º, da CF, a fim de permitir o ajuizamento da demanda no domicílio do autor, tendo em vista o objetivo de facilitar o acesso à Justiça. Precedentes: AgInt no CC 153.138/DF, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Seção, julgado em 13/12/2017, DJe 22/2/2018; AgInt no CC 153.724/DF, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Seção, julgado em 13/12/2017, DJe 16/2/2018; AgInt no CC 150.269/AL, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Seção, julgado em 14/6/2017, DJe 22/6/2017.

2. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no CC 154.470/DF, Rel. Ministro OG FERNANDES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/04/2018, DJe 18/04/2018)

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. CAUSAS CONTRA A UNIÃO. FORO DO DOMICÍLIO DO IMPETRANTE. OPÇÃO. ALTERAÇÃO JURISPRUDENCIAL.

1. Tendo em vista o entendimento do STF, o STJ reviu seu posicionamento anterior e, visando facilitar o acesso ao Poder Judiciário, estabeleceu que as causas contra a União poderão, de acordo com a opção do autor, ser ajuizadas perante os juízos indicados no art. 109, § 2º, da Constituição Federal.

2. Caberá, portanto, à parte impetrante escolher o foro em que irá propor a demanda, podendo ajuizá-la no foro de seu domicílio.

Precedente: AgInt no CC 150269/AL, Relator Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 22/06/2017.

3. Agravo interno desprovido.

(AgInt no CC 153.138/DF, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/12/2017, DJe 22/02/2018)

PROCESSO CIVIL. AGRAVO INTERNO NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPETRAÇÃO. AUTARQUIA FEDERAL. APLICAÇÃO DA REGRA CONTIDA NO ART. 109, § 2º, DA CF. ACESSO À JUSTIÇA. PRECEDENTES. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO.

1. Na espécie, o conflito negativo de competência foi conhecido para declarar competente o juízo federal do domicílio do impetrante.

2. A Primeira Seção do STJ, em uma evolução jurisprudencial para se adequar ao entendimento do STF sobre a matéria, tem decidido no sentido de que, nas causas aforadas contra a União, inclusive em ações mandamentais, pode-se eleger a Seção Judiciária do domicílio do autor, com o objetivo de facilitar o acesso à Justiça.

Precedentes: AgInt no CC n. 154.470/DF, Rel. Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, DJe 18/4/2018; AgInt no CC n. 153.138/DF, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Seção, DJe 22/2/2018; AgInt no CC n. 153.724/DF, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Seção, DJe 16/2/2018.

3. Agravo interno não provido.

(AgInt no CC 166.130/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 03/09/2019, DJe 05/09/2019)

À vista dessa orientação das Cortes Superiores, registro, ainda, julgados mais atuais de outros Tribunais Regionais Federais, que entendem pela possibilidade da impetração do mandado de segurança no domicílio da parte impetrante, mesmo tendo a autoridade coatora endereço em outra subseção federal:

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONFLITO DE COMPETÊNCIA: VARAS FEDERAIS. OPÇÃO DO IMPETRANTE. JUÍZO DO DOMICÍLIO DO OU JUÍZO DA SEDE FUNCIONAL DA AUTORIDADE COATORA. PRECEDENTES DO STF E STJ.

1. O STF e o STJ, modificando entendimento anterior, entenderam que, para fins de facilitar o acesso à Justiça, quando se tratar de mandado de segurança, prevalece o direito subjetivo, constitucionalmente amparado (§ 2º do art. 109 da Constituição), quanto à opção pelo foro de seu domicílio (CC nº 1040762-12.2019.4.01.0000, Rel. Des. Fed. WILSON ALVES DE SOUZA, julg. 18/02/2020).

2. Conflito acolhido para, dentre os Juízos em Conflito, declarar competente o Juízo da Vara Única da SSJ de Muriaé/MG.

(CC 1017513-95.2020.4.01.0000, JUIZ FEDERAL CÉSAR JATAHY FONSECA (CONV.), TRF1 - PRIMEIRA SEÇÃO, PJe 24/08/2020 PAG.)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. FORO DO DOMICÍLIO DO IMPETRANTE. OPÇÃO. ALTERAÇÃO JURISPRUDENCIAL.

1. Tendo em vista o entendimento do STF, o STJ reviu seu posicionamento anterior e, visando facilitar o acesso ao Poder Judiciário, estabeleceu que as causas contra a União poderão, de acordo com a opção do autor, ser ajuizadas perante os juízos indicados no art. 109, § 2º, da Constituição Federal.

2. Caberá, portanto, à parte impetrante escolher o foro em que irá propor a demanda, podendo ajuizá-la no foro de seu domicílio, ainda que este não coincida com o domicílio funcional da autoridade coatora.

(TRF4, AG 5010434-13.2020.4.04.0000, PRIMEIRA TURMA, Relator FRANCISCO DONIZETE GOMES, juntado aos autos em 28/08/2020)

E, nesta Corte, recentemente, na sessão de julgamento de 29 de julho de 2020, o Órgão Especial, no Conflito de Competência nº 5008497-92.2020.4.03.0000, de relatoria do Exmo. Desembargador Federal André Nekatschalow, assentou o entendimento no sentido de aplicar a faculdade prevista no art. 109, § 2º, da Constituição Federal, ao mandado de segurança, reconhecendo a competência do foro de domicílio da impetrante:

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).

2. O Supremo Tribunal Federal proferiu decisão no Recurso Extraordinário n. 627.709, com entendimento no sentido de é facultado ao autor que litiga contra a União Federal, seja na qualidade de Administração Direta ou de Administração Indireta, escolher o foro dentre aqueles indicados no art. 109, § 2º, da Constituição da República.

3. O entendimento do Superior Tribunal de Justiça da mesma maneira, tem sido no sentido de que também há competência do foro de domicílio do autor para as causas ajuizadas contra a União e autarquias federais, inclusive mandamentais.

4. Esta Corte já proferiu decisão no sentido de que nos termos do art.109, § 2º, da Constituição da República, o impetrante pode escolher entre os Juízos para impetrar o mandado de segurança, nos casos em que a autoridade coatora é integrante da Administração Pública Federal.

5. Não obstante a autoridade impetrada esteja sediada em Osasco (SP), também há competência do foro de domicílio da autora para as causas ajuizadas contra a União e autarquias federais.

6. Conflito procedente.

Ante o exposto, voto por julgar *PROCEDENTE* o conflito de competência.

É como voto.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO

5001000-90.2021.4.03.0000

Agravante: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Agravado: INSTITUTO DE ARTES INTERATIVAS LTDA.
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 30/04/2021

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. PENHORA DE RECEBÍVEIS DE CARTÃO DE CRÉDITO.. DIREITO DE CRÉDITO. RETENÇÃO DE PARTE DO FATURAMENTO. REQUISITOS ESPECÍFICOS. SUSPENSÃO DA AÇÃO COM BASE NO ARTIGO 1.036, §1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Os recebíveis decorrentes de operações com cartão de crédito não equivalem a dinheiro, a ponto de terem prioridade de constrição e de não se submeterem, a princípio, a limite quantitativo (artigo 835, I, do CPC). Os depósitos sob responsabilidade das administradoras não possuem disponibilidade e liquidez imediata, configurando um direito de crédito, a ser realizado após o pagamento da fatura pelo usuário e segundo a programação combinada com o varejista.

2. Não se trata de um ativo imediatamente conversível em dinheiro, como os depósitos bancários e as aplicações financeiras. Os fornecedores credenciados na rede da operadora de cartão de crédito receberão os valores posteriormente na data convencionada, mediante simples repasse da administradora ou antecipação do montante por intermédio de financiamento bancário.

3. Há um direito de crédito, que, diferentemente do dinheiro em espécie ou em custódia do sistema financeiro, ocupa uma das últimas posições na ordem legal de constrição (artigo 835, XIII, do CPC).

4. Na verdade, em função da disseminação do uso do cartão de crédito ou débito no comércio, os recebíveis a serem transferidos pelas operadoras materializam o faturamento do varejista, cuja penhora, pelo potencial de estagnar a fonte produtiva, vem cercada de cautelas legais, como a excepcionalidade, a nomeação de administrador e a adoção de percentual de apropriação que mantenha o funcionamento da empresa (artigo 866 do CPC).

5. Não existe a possibilidade de apropriação imediata ou integral do resultado da venda por cartão de crédito ou débito, sob pena de paralisação da atividade econômica. Deve haver o esgotamento de diligências patrimoniais e a retenção de parte das receitas, que concilie a efetividade da execução e a função social da empresa.

6. Nessas circunstâncias, mostra-se inviável o pedido de bloqueio dos recebíveis, como se fosse uma penhora de dinheiro em espécie ou em custódia do sistema financeiro. Aplicam-se os parâmetros da constrição de percentual do faturamento, a serem analisados oportunamente.

7. Por fim, no tocante à suspensão da tramitação do feito, razão assiste à União Federal. Suspenso o curso da ação com base no artigo 1.036 do Código de Processo Civil, § 1º, do Código de Processo Civil, eis que a matéria – penhora sobre o faturamento e esgotamento das vias expropriatórias – encontra-se afetada, este deve ser o funda-

mento para suspensão da execução, não sendo aplicável, na específica circunstância, o artigo 40 da LEF.

8. Agravo de instrumento parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao agravo de instrumento tão somente para manter suspenso o curso da ação com base no artigo 1.036 do Código de Processo Civil, § 1º, do Código de Processo Civil e não do artigo 40 da Lei de Execuções Fiscais, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela União Federal, em sede de execução fiscal movida em desfavor de Instituto de Artes Interativas Ltda., em face de decisão que indeferiu pedido de penhora de valores a serem pagos por administradoras de cartão de crédito à agravada, por constituir faturamento, tendo suspenso o feito com base no artigo 40 da Lei 6.830/80, tendo em vista a decisão proferida pelo E. STJ quando da análise do tema tratado nos REsp 1.835.864/SP, 1.666.542/SP e 1.835.865/SP, o qual foi afetado como de caráter representativo de controvérsia de natureza repetitiva (Tema 769).

De acordo com a União Federal, *“a penhora sobre o faturamento, entendido este como a receita bruta operacional da empresa, incide sobre o percentual do total dos valores arrecadados por meio da exploração do objeto social da devedora durante determinado período de tempo, ao passo que a penhora dos repasses do cartão de crédito alcança direitos certos ou determináveis, enquadrando-se nas regras de penhora de créditos previstas nos artigos 855 a 860 do CPC”*. Ressalta que enquanto a penhora sobre faturamento demanda o esgotamento da busca de outras vias de satisfação do crédito, a penhora de créditos não está sujeita ao esgotamento de diligências. Traz que os demais valores recebidos pela agravada, que não decorrentes do pagamento por cartão de crédito, não serão atingidos pela constrição, o que revela, com mais vigor, a diferença entre esses dois tipos de penhora.

Pugna, liminarmente, pelo deferimento da penhora de recebíveis de cartão de crédito, ou subsidiariamente, que o feito seja suspenso com base no § 1º, do artigo 1.036, do CPC, e não no artigo 40, da Lei 6.830/80, uma vez que a União não pode ser prejudicada com o início da contagem do prazo de prescrição intercorrente na pendência da definição do Tema 769 pelo E. STJ. Ao fim, requer o provimento do agravo de instrumento.

Não foi ofertada contraminuta eis que não triangularizada a relação processual na primeira instância.

É o relato do essencial. Cumpre decidir.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

VOTO

Os recebíveis decorrentes de operações com cartão de crédito não equivalem a dinheiro, a ponto de terem prioridade de constrição e de não se submeterem, a princípio, a limite

quantitativo (artigo 835, I, do CPC). Os depósitos sob responsabilidade das administradoras não possuem disponibilidade e liquidez imediata, configurando um direito de crédito, a ser realizado após o pagamento da fatura pelo usuário e segundo a programação combinada com o varejista.

Não se trata de um ativo imediatamente conversível em dinheiro, como os depósitos bancários e as aplicações financeiras. Os fornecedores credenciados na rede da operadora de cartão de crédito receberão os valores posteriormente na data convencionada, mediante simples repasse da administradora ou antecipação do montante por intermédio de financiamento bancário.

Há um direito de crédito, que, diferentemente do dinheiro em espécie ou em custódia do sistema financeiro, ocupa uma das últimas posições na ordem legal de constrição (artigo 835, XIII, do CPC).

Na verdade, em função da disseminação do uso do cartão de crédito ou débito no comércio, os recebíveis a serem transferidos pelas operadoras materializam o faturamento do varejista, cuja penhora, pelo potencial de estagnar a fonte produtiva, vem cercada de cautelas legais, como a excepcionalidade, a nomeação de administrador e a adoção de percentual de apropriação que mantenha o funcionamento da empresa (artigo 866 do CPC).

Não existe a possibilidade de apropriação imediata ou integral do resultado da venda por cartão de crédito ou débito, sob pena de paralisação da atividade econômica. Deve haver o esgotamento de diligências patrimoniais e a retenção de parte das receitas, que concilie a efetividade da execução e a função social da empresa.

O Superior Tribunal de Justiça se posiciona nesse sentido:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENHORA DE VALORES DE CRÉDITOS FUTUROS RESULTANTES DE VENDAS EFETUADAS POR CARTÃO DE CRÉDITO E DÉBITO. FATURAMENTO DA EMPRESA. MEDIDA EXCEPCIONAL. AGRAVO INTERNO DA FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Esta Corte possui o entendimento de que a penhora de créditos da parte executada, junto às administradoras de cartões de crédito, reclama a demonstração efetiva de que foram esgotados todos os meios disponíveis para a localização de outros bens penhoráveis. Precedentes: AgInt no REsp. 1.348.462/RS, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 4.3.2016; AgRg no AREsp. 450.575/MG, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe de 18.6.2014.

2. Em casos similares, esta Corte tem entendido que os recebíveis de operadoras de cartão de crédito equiparam-se ao faturamento da empresa e, por isso, devem ser restringidos, de forma a viabilizar o regular desempenho da atividade empresarial (REsp. 1.408.367/SC, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 16.12.2014).

3. Agravo Interno da FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO a que se nega provimento. (STJ, AgInt no AREsp 886894, Relator Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJ 27.05.2019).

Nessas circunstâncias, mostra-se inviável o pedido de bloqueio dos recebíveis, como se fosse uma penhora de dinheiro em espécie ou em custódia do sistema financeiro. Aplicam-se os parâmetros da constrição de percentual do faturamento, a serem analisados oportunamente.

Por fim, no tocante à suspensão da tramitação do feito, razão assiste à União Federal. Suspenso o curso da ação com base no artigo 1.036 do Código de Processo Civil, § 1º, do Código de Processo Civil, eis que a matéria – penhora sobre o faturamento e esgotamento das

vias expropriatórias – encontra-se afetada, este deve ser o fundamento para suspensão da execução, não sendo aplicável, na específica circunstância, o artigo 40 da LEF.

Ante o exposto, dou parcial ao agravo de instrumento tão somente para manter suspenso o curso da ação com base no artigo 1.036 do Código de Processo Civil, § 1º, do Código de Processo Civil e não do artigo 40 da Lei de Execuções Fiscais.

É o voto.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

5003647-58.2021.4.03.0000

Embargante: NICOLAU PETICOR
Embargada: R. DECISÃO ID 153140413
Agravante: NICOLAU PETICOR
Agravado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO MARCELO GUERRA
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/05/2021

DECISÃO

Trata-se de embargos de declaração interpostos contra decisão que não conheceu do agravo de instrumento nos termos do artigo 932, inciso III, do Código de Processo Civil (ID 153140413).

O agravante, ora embargante (ID 153855556), aponta contradição por entender viável a aplicação do Comunicado 01/2020-UFEP aos casos em que os precatórios ainda não foram expedidos, na medida que o ato normativo determina que *“dúvidas relativas ao preenchimento dos requisitórios podem ser encaminhadas”*.

Sem resposta.

É uma síntese do necessário.

No caso concreto, a decisão destacou expressamente (ID 153140413 - grifei):

“O Juízo de origem determinou a suspensão do andamento processual em atenção ao artigo 313, inciso I, do Código de Processo Civil, bem como determinou a eventual habilitação de sucessores.

Nas razões recursais, o agravante afirma a viabilidade do processamento do requisitório nos termos do Comunicado nº. 01/2020-UFEP, que determina (ID 44809678 na origem):

“Prezados Senhores Diretores,

Tendo em vista a recepção, em 06/04/2020, da ata da 60.^a Reunião do Grupo de Trabalho de Precatórios do Conselho da Justiça Federal, realizada em 13/12/2019, e em continuidade à uniformização dos procedimentos referentes ao processamento dos requisitórios de Precatórios e Requisições de Pequeno Valor das Varas Federais, Juizados Especiais Federais e Juízos de Direito de competência delegada do Estado de São Paulo e Mato Grosso do Sul, vimos por meio deste comunicado informar novos procedimentos a respeito do tratamento dos CPFs e CNPJs constantes nos ofícios requisitórios, conforme esclarecimentos prestados pela Receita Federal do Brasil.

Nesse sentido, os CPFs com situação cadastral “REGULAR” e “PENDENTE DE REGULARI-ZAÇÃO” deverão ser processados normalmente, sem cancelamento da requisição, ocorrendo o mesmo para os CNPJs com situação cadastral “ATIVA”.

Já os CPSs com situação cadastral “SUSPensa” e “TITULAR FALECIDO”, bem como os CNPJs com situação cadastral “SUSPensa”, “INAPTA” e “BAIXADA”, deverão ser colocados à ordem do Juízo da execução para as providências cabíveis quanto ao levantamento dos valores depositados.

Por fim, somente os CPFs com situação cadastral “CANCELADA” “NULA”, bem como os CNPJs com situação cadastral “NULA”, deverão ser cancelados, sem o pagamento.

Dessa forma, para as situações cadastrais que exigirem a alteração do tipo de levantamento de à ordem do beneficiário para à ordem do Juízo da execução, será feito expediente pela Divisão de Análise de Requisitórios, que será enviado às varas de origem para ciência e providências cabíveis oportunamente.

No caso da Justiça Estadual, que obrigatoriamente tem que expedir o alvará, o expediente será feito apenas com intuito informativo sobre qual a situação cadastral encontrada, para as providências cabíveis. Esse também será o procedimento para os requisitórios da Justiça Federal e Juizados nos quais já constar a marca de levantamento à ordem do Juízo da execução. Observação: De toda forma, o nome das partes requerentes continuará a ser verificado e deverá estar exatamente igual ao constante no site da Receita Federal. Assim, sendo constatado no momento da expedição da requisição que a mensagem do sistema acusando erro no CPF/CNPJ (nome e/ou situação cadastral) do requerente/requerente contratual está equivocada, já que os dados no site da Receita estão corretos, favor encaminhar e-mail para precatorio-trf3@trf3.jus.br, informando qual o CPF/CNPJ que está com os dados regulares na Receita, com a menção do nome correto, data de nascimento (no caso de CPF) e situação cadastral na Receita Federal para que possamos solicitar a atualização no banco de dados do Conselho da Justiça, pois isso evitará eventual conversão à ordem do Juízo para expedição de alvará e/ou cancelamento - no caso do nome incorreto.

Ressaltamos que quaisquer dúvidas relativas ao preenchimento dos requisitórios podem ser encaminhadas ao e-mail precatorio-trf3@trf3.jus.br.

Subsecretaria dos Feitos da Presidência”.

O ato normativo diz com a padronização de requisitórios já expedidos.

A situação dos autos é diversa: ocorreu o falecimento da parte autora antes da expedição do requisitório.

Portanto, as razões recursais estão dissociadas do pronunciamento judicial.

O recurso é inadmissível.

Por tais fundamentos, não conheço do agravo de instrumento, nos termos do artigo 932, inciso III, do Código de Processo Civil”.

Vê-se que a r. decisão agravada apenas determinou a suspensão processual para habilitação de herdeiros, inexistindo qualquer determinação quanto a requisitórios.

Sendo assim, as razões recursais estão dissociadas da r. decisão.

Para além disso, é de se considerar que o ato normativo referido pelo embargante diz com a regularização de precatórios pendentes, conforme referido nos *consideranda*.

E, como já dito, na hipótese não há requisitório.

Não há, portanto, qualquer vício na decisão. Pedido e fundamento jurídico são institutos processuais distintos. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.

No caso concreto, os embargos não demonstram a invalidade jurídica da fundamentação adotada na decisão. Pretendem, é certo, outra. Não se trata, então, da ocorrência de vício na decisão da causa, mas de sua realização por fundamento jurídico diverso da intelecção da parte.

Na realidade, o que se pretende, através do presente recurso, é o reexame do mérito da decisão, o que não é possível em sede de embargos de declaração. Confira-se:

“PROCESSO CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ART. 535, DO CPC - SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL DA EXTINTA SUDAM - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - PENA DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA - NECESSIDADE

DE DILAÇÃO PROBATÓRIA - PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL - AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO - NÍTIDO CARÁTER INFRINGENTE - REJEIÇÃO.

1 - Tendo o acórdão embargado reconhecido a insuficiência de comprovação do direito líquido e certo, salientando a necessidade de dilação probatória, revestem-se de caráter infringente os embargos interpostos a pretexto de omissão e prequestionamento, uma vez que pretendem reabrir os debates meritórios acerca do tema.

2 - Por prerrogativa do dispositivo processual aventado, os Embargos de Declaração consubstanciam instrumento processual adequado para excluir do julgado qualquer obscuridade ou contradição ou, ainda, suprir omissão, cujo pronunciamento sobre a matéria se impunha ao Colegiado, integralizando-o, não se adequando, todavia, para promover o efeito modificativo do mesmo. Inteligência do art. 535 e incisos, do Código de Processo Civil.

3 - Precedentes (EDREsp nºs 120.229/PE e 202.292/DF).

4 - Embargos conhecidos, porém, rejeitados”.

(STJ, 3ª seção, EDMS 8263/DF, DJ 09/06/2003, Rel. Min. JORGE SCARTEZZINI).

Por tais fundamentos, rejeito os embargos de declaração.

Publique-se. Intimem-se.

Após, arquivem-se.

Juiz Federal Convocado MARCELO GUERRA - Relato

Direito Processual Penal



MANDADO DE SEGURANÇA CRIMINAL**5002663-74.2021.4.03.0000**

Impetrante: GARLOC TRANSPORTES, LOGÍSTICA E LOCAÇÕES LTDA.

Impetrado: DESEMBARGADOR FEDERAL MAURÍCIO KATO - QUARTA SEÇÃO

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARISA SANTOS

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/05/2021

DECISÃO

Mandado de segurança impetrado por GARLOC TRANSPORTE LOGÍSTICA E LOCAÇÕES LTDA, com pedido de liminar, contra ato omissivo do Desembargador Federal Maurício Kato, que teria deixado de apreciar diversos pedidos de revogação das medidas cautelares impostas à impetrante.

Alega, em síntese: (1) nos autos de n. 000408-39.2018.4.03.0000, referente à operação “Trato Feito”, foram apresentados 7 (sete) pedidos de revogação das medidas cautelares impostas, não apreciados pelo Relator, o que atenta contra o direito líquido e certo da impetrante em obter a efetiva prestação jurisdicional, observada a razoável duração do processo, nos termos do art. 5º, XXXV e LXXVIII da Constituição Federal; (2) as medidas cautelares perduram há mais de 2 (dois) anos e não há qualquer indício de que as investigações estão a ponto de serem concluídas; (3) essas medidas consistem em proibição de participação em licitação junto ao Poder Público de Mauá/SP e suspensão de contrato vigente à época, firmado entre a empresa e a municipalidade; (4) formulou pedidos de revogação da medida cautelar de proibição de contratar com o Poder Público em 18/01/2019, 30/01/2019, 08/02/2019, 28/06/2019, 06/09/2019, 08/11/2019 e 24/11/2020; (5) um dos pedidos foi apreciado em 12/11/2019 pela Juíza Federal Convocada Louise Filgueiras, após transcorridos 10 (dez) meses do pleito inicial, ocasião em que manteve a medida cautelar, ao argumento de que não houve alteração no cenário fático; (6) qualquer medida de caráter cautelar deve obedecer ao princípio da razoabilidade com relação ao seu prazo de duração, em atenção ao direito fundamental à presunção de inocência que norteia o processo penal; (7) há risco à continuidade da atividade empresarial, situação agravada com a crise decorrente da pandemia da Covid-19; (8) incumbe ao Ministério Público Federal concluir a investigação e denunciar aqueles que supostamente cometeram ilícitos, bem como demonstrar a imprescindibilidade da manutenção das medidas cautelares, o que deve se dar com base em fatos concretos e não na mera existência de investigação; (9) a decretação da constrição se ampara em apenas um elemento, qual seja, um depoimento anônimo, de duvidosa idoneidade, o que torna injustificável a perpetuação da medida por tanto tempo.

Pede a concessão de medida liminar, reputando presentes a verossimilhança das alegações e o perigo na demora do provimento jurisdicional. Ao final, pela concessão da segurança.

Na hipótese de não conhecimento do *mandamus*, requer “a aplicação do princípio da fungibilidade recursal, para que seja conhecido por outra medida que Vossa Excelência entender cabível, inclusive Correição Parcial”.

Distribuído à minha relatoria, com certidão da Subsecretaria de Registro e Informações Processuais-UFOR indicando, com relação aos processos de referência, as distribuições dos mandados de segurança n. 5000667-12.2019.4.03.0000 e n. 5009042-02.2019.4.03.0000, de relatoria do Desembargador Federal Baptista Pereira, e n. 5007592-24.2019.4.03.0000, de relatoria do Desembargador Federal Paulo Domingues, todos no âmbito do Órgão Especial (ID 152431406).

Proferi despacho determinando a remessa dos autos aos referidos magistrados, para análise de prevenção (ID 152431611).

Em resposta, os Desembargadores Paulo Domingues e André Nabarrete, em substituição regimental ao Des. Fed. Baptista Pereira, indicam não haver prevenção com os feitos de sua Relatoria (ID 158304708 e 157744090).

Os autos retornaram conclusos em 29/04/2021.

É o relatório.

Decido.

De acordo com os documentos dos autos, o impedimento de contratação junto ao Município de Mauá/SP, “*enquanto perdurarem as investigações*”, foi decretado em decisão proferida pela Juíza Federal Convocada Raquel Silveira em 13/11/2018.

Foram protocolados 7 (sete) pedidos de reconsideração dessa decisão; após o sexto pedido, em 08/11/2019, sobreveio decisão da Juíza Federal Convocada Louise Filgueiras, datada de 12/11/2019, pelo indeferimento. Em razões de decidir, a magistrada menciona pedidos anteriores de reconsideração e expõe fundamentos para a manutenção da medida cautelar.

Logo, apenas o último pedido, formulado em 24/11/2020, está pendente de apreciação, e não todos os sete pedidos, como quer fazer crer a impetrante.

Feito o esclarecimento, penso não ser cabível a impetração do mandado de segurança.

O que se tem é a alegação de demora injustificada do feito, ao argumento de que o Relator pratica ato omissivo ao deixar de apreciar pedido da parte.

Não se ignora que, em termos práticos, a aplicação do princípio da razoável duração do processo comporta certos desafios, visto que, não obstante as hipóteses legais – prazos processuais, por exemplo –, a demora tida por excessiva depende do caso concreto e de outros fatores, como a administração interna da unidade/órgão julgador.

Nesse aspecto, há entendimento jurisprudencial segundo o qual a parte interessada dispõe da via de controle administrativo da atividade jurisdicional. Nesse sentido:

MANDADO DE SEGURANÇA. ATO OMISSIVO. DEMORA DE TURMA DO STJ NO JULGAMENTO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AFERIÇÃO DA ALEGADA FALTA DE RAZOABILIDADE NA DEMORA QUE DEMANDA DILAÇÃO PROBATÓRIA, INCABÍVEL NA VIA DO WRIT. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. EXISTÊNCIA DE ÓRGÃOS DE CONTROLE ADMINISTRATIVO, INTERNO E EXTERNO, SOBRE A ATIVIDADE JURISDICIONAL. PETIÇÃO INICIAL LIMINARMENTE INDEFERIDA.

(MS n. 22.006/DF, Superior Tribunal de Justiça, Relatora Min. Laurita Vaz, decisão monocrática, 24/08/2015).

Nos termos do precedente supracitado, “verificar, caso a caso, se a demora é ou não razoável, se é ou não justificada, demanda inevitável incursão na seara fático-probatória, razão pela qual não pode tal pretensão ser deduzida na via do mandado de segurança, que exige prova pré-constituída, não admitindo dilação probatória. Portanto, sendo manifesta a ausência de demonstração de direito líquido e certo, não há como processar o *mandamus*”.

Tampouco há que se falar em fungibilidade recursal. Conforme raciocínio exposto, as representações por excesso de prazo, morosidade ou negativa de prestação jurisdicional demandam o acionamento dos órgãos correccionais.

No mais, frise-se a impossibilidade de recebimento do expediente como correição parcial, como requerido, visto que esse é procedimento previsto em ato normativo da Corregedoria Regional da Justiça Federal da 3ª Região (Provimento CORE n. 1/2020), órgão incumbido de zelar pelo acompanhamento, controle, aperfeiçoamento e uniformização das atividades forenses da Justiça Federal de Primeira Instância.

Diante do exposto, não sendo cabível a via do mandado de segurança, INDEFIRO a inicial e EXTINGO o feito, sem resolução do mérito, nos termos do art. 10 da Lei 12.016/2009 e art. 485, I, do Código de Processo Civil.

Custas na forma da lei.

Publique-se e intime-se.

Oficie-se à autoridade impetrada para ciência.

Decorridos os prazos legais, archive-se.

São Paulo, 30 de abril de 2021.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

“HABEAS CORPUS” CRIMINAL

5003008-40.2021.4.03.0000

Paciente: THIAGO LIMA DO REGO

Impetrante: ARAI DE MENDONÇA BRAZÃO

Impetrada: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE OURINHOS/SP - 1ª VARA FEDERAL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 30/03/2021

EMENTA

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. DEFERIMENTO DE ACESSO AOS DADOS CONTIDOS NOS APARELHOS CELULARES APREENDIDOS NA OCASIÃO DO FLAGRANTE. DECISÕES FUNDAMENTADAS. NULIDADE E FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO NÃO CONFIGURADAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA.

- O paciente está sendo acusado pelo cometimento, em tese, do delito tipificado no artigo 334-A, §1º, Código Penal.

- A prisão em flagrante foi homologada e convertida em preventiva e deferida a realização de perícia sobre todos os aparelhos de telefonia celular apreendidos, inclusive dos aplicativos de troca de mensagem, visando apuração dos fatos objeto da investigação.

-É cediço que a Constituição Federal, no artigo 5º, incisos X e XII, prescreve como sendo invioláveis “a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”, bem como “o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

- A partir dos aludidos comandos constitucionais, foi editada a Lei 9.296/1996, que, regulamentando a parte final do inciso XII do artigo 5º da Carga Magna, dispõe, no artigo 1º, que “a interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça”. Não há dúvidas de que o referido diploma legal restringe-se às comunicações telefônicas e de sistemas de informática e telemática, não se estendendo, assim, aos dados já registrados nos respectivos aparelhos. Precedentes jurisprudenciais.

- Entretanto, o fato de a Lei 9.296/1996 não tutelar os dados e registros já contidos em aparelhos telefônicos e afins, não permite que a polícia devasse a intimidade dos investigados a pretexto de obter provas do crime e de sua autoria, o que só é admitido mediante prévia autorização judicial.

- Por ocasião do flagrante, mediante representação da autoridade policial, restou deferida a realização de perícia sobre todos os aparelhos de telefonia celular apreendidos, inclusive via aplicativos de troca instantânea de mensagens, sob o fundamento de que a diligência configura limitação ao direito de privacidade dos custodiados de modo proporcional em relação à necessidade de apuração dos fatos que são objeto do inquérito policial. Posteriormente, foram juntados aos autos subjacentes os Laudos nº 502/2020 e nº 506/2020 referentes aos exames realizados nos aparelhos celulares apreendidos.

- Em 23.10.2020, o Ministério Público Federal, oficiante na primeira instância, ofereceu denúncia em desfavor do paciente, recebida em 31.12.2020 e, no mesmo ato, determinada a citação dos réus.
- Em seguida, o juízo impetrado em acolhimento à manifestação ministerial, autorizou a expedição de ordem judicial às operadoras de telefonia móvel TIM e VIVO, a cargo do ministério público, para que fornecessem informações complementares., colhidos nas diligências ora deferidas.
- Constata-se que o deferimento do acesso aos dados e registros já contidos nos aparelhos telefônicos dos réus foi devidamente fundamentada.
- Destaca-se que as informações referentes à titularidade das linhas, bem como a eventuais ligações telefônicas realizadas são importantes, juntamente aos outros elementos de prova, para evidenciar a eventual associação existente entre o paciente e o corréu para a prática do crime. Não há dúvidas, no caso concreto aqui tratado, da sobreposição do interesse público ao individual, ainda mais considerando-se a gravidade do delito praticado.
- Vale ressaltar ainda que o ora paciente já teria sido processados por crime de contrabando de cigarro. Portanto, no caso em concreto, não resta dúvida que o acesso aos dados e registros já contidos nos aparelhos telefônicos é imprescindível para a apuração dos fatos criminosos.
- É necessário destacar que, consoante já consignado, a Lei 9.296/1996 restringe-se à interceptação das comunicações telefônicas, não se aplicando aos dados armazenados em telefones celulares e afins, razão pela qual não se exige que a autoridade judicial demonstre a impossibilidade de obtenção da prova por outros meios, mas apenas que a decisão seja devidamente motivada, o que ocorreu na espécie.
- O artigo 6º do Código de Processo Penal dispõe que a autoridade policial tem o dever de “apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais” (inciso II), de “colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias” (inciso III), e de “determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias” (inciso VII), de modo que, apreendido aparelho de celular com o paciente quando do flagrante e constatando-se que possuem ligação com os fatos, o procedimento cabível foi exatamente o adotado na espécie, qual seja, apreensão e requisição de acesso ao seu conteúdo, o que foi fudamentadamente deferido pelo magistrado competente.
- Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Décima Primeira Turma, por unanimidade, denegou a ordem de *habeas corpus*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

RELATÓRIO

O DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS:

Trata-se de *Habeas Corpus*, com pedido de liminar, impetrado por Arai de Mendonça Brazão em favor do paciente THIAGO LIMA DO REGO contra ato do MM. Juízo da 1ª Vara

Federal de Ourinhos/SP (Dr. Caio Cezar Maia de Oliveira), que deferiu a quebra de sigilo telefônico, do ora paciente, nos autos de nº 5001097-82.2020.4.03.6125.

Colhe-se dos autos que o paciente foi preso em flagrante na data de 23.11.2020, pela suposta prática dos crimes previsto no artigo 334-A, §1º, do CP. Em 24.11.2020, a prisão em flagrante foi convertida em preventiva com fundamento na conveniência da instrução criminal e para garantia da aplicação da lei penal e da ordem pública.

A impetração alega, sinteticamente, nulidade da decisão que decretou a quebra de sigilo do ora paciente, eis que não restou demonstrada a imprescindibilidade da medida, violando frontalmente os artigos 2º e 5º da Lei nº 9.296/1996 e 5º, incisos X e XII, da Constituição Federal, gerando a produção de provas manifestamente ilícitas.

Requer a concessão da liminar para suspender o andamento processual dos autos subjacentes. No mérito, a concessão da ordem para reconhecer a nulidade da decisão que decretou a quebra de sigilos telefônicos, determinando a exclusão dos laudos e relatórios, decorrentes da quebra de sigilo, dos autos da ação penal em curso (processo nº 5001097-82.2020.4.03.6125).

O exame da liminar foi postergado para após a vinda das informações (ID152525455 -p. 1/2).

As informações foram prestadas pelo r. juízo *a quo* (ID152707123 – p. 1/7).

A liminar foi indeferida (ID152776919).

O Ministério Público Federal, oficiante nesta instância, manifestou-se pela denegação da ordem (ID15367749).

O impetrante, por sua vez, manifestou-se alegando que a questão no presente *writ* diz respeito à ausência de fundamentação da decisão quanto à indispensabilidade da medida de exceção (ID153755030).

É o relatório.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

VOTO

O DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS:

A ação de *Habeas Corpus* tem pressuposto específico de admissibilidade, consistente na demonstração *primo ictu oculi* da violência atual ou iminente, qualificada pela ilegalidade ou pelo abuso de poder que repercuta, mediata ou imediatamente, no direito à livre locomoção, conforme previsão do artigo 5º, LXVIII, da Constituição Federal, e artigo 647 do Código de Processo Penal.

O paciente está sendo acusado pelo cometimento, em tese, do delito tipificado no artigo 334-A, §1º, Código Penal.

Consta que THIAGO LIMA DO REGO fora preso em flagrante, aos 23.11.2020, por uma equipe de policiais militares rodoviários que estaria realizando patrulhamento ostensivo pela Rodovia Orlando Quagliato (SP 327), sendo que na altura do Km 20, sentido leste, no município de Ourinhos, teriam visualizado o VW Voyage, branco, 2018/2019, placas BCQ – 4775, trafegando em baixa velocidade e atrás desse veículo viria o caminhão VW 24250, branco, 2011, carroceria baú, placas EVH-8895. Colhe-se que ambos os veículos, de maneira uniforme, ao visualizarem a viatura policial teriam realizado uma conversão rápida em um retorno existente naquele local para acessarem uma estrada vicinal que se conecta ou retor-

narem para a rodovia. Diante desse comportamento, os policiais militares teriam realizado a abordagem dos mencionados veículos. O veículo VW Voyage seria conduzido por THIAGO LIMA DO REGO, ora paciente, o qual ao ser indagado teria negado que estivesse trafegando com o caminhão na função de “batedor”, afirmando que estaria realizando o retorno para o município de Santa Cruz do Rio Pardo/SP e havia parado o veículo para abastecer. Por sua vez, o caminhão VW era conduzido por Fernando Aparecido Sabino, que ao ser indagado sobre a mercadoria que transportava, teria admitido que estava transportando cigarros de origem estrangeira, entre 900/100 caixas. Teria relatado ter recebido o caminhão já carregado em um posto de combustíveis de Tarumã/SP e o entregaria em Santa Cruz do Rio Pardo/SP. Os policiais ao abrirem o compartimento de carga do caminhão, teriam constatado estar repleto de caixas de cigarros de origem estrangeira da marca “Eigth”. Na fase policial, ambos negaram que estivessem viajando juntos.

A prisão em flagrante foi homologada e convertida em preventiva e deferida a realização de perícia sobre todos os aparelhos de telefonia celular apreendidos, inclusive dos aplicativos de troca de mensagem, visando apuração dos fatos objeto da investigação.

A presente impetração pretende, em síntese, a anulação da decisão que permitiu o acesso aos dados contidos no celulares apreendidos por ocasião do flagrante.

É cediço que a Constituição Federal, no artigo 5º, incisos X e XII, prescreve como sendo invioláveis “a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”, bem como “o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

A partir dos aludidos comandos constitucionais, foi editada a Lei 9.296/1996, que, regulamentando a parte final do inciso XII do artigo 5º da Carga Magna, dispõe, no artigo 1º, que “a interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigredo de justiça”.

Não há dúvidas de que o referido diploma legal restringe-se às comunicações telefônicas e de sistemas de informática e telemática, não se estendendo, assim, aos dados já registrados nos respectivos aparelhos, consoante já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS. NULIDADES: (1) INÉPCIA DA DENÚNCIA; (2) ILICITUDE DA PROVA PRODUZIDA DURANTE O INQUÉRITO POLICIAL; VIOLAÇÃO DE REGISTROS TELEFÔNICOS DO CORRÉU, EXECUTOR DO CRIME, SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL; (3) ILICITUDE DA PROVA DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS DE CONVERSAS DOS ACUSADOS COM ADVOGADOS, PORQUANTO ESSAS GRAVAÇÕES OFENDERIAM O DISPOSTO NO ART. 7º, II, DA LEI 8.906/96, QUE GARANTE O SIGILO DESSAS CONVERSAS. VÍCIOS NÃO CARACTERIZADOS. ORDEM DENEGADA.

1. Inépcia da denúncia. Improcedência. Preenchimento dos requisitos do art. 41 do CPP. A denúncia narra, de forma pormenorizada, os fatos e as circunstâncias. Pretensas omissões – nomes completos de outras vítimas, relacionadas a fatos que não constituem objeto da imputação -- não importam em prejuízo à defesa.

2. Ilícitude da prova produzida durante o inquérito policial - violação de registros telefônicos de corrêu, executor do crime, sem autorização judicial.

2.1 Suposta ilegalidade decorrente do fato de os policiais, após a prisão em flagrante do corrêu, terem realizado a análise dos últimos registros telefônicos dos dois aparelhos celulares apreendidos. Não ocorrência.

2.2 Não se confundem comunicação telefônica e registros telefônicos, que recebem, inclusive, proteção jurídica distinta. Não se pode interpretar a cláusula do artigo 5º, XII, da CF, no sentido de proteção aos dados enquanto registro, depósito registral. A proteção constitucional é da comunicação de dados e não dos dados.

2.3 Art. 6º do CPP: dever da autoridade policial de proceder à coleta do material probatório da prática da infração penal. Ao proceder à pesquisa na agenda eletrônica dos aparelhos devidamente apreendidos, meio material indireto de prova, a autoridade policial, cumprindo o seu mister, buscou, unicamente, colher elementos de informação hábeis a esclarecer a autoria e a materialidade do delito (dessa análise logrou encontrar ligações entre o executor do homicídio e o ora paciente). Verificação que permitiu a orientação inicial da linha investigatória a ser adotada, bem como possibilitou concluir que os aparelhos seriam relevantes para a investigação.

2.4 À guisa de mera argumentação, mesmo que se pudesse reputar a prova produzida como ilícita e as demais, ilícitas por derivação, nos termos da teoria dos frutos da árvore venenosa (fruit of the poisonous tree), é certo que, ainda assim, melhor sorte não assistiria à defesa. É que, na hipótese, não há que se falar em prova ilícita por derivação. Nos termos da teoria da descoberta inevitável, construída pela Suprema Corte norte-americana no caso Nix x Williams (1984), o curso normal das investigações conduziria a elementos informativos que vinculariam os pacientes ao fato investigado. Bases desse entendimento que parecem ter encontrado guarida no ordenamento jurídico pátrio com o advento da Lei 11.690/2008, que deu nova redação ao art. 157 do CPP, em especial o seu § 2º.

3. Ilícitude da prova das interceptações telefônicas de conversas dos acusados com advogados, ao argumento de que essas gravações ofenderiam o disposto no art. 7º, II, da Lei n. 8.906/96, que garante o sigilo dessas conversas.

3.1 Nos termos do art. 7º, II, da Lei 8.906/94, o Estatuto da Advocacia garante ao advogado a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia.

3.2 Na hipótese, o magistrado de primeiro grau, por reputar necessária a realização da prova, determinou, de forma fundamentada, a interceptação telefônica direcionada às pessoas investigadas, não tendo, em momento algum, ordenado a devassa das linhas telefônicas dos advogados dos pacientes. Mitigação que pode, eventualmente, burlar a proteção jurídica.

3.3 Sucede que, no curso da execução da medida, os diálogos travados entre o paciente e o advogado do corréu acabaram, de maneira automática, interceptados, aliás, como qualquer outra conversa direcionada ao ramal do paciente. Inexistência, no caso, de relação jurídica cliente-advogado.

3.4 Não cabe aos policiais executores da medida proceder a uma espécie de filtragem das escutas interceptadas. A impossibilidade desse filtro atua, inclusive, como verdadeira garantia ao cidadão, porquanto retira da esfera de arbítrio da polícia escolher o que é ou não conveniente ser interceptado e gravado. Valoração, e eventual exclusão, que cabe ao magistrado a quem a prova é dirigida.

4. Ordem denegada.

(HC 91867, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 24/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-185 DIVULG 19-09-2012 PUBLIC 20-09-2012) (g.n.)

Contudo, o fato de a Lei 9.296/1996 não tutelar os dados e registros já contidos em aparelhos telefônicos e afins, não permite que a polícia devasse a intimidade dos investigados a pretexto de obter provas do crime e de sua autoria, o que só é admitido mediante prévia autorização judicial.

Por conseguinte, não se admite que estas informações sejam acessadas ou devassadas indiscriminadamente, mas apenas mediante decisão judicial fundamentada.

A propósito, Renato Brasileiro de Lima explica que *“evidentemente, para que seja decretada a quebra do sigilo de dados, sejam eles fiscais, bancários, telefônicos, etc., há necessidade de decisão judicial devidamente fundamentada, sob pena do reconhecimento da ilicitude dos elementos probatórios assim obtidos”, pois “se a regra é a inviolabilidade do sigilo das correspondências, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (CF, art. 5º, XII), o que visa, em última análise, resguardar também o direito constitucional à intimidade (art. 5º, X), somente se justifica a sua mitigação quando razões de interesse público devidamente fundamentadas por ordem judicial, demonstrarem a conveniência de sua violação para fins de promover a investigação criminal ou instrução processual penal”* (Legislação Criminal Especial Comentada. 5ª ed. Salvador, JusPODIVM, 2017, p. 370).

Na espécie, ao prender o paciente em flagrante, a autoridade policial representou pelo acesso de todo o conteúdo dos aparelhos celulares apreendidos. O Ministério Público Federal oficiante na primeira instância, manifestou-se favoravelmente à medida.

Por sua vez, o magistrado singular assim decidiu (ID152485006 – p. 1/7):

(...) DEFIRO a diligência requerida pelo Ministério Público Federal, qual seja: a imediata realização de perícia sobre todos os aparelhos de telefonia celular descritos no Termo de Apreensão Id Num. 42271131 - Pág. 12/14, com vistas à extração dos dados de comunicações mantidas por meio desses aparelhos, inclusive via aplicativos de troca instantânea de mensagens. A diligência configura limitação ao direito de privacidade dos custodiados de modo proporcional em relação à necessidade de apuração dos fatos que são objeto do inquérito policial. (...)

Posteriormente, foram juntados aos autos subjacentes os Laudos nº 502/2020 e nº 506/2020 referentes aos exames realizados nos aparelhos celulares apreendidos.

Em 23.10.2020, o Ministério Público Federal, oficiante na primeira instância, ofereceu denúncia em desfavor do paciente, recebida em 31.12.2020 e, no mesmo ato, determinada a citação dos réus.

Em seguida, o juízo impetrado em acolhimento à manifestação ministerial, autorizou a expedição de ordem judicial às operadoras de telefonia móvel TIM e VIVO, a cargo do ministério público, para que fornecessem informações complementares, cuja decisão passa-se a transcrever:

(...)

Inicialmente, autorizo que o Ministério Público Federal extraia cópia integral do presente feito para providências que entender necessárias, considerando especialmente a justificativa apresentada no sentido de haver indícios, nos laudos periciais juntados a estes autos e no relatório de análise de mídias correlato, de diversas negociações de cigarros encetadas pelo denunciado Thiago Lima Do Rego com terceiros, em datas diferentes e locais ainda desconhecidos e que merecem investigação apartada. Quanto aos demais requerimentos apresentados, analisando os Laudos referentes às perícias realizadas nos aparelhos telefônicos apreendidos, foi possível concluir que as diligências complementares requeridas neste momento pelo órgão ministerial são não só pertinentes, como necessárias à instrução processual, especialmente no que diz respeito a eventuais outros envolvidos na prática delitiva e suas ligações com os réus Thiago e Fernando no delito apurado na presente ação penal. Além disso, o aprofundamento das investigações poderá permitir, ainda, a colheita de elementos que corroborem ou afastem as versões dos réus de que nem ao menos se conhecem e não vinham trafegando juntos. Como se vê dos autos, nos laudos ficou consignado pelo perito que: Laudo n. 493/2020 - relativo ao aparelho Xiaomi modelo M1903C3EG (Redmi 7A), IMEI1 1:

861307041483022 e IMEI 2: 861307041483030 (obtidos no menu de configurações do aparelho): Com relação aos números das linhas telefônicas, cumpre informar todo cartão SIM possui um campo textual (MSISDN) destinado à descrição de seu número habilitado. Com o uso da ferramenta forense de extração de dados, o signatário realizou a leitura do cartão SIM da operadora Vivo (ICCID 89551094444216118219), sendo obtido o número “+5544991576400” no campo MSISDN. Como tal dado é passível de edição, não há como afirmar categoricamente que é este o número habilitado da linha telefônica. Tal informação pode ser confirmada junto à operadora de telefonia celular a partir do número do cartão SIM (ICCID). Não foi extraído o número da linha telefônica habilitada no campo MSISDN do cartão SIM da operadora Tim (ICCID 89550318002919949421). Tal informação também pode ser obtida junto à operadora de telefonia celular a partir do número do cartão SIM. (Id n. 42912115, fl. 16). Laudo n. 506/2020 – relativo ao aparelho Samsung modelo SMA515F/DST (Galaxy A51), IMEI1 1: 352334111827207 e IMEI 2: 352335111827204 (obtido no menu de configurações do aparelho): Com relação ao número da linha telefônica, cumpre informar todo cartão SIM possui um campo textual (MSISDN) destinado à descrição de seu número habilitado. Com o uso da ferramenta forense de extração de dados, o signatário realizou a leitura do cartão SIM encaminhado a exame, sendo obtido o número “+5514998595256” no campo MSISDN (número que também corresponde ao do perfil do aplicativo WhatsApp). Como tal dado é passível de edição, não há como afirmar categoricamente que é este o número habilitado da linha telefônica. Tal informação pode ser obtida junto à operadora de telefonia celular a partir do número do cartão SIM (Id n. 43657622, fl. 16). Laudo n. 502/2020 – relativo ao aparelho LG Modelo: pelas características aparentes, trata-se do modelo M250 (K10 2017). IMEI1 1: não identificado. IMEI 2: não identificado: O Perito ressalta que, conforme consignado na subseção III.2, o aparelho foi recebido bloqueado por senha geométrica e a ferramenta forense não apresentou compatibilidade com o modelo para extrair os dados nele armazenados nessa condição. Como restaram infrutíferas as diversas tentativas para desbloqueá-lo com senhas comumente utilizadas, apenas foram realizadas as extrações dos dados armazenados nos cartões SIM. Com relação aos números das linhas telefônicas, cumpre informar todo cartão SIM possui um campo textual (MSISDN) destinado à descrição de seu número habilitado. Com o uso da ferramenta forense de extração de dados, o signatário realizou a leitura do cartão SIM da operadora Vivo (ICCID 89551094360041036097), sendo obtido o número “+5544991611432” no campo MSISDN. Como tal dado é passível de edição, não há como afirmar categoricamente que é este o número habilitado da linha telefônica. Tal informação pode ser confirmada junto à operadora de telefonia celular a partir do número do cartão SIM (ICCID). Não foi extraído o número da linha telefônica habilitada no campo MSISDN do cartão SIM da operadora Tim (ICCID 89550318003076568509). Tal informação também pode ser obtida junto à operadora de telefonia celular a partir do número do cartão SIM (Id n. 43657622, fl. 24). Assim, a partir do afirmado pelo perito, verifico que para que a interceptação telefônica já autorizada judicialmente nos aparelhos apreendidos não se torne inócua e atinja seu completo objetivo, é imprescindível o deferimento do requerido neste momento pelo órgão ministerial. Portanto, repita-se, as diligências requeridas pelo *Parquet* mostraram-se extremamente úteis à elucidação dos fatos, também considerando a negativa dos réus, na fase policial, de que nem ao menos se conhecem, como antes mencionado. Por outro lado, dispõe o inciso XII, do artigo 5º da Constituição Federal: “Art. 5º- [...] XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;” De acordo com o dispositivo em comento, a Lei Magna confere o caráter da inviolabilidade ao sigilo telefônico, às correspondências, às comunicações telegráficas e aos dados, com a ressalva da possibilidade de quebra do sigilo telefônico, por ordem judicial. O caráter da inviolabilidade impõe-se pelo fato de a Constituição Federal pôr a salvo o direito à intimidade, conforme disposto no

inciso X, do mesmo artigo 5º. Contudo, deve-se levar em consideração que a salvaguarda dos bens e direitos tutelados não pode abranger fatos ilícitos, tampouco impedir as autoridades constituídas de realizar as devidas investigações. Desta feita, quando o membro da sociedade utiliza-se de suas prerrogativas pessoais para ofender os interesses públicos, seus direitos – elencados na Lei Primeira – devem, certamente, ser relativizados. Assim, em síntese, o direito à intimidade e à vida privada dos indivíduos, bem como o sigilo telefônico, fazem parte das garantias fundamentais previstas na Constituição Federal. Todavia, esta inviolabilidade é relativa, admitindo-se a quebra do sigilo nas hipóteses e forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, pois presente interesse público superior àquele protegido pela Constituição no artigo 5º, inciso XII. Mister se faz observar, ainda, que o pleito ministerial não se refere propriamente à quebra de sigilo das comunicações em sistema de telemática, previsto no artigo 5º, inciso XII da Carta Constitucional e regulamentado pela Lei n. 9.296/96, não se aplicando o procedimento regulado na referida norma. Ademais disso, em feitos criminais a busca pela verdade real deve orientar toda a investigação e, após, a instrução probatória. Assim, havendo necessidade de aprofundamento das investigações e, considerando que a garantia de sigilo garantido constitucionalmente não pode ser tido por absoluto, devendo ceder espaço ao interesse público, entendo possível o deferimento das medidas requeridas. Ante o exposto, DEFIRO o requerido pelo *Parquet* no Id n. 43895329, em complemento à quebra de sigilo anteriormente deferida (Id n. 42312927), a fim de que as Operadoras de Telefonia Móvel TIM e Vivo prestem as seguintes informações: 1) identificação da linha cadastrada (número), e respectivo titular, dos seguintes Identificadores dos Cartões de Circuito Integrado: a) 89551094444216118219 (Operadora Vivo) e 89550318002919949421 (operadora Tim) - aparelho Xiaomi modelo M1903C3EG (Redmi 7A); b) 89551094260121489689 (Operadora Vivo) - aparelho Samsung modelo SMA515F/DST; c) 89550318003076568509 (Operadora Tim) e 89551094360041036097 (Operadora Vivo) - aparelho LG, modelo M250 (K10 2017). 2) encaminhamento dos extratos: a) de todas as ligações efetuadas e recebidas entre os dias 19/11/2020 e 23/11/2020; b) de todas as mensagens do tipo SMS e MMS enviadas e recebidas no mesmo período - entre os dias 19/11/2020 e 23/11/2020; c) da relação de todas as ERBs utilizadas pelos terminais (entre os dias 19/11/2020 e 23/11/2020) e da modalidade das contas (pré, pós-paga ou mista) e, por fim, informe há contas bancárias vinculadas para pagamento em débito automático, ou, ainda, daquelas que tenham sido debitadas recargas de créditos para contas pré-pagas ou mistas. Diante da urgência requerida, fica o Ministério Público Federal incumbido das providências que viabilizem as medidas ora deferidas, tais como expedição dos ofícios pertinentes, instruídos com cópia da presente decisão. Decreto o sigilo dos documentos colhidos nas diligências ora deferidas. (...)

Da leitura da referida decisão, constata-se que o deferimento do acesso aos dados e registros já contidos nos aparelhos telefônicos dos réus foi devidamente fundamentada.

Destaca-se que as informações referentes à titularidade das linhas, bem como a eventuais ligações telefônicas realizadas são importantes, juntamente aos outros elementos de prova, para evidenciar a eventual associação existente entre o paciente e o corréu para a prática do crime. Não há dúvidas, no caso concreto aqui tratado, da sobreposição do interesse público ao individual, ainda mais considerando-se a gravidade do delito praticado.

Vale ressaltar ainda que o ora paciente já teria sido processados por crime de contrabando de cigarro.

Nesse sentido, constou dos autos que *THIAGO DE LIMA DO REGO possui condenação nos autos do processo penal nº 0001766-65.2016.4.03.6125, pelo mesmo crime, à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão (Id Num. 42289618 - Pág. 48 e Num. 42289618 - Pág. 53);*

no processo penal nº 0000297-81.2016.4.03.6125, desta 1ª Vara Federal de Ourinhos, que foi condenado à pena de 2 anos de reclusão, também pelo crime de contrabando (Id Num. 42289618 - Pág. 123); e nos autos do processo nº 0001232-24.2016.4.03.6125 (Id Num. 42289618 - Pág. 138), que tramitou perante o presente Juízo, e foi condenado pelo crime descrito no artigo 334-A, 1º, inciso V, do Código Penal, combinado com os artigos 2º e 3º, do Decreto-lei n. 399/68, à pena de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão. Extraí-se desse contexto, em análise ainda preliminar, que o custodiado pode estar a reiterar crime grave já anteriormente praticado, pelo qual ainda responde (ID 152485006 - p. 5).

Portanto, no caso em concreto, não resta dúvida que o acesso aos dados e registros já contidos nos aparelhos telefônicos é imprescindível para a apuração dos fatos criminosos.

É necessário destacar que, consoante já consignado, a Lei 9.296/1996 restringe-se à interceptação das comunicações telefônicas, não se aplicando aos dados armazenados em telefones celulares e afins, razão pela qual não se exige que a autoridade judicial demonstre a impossibilidade de obtenção da prova por outros meios, mas apenas que a decisão seja devidamente motivada, o que ocorreu na espécie.

Com efeito, o artigo 6º do Código de Processo Penal dispõe que a autoridade policial tem o dever de “apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais” (inciso II), de “colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias” (inciso III), e de “determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias” (inciso VII), de modo que, apreendido aparelho de celular com o paciente quando do flagrante e constatando-se que possuem ligação com os fatos, o procedimento cabível foi exatamente o adotado na espécie, qual seja, apreensão e requisição de acesso ao seu conteúdo, o que foi fudamentadamente deferido pelo magistrado competente.

Por derradeiro, cabe ressaltar que por ordem exarada por este e. Tribunal, nos autos do *Habeas Corpus* 5031883-54.2020.4.03.0000, o ora paciente foi posto em liberdade em 12/02/2021.

Diante de tais considerações não se vislumbra, portanto, a existência de constrangimento ilegal passível de ser sanada pela concessão da ordem de *Habeas Corpus*.

Ante o exposto, *DENEGO* a ordem de *Habeas Corpus*.

É o voto.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

“HABEAS CORPUS” CRIMINAL

5006153-07.2021.4.03.0000

Impetrante e Paciente: BRUNO RIBAS SILVA DOS SANTOS

Impetrada: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE GUARULHOS/SP - 1ª VARA FEDERAL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 29/04/2021

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. CRIME DE INJÚRIA RACIAL. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. PROVA DA MATERIALIDADE. INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA. AUSÊNCIA DO *ANIMUS INJURIANDI*. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. ORDEM DENEGADA. AGRAVO REGIMENTAL JULGADO PREJUDICADO.

1. A denúncia apresentada pelo Ministério Público Federal atende aos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, porquanto descreveu os fatos criminosos e suas respectivas circunstâncias, classificando-os, permitindo, pois, o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa. A par disso, a imputação encontra-se amparada em elementos de prova, tais como declarações das vítimas e testemunhas colhidas na fase extrajudicial, que lhe conferem justa causa.
2. Ao contrário do que sustenta a impetrante, não se constata de plano a atipicidade por ausência do *animus injuriandi*, porquanto há necessidade de dilação probatória.
3. Não se mostra adequada a rejeição parcial da denúncia oferecida por ausência do *animus injuriandi*, uma vez que seria temerário obstar por completo o andamento de procedimento cuja matéria depende de dilação probatória e análise aprofundada de elementos, o que se mostra incabível nesta via estreita.
4. Ordem denegada. Agravo regimental julgado prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Turma, por unanimidade, decidiu, DENEGAR a ordem de *habeas corpus* e JULGAR PREJUDICADO o agravo regimental interposto, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Bruno Ribas Silva dos Santos, com pedido liminar, em face de decisão que recebeu a denúncia na ação penal n. 5005616-21.2020.4.03.6119 pela prática dos crimes previstos no art. 140, §3º, c. c. 141, III, ambos do Código Penal, e art. 140, *caput*, c. c. 141, II e III, ambos do Código Penal, por duas vezes, todos c. c. art. 69 do Código Penal, objetivando a rejeição parcial da denúncia relativamente ao crime do art. 140, §3º, c. c. 141, III, ambos do Código Penal, com a consequente remessa dos autos ao Juizado Especial Federal Criminal para o processo e o julgamento dos crimes remanescentes.

Alega-se, em síntese, o seguinte:

a) o paciente foi denunciado pela prática, em tese, do art. 140, §3º, c. c. 141, III, ambos do Código Penal, e art. 140, *caput*, c. c. 141, II e III, ambos do Código Penal, por duas vezes, todos c. c. art. 69 do Código Penal, por fatos que ocorreram no dia 27.07.20, no Aeroporto Internacional de Guarulhos (SP), em voo proveniente de Lisboa, em Portugal;

b) o Ministério Público Federal ofereceu acordo de não persecução penal;

c) a defesa discordou da imputação dada pela acusação no que tange ao delito de injúria racial e requereu o reconhecimento da atipicidade da fala “os portugueses são racistas, merda” em razão da ausência de *animus injuriandi*, com o desmembramento do feito em relação à outra denunciada e remessa dos autos ao Juizado Especial Federal Criminal quanto ao crime do art. 140, *caput*, c. c. art. 141, II e III, ambos do Código Penal, por duas vezes;

d) a autoridade impetrada recebeu a denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal, o que resultou na perda da possibilidade da aplicação de institutos despenalizadores mais favoráveis, como a transação penal e a suspensão condicional do processo;

e) a fala do paciente proferida diante de uma suposta vítima portuguesa é genérica e, portanto, não atinge a honra subjetiva de ninguém em específico;

f) não há dolo específico do *animus injuriandi*;

g) a palavra “racista” não configura um xingamento, mas uma constatação social por quem sofre ou sofreu esse racismo, e ao dizer tal palavra o paciente está, claramente, fazendo uma afirmação de cunho defensivo e reativo, o que, conseqüentemente, elimina o teor ofensivo;

h) a palavra “merda” não foi utilizada para se referir a qualquer pessoa, mas como uma interjeição, sem conotação ofensiva;

i) requer-se a concessão da liminar para que a denúncia seja parcialmente rejeitada em razão da atipicidade da conduta imputada como injúria racial, com a consequente remessa dos autos ao Juizado Especial Federal Criminal para o processo e o julgamento dos crimes remanescentes, e, ao final, a concessão da ordem para o mesmo fim (Id n. 155339118).

Foram juntados documentos.

A liminar foi indeferida (Id. n. 155355391).

A autoridade impetrada prestou informações (Id. n. 155714073).

A impetrante requereu a reconsideração da decisão que indeferiu a liminar ou, subsidiariamente, a suspensão da ação penal subjacente ou, caso mantida a decisão, seja o pedido recebido como agravo regimental e levado a julgamento pela Turma (Id. n. 155807386).

O Ilustre Procurador Regional da República, Dr. Ageu Florêncio da Cunha, manifestou-se em parecer pela denegação da ordem (Id. n. 155816029).

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

VOTO

A impetrante pleiteia a concessão da ordem de *habeas corpus* para a rejeição parcial da denúncia oferecida nos autos da ação penal n. 5005616-21.2020.4.03.6119.

Consta dos autos que o Ministério Público Federal ofereceu acordo de não persecução penal, nos termos do art. 28-A, do Código de Processo Penal (Id. n. 155339384, pp. 39/46).

O paciente foi intimado e manifestou desejo de ser assistido pela Defensoria Pública da União (Id. n. 155339384, p. 115), que requereu o reconhecimento da atipicidade e o arquivamento do feito em relação ao suposto delito de injúria racial por ausência de *animus injuriandi*, com o desmembramento dos autos em relação à outra denunciada e remessa ao Juizado Especial Federal Criminal para o processo e o julgamento dos crimes remanescentes (Id. n. 155339384, pp. 119/123).

Sobreveio denúncia, na qual o paciente foi denunciado pela prática dos crimes previstos no art. 140, §3º, c. c. 141, III, ambos do Código Penal, e art. 140, *caput*, c. c. 141, II e III, ambos do Código Penal, por duas vezes, todos c. c. art. 69 do Código Penal.

Consta da denúncia que Bruno Ribas Silva dos Santos, de forma consciente e voluntária, na presença de várias pessoas, injuriou Marco Nuno Malva Sêco, utilizando-se de elementos referentes à sua origem portuguesa, injuriou Tarek Adnan Dargham, funcionário público por equiparação, no exercício de suas funções e na presença de várias pessoas, e injuriou Francisco Moraes Vieira, funcionário público por equiparação, no exercício de suas funções e na presença de várias pessoas (Id. n. 155339384, pp. 179/186).

A autoridade impetrada afastou a tese de atipicidade da conduta e recebeu a denúncia nos seguintes termos:

Conforme se verifica do depoimento da vítima comissário de bordo MARCO NUNO MALVA SÊCO, o acusado disse: “os portugueses são racistas, merda, e que poderia fazer o que quisesse aqui porque, no Brasil, nada disso que estava fazendo daria em alguma coisa”. (ID 36027960 – fls. 04).

Assim, nessa análise preliminar, nota-se que o acusado proferiu palavras pejorativas ao referir-se à vítima, na presença de várias pessoas (a bordo da aeronave) com a intenção de ofender com palavras depreciativas de cunho racial referentes à sua origem, sendo cabível eventual prática do crime previsto no artigo 140, §3º do Código Penal.

Com relação ao cabimento da suspensão condicional do processo, assiste razão ao Ministério Público Federal, considerando que os acusados foram denunciados em concurso material, e as penas mínimas, somadas, ultrapassam o patamar de 1 (um) ano. Quanto à transação penal, igualmente, não vejo cumprimento dos requisitos, uma vez que a pena máxima ultrapassa 2 (dois) anos.

A denúncia, embasada nos autos do Termo Circunstanciado 0009/20-20 Deain/PF/SP, demonstra de forma clara e precisa os fatos que o Ministério Público Federal entende delituosos, bem como imputa a conduta dos art. 140, §3º, c.c. art. 141, III, art. 129, *caput*, por duas vezes, e art. 140, *caput*, c.c. art. 141, III, na forma do art. 69, todos do Código Penal a IVANISE SOARES DA SILVA BEZERRA e a conduta do art. 140, §3º, c.c. art. 141, III, e art. 140, *caput*, c.c. art. 141, II e III, por duas vezes, na forma do art. 69, todos do Código Penal a BRUNO RIBAS SILVA DOS SANTOS.

Assim, não vislumbro, nesta cognição sumária, as hipóteses de rejeição da denúncia previstas no art. 395 do CPP. Assim, presentes indícios de autoria e materialidade delitiva, RECEBO A DENÚNCIA. (Id. n. 155339384, pp. 193/195).

Denúncia. Juízo de admissibilidade. O juízo realizado no recebimento da denúncia é de cognição sumária e requer a verificação da existência de suporte probatório mínimo da materialidade do crime e de indícios suficientes da autoria. A denúncia deve atender aos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal e não incidir em nenhuma das hipóteses do art. 395 do Código de Processo Penal. Atenderá aos requisitos legais a denúncia que contiver a exposição do fato criminoso com todas as circunstâncias necessárias à configuração do delito, os

indícios de autoria, a classificação jurídica do delito e, se necessário, o rol de testemunhas, possibilitando ao acusado compreender a acusação que sobre ele recai e sua atuação na prática delitiva para assegurar o exercício do contraditório e da ampla defesa. A rejeição da denúncia ocorrerá apenas quando, de plano, não se verificarem os requisitos formais a evidenciar sua inépcia, faltar pressuposto processual para seu exercício ou não houver justa causa, incidindo, em casos duvidosos, o princípio *in dubio pro societate*, a determinar a instauração da ação penal para esclarecimento dos fatos durante a instrução processual penal. Precedentes do Supremo Tribunal Federal (STF, Inq n. 2589, Rel. Min. Luiz Fux, j. 16.09.14; Inq n. 3537, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 09.09.14 e HC n. 100908, Rel. Min. Carlos Britto, j. 24.11.09).

A denúncia apresentada pelo Ministério Público Federal atende aos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, porquanto descreveu os fatos criminosos e suas respectivas circunstâncias, classificando-os, permitindo, pois, o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa. A par disso, a imputação encontra-se amparada em elementos de prova, tais como declarações das vítimas e testemunhas colhidas na fase extrajudicial, que lhe conferem justa causa.

Ao contrário do que sustenta a impetrante, não se constata de plano a atipicidade por ausência do *animus injuriandi*, porquanto há necessidade de dilação probatória.

A frase dita pelo paciente “os portugueses são racistas” contém ofensa à honra e à dignidade da vítima, de origem portuguesa, conforme se depreende de seu depoimento perante a autoridade policial, o que sugere a prática de crime de injúria racial.

Desse modo, pelo que se verifica dos autos, há prova de materialidade e indícios suficientes de autoria delitiva, não restando demonstrado o constrangimento ilegal.

Assim, não se mostra adequada a rejeição parcial da denúncia oferecida por ausência do *animus injuriandi*, uma vez que seria temerário obstar por completo o andamento de procedimento cuja matéria depende de dilação probatória e análise aprofundada de elementos, o que se mostra incabível nesta via estreita.

Ante o exposto, *DENEGO* a ordem de *habeas corpus* e *JULGO PREJUDICADO* o agravo regimental interposto.

É o voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

“HABEAS CORPUS” CRIMINAL

5006465-80.2021.4.03.0000

Paciente: MAICHEL RIBEIRO

Impetrantes: CRISTIANE TRINDADE SILVA, EVELIZE DE BARROS GARCIA PAGLIATO

Impetrada: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SOROCABA/SP - 1ª VARA FEDERAL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 30/04/2021

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSO PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. REITERAÇÃO CRIMINOSA. RESOLUÇÃO 62/2020 DO CNJ. AUSÊNCIA DE REQUISITOS PARA LIBERDADE PROVISÓRIA. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. INSUFICIÊNCIA. PRISÃO PREVENTIVA MANTIDA. ORDEM DENEGADA.

1. A ação de *habeas corpus* tem pressuposto específico de admissibilidade, consistente na demonstração *primo ictu oculi* da violência atual ou iminente, qualificada pela ilegalidade ou pelo abuso de poder, que repercute, mediata ou imediatamente, no direito à livre locomoção, conforme previsão do art. 5º, inc. LXVIII, da Constituição Federal e art. 647 do Código de Processo Penal.
2. Há informações de que o paciente já foi processado e condenado pela prática de outros delitos, inclusive, moeda falsa, de modo que a existência de ação penal em seu desfavor indica que o indiciado está fazendo da atividade criminosa seu estilo de vida e meio de sobrevivência, de forma que uma vez solto poderá voltar a delinquir.
3. Não foi juntado aos autos informações de que o averiguado possua residência fixa e exerça atividade lícita.
4. A determinação estampada na Recomendação 62/20 do Conselho Nacional de Justiça não é de libertação de todos os agentes que se encontram no sistema prisional, pois a análise é feita de acordo com as particularidades de cada caso em concreto.
5. *In casu*, inexistem elementos que possam demonstrar o risco concreto para se cogitar do deferimento da liberdade ao paciente, uma vez que não é idoso ou portador de comorbidades que o enquadre nos grupos de risco para o coronavírus.
6. As medidas cautelares diversas da prisão, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal se revelam, por ora, insuficientes e inadequadas.
7. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Turma, por unanimidade, decidiu, DENEGAR A ORDEM, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por Evelize de Barros Garcia Pagliato e Cristiane Trindade Silva em favor de MAICHEL RIBEIRO, contra ato imputado ao Juízo da 1ª Vara Federal de Sorocaba/SP que, nos autos nº 5002028-96.2021.4.03.6110, converteu a prisão em flagrante do paciente em preventiva.

Consta da impetração que, em 18/03/2021, o paciente foi preso em flagrante em razão de estar na posse de duas notas de R\$ 200,00 (duzentos reais) falsas, cuja falsidade não aparenta ser grosseira.

Alegam as impetrantes que o paciente está sendo submetido a constrangimento ilegal, uma vez que teve sua prisão em flagrante convertida em preventiva sem que o Juízo houvesse ouvido a defesa e analisasse a possibilidade de imposição de medidas cautelares menos gravosas.

Ponderam que o paciente, mesmo possuidor de antecedentes criminais, não voltou a delinquir desde 2010, que possui residência fixa e é mecânico de profissão, mas que, em razão da crise gerada pela pandemia da COVID-19, encontra-se trabalhando informalmente (“bicos”).

Argumentam que o crime foi praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa e que não restou efetivamente demonstrada nenhuma das hipóteses do art. 312 do Código de Processo Penal.

Aduzem sobre a crise sanitária gerada pela COVID-19 e citam a Recomendação nº 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça.

Discorrem sobre sua tese e requerem a concessão de liminar, para que a prisão preventiva do paciente seja revogada, ainda que com a imposição de medidas cautelares diversas. No mérito, pleiteiam a concessão da ordem.

A liminar foi indeferida (ID. 155703600).

Após, foram requisitas as informações à autoridade tida como coatora que as prestou em ID. 155819083.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Ilustre Procurador Regional da República, Orlando Martello, opinou pela denegação da ordem (ID. 155840674).

É o Relatório.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

VOTO

A ação de *habeas corpus* tem pressuposto específico de admissibilidade, consistente na demonstração *primo ictu oculi* da violência atual ou iminente, qualificada pela ilegalidade ou pelo abuso de poder, que repercuta, mediata ou imediatamente, no direito à livre locomoção, conforme previsão do art. 5º, inc. LXVIII, da Constituição Federal e art. 647 do Código de Processo Penal.

A presente impetração almeja, em síntese, a revogação da prisão preventiva do paciente. É sob esse prisma que as alegações serão apreciadas.

Consta dos autos que, em 18/03/2021, MAICHEL RIBEIRO foi preso em flagrante delito por estar na posse de duas cédulas de 200,00 (duzentos reais) falsas. A abordagem do paciente

pela Guarda Municipal de Sorocaba/SP aconteceu após ele, por meio de seu filho, menor de idade, ter tentado adquirir, com uma das cédulas falsas, duas garrafas de refrigerante.

Levado à presença de um Juízo Estadual, este reconheceu a incompetência, determinando a remessa dos autos ao Juízo Federal competente, no entanto, não obstante isso, decidiu sobre a manutenção da prisão do paciente nos seguintes termos (ID. 15536682):

“A conduta não foi praticada mediante violência ou grave ameaça, porém, presentes, neste instante, circunstâncias justificadoras da manutenção da custódia.

Restaram preenchidos os requisitos do artigo 312, do CPP, porque se faz necessária a segregação do autuado para a garantia da ordem pública, na medida em que a sociedade brasileira sente, cada vez mais, inconformada e desesperançosa, a impunidade para todo e qualquer ato criminoso. A mentalidade da relativização dos valores e a tendência de se exculpar todo e qualquer conduta tipificada como crime, tem esvaziado a justiça criminal, fomentando, inexoravelmente, a prática de ilícitos. A prisão do agente surpreendido em flagrante, e sua manutenção, implica no oposto desse pernicioso mecanismo, dando uma clara demonstração ao criminoso do erro cometido e um alento à sociedade de bem.

Por isso, não há como se deferir a liberdade, neste momento. Não há possibilidade de aplicação de outras medidas cautelares, pois não há aparato de fiscalização adequado, notadamente na atual situação pandêmica que enfrenta o país, mormente na redução do número de policiais militares nas ruas.

Ressalte-se, ainda, que o argumento defensivo pautado no Coronavírus (COVID-19) e no fato de o crime ser praticado sem violência não são suficientes para deferir a soltura dos autuados. Observe-se que a Recomendação nº 62/2020, do Conselho Nacional da Justiça, impõe a análise de cada caso especificamente. Aqui nos autos, o autuado não está inserido em nenhuma hipótese. E, como já pontuado, inexistente mínima prova de domicílio certo e qualquer sorte de atividade lícita, honesta e regular, além de esbanjar passagens criminais pretéritas. Nem se argumente, portanto, que a pandemia do COVID 19 possa ensejar soltura. Nesse caso de excepcionalidade, o deferimento do pedido dependeria de alguns pressupostos, os quais não se revelam sequer cogitados na espécie, a saber: (i) comprovação inequívoca de que o acusado se enquadra no grupo de vulneráveis do COVID19; (ii) impossibilidade de receber tratamento no estabelecimento prisional em que se encontra provisoriamente detido; e (iii) risco real de que o estabelecimento em que se encontra, e que o segrega do convívio social, causa mais risco que o ambiente em que a sociedade está inserida.

Assim, plenamente justificada, pois, a manutenção da custódia cautelar, CONVERTO A PRISÃO EM FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA.”

Após, os autos foram distribuídos ao Juízo da 1ª Vara Federal de Sorocaba/SP, que manteve a conversão da prisão em flagrante em preventiva na decisão ora impetrada, que foi proferida nos seguintes termos (ID. 15536686):

“(…)

1. Mantenho, com a concordância do MPF, consoante a manifestação ID 47893736, a prisão preventiva decretada nos termos da decisão ID 47647605, pp. 66 a 68, mormente considerando os diversos apontamentos criminais que contam desfavor do investigado, desde o ano de 2001, já tendo sido definitivamente condenado (ID 47647605, pp. 41 a 51 e 54 a 57), sendo, ao que parece, tecnicamente reincidente. Observa-se, ainda, a inocorrência da comprovação de que vinha exercendo atividade lícita e do seu atual endereço.

Tudo indica, pois, que não tem cessado a realização de atividade ilícita, embora já devidamente admoestado acerca da situação, circunstância bastante para fundamentar a sua preventiva, mostrando-se, ademais, descabidas a imposição de outras medidas cautelares, em razão da sua insistente vontade de delinquir.

“(…)”

Nos termos do artigo 312, *caput*, do Código de Processo Penal, a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

No presente caso, o paciente foi preso em flagrante em 18/03/2021 pela prática, em tese do delito de moeda falsa, que não envolve grave ameaça ou violência contra pessoa. No entanto, há informações de que o paciente já foi processado e condenado pela prática de outros delitos, inclusive, moeda falsa (ID. 155536689 – pág. 26/35), de modo que a existência de ação penal em seu desfavor indica que o indiciado está fazendo da atividade criminosa seu estilo de vida e meio de sobrevivência, de forma que uma vez solto poderá voltar a delinquir.

Logo, o feito em análise não é um fato isolado em sua vida. Ao contrário, o indicativo de reiteração específica indica, ao menos por ora, a necessidade da manutenção de sua segregação.

Nesse ponto, é importante ponderar que a existência de ações penais em curso são indicativos de reiteração delitiva, bem como justificam a decretação da medida extrema. Confira-se:

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE CONCRETA. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. REINCIDÊNCIA. REITERAÇÃO DELITIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. ORDEM DENEGADA.

1. A validade da segregação cautelar está condicionada à observância, em decisão devidamente fundamentada, aos requisitos insertos no art. 312 do Código de Processo Penal, revelando-se indispensável a demonstração de em que consiste o *periculum libertatis*.

2. No caso, a prisão preventiva está justificada pois, segundo a decisão que a impôs, o paciente foi flagrado com elevada quantidade de substância entorpecente (peso líquido total de 257,81g de cocaína e 212,91g de maconha). Dessarte, mostra-se evidenciada a sua periculosidade e a necessidade da segregação como forma de acautelar a ordem pública.

3. Como sedimentado em farta jurisprudência desta Corte, maus antecedentes, reincidência ou até mesmo outras ações penais em curso são suficientes para a imposição de segregação cautelar como forma de evitar a reiteração delitiva e, assim, garantir a ordem pública. Precedentes.

4. Ordem denegada.

(HC - *HABEAS CORPUS* - 542630 2019.03.24418-4, ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, STJ - SEXTA TURMA, DJE DATA:19/12/2019 ..DTPB:.)

Ademais, não há prova de que o averiguado possua residência fixa. Foi juntada, apenas, uma declaração, pela mãe do paciente, de que ele reside com ela na Rua Pedro de Almeida Lima, nº 475, CEP 018103-040, Sorocaba/SP, sem que tenha sido apresentado qualquer comprovante de residência em nome do acusado ou de sua genitora (ID. 155536624).

Dessa forma, em uma análise superficial e à míngua de elementos que demonstrem o contrário, há prova da materialidade e indícios suficientes de autoria, revelando-se necessária a manutenção da segregação cautelar, nesse primeiro momento, para garantia da ordem pública e aplicação da lei penal.

O impetrante também tece considerações acerca do coronavírus, citando a Recomendação nº 62/2020 do CNJ, de forma a requerer a concessão de liberdade provisória ao paciente.

Entretanto, na hipótese dos autos, inexistem elementos que possam demonstrar o risco concreto para se cogitar do deferimento da liberdade ao paciente, uma vez que não é idoso ou portador de comorbidades que o enquadre nos grupos de risco para o coronavírus.

A par desses fundamentos, e considerando, outrossim, que não se alegou nem se demonstrou qualquer ilegalidade concernente à prisão preventiva decretada em desfavor dos pacientes, não tendo, ademais, aventado qualquer alteração fática que permita a revogação da aludida medida constritiva, é o caso, pois, de mantê-la.

Assim, incabível a substituição da prisão preventiva por medidas cautelares previstas no artigo 319, do Código de Processo Penal, por se mostrarem, ao menos por ora, insuficientes e inadequadas.

Não vislumbro, portanto, patente ilegalidade ou abuso de poder a que esteja submetido o paciente.

Diante de todo o exposto, DENEGO A ORDEM.

É o voto.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

Direito Tributário



APELAÇÃO CÍVEL
0000073-97.2011.4.03.6100

Apelante: KIMBERLY-CLARK BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS DE HIGIENE LTDA.

Apelada: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NABARRETE

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 27/04/2021

EMENTA

APELAÇÃO. PROCESSUAL CIVIL. PIS/COFINS. NÃO CUMULATIVIDADE. INSUMO. CREDITAMENTO DE DESPESAS. PUBLICIDADE. PROPAGANDA. *MARKETING*. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ESSENCIALIDADE E RELEVÂNCIA.

- De início, deixo de conhecer do agravo de instrumento convertido em retido, à vista da ausência de reiteração de suas razões, conforme exige o artigo 523, § 1º, do CPC/73, vigente à época em que foi interposto o recurso.

- *In casu*, tem-se que a controvérsia dos autos gira em torno da análise da abrangência da hipótese prevista no artigo 3º, inciso II, das Leis nº 10.637/2002 e 10.833/03, qual seja, a possibilidade de creditamento, em relação à base de cálculo das contribuições em debate e incidentes sob o regime não cumulativo, referente aos valores gastos a título de publicidade, propaganda e *marketing*.

- A Constituição Federal, em seu art. 195, §12, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 42, de 19/12/2003, estabeleceu que a lei definirá os setores de atividade econômica para os quais as contribuições incidentes na forma dos incisos I, b; e IV do *caput*, serão não-cumulativas. O dispositivo apenas prevê a possibilidade de o legislador estabelecer os setores de atividade econômica para os quais as contribuições ao PIS e a COFINS devem se submeter ao regime não cumulativo.

- As Leis n. 10.637/2002 e n. 10.833/2003 não conceituam o termo *insumos* para fins de aproveitamento no sistema da não-cumulatividade das contribuições ao PIS e da COFINS. Com o objetivo de preencher tal lacuna, a Secretaria da Receita Federal do Brasil editou as Instruções Normativas n. 247/2002 (PIS /PASEP) e n. 404/04 (COFINS).

- Ao analisar tais dispositivos, tem-se que o legislador infraconstitucional realmente explicitou inúmeras despesas que, em tese, integram cadeias produtivas e, em razão disso, determinou expressamente a possibilidade de creditamento no que toca ao PIS e à COFINS não cumulativos. Porém, dada a complexidade (e inclusive quantidade) das atividades econômicas na atualidade, não se mostra razoável a exigência de especificação de todos os elementos aplicados ou consumidos na fabricação de um bem ou na prestação de um determinado serviço, entendimento que foi acolhido pelo Superior Tribunal de Justiça ao julgar o REsp n. 1.221.170-PR.

- Conforme jurisprudência do STJ (em que restou declarada a invalidade das Instruções Normativas n. 247/2002 e n. 404/2004, no que toca à definição restritiva da compreensão de insumo), bem como nos moldes da Nota SEI nº 63/2018/CRJ/PGACET/PGFN-MF, publicada recentemente, em 03.10.2018, cujo teor explicita o posicionamento da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional no sentido de que se deve levar em conta as particularidades de cada processo produtivo, na medida em

que determinado bem pode fazer parte de vários processos produtivos, porém com diferentes níveis de importância, tem-se que a definição de insumo, para fins de creditamento de PIS e COFINS, deve considerar a imprescindibilidade ou pelo menos a enorme importância do bem ou serviço para o desenvolvimento da atividade econômica em si (atividade-fim), questão indispensável no que toca à diferenciação entre insumos e meros custos operacionais do contribuinte. Assim, restou definido que um determinado bem ou serviço pode ser considerado insumo tanto por meio do critério da essencialidade (elemento estrutural e inseparável do processo produtivo) quanto pelo critério da relevância, o que pode acontecer em razão de especificidades da cadeia produtiva (no inteiro teor do acórdão mencionado, foi dado o exemplo da água, a qual tem um grau diferente de importância a depender do processo produtivo analisado) ou em razão de exigências legais (por exemplo, a utilização de EPI para determinadas atividades). Em qualquer caso, deve-se proceder a uma análise casuística a fim de se verificar a respeito do preenchimento de algum desses requisitos.

- *In casu*, o contribuinte pleiteia o reconhecimento do direito à apuração de créditos de PIS e COFINS, na sistemática não cumulativa, no que se refere às despesas com publicidade, propaganda e *marketing* no que impende examinar seu objeto social a fim de se concluir a respeito da abrangência dos insumos utilizados em suas cadeias produtivas e, por conseguinte, se eles englobam realmente o serviço explicitado na inicial e objeto do presente julgamento.

- Entendo que não restam caracterizadas como insumos as despesas explicitadas na inicial. Saliente-se que o fato de o encargo (numerários gastos com publicidade, propaganda e *marketing*) desempenhar um importante papel para a empresa, no sentido de dar visibilidade dos seus produtos aos consumidores e ensejar o aumento expressivo de suas vendas, conforme se afirmou, não faz com que esteja intrinsecamente ligado ao exercício de suas atividades. Ademais, a contratação desse serviço depende exclusivamente da vontade dos administradores da apelante, tão somente com a finalidade de tornar seus produtos atrativos, dado que não há dispositivo legal algum que a obrigue a realizá-lo. Não se desmerece a importância deles, porém não se apresentam como essenciais ou relevantes à produção dos bens ou dos serviços prestados.

- Ressalte-se que no julgamento do Resp nº 1.221.170 a Corte Superior entendeu no sentido de que o conceito de insumo, para fins de incidência das contribuições ao PIS e da COFINS, não é tão amplo quanto o utilizado na legislação do imposto de renda e nem tão restrito quanto o aplicado pelas disposições normativas concernentes ao IPI. Destarte, refuta-se a assertiva de que incide na espécie as disposições preconizadas pelos artigos 290 e 299 da RIR 99 para identificar as imprescindíveis para o desenvolvimento das atividades sociais da empresa. Assim, deve ser apreciado cada caso concreto e, portanto, conforme explicitado anteriormente, as despesas em debate não se qualificam como insumos para fins de creditamento de PIS e COFINS.

- Outrossim, dado que há autorização constitucional para que a sistemática da não cumulatividade das contribuições em questão seja delineada pelo legislador ordinário, afastam-se os argumentos relativo à aludida violação dos artigos 10, incisos I e II, e 11, inciso III, alíneas b, c e d, da Lei Complementar nº 95/88, bem assim afiguram-se descabidas as assertivas relativas à disciplina explicitada pelos artigos 3º e incisos das Leis nº 10.637/2002 e 10.833/2003, porquanto inexistente vício quanto à existência de uma lista nas mencionadas legislações a especificar os créditos que podem ser aproveitados neste contexto, uma vez que, ao se tratar de contribuições

ao PIS e da COFINS (tributos incidentes sobre a receita ou faturamento), a técnica da não-cumulatividade tem o objetivo de permitir a utilização de uma base de cálculo menos gravosa ao contribuinte, o que se materializa por meio da previsão de despesas necessárias ao exercício da atividade da pessoa jurídica, as quais podem ser deduzidas de sua receita/faturamento a fim de que se possa chegar a uma base impositiva acertada. A circunstância de o rol ser exemplificativo, conforme restou assentado no *leading case*, infirma qualquer argumentação alusiva à inaptidão dos incisos para versarem sobre o tema, já que a aferição não se cinge à literal correspondência com as hipóteses enumeradas, mas se realiza também por critérios de essencialidade e relevância, consoante a tese fixada.

- Também não tem razão a recorrente ao consignar que o recolhimento da exação pelo prestador de serviço sobre as receitas dele ensejaria o crédito em seu favor, para evitar o efeito cascata decorrente das múltiplas incidências, pois se cuida de sistema de apuração distinto, no sentido de que na espécie a obrigação a pagar é apurada pela aplicação da alíquota sobre a diferença entre as receitas auferidas e as despesas necessárias, despiendo o valor recolhido anteriormente, conforme explicitado pelo relator no recurso especial representativo (Resp nº 1.221.170), o qual acolheu as razões da Ministra Regina Helena Costa.

- Assim, entende-se que não assiste razão à apelante, uma vez que, consideradas as suas atividades-fim, tais despesas não se enquadram no conceito de insumo. Destarte, prejudicada a pretensão alusiva à compensação/restituição de valores indevidamente recolhidos.

- Agravo retido não conhecido. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu não conhecer do agravo retido e negar provimento à apelação, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram a Des. Fed. MARLI FERREIRA e a Des. Fed. MÔNICA NOBRE, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

RELATÓRIO

Apelação interposta por KIMBERLY-CLARK BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS DE HIGIENE LTDA. (id. 91748871-págs. 34/65) contra sentença que, em sede de ação ordinária, julgou improcedente o pedido e condenou a autora ao pagamento dos honorários advocatícios fixados em R\$ 10.000,00 (id. 91748871-págs. 17/21). Embargos de declaração rejeitados (págs. 30/32).

A apelante aduziu, em síntese (id. 91748871-págs. 34/65):

a) a sentença adotou o conceito de insumos utilizados para fins de não cumulatividade do ICMS e IPI, todavia não houve enfrentamento dos aspectos constitucionais da questão;

b) restaram cumpridos os requisitos para que o serviço de publicidade e propaganda confira direito a crédito na regra da não cumulatividade, no sentido de que concorreu para a

conformação da base de cálculo e sofreu incidência da exação em momento anterior à operação em testilha;

c) a teor da alínea b do inciso I do artigo 195 e do artigo 239 da Constituição Federal, o legislador infraconstitucional optou por eleger como hipótese de incidência da COFINS e do PIS/PASEP não-cumulativos a receita, de maneira que aquelas oriundas dos serviços de publicidade e propaganda prestados pela contratada sujeitam-se à mencionada exação;

d) os “*maciços*” investimentos destinados à promoção dos produtos que comercializa tiveram nítido impacto sobre o acréscimo exponencial das vendas no período;

e) a essencialidade dos serviços relativamente à atividade da recorrente deve ser aferida sob o ângulo do fator determinante da quantificação das receitas sujeitas à tributação;

f) inconstitucionalidade da aplicação da regra de não cumulatividade do ICMS e IPI para o PIS e COFINS, razão pela qual a interpretação a ser dada às Leis nº 10.637/2002 e 10.833/2003 não deve ser restritiva;

g) no seu artigo 195, § 12, a Constituição Federal, ao atribuir à lei ordinária a competência para definir, restringiu-a à eleição das atividades que poderiam ser inseridas neste regime de apuração, todavia não tratou em tal dispositivo dos critérios relacionados aos créditos do PIS e da COFINS, porque já feito pela alínea “b” do inciso I ou no próprio inciso IV do mesmo art. 195, o que afasta de pronto o argumento de que o regime não cumulativo deverá ser formatado pela categoria de produtos que se incorporam a um determinado produto ou correspondam ao custo contábil, despesas em geral etc;

h) como as Leis nº 10.637/2002 e 10.833/2003 foram recepcionadas pela EC nº 42/2003, a interpretação a ser dada a elas deverá ter como base o regramento constitucional dessas contribuições, a afastar a aplicação da sistemática adotada para o ICMS e o IPI, de maneira que não se relaciona ao produto fisicamente considerado, mas sim à existência de uma operação anterior que dê ensejo às hipóteses previstas no artigo 195, I, “b”, e IV da CF;

i) interpretadas de forma conciliatória as Leis nº 10.637/2002 e 10.833/2003 com o artigo 195 da Constituição Federal, fica evidente que o artigo 3º de ambas as leis trazem um rol exemplificativo e não taxativo;

j) o conceito de insumo considerado para a efetivação da não cumulatividade na espécie é contabilmente aquele da legislação do imposto de renda definido como custo operacional descrito no artigo 290 do RIR 99;

k) a legislação do PIS e da COFINS não demarca como critério para a sistemática não cumulativa o contábil de custo, porquanto admite, para fins de apropriação de crédito, valores que ora se qualificam como tal, ora como despesa;

l) o conceito de insumo deve levar em conta tanto o custo operacional quanto as despesas operacionais descritas no RIR 99, artigo 299, necessárias para o desenvolvimento das atividades sociais das empresas, sem as quais não se conseguem atingir os fins propostos, exatamente o que ocorre em relação aos gastos com propaganda e *marketing*;

m) sua condição de empresa comercial de grande porte demanda uma estrutura imensa de propaganda e *marketing* para fazer com que seus produtos cheguem aos consumidores e, em consequência, cumprir o seu objetivo social;

n) os pagamentos realizados para os respectivos prestadores de serviço acarretam-lhe a obrigação tributária relacionada às contribuições sociais em comento, a ensejar necessariamente a aplicação da sistemática não cumulativa;

o) violação dos artigos 3º, inciso II, das Leis nº 10.637/02 e nº 10.833/03 pelas Instruções Normativas SRF nº 247/02 e 404/04 por restringirem indevidamente o conceito de insumo para os efeitos dos mencionados diplomas legais;

p) atribuir taxatividade ao rol enumerado nos artigos 3º das respectivas legislações e permitir que seus incisos restrinjam o conceito irrestrito explicitado no *caput* contraria os artigos 10, incisos I e II, e 11, inciso III, alíneas b, c e d, da Lei Complementar nº 95/88, segundo a qual é vedada a elaboração de diplomas normativos em que a ordem “*hierárquica*” de artigos, incisos e parágrafos, alíneas e itens seja subvertido, ou seja, os incisos definirem o significado do *caput* do artigo;

q) caso a inconstitucional restrição ao conceito de insumos de PIS e COFINS não cumulativos houvesse de ser realizada pelo legislador infraconstitucional, o elemento legislativo próprio para tanto seria o “*parágrafo*”;

r) faz jus à compensação do indébito.

Contrarrrazões da União, nas quais pleiteia o desprovemento do apelo.

Agravo de instrumento convertido em retido (91745227-págs. 54/67, 78/81 e 119) contra a decisão que indeferiu o pedido de tutela antecipada (contraminuta-id. 91748871-págs. 5/16).

Memoriais de KIMBERLY-CLARK BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS DE HIGIENE LTDA. (ID 156448489).

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

VOTO

De início, deixo de conhecer do agravo de instrumento convertido em retido, à vista da ausência de reiteração de suas razões, conforme exige o artigo 523, § 1º, do CPC/73, vigente à época em que foi interposto o recurso.

Ação ordinária proposta por KIMBERLY-CLARK BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS DE HIGIENE LTDA, a qual objetiva o reconhecimento de seu direito ao crédito de PIS e COFINS não-cumulativos relativamente aos serviços de publicidade (insumos) que usualmente contrata para incremento de suas vendas (receita), bem como da constituição de indébito relativo ao não abatimento dessas despesas nos cinco anos pretéritos ao ajuizamento desta demanda, sob o argumento, em suma, de que os contratos de prestação de serviços de propaganda e *marketing* firmados pela autora são efetivos insumos para fins de creditamento, porquanto geram receita para o prestador do serviço e são essenciais para sua atividade (id. 91745225-págs. 4/34).

In casu, tem-se que a controvérsia dos autos gira em torno da análise da abrangência da hipótese prevista no artigo 3º, inciso II, das Leis nº 10.637/2002 e 10.833/03, qual seja, a possibilidade de creditamento, em relação à base de cálculo das contribuições em debate e incidentes sob o regime não cumulativo, referente aos valores gastos a título de publicidade, propaganda e *marketing*.

A Constituição Federal, em seu art. 195, §12, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 42, de 19/12/2003, estabeleceu que a lei definirá os setores de atividade econômica para os quais as contribuições incidentes na forma dos incisos I, b; e IV do *caput*, serão não cumulativas. O dispositivo apenas prevê a possibilidade de o legislador estabelecer os setores de atividade econômica para os quais as contribuições ao PIS e a COFINS devem se submeter ao regime não cumulativo.

A possibilidade de creditamento e dedução (não se trata jamais de isenção - artigo 111, inciso II, do CTN) dos valores referentes aos insumos utilizados na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda ou na prestação de serviços encontra-se prevista no artigo 3º, inciso II, da Lei nº.10.637/2002, *verbis*:

Art. 3º Do valor apurado na forma do art. 2º a pessoa jurídica poderá descontar créditos calculados em relação a:

(...)

II - bens e serviços, utilizados como insumo na prestação de serviços e na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda, inclusive combustíveis e lubrificantes, exceto em relação ao pagamento de que trata o art. 2º da Lei nº. 10.485, de 3 de julho de 2002, devido pelo fabricante ou importador, ao concessionário, pela intermediação ou entrega dos veículos classificados nas posições 87.03 e 87.04 da TIPI; (...)

Já com relação à COFINS, a previsão correspondente é a do artigo 3º, inciso II, da Lei nº 10.833/2003, *verbis*:

Art. 3º Do valor apurado na forma do art. 2º a pessoa jurídica poderá descontar créditos calculados em relação a:

(...)

II - bens e serviços, utilizados como insumo na prestação de serviços e na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda, inclusive combustíveis e lubrificantes, exceto em relação ao pagamento de que trata o art. 2º da Lei nº. 10.485, de 3 de julho de 2002, devido pelo fabricante ou importador, ao concessionário, pela intermediação ou entrega dos veículos classificados nas posições 87.03 e 87.04 da TIPI; (...)

Assim, tem-se que as Leis nº 10.637/2002 e nº 10.833/2003 não conceituam o termo *insumos* para fins de aproveitamento no sistema da não- cumulatividade das contribuições ao PIS e da COFINS. Com o objetivo de preencher tal lacuna, a Secretaria da Receita Federal do Brasil editou as Instruções Normativas n. 247/2002 (PIS /PASEP) e n. 404/04 (COFINS), conforme seguem:

IN nº 247/2002:

Art. 66. A pessoa jurídica que apura o PIS /Pasep não-cumulativo com a alíquota prevista no art. 60 pode descontar créditos, determinados mediante a aplicação da mesma alíquota, sobre os valores:

I - das aquisições efetuadas no mês:

(...)

b) de bens e serviços, inclusive combustíveis e lubrificantes, utilizados como insumos:

b.1) na fabricação de produtos destinados à venda;

b.2) na prestação de serviços; (...)

§ 5º Para os efeitos da alínea “b” do inciso I do *caput*, entende-se como insumos:

I - utilizados na fabricação ou produção de bens destinados à venda:

a) as matérias primas, os produtos intermediários, o material de embalagem e quaisquer outros bens que sofram alterações, tais como o desgaste, o dano ou a perda de propriedades físicas ou químicas, em função da ação diretamente exercida sobre o produto em fabricação, desde que não estejam incluídas no ativo imobilizado;

b) os serviços prestados por pessoa jurídica domiciliada no País, aplicados ou consumidos na produção ou fabricação do produto;

II - utilizados na prestação de serviços:

- a) os bens aplicados ou consumidos na prestação de serviços, desde que não estejam incluídos no ativo imobilizado; e
- b) os serviços prestados por pessoa jurídica domiciliada no País, aplicados ou consumidos na prestação do serviço.

IN SRF 404/2004:

Art. 8º Do valor apurado na forma do art. 7º, a pessoa jurídica pode descontar créditos, determinados mediante a aplicação da mesma alíquota, sobre os valores:

I - das aquisições efetuadas no mês:

(...)

b) de bens e serviços, inclusive combustíveis e lubrificantes, utilizados como insumos:

b.1) na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda; ou

b.2) na prestação de serviços; (...)

§ 4º Para os efeitos da alínea “b” do inciso I do *caput*, entende-se como insumos:

I - utilizados na fabricação ou produção de bens destinados à venda:

a) a matéria-prima, o produto intermediário, o material de embalagem e quaisquer outros bens que sofram alterações, tais como o desgaste, o dano ou a perda de propriedades físicas ou químicas, em função da ação diretamente exercida sobre o produto em fabricação, desde que não estejam incluídas no ativo imobilizado;

b) os serviços prestados por pessoa jurídica domiciliada no País, aplicados ou consumidos na produção ou fabricação do produto;

II - utilizados na prestação de serviços:

a) os bens aplicados ou consumidos na prestação de serviços, desde que não estejam incluídos no ativo imobilizado; e

b) os serviços prestados por pessoa jurídica domiciliada no País, aplicados ou consumidos na prestação do serviço.

Ao analisar tais dispositivos, tem-se que o legislador infraconstitucional realmente explicitou inúmeras despesas que, em tese, integram cadeias produtivas e, em razão disso, determinou expressamente a possibilidade de creditamento no que toca ao PIS e à COFINS não-cumulativos. Porém, dada a complexidade (e inclusive quantidade) das atividades econômicas na atualidade, não se mostra razoável a exigência de especificação de todos os elementos aplicados ou consumidos na fabricação de um bem ou na prestação de um determinado serviço, entendimento que foi acolhido pelo Superior Tribunal de Justiça ao julgar o REsp n. 1.221.170-PR, sob a sistemática do artigo 543-C do CPC/73, *litteris*:

TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS . CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS. NÃO- CUMULATIVIDADE . CREDITAMENTO. CONCEITO DE INSUMOS. DEFINIÇÃO ADMINISTRATIVA PELAS INSTRUÇÕES NORMATIVAS 247/2002 E 404/2004, DA SRF, QUE TRADUZ PROPÓSITO RESTRITIVO E DESVIRTUADOR DO SEU ALCANCE LEGAL. DESCABIMENTO. DEFINIÇÃO DO CONCEITO DE INSUMOS À LUZ DOS CRITÉRIOS DA ESSENCIALIDADE OU RELEVÂNCIA. RECURSO ESPECIAL DA CONTRIBUINTE PARCIALMENTE CONHECIDO, E, NESTA EXTENSÃO, PARCIALMENTE PROVIDO, SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC/1973 (ARTS. 1.036 E SEQUINTE DO CPC/2015).

1. Para efeito do creditamento relativo às contribuições denominadas PIS e COFINS , a definição restritiva da compreensão de insumo, proposta na IN 247/2002 e na IN 404/2004, ambas da SRF, *efetivamente desrespeita o comando contido no art. 3º, II, da Lei 10.637/2002 e da Lei 10.833/2003, que contém rol exemplificativo.*

2. O conceito de insumo deve ser aferido à luz dos critérios da essencialidade ou relevância, vale dizer, considerando-se a imprescindibilidade ou a importância de determinado item - bem ou serviço - para o desenvolvimento da atividade econômica desempenhada pelo contribuinte.
3. Recurso Especial representativo da controvérsia parcialmente conhecido e, nesta extensão, parcialmente provido, para determinar o retorno dos autos à instância de origem, a fim de que se aprecie, em cotejo com o objeto social da empresa, a possibilidade de dedução dos créditos reais relativos a custos e despesas com: água, combustíveis e lubrificantes, materiais e exames laboratoriais, materiais de limpeza e equipamentos de proteção individual-EPI.
4. Sob o rito do art. 543-C do CPC/1973 (arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015), assentam-se as seguintes teses: (a) é ilegal a disciplina de creditamento prevista nas Instruções Normativas da SRF ns. 247/2002 e 404/2004, porquanto compromete a eficácia do sistema de não-cumulatividade da contribuição ao PIS e da COFINS, tal como definido nas Leis 10.637/2002 e 10.833/2003; e (b) *o conceito de insumo deve ser aferido à luz dos critérios de essencialidade ou relevância, ou seja, considerando-se a imprescindibilidade ou a importância de determinado item - bem ou serviço - para o desenvolvimento da atividade econômica desempenhada pelo Contribuinte.*

(REsp 1221170/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/02/2018, DJe 24/04/2018-grifei)

Desse modo, conforme jurisprudência do STJ (em que restou declarada a invalidade das Instruções Normativas n. 247/2002 e n. 404/2004, no que toca à definição restritiva da compreensão de insumo), bem como nos moldes da Nota SEI nº 63/2018/CRJ/PGACET/PGFN-MF, publicada recentemente, em 03.10.2018, cujo teor explicita o posicionamento da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional no sentido de que se deve levar em conta as particularidades de cada processo produtivo, na medida em que determinado bem pode fazer parte de vários processos produtivos, porém com diferentes níveis de importância, tem-se que a definição de insumo, para fins de creditamento de PIS e COFINS, deve considerar a imprescindibilidade ou pelo menos a enorme importância do bem ou serviço para o desenvolvimento da atividade econômica em si (atividade-fim), questão indispensável no que toca à diferenciação entre insumos e meros custos operacionais do contribuinte. Assim, restou definido que um determinado bem ou serviço pode ser considerado insumo tanto por meio do critério da essencialidade (elemento estrutural e inseparável do processo produtivo) quanto pelo critério da relevância, o que pode acontecer em razão de especificidades da cadeia produtiva (no inteiro teor do acórdão mencionado, foi dado o exemplo da água, a qual tem um grau diferente de importância a depender do processo produtivo analisado) ou em razão de exigências legais (por exemplo, a utilização de EPI para determinadas atividades). Em qualquer caso, deve-se proceder a uma análise casuística a fim de se verificar a respeito do preenchimento de algum desses requisitos.

In casu, o contribuinte pleiteia o reconhecimento do direito à apuração de créditos de PIS e COFINS, na sistemática não cumulativa, no que se refere às despesas com publicidade, propaganda e *marketing* no que impende examinar seu objeto social a fim de se concluir a respeito da abrangência dos insumos utilizados em suas cadeias produtivas e, por conseguinte, se eles englobam realmente o serviço explicitado na inicial e objeto do presente julgamento.

Considerados os itens especificados no objeto social do contribuinte (id. 91745226-pág. 50) - *in verbis*:

“ 3. - O Objeto Social compreende:

(a): A exploração industrial e comercial, inclusive importação, exportação e distribuição de (i) produtos de higiene humana, incluindo qualquer tipo de produto descartável, independente

da matéria-prima utilizada, incluindo fraldas descartáveis em geral, roupas e acessórios do vestuário, lenços umedecidos para limpeza em geral, absorventes íntimos internos e externos e qualquer tipo de produto relacionado as áreas acima citadas (ii) produtos de perfumaria, cosméticos e limpeza; (iii) papéis sanitários e de higiene e seus produtos e subprodutos, cosméticos, perfumes e saneantes domissanitários, bem como outros produtos comercializados junto ou complementarmente aos mesmos; de suas matérias-primas, acessórios, derivados e congêneres, e outros produtos sanitários e de higiene pessoal; (iv) produtos médicos, veterinários e hospitalares; materiais e utensílios médicos, produtos para saúde e correlatos; -e (v) acessórios e equipamentos de proteção individual e de segurança no trabalho, inclusive vestimentas

(b) O desenvolvimento da tecnologia relacionada com o objeto social;

(c) A prestação de serviços pertinentes ao objeto social e serviços de planejamento, coordenação, programação e organização técnica, financeira e administrativa;

(d) A representação de outras sociedades, nacionais ou estrangeiras, por conta própria ou de terceiros;

(e) A participação em outras sociedades, como sócia, acionista ou cotista, e

(f) A prática de demais atividades conexas, correlatas ao seu objeto social.”

Entendo que não restam caracterizadas como insumos as despesas explicitadas na inicial. Saliente-se que o fato de o encargo (numerários gastos com publicidade, propaganda e *marketing*) desempenhar um importante papel para a empresa, no sentido de dar visibilidade dos seus produtos aos consumidores e ensejar o aumento expressivo de suas vendas, conforme se afirmou, não faz com que esteja intrinsecamente ligado ao exercício de suas atividades. Ademais, a contratação desse serviço depende exclusivamente da vontade dos administradores da apelante, tão somente com a finalidade de tornar seus produtos atrativos, dado que não há dispositivo legal algum que a obrigue a realizá-lo. Não se desmerece a importância deles, porém não se apresentam como essenciais ou relevantes à produção dos bens ou dos serviços prestados. Nesse sentido decidiu esta Quarta Turma, ao afastar a pretensão do creditamento de tais despesas, à vista de não estarem inseridas na cadeia de produção e se destinarem, na verdade, à posterior comercialização dos produtos, *verbis*:

TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. NÃO-CUMULATIVIDADE. LEIS 10.637/02 e 10.833/03. EMPRESA COMERCIAL. ATIVIDADE-FIM. DISTINÇÃO ENTRE INSUMOS E CUSTOS E DESPESAS. LEGALIDADE DA EXAÇÃO. APROVEITAMENTO DE CRÉDITOS. OFENSA AO PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE. INOCORRÊNCIA. CREDITAMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

1. O § 12º do art. 195 da Constituição Federal estatui que a lei definirá os setores de atividade econômica para os quais as contribuições incidentes na forma dos incisos I, b, serão não cumulativas. Por sua vez, as Leis nº 10.637/2002 (PIS) e nº 10.833/2003 (COFINS) disciplinam a não cumulatividade das contribuições PIS e COFINS, dispondo sobre os limites objetivos e subjetivos para a implementação dessa técnica de tributação. Isso porque, diferentemente do que ocorre com o IPI e com o ICMS, cujas definições para a efetivação da não cumulatividade estão expostas diretamente no texto constitucional, no que tange ao PIS e à COFINS, outorgou-se tal tarefa à lei infraconstitucional. Por conseguinte, para a apuração dessas contribuições, cabe à lei autorizar, limitar ou vedar as deduções de determinados valores.

2. Assim é que o art. 3º das Leis nº 10.637/2002 e nº 10.833/2003 trata de alguns valores, bens e serviços que podem ser utilizados para a geração de créditos de PIS e COFINS. Não obstante, neles estão excluídos os custos como propaganda, publicidade e marketing do produto.

3. Estando as regras da não cumulatividade das contribuições sociais afetas à definição infraconstitucional, o conceito do termo “insumo” para definição dos bens e serviços que dão

direito a creditamento na apuração do PIS e COFINS deve ser extraído do inciso II do artigo 3º das referidas Leis, não havendo direito de creditamento para abranger qualquer outro bem ou serviço que não seja diretamente utilizado na fabricação dos produtos destinados à venda ou na prestação dos serviços. De fato, consoante interpretação literal dos dispositivos legais em apreço, os insumos que ensejam o creditamento de PIS e COFINS são tão somente aqueles bens ou serviços diretamente ligados à produção dos produtos destinados à venda ou prestação dos serviços do estabelecimento comercial correspondente, segundo sua atividade fim. O conceito de insumos abrange, pois, todos os elementos que se incorporam ao produto final, desde que vinculados à atividade da empresa.

4. Caso o legislador ordinário pretendesse dar uma maior elasticidade ao conceito, empregando-lhe um caráter genérico, não teria trazido um rol detalhado de despesas que podem gerar créditos ao contribuinte. Rol taxativo de descontos de créditos possíveis.

5. É inviável estender o alcance da expressão de modo a permitir o aproveitamento, como créditos de PIS/COFINS, de despesas com marketing, propaganda, publicidade, representação comercial, limpeza, vigilância, combustíveis, etc., que são meros custos despendidos no processo de comercialização do produto final.

6. *No caso, os custos com propaganda, publicidade e marketing suportados pela impetrante não estão inseridos na sua cadeia de produção, destinando-se, em verdade, à posterior comercialização dos produtos, donde que não podem ser tidos como insumo.* Precedentes desta Corte e das demais Cortes Regionais.

7. A tributação da COFINS e PIS segue a discricionariedade do legislador, prevalecendo o direito ao creditamento das contribuições incidentes sobre os insumos, despesas decorrentes da atividade produtiva em si e não sobre a totalidade dos custos e despesas. Precedentes desta E.Corte.

8. Apelação desprovida.

(APELAÇÃO CÍVEL - 364178 ..SIGLA_CLASSE: ApCiv 0002995-40.2015.4.03.6143 ..PROCESSO_ANTIGO: 201561430029954 ..PROCESSO_ANTIGO_FORMATADO: 2015.61.43.002995-4, ..RELATORC:, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:23/01/2017 ..FONTE_PUBLICACAO1: ..FONTE_PUBLICACAO2: ..FONTE_PUBLICACAO3:.-grifei)

Ressalte-se que no julgamento do Resp nº 1.221.170 a Corte Superior entendeu no sentido de que o conceito de insumo, para fins de incidência das contribuições ao PIS e da COFINS, não é tão amplo quanto o utilizado na legislação do imposto de renda e nem tão restrito quanto o aplicado pelas disposições normativas concernentes ao IPI. Destarte, refuta-se a assertiva de que incidem na espécie as disposições preconizadas pelos artigos 290 e 299 da RIR 99 para identificar as imprescindíveis para o desenvolvimento das atividades sociais da empresa. Assim, deve ser apreciado cada caso concreto e, portanto, conforme explicitado anteriormente, as despesas em debate não se qualificam como insumos para fins de creditamento de PIS e COFINS.

Outrossim, dado que há autorização constitucional para que a sistemática da não cumulatividade das contribuições em questão seja delineada pelo legislador ordinário, afastam-se os argumentos relativo à aludida violação dos artigos 10, incisos I e II, e 11, inciso III, alíneas b, c e d, da Lei Complementar nº 95/88, bem assim afiguram-se descabidas as assertivas relativas à disciplina explicitada pelos artigos 3º e incisos das Leis nº 10.637/2002 e 10.833/2003, porquanto *inexiste vício quanto à existência de uma lista nas mencionadas legislações a especificar os créditos que podem ser aproveitados neste contexto*, uma vez que, ao se tratar de contribuições ao PIS e da COFINS (tributos incidentes sobre a receita ou faturamento), a técnica da não cumulatividade tem o objetivo de permitir a utilização de uma base de cálculo menos gravosa ao contribuinte, *o que se materializa por meio da previsão de despesas necessárias ao exercício da atividade da pessoa jurídica, as quais podem ser deduzidas de sua receita/*

faturamento a fim de que se possa chegar a uma base impositiva acertada. A circunstância de o rol ser exemplificativo, conforme restou assentado no *leading case*, infirma qualquer argumentação alusiva à inaptidão dos incisos para versarem sobre o tema, já que a aferição não se cinge à literal correspondência com as hipóteses enumeradas, mas se realiza também por critérios de essencialidade e relevância, consoante a tese fixada.

Também não tem razão a recorrente ao consignar que o recolhimento da exação pelo prestador de serviço sobre as receitas dele ensejaria o crédito em seu favor, para evitar o efeito cascata decorrente das múltiplas incidências, pois se cuida de sistema de apuração distinto, no sentido de que na espécie a obrigação a pagar é apurada pela aplicação da alíquota sobre a diferença entre as receitas auferidas e as despesas necessárias, despidendo o valor recolhido anteriormente, conforme explicitado pelo relator no recurso especial representativo (Resp nº 1.221.170), o qual acolheu as razões da Ministra Regina Helena Costa, cujo trecho transcrevo:

“ 41. Todavia, após as ponderações sempre judiciosas da eminente Ministra REGINA HELENA COSTA, acompanho as suas razões, as quais passo a expor:
(...)

No que concerne ao IPI e ao ICMS, a regra da não-cumulatividade tem por objetivo evitar a chamada tributação em cascata, vale dizer, a incidência de imposto sobre imposto, no caso de tributos multifásicos, assim entendidos aqueles exigíveis em operações sucessivas. Estabelece-se, assim, um sistema de créditos que poderá ser usado como forma de pagamento do tributo. O contribuinte deve subtrair da quantia devida a título desses impostos o(s) crédito(s) acumulado(s) na(s) operação(ões) anterior(es).

De outra parte, para tributos de diversa configuração, como as contribuições em tela, conquanto também seja a elas aplicável o princípio da capacidade contributiva, por ostentarem materialidade de imposto, a não-cumulatividade há de revestir sistema distinto.

Cuidando-se de contribuições cuja base de cálculo é a receita bruta ou faturamento, e que, portanto, não têm conexão direta com determinado produto ou mercadoria, a técnica de não-cumulatividade a ser observada é de “base sobre base”.

Ricardo Lodi Ribeiro bem remarca essa distinção:

Assim, se em relação às mercadorias e produtos, a não-cumulatividade significa que o imposto a ser pago na operação de saída é a diferença entre o mesmo imposto incidente nesta e os que foram pagos nas operações anteriores, o mesmo não acontece quando o instituto é transmutado para os tributos incidentes sobre a receita bruta ou faturamento. *Nestes, não-cumulatividade significa que o tributo a pagar é encontrado pela aplicação da alíquota sobre a diferença entre as receitas auferidas e as receitas necessariamente consumidas pela fonte produtora (despesas necessárias).*

(A não-cumulatividade das contribuições incidentes sobre o faturamento na Constituição e nas leis, *in* Revista Dialética de Direito Tributário n. 111, p. 102 - destaque meu).

Em sendo assim, exsurge com clareza que, para a devida eficácia do sistema de não-cumulatividade, é fundamental a definição do conceito de insumo, já que as despesas efetuadas a esse título constituem créditos utilizáveis na apuração da base de cálculo do tributo devido.”

Assim, entendo que não assiste razão à apelante, uma vez que, consideradas as suas atividades-fim, tais despesas não se enquadram no conceito de insumo. Destarte, prejudicada a pretensão alusiva à compensação/restituição de valores indevidamente recolhidos.

Ante o exposto, não conheço do agravo retido e nego provimento à apelação.

É como voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

APELAÇÃO CÍVEL

0004699-27.2014.4.03.6110

Apelante: FUNDAÇÃO LUIZ JOÃO LABRONICI
 Apelada: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
 Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA
 Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/04/2021

EMENTA

TRIBUTÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. PRESTAR INFORMAÇÕES AO INSS. OBRIGAÇÃO QUE DEVE SER CUMPRIDA MESMO POR ENTIDADE QUE GOZE DE IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. APELAÇÃO DESPROVIDA. HONORÁRIOS MAJORADOS.

1. Depreende-se dos autos que a NFLD nº 35.580.605-3 refere-se à multa por descumprimento de obrigação acessória, lançada, em 12/09/2003, com fatos geradores nas competências de 01/1999 a 12/2002 (Págs. 85/90 do Id. 134793937). Da decisão-notificação nº 21.03810293/2004 (Págs. 72/76 do Id. 134793937), extrai-se que foi aplicada multa ao autor/contribuinte por ter deixado de informar em GFIP os valores pagos aos prestadores de serviços médicos como base de cálculo na respectiva guia de recolhimento do FGTS e Informações a Previdência Social-GFIP, no período de 01/1999 a 12/2002, infringindo o disposto no artigo 32, inciso IV e parágrafo 5º da Lei 8.212/91.
2. À época dos fatos geradores, já estavam vigentes o inciso IV e parágrafo 5º do art. 32 da Lei nº 8.212/1991, que impunham a obrigação de prestar informações ao Instituto Nacional do Seguro Social-INSS, por meio de apresentação de GFIPs, declarando os dados relacionados aos fatos geradores de contribuição previdenciária e outras informações de interesse do INSS, sob pena de aplicação de multa.
3. É irrelevante se a prestação de serviços caracterizava relação empregatícia ou prestação de serviços, porquanto, seja como for, havia a obrigação de prestar as informações.
4. Também não procede a alegação de que a imunidade concedida em favor da autora afastaria a obrigação acessória em questão. Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que é obrigatório o cumprimento da obrigação acessória, ainda que o contribuinte esteja imune à obrigação principal. Isso porque esses deveres instrumentais (obrigações acessórias) são autônomos em relação à regra matriz de incidência tributária, aos quais devem se submeter, até mesmo, as pessoas físicas ou jurídicas que gozem de imunidade ou outro benefício fiscal, *ex vi* dos artigos 113, § 2º, 175, parágrafo único, e 194, parágrafo único, do CTN.
5. Apelação da parte autora desprovida. Honorários majorados.

ACÓRDÃO

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

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

RELATÓRIO

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA (RELATOR):

Trata-se de apelação interposta por Fundação Luiz João Labronici contra a sentença que, nos autos da ação anulatória ajuizada contra o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS objetivando a anulação da NFLD nº 35.580.605-3, a extinção da execução fiscal nº 1405/005 no que se refere ao lançamento discutido e a declaração incidental de inconstitucionalidade do depósito recursal, julgou improcedente o pedido, extinguindo o processo com resolução do mérito, nos termos do art. 487, I, do CPC, e condenou a autora ao pagamento de honorários, fixados em R\$ 5.000,00 (cinco mil), valor este a ser atualizado na forma Resolução CJF nº 267/2013, desde a data de prolação da sentença até o efetivo pagamento.

Em suas razões recursais, sustenta a parte autora que é portadora do CEBAS desde 14 de outubro de 1968 e possui a imunidade prevista no art. 195, §7º, da CF. Alega que preenche os requisitos do art. 14 do CTN, pois *“trata-se de entidade sem fins lucrativos, em que não há distribuição de renda entre seus membros, visto ser esta conduta vedada pelo Estatuto da instituição. Fora isso, a Recorrente aplica integralmente os recursos percebidos para a manutenção do Hospital São Luiz, não havendo distribuição de lucro. Quanto ao terceiro requisito, verifica-se que inexistem informações de irregularidade quanto à escrituração da entidade”*. Afirma que os profissionais médicos contratados pela entidade são autônomos, não havendo vínculo empregatício, bem como que a fiscalização tributária ao atuar a autora ora considerou que os médicos seriam empregados, ora como autônomos. Defende que, à época, não era obrigatória a declaração em GFIP dos valores pagos a profissionais autônomos: *“Se não bastasse isso, oportuno mencionar que antes não era obrigatório constar tias guias G.1UP o valor pago aos profissionais autônomos. Nesse sentido, verifica-se: que à NIFLI) J 35.580.605-3 compreende as competências de 0111999 a 1212002, ocasião em que o Decreto nº 4.729 de 2003 ainda não estava em vigor. No mais, é certo que, na época dos fatos, o artigo 32, inciso IV da Lei 8.212/1993 (aplicável na ocasião) determinava, a obrigação de informar mensalmente ao INSS os dados relacionados ao fato gerador de contribuição previdenciária e outras informações de interesse da Autarquia. Diante disso, inexistia fato gerador e interesses do INSS, antes da obrigatoriedade prevista em lei. Nesse sentido, a sanção pela omissão de declaração sem ocorrência de fatos geradores de contribuição previdenciária somente passou a existir com a entrada em vigor da Lei 11.941 de 2009, que inseriu o artigo 32-A e o §3º, inciso I. Antes, não existia a obrigatoriedade de declarar pagamentos sem a ocorrência de fatos geradores”*. Subsidiariamente, alegou que, caso se entenda pela aplicação da multa, esta deve ser restringida apenas aos valores pagos aos médicos não informados em GFIP, e não sobre a totalidade de empregados e segurados autônomos no momento da elaboração dos cálculos da multa. Invoca a Súmula nº 612 do STJ e sustenta que o certificado possui efeito declaratório e retroage à data de criação da entidade ou do preenchimento dos requisitos legais. Conclui que, na data dos fatos geradores, a autora já fazia jus à imunidade. Insurge-se contra o entendimento da sentença no sentido de que as obrigações acessórias não seriam abrangidas pela imunidade, alegando que, embora a obrigação acessória seja independente da principal, só existe em razão dela, de modo que, no caso, não era exigível a obrigação acessória.

Com as contrarrazões da União, subiram os autos a esta Corte Regional.

É o relatório.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

VOTO

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA (RELATOR):

Do direito intertemporal

Segundo as regras de direito intertemporal que disciplinam o sistema jurídico brasileiro no concernente à aplicação da lei no tempo, as inovações legislativas de caráter estritamente processual, como é a Lei n. 13.105/2015, devem ser aplicadas, de imediato, inclusive nos processos já em curso (art. 14).

Assim, aplica-se a lei nova aos processos pendentes, respeitados, naturalmente, os atos consumados e seus efeitos no regime do CPC de 1973.

Nesse sentido, restou editado o Enunciado Administrativo n. 2/STJ, de teor seguinte:

“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”.

Da admissibilidade do recurso

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso e passo à análise.

Da imunidade tributária e das obrigações acessórias

Depreende-se dos autos que a NFLD nº 35.580.605-3 refere-se à multa por descumprimento de obrigação acessória, lançada, em 12/09/2003, com fatos geradores nas competências de 01/1999 a 12/2002 (Págs. 85/90 do Id. 134793937).

Da decisão-notificação nº 21.03810293/2004 (Págs. 72/76 do Id. 134793937), extrai-se que foi aplicada multa ao autor/contribuinte por ter deixado de informar em GFIP os valores pagos aos prestadores de serviços médicos como base de cálculo na respectiva guia de recolhimento do FGTS e Informações a Previdência Social-GFIP, no período de 01/1999 a 12/2002, infringindo o disposto no artigo 32, inciso IV e parágrafo 5º da Lei 8.212/91.

Pois bem.

À época dos fatos geradores, já estavam vigentes o inciso IV e parágrafo 5º do art. 32 da Lei nº 8.212/1991, que impunham a obrigação de prestar informações ao Instituto Nacional do Seguro Social-INSS, por meio de apresentação de GFIPs, declarando os dados relacionados aos fatos geradores de contribuição previdenciária e outras informações de interesse do INSS, sob pena de aplicação de multa.

Confira-se:

“Art. 32. A empresa é também obrigada a:

(...)

IV - informar mensalmente ao Instituto Nacional do Seguro Social-INSS, por intermédio de documento a ser definido em regulamento, dados relacionados aos fatos geradores de contribuição previdenciária e outras informações de interesse do INSS. (Inciso acrescentado pela Lei nº 9.528, de 10.12.97).

(...)

§ 5º A apresentação do documento com dados não correspondentes aos fatos geradores sujeitará o infrator à pena administrativa correspondente à multa de cem por cento do valor devido relativo à contribuição não declarada, limitada aos valores previstos no parágrafo anterior. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 9.528, de 10.12.97).”

É irrelevante se a prestação de serviços caracterizava relação empregatícia ou prestação de serviços, porquanto, seja como for, havia a obrigação de prestar as informações.

Também não procede a alegação de que a imunidade concedida em favor da autora afastaria a obrigação acessória em questão.

Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que é obrigatório o cumprimento da obrigação acessória, ainda que o contribuinte esteja imune à obrigação principal.

Isso porque esses deveres instrumentais (obrigações acessórias) são autônomos em relação à regra matriz de incidência tributária, aos quais devem se submeter, até mesmo, as pessoas físicas ou jurídicas que gozem de imunidade ou outro benefício fiscal, *ex vi* dos artigos 113, § 2º, 175, parágrafo único, e 194, parágrafo único, do CTN.

Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. DEVIDO ENFRENTAMENTO DAS QUESTÕES RECURSAIS. TRIBUTÁRIO. CDA. REQUISITOS DE VALIDADE. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. INFRAÇÃO À OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. AUSÊNCIA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS. MULTA. REVISÃO DO VALOR. INTERPRETAÇÃO À LEI LOCAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 280/STF.

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.
2. O Tribunal estadual, soberano na análise das circunstâncias fáticas e probatórias da causa, entendeu que o título executivo conforma-se às exigências legais, não se vislumbrando prejuízo à defesa.
3. Assim, modificar o acórdão recorrido, como pretende o recorrente, no sentido de que a CDA não preenche todos os requisitos legais, demandaria o reexame de todo o contexto fático-probatório dos autos, o que é defeso a esta Corte, em vista do óbice da Súmula 7/STJ.
4. A imputação da recorrente na responsabilidade pela inidoneidade da nota fiscal que acompanhava o transporte do bem em apreço foi fundamentada pela Corte de origem na interpretação do art. 56 do Decreto estadual nº 43.080/2002. Todavia, o exame de normas de caráter local é inviável na via do recurso especial, em virtude da vedação prevista na Súmula 280 do STF.
5. A relação jurídica tributária refere-se não só à obrigação tributária principal, como ao conjunto de obrigações acessórias que a viabilizam, conforme se infere do art. 113, § 2º, do CTN.
6. *“Os deveres instrumentais (obrigações acessórias) são autônomos em relação à regra matriz de incidência tributária, aos quais devem se submeter, até mesmo, as pessoas físicas ou jurídicas que gozem de imunidade ou outro benefício fiscal, ex vi dos artigos 175, parágrafo único, e 194, parágrafo único, do CTN.”* (REsp 1.040.578/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16.6.2009, DJe 5.8.2009). Recurso especial conhecido em parte e improvido.

(REsp 1454208/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/10/2014, DJe 28/10/2014)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 544 DO CPC. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA (EXPEDIÇÃO DE NOTAS FISCAIS). IRRELEVÂNCIA DA INCIDÊNCIA OU NÃO DO ICMS. ARTIGOS 113, §2º, 115, 175 PARÁGRAFO ÚNICO, E 194, DO CTN.

1. O interesse público na arrecadação e na fiscalização tributária legitima o ente federado a instituir obrigações, aos contribuintes, que tenham por objeto prestações, positivas ou negativas, que visem garantir o fisco do maior número de informações possíveis acerca do universo das atividades desenvolvidas pelos sujeitos passivos (artigo 113, do CTN).

2. É cediço que, entre os deveres instrumentais ou formais, encontram-se “o de escriturar livros, prestar informações, expedir notas fiscais, fazer declarações, promover levantamentos físicos, econômicos ou financeiros, manter dados e documentos à disposição das autoridades administrativas, aceitar a fiscalização periódica de suas atividades, tudo com o objetivo de propiciar ao ente que tributa a verificação do adequado cumprimento da obrigação tributária” (Paulo de Barros Carvalho, *in* “Curso de Direito Tributário”, Ed. Saraiva, 16ª ed., 2004, págs. 288/289).

3. A relação jurídica tributária refere-se não só à obrigação tributária stricto sensu (obrigação tributária principal), como ao conjunto de deveres instrumentais (positivos ou negativos) que a viabilizam.

4. *A obrigação acessória prevista no artigo 113, § 2º c/c 115, do CTN, constitui dever instrumental, independente da obrigação principal, e subsiste, ainda que o tributo seja declarado inconstitucional, principalmente para os fins de fiscalização da Administração Tributária.*

5. *Os deveres instrumentais (obrigações acessórias) são autônomos em relação à regra matriz de incidência tributária, aos quais devem se submeter, até mesmo, as pessoas físicas ou jurídicas que gozem de imunidade ou outro benefício fiscal, ex vi dos artigos 175, parágrafo único, e 194, parágrafo único, do CTN.*

6. Agravo regimental desprovido.

(AGA - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - 1138833 2008.02.64119-5, LUIZ FUX, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:06/10/2009 ..DTPB:.)

No mesmo sentido, posiciona-se essa Corte:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ARTIGO 557, § 1º, CPC. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. JULGAMENTO EXTRA OU CITRA PETITA. INOCORRÊNCIA. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. ARTIGO 55 DA LEI 8.212/91. APRESENTAÇÃO DEFICIENTE DOS LIVROS E DOCUMENTOS PARA VERIFICAÇÃO DOS REQUISITOS LEGAIS. MULTA POR DESCUMPRIMENTO. CARÁTER PUNITIVO.

I - Afastada a preliminar de nulidade da sentença, pois a sentença prolatada não é *extra petita*, tampouco *citra petita*, considerando que o MM. Juízo *a quo* se ateve aos limites do pedido formulado na inicial, consistente na alegada nulidade da exigência da multa vazada na LDC 32.737.310-5 decorrente da não apresentação dos documentos necessários à fiscalização. Assim, verificado ser devido tal pagamento ante ao enquadramento da autora na forma prevista no art. 33, § 2º e art. 92 da Lei nº 8.212/91, decidindo-se sobre este tópico, não há falar-se em julgamento fora do pedido.

II - *Ainda que se trate de entidade beneficente de assistência social em gozo de isenção, esta deve cumprir com suas obrigações acessórias, portanto, a imunidade atinge apenas a obrigação principal, não se estendendo às obrigações acessórias, que detêm caráter autônomo, por determinação expressa dos artigos 175, parágrafo único, e 194, parágrafo único, ambos do CTN. Precedentes.*

III - *In casu*, a empresa atuada é pessoa jurídica em gozo da isenção da cota patronal (obrigação principal), mas, sujeita ao deveres instrumentais e, para a verificação do cumprimento dos pressupostos básicos necessários à manutenção da isenção elencados no art. 55 da Lei 8.212/91, é indispensável o exame dos livros contábeis e dos documentos que sustentam os registros nele autuados.

IV - Observa-se no fundamento legal do Relatório Fiscal da Infração, que a multa aplicada decorre da não-exibição ao fiscal de todos os documentos e livros relacionados com as contribuições pra seguridade social, infringindo ao disposto no art. 33, § 2º da Lei 8.212/91.

V - Além disso, consoante o disposto no parágrafo único, do artigo 15, da Lei 8.212/91, a associação é equiparada a empresa para efeitos previdenciários, assim, também se sujeita às prescrições do art. 32, II e III da Lei 8.212/91.

VI - Correta, portanto, a multa por descumprimento da obrigação prevista no § 2º, art. 33 da Lei 8.212/91, razão porque, verificando a autoridade a insuficiência das informações prestadas pela fiscalizada, decorrente da apresentação deficiente dos documentos e livros relacionados com o tributo fiscalizado.

VII - Tendo caráter punitivo e estando a multa fundamentada em dispositivos legais, não há que se falar em infração ao princípio constitucional do não-confisco.

VIII - Agravo improvido.

(TRF 3ª Região, SEGUNDA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1028198 - 0006521-81.2000.4.03.6000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES, julgado em 05/06/2012, e-DJF3 Judicial 1 DATA:14/06/2012)

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. INFRAERO. ISS. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍ-PROCA. OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS.

I - A questão referente à imunidade da INFRAERO, empresa qualificada como empresa pública, prestadora de serviço público, não comporta mais discussão, uma vez já pacificada pelo E. STF, quando do julgamento do ARE 638.315 RG/BA, com repercussão geral reconhecida.

II - *A teor do art. 113, § 2º, c.c. o art. 194, parágrafo único, ambos do CTN, é obrigatório o cumprimento da obrigação acessória, ainda que o contribuinte esteja imune à obrigação principal.*

III - *Essa matéria já foi decidida pela Corte Suprema, em âmbito de Repercussão Geral, no sentido de que “a imunidade tributária não autoriza a exoneração de cumprimento das obrigações acessórias. A condição de sujeito passivo de obrigação acessória dependerá única e exclusivamente de previsão da legislação tributária”.* Precedentes também do C. STJ e desta Corte.

IV - Alega a apelante que, não estando obrigada ao pagamento do ISS, não poderia ser aplicadas as multas dispostas no art. 14 acima transcrito. Todavia, não lhe assiste razão.

V - Conforme entendimento pacificado pelo E. STF no RE 627.051, independentemente de a parte apelante não estar obrigada ao recolhimento do tributo, tem o dever de cumprir as obrigações acessórias previstas em lei, estando sujeita à aplicação das sanções previstas na legislação municipal em caso de omissão, nos termos dos arts. 113, § 2º e 194, parágrafo único, do CTN.

VI - A corroborar esse fato, cumpre observar que, conforme consignado na sentença recorrida, tanto há a obrigatoriedade de escrituração do Livro Fiscal Modelo 51 (Livro Fiscal para Escrituração de Notas Fiscais de Serviços Prestados) pelos contribuintes imunes que nas folhas do mencionado livro existe uma coluna específica para lançamento de serviços não tributados pelo ISS.

VII - Recurso de apelação improvido.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 0051323-93.2006.4.03.6182, Rel. Desembargador Federal MARCELO MESQUITA SARAIVA, julgado em 04/09/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 10/09/2020)

Por todas as razões expostas, a sentença deve ser mantida.

Dos honorários recursais

Mantida a sentença e a desprovido o apelo, impõe-se a majoração dos honorários por incidência do disposto no §11º do artigo 85 do CPC/2015.

Assim, com base no art. 85 e parágrafos do CPC, devem ser majorados os honorários advocatícios a serem pagos pela autora, levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, aos quais acresço R\$ 500,00, totalizando R\$ 5.500,00, devidamente atualizado.

Dispositivo

Ante o exposto, *nego provimento* à apelação da parte autora. Honorários majorados.

É como voto.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

APELAÇÃO CÍVEL

0025708-07.2016.4.03.6100

Apelante: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Apelada: SONDA PROCWORK INFORMÁTICA LTDA.

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ZAUHY

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 27/04/2021

EMENTA

AÇÃO DECLARATÓRIA CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ATO DECLARATÓRIO INTERPRETATIVO RFB Nº 42/2011. COMPENSAÇÃO. VERBA HONORÁRIA.

1. Cabível o reexame necessário, nos termos do art. 496, §3º, I do CPC.
2. Tem-se que o Ato Declaratório Interpretativo (ADI) nº 42/2011, da Receita Federal do Brasil, violou o princípio da reserva legal, pois estabeleceu critérios não previstos em lei, alterando a forma de pagamento do 13º salário.
3. A compensação só pode ser efetuada após o trânsito em julgado (art. 170-A do CTN), e o crédito deve ser corrigido exclusivamente pela taxa Selic. Obviamente mantém-se o direito da autoridade competente de fiscalizar a compensação efetuada. A compensação deverá observar a legislação pertinente. Cabe acrescentar, também, que o prazo prescricional a ser observado é o quinquenal (artigo 168 do CTN).
4. Com relação à legislação aplicável à compensação, tese comum levantada pelos contribuintes é de que têm direito de optar pela lei vigente à época do encontro de contas na compensação administrativa, traçando uma possível distinção quanto à *forma da compensação*, distinguindo-se a judicial, que deveria observar a data do ajuizamento do pedido, da administrativa, em que vigoraria a legislação existente na data do encontro de contas.
5. Sob esse aspecto, na linha do entendimento do REsp 1.137.738, pode-se afirmar que tratando-se de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente.
6. Essa regra, portanto, não é absoluta, e foi relativizada (esclarecida) pelo Superior Tribunal de Justiça, que, a par desse entendimento primeiro, admite a possibilidade de legislação posterior disciplinar a compensação de forma diversa da existente no momento do ajuizamento, permitindo a aplicação da lei vigente no momento do encontro de contas.
7. Confira-se o que restou decidido pelo STJ no REsp 1.164.452: “É importante não confundir esse entendimento com o adotado pela jurisprudência da 1a. Seção, a partir do Eresp 488.452 (Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 07.06.04), precedente, que, às vezes, é interpretado como tendo afirmado que a lei aplicável à compensação é a data da propositura da ação. Não foi isso o que lá se decidiu, até porque, para promover a compensação tributária, não se exige o ajuizamento da ação. O que se decidiu, na oportunidade, após ficar historiada a evolução legislativa corrida nos anos anteriores tratando da matéria de compensação tributária, foi, conforme registrou a ementa, simplesmente que: ‘6. É inviável, na hipótese, apreciar o pedido à luz do direito superveniente, porque

os novos preceitos normativos, ao mesmo tempo em que ampliaram o rol das espécies normativas, ao mesmo tempo em que ampliaram o rol das espécies tributárias compensáveis, condicionaram a realização da compensação a outros requisitos, cuja existência não constou da causa de pedir e nem foi objeto de exame nas instâncias ordinárias'. Em outras palavras, o que se disse é que não se poderia julgar aquela causa, então em fase de embargos infringentes, à luz do direito superveniente à propositura da demanda. De modo algum se negou a tese de que a lei aplicável à compensação é a vigente à data do encontro de contas. Pelo contrário, tal tese foi, na oportunidade, explicitamente afirmada no item 4 do voto que proferi como relator. Mais: embora julgando improcedente o pedido, ficou expressamente consignada a possibilidade da realização da compensação à luz das normas (que não as da data da propositura da ação) vigente quando da efetiva realização da compensação (ou seja, do encontro de contas). Constou da ementa: '7. Assim, tendo em vista a causa de pedir posta na inicial e o regime normativo vigente à época da postulação (1995), é de se julgar improcedente o pedido, *o que não impede que a compensação seja realizada nos termos atualmente admitidos, desde que presentes os requisitos próprios.*' (grifei)

8. Como se extrai da orientação jurisprudencial, não existe a aponta rigidez quanto aos requisitos da compensação tributária, dado que esse mecanismo mostrou-se, nos últimos tempos, extremamente dinâmico no que se refere a seus requisitos e limites, a exemplo do advento do artigo 26-A, já referido.

9. Ocorre que no campo das contribuições tributárias, o regime previsto em lei para o encontro de contas sempre foi o de permitir esse ajuste, exclusivamente, com tributos da mesma espécie.

10. Com o advento da Lei n. 11.457/2007, que introduziu o artigo 26-A, rompendo aquela restrição à compensação de tributos de espécies diversas, criou-se a falsa ideia de que a partir do advento da nova regra todas as contribuições declaradas repetíveis em favor do contribuinte, poderiam ser compensadas, não só com as mesmas contribuições vincendas, como também com quaisquer outros tributos administrados pela Receita Federal do Brasil. Tendo em conta essa interpretação, apressada, da legislação superveniente, estabeleceu-se nova discussão sobre a forma, o momento e os limites da compensação tributária da espécie contribuição social. Essa discussão, no entanto, perde qualquer sentido quando se realiza a leitura da nova regra (art. 26-A, da Lei 9.430/96), dado que a nova disciplina estabeleceu limites temporais para a realização da compensação ampliada (contribuição com tributos de espécies diversas), convivendo o instituto da compensação com a disciplina anterior, restritiva (contribuição com contribuição, exclusivamente).

11. *E essa convivência de duas possibilidades de compensação tributária é que tem gerado a falsa expectativa dos contribuintes acerca da possibilidade de se aplicar a nova regra sem levar em conta o momento em que o indébito tributário efetivamente ocorreu. O artigo 26, da Lei 9.430/96 não foi revogado, aplicando-se a todas as hipóteses não contempladas no artigo 26-A. O artigo 26-A da Lei 9.430/96 apenas afastou a aplicabilidade, nos casos expressamente consignados, do artigo 74, da Lei 9430/96. Isso porque, como se fará ver, doravante, o novel instituto possibilitou a compensação ampliada apenas para os créditos constituídos sob a modalidade de pagamento pelo eSocial.*

12. *Para os créditos constituídos (com direito à repetição reconhecido) fora dessa modalidade de declaração e pagamento (eSocial), aplica-se a norma do artigo 26, da*

Lei 9.430/96, que não foi revogado. Com relação à definição dos tributos compensáveis, impõe-se a observância do disposto no artigo 26-A da Lei 11.457/2007, tendo em vista que atualmente é o dispositivo que está em vigor, prevendo limitações a serem observadas pelo contribuinte. A Jurisprudência formada no Superior Tribunal de Justiça não contradiz a interpretação legal ora formulada, como se vê do precedente já referido. Passa-se, assim, à análise dos termos do disposto na legislação superveniente.

13. Como se percebe pela dicção do artigo 26-A da Lei 11.457/2007, para que o contribuinte possa compensar seus créditos com outros tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, diversas condições devem ser preenchidas. Essa possibilidade tem por mira contribuições sociais previstas pelo art. 11, parágrafo único, alíneas “a”, “b”, “c”, da Lei n. 8.212/1991 e contribuições de terceiro, e o contribuinte deve se valer do recém-instituído e-Social, não podendo ser estendida aos demais sujeitos passivos de obrigações tributárias, nem mesmo para o empregador doméstico. Portanto, o afastamento da disciplina posta pelo art. 74 da Lei n. 9.430/1996 não induz à conclusão de que qualquer crédito constituído antes do advento (e da adesão) ao e-Social possa ser objeto de compensação com quaisquer tributos administrados pela Receita Federal do Brasil; as condições impostas pela lei para tal modalidade de compensação são bem claras: não são compensáveis a) débitos apurados anteriormente ao e-Social e b) créditos das contribuições relativos a períodos anteriores. Em suma: só se admite a compensação indistinta de créditos novos com débitos novos.

14. Há, portanto, restrições que tomam em conta o período de apuração das contribuições sociais e de terceiros, sendo certo que para aquelas exações anteriores à utilização do e-Social (ou para exações posteriores que serão compensadas com tributos anteriores à utilização do e-Social), a compensação nos moldes do art. 74, da Lei n. 9.430/1996 igualmente não se revela possível.

15. Nos casos em que “valor da causa for muito baixo”, o art. 85, § 8º, do CPC permite ao juiz fixar o valor dos honorários de sucumbência com base na apreciação equitativa do art. 85, § 2º, do CPC para evitar condenações aviltantes. Da mesma forma, analogicamente, nas hipóteses em que a repercussão econômica da demanda possuir valor sensivelmente elevado, impõe-se a aplicação do citado dispositivo para coibir a fixação de honorários exorbitantes. A aplicação irrestrita do § 3º do art. 85 não pode servir como mecanismo para enriquecimento sem causa do advogado. Os critérios para a fixação dos honorários jamais podem desconsiderar o princípio da justa remuneração e da razoabilidade, seja para evitar a má remuneração dos advogados, seja para impedir seu enriquecimento diante de causas de alegações singelas. Desse modo, entendo por bem fixar a condenação da União em verba honorária em R\$ 10.000,00 (dez mil Reais).

16. PARCIAL PROVIMENTO ao reexame necessário para que a compensação observe os termos do voto e PROVIMENTO à apelação da União para fixar a verba honorária em R\$ 10.000,00 (dez mil Reais).

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Primeira Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao reexame necessário para que a compensação observe os termos do voto; e deu provimento à apelação da União para fixar a verba honorária

ria em R\$ 10.000,00 (dez mil Reais), nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY - Relator

RELATÓRIO

Cuida-se de ação declaratória cumulada com repetição de indébito ajuizada por SONDA PROCWORK INFORMÁTICA LTDA. em face da UNIÃO. Valorada a causa em R\$ 1.575.426,31.

Proferida sentença de procedência para declarar “ilegal o Ato Declaratório Interpretativo RFB nº 42/2011, devendo ser compensados na via administrativa/restituídos ao Autor os valores indevidamente recolhidos, após o trânsito em julgado, devidamente atualizados pela taxa Selic. Fixo honorários advocatícios em 10% sobre o valor da causa, a ser pago pelo Réu aos advogados da parte autora, nos termos do art. 85, § 3º do Código de Processo Civil.”

Apela a União. Requer seja conhecido o reexame necessário. Informa que deixa de interpor recurso, unicamente, na defesa da legalidade da ADI RFB 42/2011, tendo em vista a autorização contida no art. 2º, incs. V, VII, §§3º e 8º, da Portaria PGFN nº 502/2016, item 1.11.6.4.9 SAJ (assim, deve incidir a contribuição previdenciária do décimo terceiro salário de 2011 nos termos da Lei 12.546/2011, o que ora se pugna expressamente, consoante entendimento administrativo da PGFN: “a forma de apuração estabelecida pelo Ato Declaratório Interpretativo SRF n. 42/2011 extrapolou a competência regulamentar, afrontando o princípio da reserva legal, ao fixar sistemática de cálculo diferente da prevista na apontada lei”). Sustenta que não há base para a condenação em verba honorária sobre o valor dado à causa, além de não ter sido observado o escalonamento previsto no CPC.

A autora apresentou contrarrazões requerendo o desprovimento da apelação.

É o relatório.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY - Relator

VOTO

Cabível o reexame necessário, nos termos do art. 496, §3º, I do CPC.

A União não recorreu quanto ao mérito.

Por força do reexame necessário, destaco o seguinte.

A Lei nº 12.546/11, cuja vigência se deu em 1º de dezembro de 2011, dentre outras alterações, previu um regime substitutivo das contribuições previdenciárias dos incisos I e II, do artigo 22, da Lei nº 8.212/91 (20% sobre a folha de salários) para as empresas que menciona, dentre elas as de tecnologia da informação, categoria em que se inclui a autora, passando a incidir referidas contribuições à alíquota de 2,5% sobre a receita bruta, tal qual previsto no artigo 7º.

Sobreveio a edição do Ato Declaratório Interpretativo (ADI) nº 42/2011, da Receita Federal do Brasil, a fim de interpretar a disposição normativa referida, estabelecendo que o percentual de 2,5% incidiria apenas sobre 1/12 avos do 13º salário, e com relação aos restantes 11/12 avos, seriam aplicados os 20% previstos na Lei nº 8.212/91.

Ora, tem-se que tal disposição violou o princípio da reserva legal, pois estabeleceu critérios não previstos em lei, alterando a forma de pagamento do 13º salário.

Isto porque, conforme prevê o artigo 1º, da Lei nº 4.749/65, o décimo terceiro salário é pago pelo empregador, em decorrência do contrato de trabalho, até 20 de dezembro de cada ano, compensando-se os valores eventualmente recebidos a título de adiantamento ao empregado.

O cálculo da gratificação natalina corresponde a 1/12 da remuneração devida em dezembro, por mês de serviço do ano em curso do pagamento, conforme § 1º, do artigo 1º, da Lei nº 4.090/62, que a instituiu.

Assim, faça jus o empregado ao pagamento de 1/12 da remuneração do mês ou 12/12, conforme os meses em que tenha laborado naquele exercício, a base de cálculo da contribuição previdenciária patronal em questão é o valor correspondente à gratificação natalina e, como tal, não poderia ter sido fracionada, conforme dispôs o ato declaratório.

Neste sentido já decidiu esta Corte, conforme se depreende dos arestos a seguir transcritos:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REDISCUSSÃO. PREQUESTIONAMENTO. DESCABIMENTO.

1. Os embargos de declaração constituem recurso de rígidos contornos processuais, consoante disciplinamento inserto no art. 535 do Código de Processo Civil, exigindo-se, para seu acolhimento, estejam presentes os pressupostos legais de cabimento. Pretensão de simples rediscussão da controvérsia contida nos autos não dá margem à oposição de declaratórios. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

2. A decisão embargada tratou corretamente a matéria objeto da lide, bem como esclareceu, em suas fundamentações, o não provimento do recurso: Esta 5ª Turma já manifestou entendimento no sentido de que o Ato Declaratório Interpretativo -ADI n. 42/2001 - que dispôs, em seus arts. 1º e 2º, que o novo percentual de 2,5% incidirá apenas sobre 1/12 avos do 13º salário, e com relação aos restantes 11/12 avos, devem ser aplicados os 20% previstos na Lei nº 8.212/91 - violou o princípio da reserva legal. A Lei nº 12.546, de 15/12/2011, que dentre outras normatizações alterou a incidência das contribuições previdenciárias devidas pelas empresas que menciona, estabeleceu que até 31/12/2004 as contribuições previdenciárias devidas pelas empresas que prestam serviços de tecnologia de informação não mais incidirá no percentual de 20% previsto nos incisos I e II do art. 22 da Lei nº 8.212/91, mas na alíquota de 2,5% (art. 7º) II - Na interpretação dessa norma a Receita Federal do Brasil editou o Ato Declaratório Interpretativo (ADI) nº 42/2001 que dispôs, em seus arts. 1º e 2º, que o novo percentual de 2,5% incidirá apenas sobre 1/12 avos do 13º salário, e com relação aos restantes 11/12 avos, devem ser aplicados os 20% previstos na Lei nº 8.212/91. III - Tal disposição violou o princípio da reserva legal, uma vez que estabeleceu critérios não previstos na lei e, portanto, legislou, quando a tanto os atos normativos não estão autorizados, bem como deu alcance indevido às leis que regulam o pagamento do 13º salário. IV - Agravo de instrumento a que se nega provimento.

3. Embargos de declaração não providos.

(AMS 00073288120124036000, DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW, TRF3 - QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:26/10/2015)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DECLARATÓRIA EM QUE A ORA AGRAVADA OBJETIVA A APLICAÇÃO DO REGIME SUBSTITUTIVO PREVISTO NO ART. 7º DA LEI Nº 12.546/2011 SOBRE A TOTALIDADE DOS VALORES REFERENTES AO 13º SALÁRIO/2011, AFASTANDO-SE A APLICAÇÃO DO ATO DECLARATÓRIO INTERPRETATIVO Nº 42/2011, DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. JUÍZO A QUO DEFERIU A PRETENDIDA TUTELA ANTECIPADA. ATO ADMINISTRATIVO QUE VIOLOU O PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL E DEU ALCANCE INDEVIDO ÀS LEIS QUE

REGULAM O PAGAMENTO DO 13º SALÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I - A Lei nº 12.546, de 15/12/2011, que dentre outras normatizações alterou a incidência das contribuições previdenciárias devidas pelas empresas que menciona, estabeleceu que até 31/12/2004 as contribuições previdenciárias devidas pelas empresas que prestam serviços de tecnologia de informação não mais incidirá no percentual de 20% previsto nos incisos I e II do art. 22 da Lei nº 8.212/91, mas na alíquota de 2,5% (art. 7º)

II - Na interpretação dessa norma a Receita Federal do Brasil editou o Ato Declaratório Interpretativo (ADI) nº 42/2001 que dispôs, em seus arts. 1º e 2º, que o novo percentual de 2,5% incidirá apenas sobre 1/12 avos do 13º salário, e com relação aos restantes 11/12 avos, devem ser aplicados os 20% previstos na Lei nº 8.212/91.

III - Tal disposição violou o princípio da reserva legal, uma vez que estabeleceu critérios não previstos na lei e, portanto, legislou, quando a tanto os atos normativos não estão autorizados, bem como deu alcance indevido às leis que regulam o pagamento do 13º salário.

IV - Agravo de instrumento a que se nega provimento.

(AI 00009731320124030000, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, TRF3 - QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/07/2012)

Assim, a forma de cálculo e pagamento estabelecidas no Ato Declaratório Interpretativo nº 42/11 não pode prevalecer, não merecendo qualquer reforma a sentença proferida.

Compensação

A compensação só pode ser efetuada após o trânsito em julgado (art. 170-A do CTN), e o crédito deve ser corrigido exclusivamente pela taxa Selic.

Obviamente mantém-se o direito da autoridade competente de fiscalizar a compensação efetuada. A compensação deverá observar a legislação pertinente.

Cabe acrescentar, também, que o prazo prescricional a ser observado é o quinquenal (artigo 168 do CTN).

Com relação à legislação aplicável à compensação, tese comum levantada pelos contribuintes é de que têm direito de optar pela lei vigente à época do encontro de contas na compensação administrativa, traçando uma possível distinção quanto à *forma da compensação*, distinguindo-se a judicial, que deveria observar a data do ajuizamento do pedido, da administrativa, em que vigoraria a legislação existente na data do encontro de contas.

Sob esse aspecto, na linha do entendimento do REsp 1.137.738, pode-se afirmar que tratando-se de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente.

Essa regra, portanto, não é absoluta, e foi relativizada (esclarecida) pelo Superior Tribunal de Justiça, que, a par desse entendimento primeiro, admite a possibilidade de legislação posterior disciplinar a compensação de forma diversa da existente no momento do ajuizamento, permitindo a aplicação da lei vigente no momento do encontro de contas.

Confira-se o que restou decidido pelo STJ no REsp 1.164.452:

“É importante não confundir esse entendimento com o adotado pela jurisprudência da 1ª Seção, a partir do Eresp 488.452 (Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 07.06.04), precedente, que, às vezes, é interpretado como tendo afirmado que a lei aplicável à compensação é a data da propositura da ação. Não foi isso o que lá se decidiu, até porque, para promover a compensação tributária, não se exige o ajuizamento da ação. O que se decidiu, na oportunidade, após ficar historiada a evolução legislativa corrida nos anos anteriores tratando da matéria de compensação tributária, foi, conforme registrou a ementa, simplesmente que:

‘6. É inviável, na hipótese, apreciar o pedido à luz do direito superveniente, porque os novos preceitos normativos, ao mesmo tempo em que ampliaram o rol das espécies normativas, ao mesmo tempo em que ampliaram o rol das espécies tributárias compensáveis, condicionaram a realização da compensação a outros requisitos, cuja existência não constou da causa de pedir e nem foi objeto de exame nas instâncias ordinárias’.

Em outras palavras, o que se disse é que não se poderia julgar aquela causa, então em fase de embargos infringentes, à luz do direito superveniente à propositura da demanda. De modo algum se negou a tese de que a lei aplicável à compensação é a vigente à data do encontro de contas. Pelo contrário, tal tese foi, na oportunidade, explicitamente afirmada no item 4 do voto que proferi como relator. Mais: embora julgando improcedente o pedido, ficou expressamente consignada a possibilidade da realização da compensação à luz das normas (que não as da data da propositura da ação) vigente quando da efetiva realização da compensação (ou seja, do encontro de contas). Constatou da ementa:

‘7. Assim, tendo em vista a causa de pedir posta na inicial e o regime normativo vigente à época da postulação (1995), é de se julgar improcedente o pedido, *o que não impede que a compensação seja realizada nos termos atualmente admitidos, desde que presentes os requisitos próprios.*”

(grifei)

Como se extrai da orientação jurisprudencial, não existe a aponta rigidez quanto aos requisitos da compensação tributária, dado que esse mecanismo mostrou-se, nos últimos tempos, extremamente dinâmico no que se refere a seus requisitos e limites, a exemplo do advento do artigo 26-A, já referido.

Pois bem.

Ocorre que no campo das contribuições tributárias, o regime previsto em lei para o encontro de contas sempre foi o de permitir esse ajuste, exclusivamente, com tributos da mesma espécie.

Com o advento da Lei n. 11.457/2007, que introduziu o artigo 26-A, rompendo aquela restrição à compensação de tributos de espécies diversas, criou-se a falsa ideia de que a partir do advento da nova regra todas as contribuições declaradas repetíveis em favor do contribuinte, poderiam ser compensadas, não só com as mesmas contribuições vincendas, como também com quaisquer outros tributos administrados pela Receita Federal do Brasil.

Tendo em conta essa interpretação, apressada, da legislação superveniente, estabeleceu-se nova discussão sobre a forma, o momento e os limites da compensação tributária da espécie contribuição social.

Essa discussão, no entanto, perde qualquer sentido quando se realiza a leitura da nova regra (art. 26-A, da Lei 9.430/96), dado que a nova disciplina estabeleceu limites temporais para a realização da compensação ampliada (contribuição com tributos de espécies diversas), convivendo o instituto da compensação com a disciplina anterior, restritiva (contribuição com contribuição, exclusivamente).

E essa convivência de duas possibilidades de compensação tributária é que tem gerado a falsa expectativa dos contribuintes acerca da possibilidade de se aplicar a nova regra sem levar em conta o momento em que o indébito tributário efetivamente ocorreu.

O artigo 26, da Lei 9.430/96 não foi revogado, aplicando-se a todas as hipóteses não contempladas no artigo 26-A.

O artigo 26-A da Lei 9.430/96 apenas afastou a aplicabilidade, nos casos expressamente consignados, do artigo 74, da Lei 9430/96.

Isso porque, como se fará ver, doravante, o novel instituto possibilitou a compensação ampliada apenas para os créditos constituídos sob a modalidade de pagamento pelo eSocial.

Para os créditos constituídos (com direito à repetição reconhecido) fora dessa modalidade de declaração e pagamento (eSocial), aplica-se a norma do artigo 26, da Lei 9.430/96, que não foi revogado.

Com relação à definição dos tributos compensáveis, impõe-se a observância do disposto no artigo 26-A da Lei 11.457/2007, tendo em vista que atualmente é o dispositivo que está em vigor, prevendo limitações a serem observadas pelo contribuinte.

A Jurisprudência formada no Superior Tribunal de Justiça não contradiz a interpretação legal ora formulada, como se vê do precedente já referido.

Passa-se, assim, à análise dos termos do disposto na legislação superveniente.

Com relação ao artigo 26-A da Lei 11.457/2007, observo o seguinte.

Dispõe referido artigo:

“Art. 26-A. O disposto no art. 74 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996:

I - aplica-se à compensação das contribuições a que se referem os arts. 2º e 3º desta Lei efetuada pela sujeito passivo que utilizar o Sistema de Escrituração Digital das Obrigações Fiscais, Previdenciárias e Trabalhistas (eSocial), para apuração das referidas contribuições, observado o disposto no § 1º deste artigo;

II - não se aplica à compensação das contribuições a que se referem os arts. 2º e 3º desta Lei efetuada pelos demais sujeitos passivos; e

III - não se aplica ao regime unificado de pagamento de tributos, de contribuições e dos demais encargos do empregador doméstico (Simples Doméstico).

§ 1º Não poderão ser objeto da compensação de que trata o inciso I do *caput* deste artigo:

I - o débito das contribuições a que se referem os arts. 2º e 3º desta Lei:

a) relativo a período de apuração anterior à utilização do eSocial para a apuração das referidas contribuições; e

b) relativo a período de apuração posterior à utilização do eSocial com crédito dos demais tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil concernente a período de apuração anterior à utilização do eSocial para apuração das referidas contribuições; e

II - o débito dos demais tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil:

a) relativo a período de apuração anterior à utilização do eSocial para apuração de tributos com crédito concernente às contribuições a que se referem os arts. 2º e 3º desta Lei; e

b) com crédito das contribuições a que se referem os arts. 2º e 3º desta Lei relativo a período de apuração anterior à utilização do eSocial para apuração das referidas contribuições.

§ 2º A Secretaria da Receita Federal do Brasil disciplinará o disposto neste artigo.

Como se percebe pela dicção do dispositivo legal transcrito acima, para que o contribuinte possa compensar seus créditos com outros tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, diversas condições devem ser preenchidas. Essa possibilidade tem por mira contribuições sociais previstas pelo art. 11, parágrafo único, alíneas “a”, “b”, “c”, da Lei n. 8.212/1991 e contribuições de terceiro, e o contribuinte deve se valer do recém-instituído e-Social, não podendo ser estendida aos demais sujeitos passivos de obrigações tributárias, nem mesmo para o empregador doméstico.

Portanto, o afastamento da disciplina posta pelo art. 74 da Lei n. 9.430/1996 não induz à conclusão de que qualquer crédito constituído antes do advento (e da adesão) ao e-Social possa ser objeto de compensação com quaisquer tributos administrados pela Receita Federal

do Brasil; as condições impostas pela lei para tal modalidade de compensação são bem claras: não são compensáveis a) débitos apurados anteriormente ao e-Social e b) créditos das contribuições relativos a períodos anteriores. Em suma: só se admite a compensação indistinta de créditos novos com débitos novos.

Há, portanto, restrições que tomam em conta o período de apuração das contribuições sociais e de terceiros, sendo certo que para aquelas exações anteriores à utilização do e-Social (ou para exações posteriores que serão compensadas com tributos anteriores à utilização do e-Social), a compensação nos moldes do art. 74, da Lei n. 9.430/1996 igualmente não se revela possível.

Por fim, em relação à verba honorária, destaco o seguinte.

Com base em uma interpretação sistemática e teleológica do Ordenamento Jurídico vigente, faz-se necessário, em hipóteses tais, recorrer à previsão do art. 85, § 8º, do CPC:

“Art. 85 (...)

§ 8º Nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do § 2º. (...)”

Nos casos em que “valor da causa for muito baixo”, o art. 85, § 8º, do CPC permite ao juiz fixar o valor dos honorários de sucumbência com base na apreciação equitativa do art. 85, § 2º, do CPC para evitar condenações aviltantes. Da mesma forma, analogicamente, nas hipóteses em que a repercussão econômica da demanda possuir valor sensivelmente elevado, impõe-se a aplicação do citado dispositivo para coibir a fixação de honorários exorbitantes.

A aplicação irrestrita do § 3º do art. 85 não pode servir como mecanismo para enriquecimento sem causa do advogado. Os critérios para a fixação dos honorários jamais podem descon siderar o princípio da justa remuneração e da razoabilidade, seja para evitar a má remuneração dos advogados, seja para impedir seu enriquecimento diante de causas de alegações singelas.

Desse modo, entendo por bem fixar a condenação da União em verba honorária em R\$ 10.000,00 (dez mil Reais).

Ante o exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao reexame necessário para que a compensação observe os termos do voto e DOU PROVIMENTO à apelação da União para fixar a verba honorária em R\$ 10.000,00 (dez mil Reais).

É o voto.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY - Relator

AGRAVO EM APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA

5001107-25.2017.4.03.6128

Agravante: BOTTCHER DO BRASIL LTDA.

Agravada: R. DECISÃO

Apelante: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Apelada: BOTTCHER DO BRASIL LTDA.

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA – VICE PRESIDENTE

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 01/05/2021

EMENTA

AGRAVO INTERNO. TRIBUTÁRIO. ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO 574.706. PENDÊNCIA DE JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DESSA DECISÃO. RECURSO SOBRESTADO.

1. A ausência de determinação específica do STF para a suspensão do processamento de todos os processos pendentes em âmbito nacional (art. 1.035, § 5º, do CPC) não impõe à Vice-Presidência a apreciação imediata dos recursos que versem sobre o tema.
2. Como regra, a teor do que dispõe o art. 1.040 do CPC, a retirada do processo da condição de sobrestado para realização do juízo de conformidade ou adstrição à tese definida em recurso repetitivo ou de repercussão geral é feita a partir da publicação do acórdão pelo Tribunal Superior, quando, então, os fundamentos que alicerçam o julgamento paradigmático tornam-se conhecidos, compreendendo-se, assim, o efetivo alcance da tese jurídica e o seu impacto no caso concreto.
3. Entretanto, há situações pontuais em que, por segurança jurídica e pela própria efetividade da prestação jurisdicional, pode-se decidir pelo aguardo do julgamento de embargos declaratórios e/ou pela modulação de efeitos da decisão lançada no repetitivo.
4. A situação retratada na hipótese tem gerado grande controvérsia a respeito do momento adequado para o levantamento do sobrestamento e aplicação dos efeitos do precedente vinculante.
5. Como mencionado na decisão desta Vice-Presidência que sobrestou o presente feito, os embargos de declaração opostos pela União contra o acórdão proferido no RE 574.706, por meio do qual se objetiva a modulação de efeitos do julgamento de mérito desse recurso, estão pendentes de análise pelo Plenário daquela Corte.
6. Em recentes decisões, o Supremo Tribunal Federal tem sinalizado pela necessidade de se aguardar o julgamento dos embargos de declaração opostos no RE 574.706, por entender que eventual modulação de efeitos da orientação adotada justifica o sobrestamento do julgamento do recurso excepcional até a solução definitiva da matéria.
7. A Ministra Cármen Lúcia, relatora do recurso paradigmático, tem determinado o sobrestamento de recursos extraordinários sobre o tema até o julgamento dos respectivos embargos declaratórios (RE 1238731, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 22/10/2019, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-231 DIVULG 23/10/2019 PUBLIC 24/10/2019).

8. Decisões monocráticas de outros ministros se sucedem, convergindo para o entendimento da Ministra Relatora do RE 574.706, no sentido do sobrestamento de processos que envolverem matéria idêntica, até o julgamento dos embargos de declaração. Citam-se, entre outros: Min. Edson Fachin (RE 1237357, julgado em 18/12/2019, publicado em processo eletrônico DJe-019 divulg 31/01/2020 public 03/02/2020); Min. Ricardo Lewandowski (RE 1212746, julgado em 04/10/2019, publicado em processo eletrônico DJe-221 divulg 10/10/2019 public 11/10/2019); Min. Roberto Barroso (RE 1229510, julgado em 10/09/2019, publicado em processo eletrônico DJe-200 divulg 13/09/2019 public 16/09/2019).

9. Essas decisões prestigiam o princípio da segurança jurídica e consideram razões de política judiciária e a perspectiva da prestação jurisdicional mais efetiva, já que são imensos os impactos gerados sobre a força de trabalho nos tribunais e sobre a comunidade jurídica como um todo, decorrentes da possibilidade de modificação dos efeitos do precedente vinculante, pela via dos embargos de declaração que visam à modulação.

10. Destaque-se, entre eles, o manejo de milhares de agravos internos e correlatos embargos de declaração nos feitos que tramitam perante o tribunal de origem, e, no âmbito dos tribunais superiores, a prolação de inúmeras decisões determinando o retorno dos autos ao tribunal *a quo* para sobrestamento e futura adequação, nos termos do art. 1.036 do Código de Processo Civil e do art. 328 do RISTF, como se pode constatar pelas recentes decisões proferidas pelo STF.

11. A paralisação do feito nesta fase processual não caracteriza ofensa aos princípios da celeridade processual, da razoável duração do processo. O sobrestamento tem supedâneo na orientação da própria Corte Suprema e em expressa disposição do art. 1.030, III, do CPC, de forma que compete à Vice-Presidência dar cumprimento ao mandamento legal que lhe foi atribuído pelo legislador.

12. Agravo interno a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, O Órgão Especial, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do voto da Desembargadora Federal Vice-Presidente CONSUELO YOSHIDA (Relatora). Votaram os Desembargadores Federais SOUZA RIBEIRO, WILSON ZAUHY, MARISA SANTOS, NINO TOLDO, PAULO DOMINGUES, INÊS VIRGÍNIA, VALDECI DOS SANTOS, CARLOS MUTA (convocado para compor quórum), NELTON DOS SANTOS (convocado para compor quórum), ANDRÉ NEKATSCHALOW (convocado para compor quórum), DIVA MALERBI, ANDRÉ NABARRETE, MARLI FERREIRA, NEWTON DE LUCCA, THEREZINHA CAZERTA e NERY JÚNIOR. Ausentes, justificadamente, os Desembargadores Federais BAPTISTA PEREIRA, PEIXOTO JÚNIOR e HÉLIO NOGUEIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Vice Presidente

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno com pedido de reconsideração, interposto pelo Contribuinte, com fundamento nos arts. 1.030, § 2º, e 1.021, ambos do Código de Processo Civil, contra

decisão desta Vice-Presidência que determinou o sobrestamento do feito até o julgamento dos embargos de declaração opostos no RE 574.706 (Tema 69 de Repercussão Geral).

O recurso tem por fundamento as seguintes alegações: a) a simples oposição de embargos de declaração pela União nos autos do RE 574.706 não suspende os efeitos da publicação do acórdão paradigma, o qual possui aplicação imediata nos termos do artigo 1.040 do Código de Processo Civil; b) não houve determinação concreta e específica do Supremo Tribunal Federal, nos autos do RE 574.706, para a suspensão dos processos sobre o tema a nível nacional, de modo que o sobrestamento está em desacordo com os arts. 1.035, § 5º e 1.037, II, ambos do CPC; c) a não aplicação imediata da decisão proferida pelo STF no RE 574.706 (Tema 69 de Repercussão Geral) implica afronta ao art. 1.040 do CPC; d) as decisões monocráticas proferidas em outros processos, a exemplo da que foi citada na r. decisão agravada de lavra da ministra Carmen Lúcia, não têm eficácia vinculante nem efeitos *erga omnes*, porque não foram proferidas nos autos do recurso paradigma, ao qual foram atribuídos os efeitos da repercussão geral; e) há decisões em sentido contrário, como, a título ilustrativo, a que foi proferida pelo ministro Celso de Mello ao julgar a Reclamação nº 30.996-SP, que indeferiu pedido de sobrestamento de processo até julgamento final do RE 574.706, diante da desnecessidade de aguardar o trânsito em julgado do paradigma para imediata aplicação da tese firmada; f) o sobrestamento do feito representa violação dos princípios da celeridade processual, da razoável duração do processo e da efetividade da prestação jurisdicional.

A União apresentou resposta ao agravo interno.

É o relatório.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Vice Presidente

VOTO

O agravo interno não merece prosperar.

A Turma Julgadora considerou inconstitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, com fundamento na tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal no RE 574.706/PR-RG (Tema 69), segundo a qual “O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins”.

O recurso especial interposto pela União não foi admitido e ao recurso extraordinário foi negado seguimento pela Vice-Presidência, o que ensejou a interposição de agravo em recurso especial e agravo interno, respectivamente.

Na sequência, determinou-se o sobrestamento do feito até o julgamento dos embargos de declaração no RE 574.706, em observância à atual orientação firmada no Supremo Tribunal Federal.

Quanto à competência para determinar o sobrestamento, é importante consignar que cabe à Vice-Presidência do tribunal de origem fazê-lo por meio de decisão monocrática impugnável por agravo interno, a ser apreciado pelo Órgão Especial deste Tribunal, conforme o disposto no art. 1.030, III e §2º do CPC e no art. 11, II, parágrafo único, “m” do Regimento Interno desta Corte.

A ausência de determinação específica do STF para a suspensão do processamento de todos os processos pendentes em âmbito nacional (art. 1.035, § 5º, do CPC) não impõe à Vice-Presidência a apreciação imediata dos recursos que versem sobre o tema.

Como regra, a teor do que dispõe o art. 1.040 do CPC, a retirada do processo da condição de sobrestado para realização do juízo de conformidade ou adstrição à tese definida

em recurso repetitivo ou de repercussão geral é feita a partir da publicação do acórdão pelo Tribunal Superior, quando, então, os fundamentos que alicerçam o julgamento paradigmático tornam-se conhecidos, compreendendo-se, assim, o efetivo alcance da tese jurídica e o seu impacto no caso concreto.

Entretanto, há situações pontuais em que, por segurança jurídica e pela própria efetividade da prestação jurisdicional, pode-se decidir pelo aguardo do julgamento de embargos declaratórios e/ou pela modulação de efeitos da decisão lançada no repetitivo.

A situação retratada na hipótese tem gerado grande controvérsia a respeito do momento adequado para o levantamento do sobrestamento e aplicação dos efeitos do precedente vinculante.

Como mencionado na decisão desta Vice-Presidência que sobrestou o presente feito, os embargos de declaração opostos pela União contra o acórdão proferido no RE 574.706, por meio do qual se objetiva a modulação de efeitos do julgamento de mérito desse recurso, estão pendentes de análise pelo Plenário daquela Corte.

Em 2018, o Min. Celso de Mello, ao julgar a Reclamação 30.996-SP, indeferiu pedido de sobrestamento de processo até julgamento final do RE 574.706, diante da desnecessidade de aguardar o trânsito em julgado do paradigma para imediata aplicação da tese firmada.

Contudo, em reiteradas decisões, inclusive da própria Min. Carmem Lúcia, relatora do recurso paradigmático, o Supremo Tribunal Federal tem sido favorável ao sobrestamento dos recursos extraordinários nos feitos que versem sobre o Tema 69, diante da necessidade de se aguardar o julgamento dos embargos de declaração opostos no RE 574.706, que examinará a modulação de efeitos do julgamento de mérito.

Com efeito, a Min. Rel. Carmen Lúcia assim se manifestou em decisão monocrática proferida em 22/10/2019, nos autos do RE 1.238.731 (Processo Eletrônico DJE-231, divulg. 23/10/2019, public. 24/10/2019):

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 574.706-RG. MÉRITO JULGADO. PENDÊNCIA DE JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DESSA DECISÃO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO SOBRESTADO.

[...]

3. A matéria é objeto do Recurso Extraordinário n. 574.706-RG, Tema 69, de minha relatoria, no qual fixada a seguinte tese: “O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins”.

Os embargos de declaração estão pendentes de julgamento pelo Plenário deste Supremo Tribunal, que analisará a modulação dos efeitos do julgamento de mérito desse recurso.

4. A Procuradoria-Geral da República, após a oposição dos embargos de declaração, assim se manifestou nos autos do Recurso Extraordinário n. 574.706-RG:

“CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. JULGAMENTO SOB A SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. MODULAÇÃO DOS EFEITOS. POSSIBILIDADE. PARCIAL PROVIMENTO DOS EMBARGOS. 1. Recurso Extraordinário leading case do tema 69 da sistemática da repercussão geral, referente à ‘inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS’. 2. Processo julgado pelo Supremo Tribunal Federal, fixando-se a seguinte tese: ‘o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins’. 3. Oposição de embargos de declaração, em que se suscita a existência de vícios que possibilitariam a atribuição de efeitos infringentes ao recurso, impondo a modificação do aresto. Além disso, pede-se a modulação dos efeitos do julgado. 4. Embora decidido em

sentido contrário ao pretendido pela embargante, bem como diverso da orientação defendida por este órgão ministerial em hipótese semelhante, não fica evidenciado vício apto a possibilitar o acolhimento dos embargos para reforma da decisão. O acórdão impugnado analisou devida e fundamentadamente as questões indispensáveis ao deslinde da controvérsia. 5. Os embargos declaratórios podem e devem ser acolhidos para que se proceda à modulação dos efeitos do julgado. O acórdão traz em si impacto e abrangência que impõem seja sua eficácia lançada pro futuro, com efeitos *ex nunc*. 6. A tese fixada em repercussão geral – com eficácia vinculante e efeitos ultra partes – produz importante modificação no sistema tributário brasileiro, alcança um grande número de transações fiscais e pode acarretar grave impacto nas contas públicas. – Parecer pelo parcial provimento dos embargos, tão somente para que se faça a modulação dos efeitos do acórdão, de modo que o decidido neste paradigma da repercussão geral tenha eficácia pro futuro, a partir do julgamento dos declaratórios” (fl. 1, e-doc. 144). 5. Pelo exposto, determino o sobrestamento deste recurso extraordinário até o julgamento dos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário n. 574.706-RG e permaneçam os autos na Secretaria Judiciária. (destaque nosso)

Decisões monocráticas de outros ministros se sucedem, convergindo para o entendimento da Ministra Relatora do RE 574.706, no sentido do sobrestamento de processos que envolverem matéria idêntica, até o julgamento dos embargos de declaração.

Citam-se, entre outros: *Min. Edson Fachin (RE 1237357, julgado em 18/12/2019, publicado em processo eletrônico DJe-019 divulg 31/01/2020 public 03/02/2020)*; *Min. Ricardo Lewandowski (RE 1212746, julgado em 04/10/2019, publicado em processo eletrônico DJe-221 divulg 10/10/2019 public 11/10/2019)*; *Min. Roberto Barroso (RE 1229510, julgado em 10/09/2019, publicado em processo eletrônico DJe-200 divulg 13/09/2019 public 16/09/2019)*.

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal julgou agravo interposto de decisão monocrática proferida em 23.08.2019, pelo Ministro Relator Marco Aurélio, no RE 1.224.210, que assim entendeu: “é prudente aguardar o pronunciamento do Plenário, a justificar, em nome da racionalidade dos trabalhos do Supremo, a manutenção do ato que implicou a suspensão do julgamento do recurso extraordinário”. A Turma manteve o sobrestamento em acórdão, assim ementado:

PROCESSO – SUSPENSÃO – MATÉRIA – PENDÊNCIA NO SUPREMO. Uma vez verificada a pendência de embargos de declaração impõe-se, em nome da racionalidade, a suspensão de processos a envolverem matéria idêntica. (RE 1.224.210, Primeira Turma, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, sessão virtual de 29.5.2020 a 5.6.2020, publicado DJe 26.06.2020, DJE 161, DIVULG25.06.2020) (destaque nosso)

E em decisão proferida em 19.06.2020, a seguir transcrita, o Min. Dias Toffoli determinou a devolução a esta Corte Regional dos autos recursais dela oriundos (ARE 1.272.144/SP), para que, *após a conclusão do julgamento dos embargos de declaração no RE 574.706/PR*, sejam observados os procedimentos previstos nos incs. I e II do art. 1.030 do Código de Processo Civil:

Este Supremo Tribunal submeteu as questões trazidas no presente processo à sistemática da repercussão geral (Recurso Extraordinário n. 574.706, Tema nº 69): repercussão geral reconhecida e mérito julgado. *É certo que o Plenário da Suprema Corte já assentou que a publicação do acórdão de mérito de tema com repercussão geral reconhecida autoriza o julgamento imediato de causas que versem sobre a mesma matéria. Vide: “(...) REPER-*

CUSSÃO GERAL – ACÓRDÃO – PUBLICAÇÃO – EFEITOS – ARTIGO 1.040 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. A sistemática prevista no artigo 1.040 do Código de Processo Civil sinaliza, a partir da publicação do acórdão paradigma, a observância do entendimento do Plenário, formalizado sob o ângulo da repercussão geral” (RE nº 579.431/RS-ED, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJe de 22/6/18). Entretanto, foram opostos embargos de declaração no referido paradigma da repercussão geral, ainda pendentes de julgamento, nos quais se suscita, dentre outros pontos, a modulação dos efeitos do acórdão de mérito. É certo, também, que há várias decisões, inclusive da própria relatora do leading case da repercussão geral, determinando o sobrestamento de recursos extraordinários que tratam do mencionado tema até o julgamento dos referidos embargos declaratórios (Dentre outros: RE nº 1.238.731/SC, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 24/10/2019; RE nº 1.233.440/RS, Relator o Ministro Celso de Mello, DJe de 17/10/2019; RE nº 1.238.092/RS, Relator o Ministro Roberto Barroso, DJe de 28/10/2019; e RE nº 1.240.949/SC, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 28/10/2019). Pelo exposto, determino a devolução destes autos ao Tribunal de origem para que, após a conclusão do julgamento dos embargos de declaração no RE nº 574.706/PR, sejam observados os procedimentos previstos nos incs. I e II do art. 1.030 do Código de Processo Civil (al. c do inc. V do art. 13 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). (destaque nosso)

Em 23/10/2020, o Supremo Tribunal Federal adotou a mesma orientação firmada em caso análogo e determinou a devolução a este Tribunal Regional dos autos do ARE 1.292.475/SP, para que, após a conclusão do julgamento dos embargos de declaração no RE 574.706/PR, sejam observados os procedimentos previstos nos incs. I e II do art. 1.030 do Código de Processo Civil, em decisão da lavra do Min. Luiz Fux, a seguir transcrita:

Trata-se de recurso extraordinário com agravo contra decisão de inadmissão do recurso extraordinário. O Supremo Tribunal Federal, examinando o Recurso Extraordinário nº 574706 segundo a sistemática da repercussão geral (Tema nº 69), decidiu que: há repercussão geral - Acórdão de mérito publicado. É certo que o Plenário da Suprema Corte já assentou que a publicação do acórdão de mérito de tema com repercussão geral reconhecida autoriza o julgamento imediato de causas que versem sobre a mesma matéria. Vide: “(...) REPERCUSSÃO GERAL – ACÓRDÃO – PUBLICAÇÃO – EFEITOS – ARTIGO 1.040 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. A sistemática prevista no artigo 1.040 do Código de Processo Civil sinaliza, a partir da publicação do acórdão paradigma, a observância do entendimento do Plenário, formalizado sob o ângulo da repercussão geral” (RE nº 579.431/RS-ED, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJe de 22/6/18). Entretanto, foram opostos embargos de declaração no referido paradigma da repercussão geral, ainda pendentes de julgamento, nos quais se suscita, dentre outros pontos, a modulação dos efeitos do acórdão de mérito. É certo, também, que há várias decisões, inclusive da própria relatora do leading case da repercussão geral, determinando o sobrestamento de recursos extraordinários que tratam do mencionado tema até o julgamento dos referidos embargos declaratórios (Dentre outros: RE nº 1.238.731/SC, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 24/10/2019; RE nº 1.233.440/RS, Relator o Ministro Celso de Mello, DJe de 17/10/2019; RE nº 1.238.092/RS, Relator o Ministro Roberto Barroso, DJe de 28/10/2019; e RE nº 1.240.949/SC, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 28/10/2019). Face ao acima expendido, faz-se necessário o sobrestamento deste feito até a conclusão do julgamento dos embargos de declaração no RE nº 574.706/PR. Ante o exposto, determino a devolução dos autos à Corte de origem para que adote, conforme a situação do(s) referido(s) tema(s) de repercussão geral, os procedimentos previstos nos incisos I a III do artigo 1.030 do Código de Processo Civil (alínea c do inciso V do art. 13 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). (destaque nosso)

Destaque-se, ainda, as seguintes decisões da lavra da Suprema Corte, proferidas após a determinação de sobrestamento do presente feito: *Min. Edson Fachin (RE 1286437, julgado em 05/11/2020)*; *Min. Roberto Barroso (RE 1212446, julgado em 11/11/20)*.

É oportuno trazer à colação recente decisão da Min. Carmen Lúcia proferida nos próprios autos do RE 574.706, publicada no DJE divulgado em 07/01/2021, por meio da qual indeferiu tutela de urgência requerida pelo contribuinte com a finalidade de suspender a exigibilidade do PIS e da COFINS não cumulativos até o trânsito em julgado do acórdão (da ação).

Na decisão em apreço, a E. Ministra considerou pertinentes os argumentos apresentados pela União no sentido de que “os Embargos da União não versam apenas sobre o procedimento de liquidação do julgado. Os embargos questionam, também, relevantes questões sobre o mérito do julgamento, além de pedir a modulação de efeitos da decisão. Este pedido foi realizado da tribuna, ao ensejo do julgamento do extraordinário, tendo o Supremo estabelecido que fosse feito por escrito, nos autos, com a interposição de embargos de declaração”.

Ponderou, outrossim, que “Tampouco se vislumbra, na espécie, perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, cuja análise dependeria de dilação probatória sendo possível a depuração de eventuais repetições de indébito, ao final, em sede de liquidação, observadas as balizas do pronunciamento definitivo do Plenário, após o regular trânsito em julgado” (<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345337960&ext=.pdf>).

Todas essas decisões prestigiam o princípio da segurança jurídica e consideram razões de política judiciária e a perspectiva da prestação jurisdicional mais efetiva, uma vez que são imensos os impactos gerados sobre a força de trabalho nos tribunais e sobre a comunidade jurídica como um todo, decorrentes da possibilidade de modulação dos efeitos do precedente vinculante.

Ressalte-se, entre eles, o manejo de milhares de agravos internos e correlatos embargos de declaração nos feitos que tramitam perante o tribunal de origem, e, no âmbito dos tribunais superiores, a prolação de inúmeras decisões determinando o retorno dos autos ao tribunal *a quo* para sobrestamento e futura adequação, nos termos do art. 1.036 do Código de Processo Civil e do art. 328 do RISTF, como se pode constatar pelas recentes decisões proferidas pelo STF.

A paralisação do feito nesta fase processual não caracteriza ofensa aos princípios da celeridade processual e da razoável duração do processo. O sobrestamento tem supedâneo na orientação da própria Corte Suprema e em expressa disposição do art. 1.030, III, do CPC.

Dessa forma, compete à Vice-Presidência determinar o sobrestamento do presente feito, até que se ultime o julgamento dos embargos de declaração opostos no RE 574.706-RG.

Em face do exposto, *nego provimento* ao agravo interno.

É como voto.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Vice Presidente

APELAÇÃO CÍVEL**5004370-03.2019.4.03.6126**

Apelante: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Apelada: SAÚDE RENOVADA ASSISTÊNCIA MÉDICA LTDA.

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 30/04/2021

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. REDUÇÃO DE ALÍQUOTAS DE CSL E IRPJ. LUCRO PRESUMIDO. SERVIÇOS HOSPITALARES. ARTIGO 15 DA LEI 9.249/1995. CONCEITO. RESP 1.116.399 (REPETITIVO). REQUISITOS ADICIONAIS. LEI 11.727/2008. SOCIEDADE EMPRESARIAL. PROVA DE REGULARIDADE SANITÁRIA. REDUÇÃO DE ALÍQUOTA: SERVIÇOS DE EXAMES COMPLEMENTARES E PROCEDIMENTOS CIRÚRGICOS. SUCUMBÊNCIA.

1. O conceito de “serviços hospitalares”, para fim de aplicação de alíquota reduzida de CSL e IRPJ no âmbito da tributação sob lucro presumido (artigos 15 e 20 da Lei 9.249/1995), foi pacificado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, sob sistemática própria de recursos repetitivos (REsp 1.116.399). No caso de fatos posteriores à Lei 11.727/2008, que alterou a redação do artigo 15 da Lei 9.249/1995, é exigível, adicionalmente, que a prestadora de serviços esteja constituída sob forma de sociedade empresária e atenda à regulamentação da ANVISA.

2. A prova da constituição de sociedade empresária consiste na demonstração do respectivo registro perante a Junta Comercial, na forma do artigo 1.150 do Código Civil. Quanto à exigência de regularidade sanitária, entende-se comprovada pela emissão de licença ou alvará de funcionamento pelos órgãos sanitários competentes. Não se exigindo a prestação de tais serviços em instalações próprias, o benefício fiscal pode ser usufruído com a comprovação de que o estabelecimento em que realizadas as atividades possui regularidade sanitária.

3. Não se trata, assim, de exigir alvará emitido diretamente pela ANVISA, pois o artigo 15, § 1º, III, “a”, da Lei 9.249/1995 não faz tal exigência, apenas dispondo sobre cumprimento das respectivas normas, e o próprio artigo 33, § 3º, da IN RFB 1.700/2017 prevê expressamente que tal comprovação “deve ser feita mediante alvará da vigilância sanitária estadual ou municipal”.

4. A regularidade sanitária ou qualquer outro aspecto da legislação tributária não autorizam, tampouco, a exigência de prova de que a sociedade empresária possui estrutura física caracterizada como hospitalar, ainda que atue em ambiente próprio, na medida em que é a natureza da atividade que importa, e não o local da prestação do serviço, ou a existência de estrutura hospitalar ou mesmo a capacidade de internação, desde que seja possível atender a finalidade legal a que vinculada a concessão do benefício fiscal. Não é, pois, a característica do contribuinte em si (critério subjetivo), mas a natureza do serviço prestado (assistência à saúde), enquadrado no conceito de “serviços hospitalares”, que define o cumprimento dos requisitos legais para a redução de alíquotas do IRPJ/CSL.

5. São passíveis de redução de alíquota de IRPJ/CSL, nos termos do artigo 15, § 1º, III, “a”, da Lei 9.249/1995, por enquadramento no conceito de serviços hospitalares e

equiparados, atividades prestadas, pela sociedade empresária em conformidade com o respectivo objeto social, autorizadas por licença ou alvará de regularidade sanitária, a título de diagnósticos por exames complementares e procedimentos cirúrgicos.

6. Os valores recolhidos a maior, desde o marco temporal em que satisfeitos os requisitos legais, observada a prescrição quinquenal, autorizam repetição do indébito fiscal, observado o trânsito em julgado da condenação, com aplicação exclusiva da taxa SELIC desde cada recolhimento indevido.

7. A verba honorária deve ser fixada em percentuais sobre cada faixa de valor, nos termos do artigo 85, § 5º, CPC, mantido o percentual mínimo arbitrado na sentença. Cabível a imposição de verba honorária recursal, nos termos do artigo 85, §§ 2º a 6º, e 11, do Código de Processo Civil.

8. Apelação desprovida e remessa oficial, tida por submetida, parcialmente provida.

ACÓRDÃO

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

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de apelação e remessa oficial, tida por submetida, à sentença de parcial procedência face aos pedidos assim formulados na inicial:

“5 – Sejam julgados totalmente procedentes os pedidos, quais sejam: o reconhecimento final e definitivo para que a Autora apure, calcule e recolha a base de cálculo do IRPJ e CSLL de forma minorada (8% e 12%, respectivamente) e o direito à repetição de indébito desde a data do efetivo registro na JUCESP – Junta Comercial do Estado de São Paulo, nos seus serviços tipicamente hospitalares.

6 – A condenação da Ré ao pagamento das custas e honorários de sucumbência, estes últimos a serem fixados no valor mínimo de 10% e máximo de 20% sobre o valor da causa, em harmonia com o artigo 85 do Código de Processo Civil.”

Este o dispositivo da sentença:

“Por estes fundamentos, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO, extinguindo o processo com resolução do mérito, a teor do artigo 487, inciso III, a, do Código de Processo Civil, para declarar a autora obrigada a recolher as alíquotas de IRPJ e de CSLL (8% e 12%, respectivamente) para prestação de serviços os serviços de diagnóstico e de cirurgias, bem como reconhecer o direito da autora repetir os valores indevidamente recolhidos a tal título, desde 07/08/2019, consoante fundamentação.

A apuração dos valores indevidamente recolhidos será objeto de liquidação de sentença, no momento processual oportuno.

Honorários advocatícios pelas partes, ora fixados em 10% (dez por cento) do valor da condenação, proporcionalmente distribuídos a teor do artigo 86 do CPC.”

Apelou a Fazenda Nacional, alegando que: (1) o artigo 15 da Lei 9.249/1995, na redação da Lei 11.727/2008, equiparou a estabelecimentos hospitalares, para efeitos fiscais, os prestadores de serviços laboratoriais de auxílio diagnóstico e terapia, patologia clínica, imagenologia, anatomia patológica e citopatologia, medicina nuclear e análises e patologias clínicas, desde que organizados como sociedade empresária e atendidas normas da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa); (2) no RESP 1.116.399, em rito repetitivo, definiu-se a aplicação de critério objetivo para definição de “serviços hospitalares” (artigo 15, § 1º, III, da Lei 9.249/95), porquanto a lei, ao prever o benefício fiscal, não considerou a característica ou a estrutura do contribuinte em si (critério subjetivo), mas a natureza do próprio serviço prestado (assistência à saúde); (3) pleiteou repetição de indébito desde a data do registro na JUCESP (quando transformada em sociedade empresária), mas somente foi juntada a alteração do contrato social, protocolada no Registro de Pessoas Jurídicas em 22/08/2018, sem provar o arquivamento do ato na Junta Comercial, e, por consequência, o momento em passou a ser constituída como sociedade empresária, elemento essencial à fruição do benefício fiscal; (4) diligência no sítio da JUCESP revelou que a constituição como sociedade empresária ocorreu em 07/08/2019, apenas doze dias antes do ajuizamento da ação e, assim, o requisito de constituir-se como sociedade empresária apenas foi atendido em 07/08/2019 e não em 22/08/2018; (5) foi juntada apenas genérica “Licença de Funcionamento Inicial”, expedido pela Vigilância Sanitária do Município, mas não alvará específico da ANVISA; (6) não restou demonstrada a viabilidade de sua condição de prestadora de serviços hospitalares, nos termos da Lei 9.249/1995, pois a documentação (ato constitutivo da empresa e CNPJ) não revela a existência de estrutura física (estabelecimento) com feições hospitalares; e (7) as atividades principal e secundárias são iminentemente ambulatoriais, e ainda que possível a realização de procedimentos cirúrgicos e exames complementares não faz jus à alíquota reduzida.

Houve contrarrazões.

É o relatório.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

VOTO

Senhores Desembargadores, o conceito de “serviços hospitalares”, para fim de aplicação de alíquota reduzida de CSL e IRPJ no âmbito da tributação sobre lucro presumido (artigos 15 e 20 da Lei 9.249/1995), foi pacificado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, sob sistemática própria de recursos repetitivos (grifos nossos):

REsp 1.116.399, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 24/02/2010:

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 535 e 468 DO CPC. VÍCIOS NÃO CONFIGURADOS. LEI 9.249/95. IRPJ E CSLL COM BASE DE CÁLCULO REDUZIDA. DEFINIÇÃO DA EXPRESSÃO “SERVIÇOS HOSPITALARES”. INTERPRETAÇÃO OBJETIVA. DESNECESSIDADE DE ESTRUTURA DISPONIBILIZADA PARA INTERNAÇÃO. ENTENDIMENTO RECENTE DA PRIMEIRA SEÇÃO. RECURSO SUBMETIDO AO REGIME PREVISTO NO ARTIGO 543-C DO CPC.

1. Controvérsia envolvendo a forma de interpretação da expressão “serviços hospitalares” prevista na Lei 9.249/95, para fins de obtenção da redução de alíquota do IRPJ e da CSLL. Discute-se a possibilidade de, a despeito da generalidade da expressão contida na lei, poder-se restringir o benefício fiscal, incluindo no conceito de “serviços hospitalares” apenas aqueles estabelecimentos destinados ao atendimento global ao paciente, mediante internação e assistência médica integral.

2. Por ocasião do julgamento do RESP 951.251-PR, da relatoria do eminente Ministro Castro Meira, a 1ª Seção, modificando a orientação anterior, decidiu que, para fins do pagamento dos tributos com as alíquotas reduzidas, a expressão “serviços hospitalares”, constante do artigo 15, § 1º, inciso III, da Lei 9.249/95, deve ser interpretada de forma objetiva (ou seja, sob a perspectiva da atividade realizada pelo contribuinte), porquanto a lei, ao conceder o benefício fiscal, não considerou a característica ou a estrutura do contribuinte em si (critério subjetivo), mas a natureza do próprio serviço prestado (assistência à saúde). Na mesma oportunidade, ficou consignado que os regulamentos emanados da Receita Federal referentes aos dispositivos legais acima mencionados não poderiam exigir que os contribuintes cumprissem requisitos não previstos em lei (a exemplo da necessidade de manter estrutura que permita a internação de pacientes) para a obtenção do benefício. Daí a conclusão de que “a dispensa da capacidade de internação hospitalar tem supedâneo diretamente na Lei 9.249/95, pelo que se mostra irrelevante para tal intento as disposições constantes em atos regulamentares”.
3. Assim, devem ser considerados serviços hospitalares “aqueles que se vinculam às atividades desenvolvidas pelos hospitais, voltados diretamente à promoção da saúde”, de sorte que, “em regra, mas não necessariamente, são prestados no interior do estabelecimento hospitalar, excluindo-se as simples consultas médicas, atividade que não se identifica com as prestadas no âmbito hospitalar, mas nos consultórios médicos”.
4. Ressalva de que as modificações introduzidas pela Lei 11.727/08 não se aplicam às demandas decididas anteriormente à sua vigência, bem como de que a redução de alíquota prevista na Lei 9.249/95 não se refere a toda a receita bruta da empresa contribuinte genericamente considerada, mas sim àquela parcela da receita proveniente unicamente da atividade específica sujeita ao benefício fiscal, desenvolvida pelo contribuinte, nos exatos termos do § 2º do artigo 15 da Lei 9.249/95.
5. Hipótese em que o Tribunal de origem consignou que a empresa recorrida presta serviços médicos laboratoriais (fl.. 389), atividade diretamente ligada à promoção da saúde, que demanda maquinário específico, podendo ser realizada em ambientes hospitalares ou similares, não se assemelhando a simples consultas médicas, motivo pelo qual, segundo o novel entendimento desta Corte, faz jus ao benefício em discussão (incidência dos percentuais de 8% (oito por cento), no caso do IRPJ, e de 12% (doze por cento), no caso de CSLL, sobre a receita bruta auferida pela atividade específica de prestação de serviços médicos laboratoriais).
6. Recurso afetado à Seção, por ser representativo de controvérsia, submetido ao regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ. 7. Recurso especial não provido.”

No caso de fatos posteriores à Lei 11.727/2008, que alterou a redação do artigo 15 da Lei 9.249/1995, é exigível, adicionalmente, que a prestadora de serviços esteja constituída sob forma de sociedade empresária e atenda à regulamentação da ANVISA (grifos nossos):

“Art. 15. A base de cálculo do imposto, em cada mês, será determinada mediante a aplicação do percentual de 8% (oito por cento) sobre a receita bruta auferida mensalmente, observado o disposto no art. 12 do Decreto-Lei no 1.598, de 26 de dezembro de 1977, deduzida das devoluções, vendas canceladas e dos descontos incondicionais concedidos, sem prejuízo do disposto nos arts. 30, 32, 34 e 35 da Lei no 8.981, de 20 de janeiro de 1995.

(...)

III - trinta e dois por cento, para as atividades de:

a) prestação de serviços em geral, exceto a de serviços hospitalares e de auxílio diagnóstico e terapia, patologia clínica, imagenologia, anatomia patológica e citopatologia, medicina nuclear e análises e patologias clínicas, desde que a prestadora destes serviços seja organizada sob a forma de sociedade empresária e atenda às normas da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa;

(...)

Art. 20. A base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) devida pelas pessoas jurídicas que efetuarem o pagamento mensal ou trimestral a que se referem os arts. 2º, 25 e 27 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, corresponderá aos seguintes percentuais aplicados sobre a receita bruta definida pelo art. 12 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, auferida no período, deduzida das devoluções, das vendas canceladas e dos descontos incondicionais concedidos:

I - 32% (trinta e dois por cento) para a receita bruta decorrente das atividades previstas no inciso III do § 1º do art. 15 desta Lei;

II - 38,4% (trinta e oito inteiros e quatro décimos por cento) para a receita bruta decorrente das atividades previstas no inciso IV do § 1º do art. 15 desta Lei; e

III - 12% (doze por cento) para as demais receitas brutas.”

Neste sentido (grifos nossos):

AgInt no AREsp 1.651.890, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 26/06/2020:

“TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. IRPJ. CSLL. REDUÇÃO DE ALÍQUOTA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS HOSPITALARES. NECESSIDADE LEGAL DA CONSTITUIÇÃO SOB A FORMA DE SOCIEDADE EMPRESÁRIA. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DO STJ. SÚMULA 83/STJ. REEXAME PROBATÓRIO VEDADO. SÚMULA 7/STJ.(...)”

2. Ademais, corretamente o Recurso Especial foi inadmitido na origem, uma vez que a jurisprudência pacífica do STJ é de que, “a partir da vigência da Lei 11.727/2008, que alterou a redação do art. 15, § 1º, III, ‘a’, da Lei n. 9.249/95, houve determinação legal para que o benefício fiscal concedido restrinja-se à prestadora de serviço ‘organizada sob a forma de sociedade empresária e atenda às normas da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA” (AgRg no REsp 1.475.062/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 17/11/2014).

3. Infirmar os fundamentos do acórdão recorrido - em especial a alteração do contrato social de sociedade empresária para sociedade simples - demanda reexame de matéria fática, o que é vedado, nos termos da Súmula 7/STJ.

4. Agravo Interno não provido.”

A prova da constituição de sociedade empresária consiste na demonstração do respectivo registro perante a Junta Comercial, na forma do artigo 1.150 do Código Civil.

Neste tocante:

RemNecCiv 5012953-26.2017.4.03.6100, Rel. Des. Fed. DIVA MALERBI, Intimação via sistema 27/10/2020:

“PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. MANDADO DE SEGURANÇA. IRPJ E CSLL. ALÍQUOTAS REDUZIDAS. SERVIÇOS HOSPITALARES. SERVIÇOS DE ANESTESIOLOGIA. EQUIPARAÇÃO. SOCIEDADE EMPRESÁRIA. ATENDIMENTO ÀS NORMAS DA ANVISA. AGRAVO DESPROVIDO. (...)”

7. Nos termos do artigo 983 do Código Civil, as sociedades empresárias deverão ser constituídas sob a forma de sociedade em nome coletivo, comandita simples, limitada, sociedade anônima ou comandita por ações e ter seus atos constitutivos registrados perante o Registro Público de Empresas, a cargo das Juntas Comerciais (artigo 1.150).

8. Observa-se que a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que a partir da vigência da Lei nº 11.727/2008 somente as sociedades organizadas sob a forma de sociedade empresária é que poderão apurar o IRPJ e a CSLL com alíquotas de 8% e 12% sobre a receita bruta auferida com a prestação de serviços hospitalares.

9. *In casu*, o contrato social exibido pela impetrante (ID 90091882) dá conta de que a mesma está organizada sob a modalidade de “sociedade empresária”, com atos constitutivos regis-

trados perante Cartório de Registro de Pessoas Jurídicas. 10. Verifica-se, ainda, pela prova documental produzida no presente *mandamus* (ID 90091886), que a impetrante atende às normas da ANVISA, em vista da licença de funcionamento expedida pelo Centro de Vigilância Sanitária.

11. 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.

12. Agravo interno desprovido.”

A jurisprudência da Corte firmou-se no sentido de que fazem prova da regularidade sanitária a licença ou alvará de funcionamento emitidos por órgãos sanitários competentes:

APELREMNEC 0005394-34.2016.4.03.6102, Rel. Des. Fed. NELTON DOS SANTOS, Intimação via sistema 09/03/2020:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO DE APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. LEI Nº 9.429/95. IRPJ. CSLL. SERVIÇOS HOSPITALARES. ANÁLISE OBJETIVA DOS REQUISITOS. APLICAÇÃO DAS ALÍQUOTAS REDUZIDAS. ALTERAÇÃO PELA LEI Nº 11.727/08. CONSTITUIÇÃO COMO SOCIEDADE EMPRESÁRIA. COMPROVAÇÃO DO ATENDIMENTO DAS NORMAS DA ANVISA. ALVARÁ DE FUNCIONAMENTO EXPEDIDO PELA VIGILÂNCIA SANITÁRIA ESTADUAL OU MUNICIPAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO. REEXAME NECESSÁRIO PROVIDO. (...) 7. Quanto ao segundo requisito, a comprovação deve se dar através de alvará de funcionamento, expedido pela vigilância sanitária estadual ou municipal, conforme o caso, nos termos do próprio entendimento da administração tributária, constante na IN RFB nº 1.700/17, artigo 33, § 3º.

8. As provas dos autos, mais especificamente às f. 29-31, dos autos físicos, demonstram que a apelada possui os alvarás de funcionamento expedidos pelas duas esferas de governo (mesmo que seja necessária apenas uma), demonstrando respeitar o segundo requisito constante na lei. (...) 13. Recurso de apelação desprovido e reexame necessário parcialmente provido.”

13. Recurso de apelação desprovido e reexame necessário parcialmente provido.”

Não se trata, assim, de exigir alvará emitido diretamente pela ANVISA, pois o artigo 15, § 1º, III, “a”, da Lei 9.249/1995 não faz tal exigência, apenas dispondo sobre cumprimento das respectivas normas, e o próprio artigo 33, § 3º, da IN RFB 1.700/2017 prevê expressamente que tal comprovação “*deve ser feita mediante alvará da vigilância sanitária estadual ou municipal*”.

A regularidade sanitária ou qualquer outro aspecto da legislação tributária não autorizam, tampouco, a exigência de prova de que a sociedade empresária possui estrutura física caracterizada como hospitalar, ainda que atue em ambiente próprio, na medida em que é a natureza da atividade que importa, e não o local da prestação do serviço, ou a existência de estrutura hospitalar ou mesmo a capacidade de internação, desde que seja possível atender a finalidade legal a que vinculada a concessão do benefício fiscal. Não é, pois, a característica do contribuinte em si (critério subjetivo), mas a natureza do serviço prestado (assistência à saúde), enquadrado no conceito de “serviços hospitalares”, que define o cumprimento dos requisitos legais para a redução de alíquotas do IRPJ/CSL.

Neste sentido, o seguinte precedente da Turma:

ApCiv 5004386-98.2020.4.03.6100, Rel. Des. Fed. NERY JUNIOR, e - DJF3 13/11/2020:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. IRPJ. CSLL. BASE DE CÁLCULO REDUÇÃO DA ALÍQUOTA. LEI Nº 9.249/95, ART. 15, § 1º, INCISO III, “A”. CONCEITO DE SERVIÇO HOSPI-

TALAR. ENTENDIMENTO DO E. STJ. PREENCHIMENTO DO REQUISITO RELACIONADO AO ATENDIMENTO DAS NORMAS DA ANVISA.

1. No que tange ao alcance do benefício fiscal previsto no art. 15, § 1º, inciso III, “a”, da Lei 9.249/95, a Primeira Seção do E. Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o REsp 1.116.399/BA (Relator Min. Benedito Gonçalves, DJe de 24.02.2010) pacificou a matéria, firmando o entendimento de que a concessão do benefício fiscal se dá de forma objetiva, com foco nos serviços prestados, e não na pessoa do contribuinte que executa a prestação dos chamados serviços hospitalares, sob pena de se desfigurar a própria natureza da norma legal, transmudando-se o incentivo fiscal de objetivo para subjetivo e, por conseguinte, restringindo sua aplicação apenas aos estabelecimentos hospitalares.
2. A modificação legislativa trazida à matéria pela Lei nº 11.727/2008, se por um lado promoveu a extensão do benefício também a outras atividades equiparadas a “serviços hospitalares”, por outro impuseram mais dois requisitos além da prestação de serviços voltados à promoção da saúde: i) estar constituída como sociedade empresária e; ii) atender às normas da ANVISA.
3. Quanto ao requisito de atendimento das normas da ANVISA, a comprovação deve se dar através de alvará de funcionamento, expedido pela vigilância sanitária estadual ou municipal, conforme o caso, nos termos do próprio entendimento da administração tributária, constante na IN RFB nº 1.700/17, artigo 33, § 3º.
4. No caso, a parte autora acostou aos autos documentos que comprovam, de modo suficiente, sua inscrição no Cadastro Municipal de Vigilância em Saúde.
4. Remessa necessária e apelação desprovidas.”

Registre-se, ainda, que os serviços hospitalares podem ser realizados em estabelecimento próprio ou de terceiros (*v.g.* ApCiv 5026770-26.2018.4.03.6100, Rel. Des. Fed. JOHONSOM DI SALVO, publicação 11/10/2020), pois não é da essência do benefício que se identifique a existência de estrutura própria, mas sim prestação de serviço hospitalar por sociedade empresária com observância das normas da ANVISA.

Reforça tal conclusão a percepção de que o exercício empresarial não exige, intrinsecamente, instalações autônomas, e nenhuma definição conceitual de empresa sujeita-se à existência de estruturas físicas próprias. Neste sentido, mesmo na clássica teoria poliédrica de Asquini o perfil objetivo da empresa é vinculado à *azienda*, que não se confunde ou depende do estabelecimento, estritamente considerado.

Em casos que tais, os diretamente obrigados ao atendimento das normas sanitárias próprias são os terceiros, hospitais e clínicas, que sediam os serviços prestados. Todavia, não há dispensa da demonstração documental de que estes preenchem o requisito de regularidade sanitária. De fato, seja pela literalidade que rege a concessão de benefícios fiscais (artigo 111 do CTN) como em função da do imperativo de neutralidade e isonomia fiscal, mantendo o caráter objetivo da aferição dos critérios legais condicionantes da alíquota reduzida, cabe ao contribuinte diligenciar para obtenção da prova respectiva.

Sobre a indispensabilidade geral da prova de observância da regulamentação sanitária, consolidada a jurisprudência da Corte, a exemplo do seguinte julgado (grifos nossos):

ApelRemNec 5011278-76.2018.4.03.6105, Rel. Des. Fed. FÁBIO PRIETO, e-DJF3 16/09/2020: “MANDADO DE SEGURANÇA - DIREITO TRIBUTÁRIO - ALÍQUOTAS REDUZIDAS DE IRPJ E CSLL - PRESTADORA DE SERVIÇOS HOSPITALARES - REQUISITOS - AUSÊNCIA DE PROVA DE REGULARIDADE JUNTO À ANVISA.

1. A partir da vigência da Lei Federal nº. 11.727/08, em 1º de janeiro de 2009, a redução de alíquotas apenas é aplicável às sociedades empresárias que atendam às normas da ANVISA. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

2. A impetrante é sociedade empresária: o contrato social está registrado na JUCESP.
3. Não há prova de regularidade junto à ANVISA.
4. O mandado de segurança exige instrução probatória documental plena, no momento do ajuizamento da ação.
5. Apelação e remessa necessária providas.

Na espécie, a impetrante adotou a forma de sociedade empresária em 07/08/2019, conforme registro na Junta Comercial, tendo como objeto social “a clínica médica com recursos para realização de exames complementares e cirurgias” (cláusula quarta, ID 137009871).

No cadastro fiscal, consta como atividade principal a do código “86.30-5-01 - Atividade médica ambulatorial com recursos para realização de procedimentos cirúrgicos”; e como secundárias as atividades dos códigos “86.30-5-02 - Atividade médica ambulatorial com recursos para realização de exames complementares” e “86.30-5-03 - Atividade médica ambulatorial restrita a consultas” (ID 137009872).

Houve juntada, finalmente, do alvará de funcionamento do estabelecimento perante órgão sanitário municipal, referente à “atividade ambulatorial com recursos para realização de exames complementares” (ID 137009875), além de notas fiscais emitidas com a descrição de prestação de serviços cirúrgicos (ID 137010567).

O conjunto probatório revela, portanto, que são passíveis de redução de alíquota de IRPJ/CSL, nos termos do artigo 15, § 1º, III, “d”, da Lei 9.249/1995, por enquadramento no conceito de serviços hospitalares e equiparados, as atividades prestadas a título de diagnósticos por exames complementares e procedimentos cirúrgicos, pela sociedade empresária autora, conforme respectivo objeto social e documentação de regularidade sanitária.

Reconhecido o direito à redução de alíquota do IRPJ/CSL, os valores recolhidos a maior, desde 07/08/2019, podem ser repetidos, após o trânsito em julgado, com aplicação exclusiva da taxa SELIC desde cada recolhimento indevido.

Quanto à verba honorária, a sentença fixou-a em 10% do valor da condenação, proporcionalmente distribuída entre as partes, nos termos do artigo 86, CPC. Todavia, a teor do § 5º do artigo 85, CPC, devem ser observadas as faixas de valor de forma progressiva, com adequação das respectivas alíquotas. A verba honorária de 10%, mínimo legal do inciso I do § 3º do artigo 85, CPC, aplica-se apenas para valores até duzentos salários-mínimos e, assim, se excedentes, devem ser aplicadas sobre os saldos remanescentes as alíquotas mínimas das demais faixas, sendo de 8% no caso do inciso II do § 3º do artigo 85, CPC, e assim sucessivamente.

Cabe ainda verba honorária recursal, acrescida à fixada na origem, considerando 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. Arbitra-se, no caso, o adicional de 1/10 do mínimo legal previsto para cada faixa dentre os incisos do § 3º do artigo 85, CPC, a recair sobre o valor da condenação, sem prejuízo da verba honorária fixada a favor da ré na proporção da sucumbência da autora, calculada de igual forma.

Ante ao exposto, nego provimento à apelação e dou parcial provimento à remessa oficial, tida por submetida, nos termos supracitados.

É como voto.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO**5027211-03.2020.4.03.0000**

Agravante: VIGOR ALIMENTOS S.A.

Agravada: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 19/04/2021

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. *ESCROW ACCOUNTS*. CONTA CAUÇÃO. PIS. CO-FINS. INCIDÊNCIA. PER *RELATIONEM*. RECURSO IMPROVIDO.

1. Mandado de segurança com o objetivo de suspender a exigibilidade do crédito tributário de contribuição ao PIS e de Cofins sobre os reestabelecimentos progressivos da posse dos valores depositados nas *escrow accounts* constituídas pelas empresas FB Participações S/A e JBS S/A em cumprimento ao contrato de compra de ações.
2. Da própria natureza da conta caução – *escrow account*, o valor ali depositado equivale a parte do pagamento decorrente da transação empresarial, que saiu do patrimônio de uma empresa e integrou o das outras.
3. Deste modo, houve a transferência, de fato, de pecúnia da impetrante/compradora aos vendedores, integralizando o valor, assim, ao rendimento destes, como decorrência da própria negociação, não havendo, portanto, falar-se em suspensão da exigibilidade de incidência de PIS e COFINS sobre tais valores.
4. A decisão merece ser mantida em seu inteiro teor, nas exatas razões e fundamentos nela expostos, os quais tomo como alicerce desta decisão, lançando mão da técnica de motivação *per relationem*, amplamente adotada pelo Pretório Excelso e Superior Tribunal de Justiça.
5. Agravo de instrumento improvido.

ACÓRDÃO

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

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johonsom di Salvo, Relator:

Trata-se de agravo de instrumento interposto por VIGOR ALIMENTOS S/A contra a r. decisão que *indeferiu liminar* nos autos do mandado de segurança impetrado com o fim de suspender a exigibilidade do crédito tributário de contribuição ao PIS e de Cofins sobre os reestabelecimentos progressivos da posse dos valores depositados nas *escrow accounts* constituídas pelas empresas FB Participações S/A e JBS S/A em cumprimento ao contrato de compra de ações.

Narra a agravante que em julho de 2017 foi firmado o contrato de compra de ações entre as sociedades FB Participações S/A (CNPJ 11.309.502/0001-15) e JBS S/A (CNPJ 02.916.265/0001-60) e a sociedade mexicana Grupo Lala. S.A.B. de C.V., posteriormente substituída no contrato pela sociedade brasileira Lala Brasil Holding Ltda. (CNPJ 27.119.370/0001-07) – a qual foi posteriormente incorporada pela sociedade VIGOR ALIMENTOS S/A, ora recorrente, para transferência do seu controle acionário.

Afirma que todas as transferências recebidas pela Agravante referentes às *escrow accounts* (também conhecidas como “conta caução” ou “conta depósito”) constituídas pela FB Participações S/A e pela JBS S/A se tratam de mero reestabelecimento progressivo da sua posse e disponibilidade destes valores e não representam um ingresso financeiro, muito menos um ganho patrimonial à empresa, mas tão somente objetivam neutralizar o decréscimo patrimonial resultante de contraprestações contingentes que não foram consideradas quando da apuração do valor final pago pela aquisição de suas ações. Por isso, não incide PIS e COFINS sobre tais verbas.

Sustenta que a jurisprudência dos Tribunais pátrios está sedimentada no sentido de que as bases de cálculo do PIS e da COFINS somente serão compostas por aqueles ingressos financeiros revestidos de dois pressupostos essenciais: a necessária incorporação positiva ao patrimônio do contribuinte, ou seja, que o ingresso financeiro resulte em um acréscimo patrimonial; e que este acréscimo patrimonial se revista de caráter definitivo.

Alega que o reestabelecimento pela agravante da posse dos valores depositados nas *escrow accounts* não representam ingressos financeiros da empresa, pois jamais deixaram de integrar sua propriedade e patrimônio, bem como não atendem aos pressupostos essenciais mínimos impostos pelo E. STF para que possam ser qualificados como receitas para fins de composição das bases de cálculo do PIS e da COFINS.

Aduz que pagou direta e efetivamente às vendedoras a quantia de R\$ 4.525.000.000,00 e depositou nas *escrow accounts* a quantia de R\$ 500.000.000,00, a qual ficou retida nas referidas contas, por ser uma modalidade de garantia contratual de gestão de riscos futuros, não integrando, em momento algum, o patrimônio das vendedoras, não tendo sequer saído da propriedade e patrimônio da agravante até o momento.

Defende que “a Agravante, na figura de compradora no contrato de compra de ações, pagou valor superior do que as ações efetivamente valiam. Ou seja, suportou um ágio involuntário e não intencional. A constituição das garantias das *escrow accounts* objetivou justamente neutralizar este indevido decréscimo patrimonial, pois, à medida que a fosse incorrendo em despesas com eventuais obrigações contingentes, a Agravante seria indenizada proporcionalmente à esta despesa, o que neutraliza a precificação equivocada das ações adquiridas”.

Contrarrrazões apresentadas (ID 149178101).

É o relatório.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

VOTO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johonsom di Salvo, Relator:

Da decisão agravada, destaco a seguinte fundamentação:

“Para efeito contributivo-fiscal, receita e faturamento são equivalentes e no termo receita quer as leis, quer a Constituição Federal vieram a estabelecer limites de realidades econômicas que estariam ou não incluídas no conceito receita.

O que as leis buscaram foi afastar dúvidas no conceito “receita”, nele incluindo todas as receitas auferidas pela pessoa jurídica sem exclusão de nenhuma, ou seja, a receita bruta da venda de bens e serviços nas operações em conta própria ou alheia e além destas todas as demais receitas auferidas, independente da classificação contábil a elas atribuída.

No caso, entende a impetrante que o valor depositado em conta garantia (conta caução ou *scrow account*) seria, desde o início, de titularidade da compradora, posteriormente incorporada “às avessas” pela própria impetrante.

Ocorre que, conforme bem apontado pela autoridade e a União, o valor direcionado à garantia deveria, nos termos da legislação em vigor, compor o preço de aquisição, o que, no mais é observado pelo próprio contrato entabulado entre as partes, que atribui às vendedoras a obrigação pelos custos contingenciais que se aferissem no prazo estabelecido e prestassem garantia para tanto.

Ademais, tratando-se o dinheiro de bem fungível, o depósito de pecúnia transfere a propriedade ao depositário. Assim, independentemente de o recurso ser originário da compradora, uma vez depositado em favor dos vendedores, ainda que em conta garantia, o montante efetivamente passa a integrar o patrimônio dos vendedores.

Dessa forma, a transferência de parte do montante depositado à compradora, por força de contraprestações contingentes, consubstancia não um “restabelecimento da posse”, mas efetiva e nova transferência de propriedade sobre o montante, na forma de uma despesa para os vendedores e de uma receita para a compradora.

Enquanto receita da compradora, os valores das contraprestações contingentes, arcados com recursos da conta caução, configura fato imponível de obrigação tributária referente a PIS e Cofins.

Ante o exposto, INDEFIRO A LIMINAR pleiteada.”

A decisão merece ser mantida em seu inteiro teor, nas exatas razões e fundamentos nela expostos, os quais tomo como alicerce desta decisão, lançando mão da técnica de motivação *per relationem*, amplamente adotada pelo Pretório Excelso e Superior Tribunal de Justiça (STF: ADI 416 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 16/10/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-215 DIVULG 31-10-2014 PUBLIC 03-11-2014 ARE 850086 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 05/05/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-108 DIVULG 05-06-2015 PUBLIC 08-06-2015 - ARE 742212 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 02/09/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-197 DIVULG 08-10-2014 PUBLIC 09-10-2014; STJ: AgRg no AgRg no AREsp 630.003/SP, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 07/05/2015, DJe 19/05/2015 - HC 214.049/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/02/2015, DJe 10/03/2015 - REsp 1206805/PR, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 21/10/2014, DJe 07/11/2014 - REsp 1399997/AM, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/10/2013, DJe 24/10/2013). 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).

Acrescento, ainda, que da própria natureza da conta caução – *escrow account*, o valor ali depositado equivale a parte do pagamento decorrente da transação empresarial, que saiu do patrimônio de uma empresa e integrou o das outras.

Deste modo, houve a transferência, de fato, de pecúnia da impetrante/compradora aos vendedores, integralizando o valor, assim, ao rendimento destes, como decorrência da própria negociação, não havendo, portanto, falar-se em suspensão da exigibilidade de incidência de PIS e COFINS sobre tais valores.

Ante o exposto, *nego provimento ao agravo de instrumento*.

É como voto.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

Sentenças



PROCEDIMENTO COMUM CÍVEL

5002264-14.2019.4.03.6144

Autor: BRUNO PRETI DE SOUZA

Ré: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SEÇÃO PARANÁ

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE BARUERI - SP

Juíza Federal: MARILAINE ALMEIDA SANTOS

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 12/04/2021

SENTENÇA

Vistos etc.

Trata-se de ação proposta por *BRUNO PRETI DE SOUZA*, em face da *ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SEÇÃO PARANÁ*, tendo por objeto a anulação de sanção disciplinar de suspensão do exercício profissional imposta em razão de inadimplência de anuidade.

Em sede de tutela de urgência, requereu a suspensão da sanção de suspensão, até o julgamento definitivo de mérito.

Requereu os benefícios da gratuidade de justiça.

A petição inicial foi instruída por documentos.

Decisão da MM. Juíza Substituta indeferiu o pedido de tutela de urgência. Deferiu a assistência judiciária gratuita. Determinou à parte autora esclarecer o valor da causa e juntar cópia legível de comprovante de endereço.

A parte requerente informou a interposição do agravo de instrumento de autos n. 5023672-63.2019.4.03.000, no qual foi deferida a antecipação da tutela recursal.

Despacho intimou a parte requerida para cumprimento da decisão prolatada no agravo de instrumento.

A demandada apresentou contestação, escoltada por documentos.

Ato ordinatório intimou a parte autora para réplica.

Ofertada réplica à contestação pela parte requerente.

Anexado aos autos o acórdão que deu provimento ao agravo de instrumento interposto pela parte autora.

Decisão reconheceu a competência deste Juízo e determinou a intimação das partes para a especificação de outras provas e a cientificação da parte requerida quanto à decisão em agravo de instrumento.

A parte autora postulou pelo julgamento antecipado do mérito, por se tratar de matéria exclusivamente de direito, sem necessidade de produção de outras provas.

Em petição intercorrente, a parte requerente informou a fixação de tese pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário de autos n. 647.885.

Despacho ordenou a intimação da parte requerida para se manifestar quanto às alegações da parte autora.

Nada mais foi requerido.

RELATADOS. DECIDO.

Diante da desnecessidade de produção de outras provas, julgo antecipadamente o mérito desta ação, nos termos do art. 355, I, do Código de Processo Civil.

Nos moldes do art. 5º, inciso XIII, da Constituição da República, “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. Adiante, o art. 133, elege o advogado como indispensável à administração da justiça.

No plano infraconstitucional, a Lei n. 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil), em seu art. 8º, elenca os requisitos para a inscrição como advogado, consoante segue:

Art. 8º Para inscrição como advogado é necessário:

I - capacidade civil;

II - diploma ou certidão de graduação em direito, obtido em instituição de ensino oficialmente autorizada e credenciada;

III - título de eleitor e quitação do serviço militar, se brasileiro;

IV - aprovação em Exame de Ordem;

V - não exercer atividade incompatível com a advocacia;

VI - idoneidade moral;

VII - prestar compromisso perante o conselho.

§ 1º O Exame da Ordem é regulamentado em provimento do Conselho Federal da OAB.

§ 2º O estrangeiro ou brasileiro, quando não graduado em direito no Brasil, deve fazer prova do título de graduação, obtido em instituição estrangeira, devidamente revalidado, além de atender aos demais requisitos previstos neste artigo.

§ 3º A inidoneidade moral, suscitada por qualquer pessoa, deve ser declarada mediante decisão que obtenha no mínimo dois terços dos votos de todos os membros do conselho competente, em procedimento que observe os termos do processo disciplinar.

§ 4º Não atende ao requisito de idoneidade moral aquele que tiver sido condenado por crime infamante, salvo reabilitação judicial.

O art. 34, XXIII, do Estatuto em comento, estabelece como infração disciplinar “deixar de pagar as contribuições, multas e preços de serviços devidos à OAB, depois de regularmente notificado a fazê-lo”. Em face de tal infração, é aplicável a sanção de suspensão, a teor do art. 37, I, que assim dispõe:

Art. 37. A suspensão é aplicável nos casos de:

I - *infrações definidas nos incisos XVII a XXV do art. 34;*

II - reincidência em infração disciplinar.

§ 1º *A suspensão acarreta ao infrator a interdição do exercício profissional, em todo o território nacional, pelo prazo de trinta dias a doze meses, de acordo com os critérios de individualização previstos neste capítulo.*

§ 2º *Nas hipóteses dos incisos XXI e XXIII do art. 34, a suspensão perdura até que satisfaça integralmente a dívida, inclusive com correção monetária.*

§ 3º *Na hipótese do inciso XXIV do art. 34, a suspensão perdura até que preste novas provas de habilitação. (grifei)*

Nos termos do art. 38, inciso I, da mesma lei, poderá ser imposta a penalidade de exclusão dos quadros da Ordem ao advogado a quem seja aplicada, por três vezes, a pena de suspensão.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário de autos n. 647.885/RS, reconhecendo a repercussão geral, fixou a seguinte tese: “*É inconstitucional a suspensão realizada por conselho de fiscalização profissional do exercício laboral de seus inscritos por inadimplência de anuidades, pois a medida consiste em sanção política em matéria tributária*”.

No feito em questão, foi declarada a inconstitucionalidade dos artigos 34, XXIII, e 37, §2º, ambos da Lei n. 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia e da OAB).

Salientou o Eminentíssimo Ministro Relator:

De fato, a legislação atacada representa ofensa à livre iniciativa e à liberdade profissional. Isso porque a desproporcionalidade da referida prática decorre da plêiade de garantias, privilégios e preferências a que faz jus a Fazenda Pública, além de instrumentos processuais próprios. (...)

De toda forma, há diversos outros meios alternativos para cobrança de dívida civil que não obstaculizam a percepção de verbas alimentares e a inviolabilidade do mínimo existencial do devedor. Isso, por si só, demonstra o desacordo da medida estatal em relação ao devido processo legal substantivo e, por consequência, aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, haja vista a ausência de necessidade do ato estatal.

Nesse cenário, impõe-se a aplicação da solução jurídica adotada pelo acórdão paradigma retro, a teor do art. 1.040, III, do Código de Processo Civil, para reconhecer a nulidade da imposição da sanção de suspensão do exercício da advocacia ao profissional inadimplente.

No caso específico dos autos, a parte autora admite que inadimpliu as anuidades dos exercícios 2015 e 2016, conforme documento de ID 17824159 - Pág. 1.

A parte requerida, por sua vez, juntou demonstrativo de débitos dos exercícios de 2015 a 2018 – ID 23446278 - Pág. 3.

No processo ético-disciplinar de autos n. 11115/2017, em 06.03.2019, por unanimidade, foi imposta à parte autora a sanção de *suspensão*, pelo prazo de 30 (trinta) dias, perdurando até a satisfação integral da dívida – ID 23446279 - Pág. 2 e 4. Referida decisão transitou em julgado conforme certidão de ID 23446279 - Pág. 13.

Ante o precedente do Supremo Tribunal Federal, que julgou inconstitucionais os dispositivos que deram suporte à sanção aplicada em face da parte autora, não mais subsiste a penalidade de suspensão.

Pelo exposto, na forma do art. 487, I, do Código de Processo Civil, *JULGO PROCEDENTE* o pedido para decretar a nulidade da sanção de suspensão do exercício da advocacia imposta à parte autora no processo ético-disciplinar de autos n. 11115/2017.

Condeno a parte requerida ao pagamento de honorários advocatícios à base de 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa, consoante o *caput* e §§ 2º, do art. 85, do CPC.

Custas pela demandada.

No caso de interposição de recurso tempestivo, intime-se a parte apelada para contrarrazoar, no prazo legal. Havendo preliminar em contrarrazões, intime-se a parte apelante para manifestação, na forma do art. 1.009, §2º, do Código de Processo Civil.

Ao depois, remetam-se os autos ao Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, observadas as demais cautelas de praxe.

Nada mais havendo, archive-se.

Registro eletrônico. Publique-se. Intimem-se.

Barueri-SP, data lançada eletronicamente.

Juíza Federal MARILAINÉ ALMEIDA SANTOS

PROCEDIMENTO COMUM CÍVEL**5000828-58.2020.4.03.6120**

Autora: ROSILEIA NUNES

Ré: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE ARARAQUARA - SP

Juiz Federal: MÁRCIO CRISTIANO EBERT

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 27/01/2021

SENTENÇA**I – RELATÓRIO**

Trata-se de ação movida por Rosiléia Nunes contra a Caixa Econômica Federal, em que se pretende a anulação de procedimento administrativo de rescisão contratual de financiamento habitacional. Pede também a transferência do financiamento para outro empreendimento do Programa Minha Casa Minha Vida.

A inicial narra que em 24/10/2011 a autora celebrou contrato de financiamento de imóvel com alienação fiduciária, para a aquisição de uma unidade no condomínio Residencial dos Oitis, empreendimento do Programa Minha Casa Minha Vida. No entanto, o condomínio padece de problemas graves que inviabilizam a ocupação das unidades, tais como fornecimento precário de água e energia elétrica, ausência de gás encanado e a proliferação de bandidos e traficantes, que tornam insustentável a convivência no local. Os problemas são tantos que o condomínio é objeto de ação civil pública proposta pela Defensoria Pública.

Diante desse quadro, a autora optou por desocupar temporariamente o imóvel, até que a situação no local fosse melhorada ou o financiamento fosse transferido para outra unidade do PMCMV, em empreendimento distinto. Desde que saiu o imóvel segue fechado e as prestações estão em dia. Porém, a CAIXA interpretou essa conduta como infração contratual e intimou a autora para liquidar o saldo devedor, sob pena de perder o imóvel.

Foi concedida tutela antecipada¹ para suspender o procedimento de rescisão contratual.

Na contestação² a CAIXA ponderou que diligências administrativas apuraram que há três anos a autora desocupou o imóvel, transferindo a posse para terceiro mediante o pagamento de aluguel. Defendeu que o contrato firmado entre a autora e a CAIXA prevê que a cessão do imóvel a terceiro é causa de rescisão, de modo que, uma vez caracterizado o desvio de finalidade, é obrigatório o desfazimento do ajuste. Destacou que boa parte dos problemas verificados no empreendimento Residencial dos Oitis deriva da ocupação irregular das unidades, bem como que a CAIXA se comprometeu nos autos da ação civil pública 5006482-94.2018.403.6120 a agilizar a retomada dos imóveis ocupados irregularmente.

Em réplica³ a autora revisitou os motivos que a levaram a desocupar o imóvel, acrescentando que só o alugou por causa do receio de invasão, caso deixasse o apartamento desocupado.

É a síntese do necessário.

1 Num. 30490021.

2 Num. 31348625

3 Num. 33406682.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Em outubro de 2011 a autora celebrou com a CAIXA contrato⁴ de compra e venda de imóvel, com parcelamento e alienação fiduciária em garantia no Programa Minha Casa Minha Vida e recursos do Fundo de Arrendamento Residencial — FAR. O contrato prevê 120 prestações no valor de R\$ 388,82, dos quais R\$ 338,82 são subvencionados pelo FAR, de modo que à mutuária paga apenas R\$ 50,00 por mês.

Dentre outras obrigações, o contrato exige que o imóvel seja destinado exclusivamente para residência do beneficiário e de sua família. A cláusula décima segunda prevê o vencimento antecipado da dívida nas hipóteses de transferência ou cessão do imóvel a terceiros ou se for constatado que foi dada outra destinação que não para a residência do beneficiário e sua família.

Ocorre que em agosto de 2018 a Assistência Social de Araraquara apurou que cerca de três anos antes a autora deixou de residir no imóvel, e que há pelo menos um ano antes da apuração administrativa o apartamento foi alugado por Elcio Eduardo Braz, terceiro estranho ao contrato, que mensalmente paga um aluguel de R\$ 200,00 para a autora. O relatório elaborado pela assistente social⁵ consigna que a autora justificou a saída do imóvel a problemas com seus filhos, os quais teriam se envolvido com companhias indesejáveis no período em que moraram no Residencial dos Oitis. Atualmente a autora mora com o companheiro em casa própria deste, no bairro Vale Verde.

Em observância ao protocolo estabelecido para esses casos, a CAIXA notificou a mutuária a comprovar a ocupação do imóvel, porém as duas correspondências enviadas ao imóvel financiado foram devolvidas com o carimbo “Mudou-se”⁶.

Os indícios de irregularidades na ocupação da unidade foram corroborados na réplica. Embora na inicial conste que a autora desocupou temporariamente o imóvel “*deixando-o trancado*”, à vista dos documentos apresentados pela CAIXA a mutuária mudou a versão inicial. Admitiu a locação do imóvel, mas tentou justificar a medida no risco de invasão da unidade. Também qualificou o preço do aluguel como “*simbólico*”, adjetivo que parece algo deslocado, já que o aluguel é quatro vezes maior que o valor que a mutuária paga mensalmente à CAIXA. Como se vê, a diferença entre os encargos suportados pela mutuária (R\$ 50,00) e o valor ajustado para o aluguel (R\$ 200,00) não tem nada de simbólico, atende pelo nome de lucro.

A inicial sustenta que a autora desocupou o apartamento em razão de problemas crônicos do Residencial dos Oitis, como ausência de gás encanado, má conservação geral dos prédios e, sobretudo, a violência na região. Elenca esses problemas para pleitear a realocação da autora em outro imóvel do Programa Minha Casa Minha Vida.

É fato que desde o início da ocupação o Residencial dos Oitis apresenta problemas que comprometem o sossego de seus condôminos. São constantes os furtos de equipamentos das áreas comuns, como fios, lâmpadas (inclusive as de emergência), extintores etc. Consta também que o sistema de gás encanado (essencial para um condomínio vertical) foi comprometido pelo furto de tanques e encanamentos. Além disso, são comuns ocorrências policiais no condomínio e cercanias pelos mais variados delitos, que não raro descambam em episódios de violência. Esse panorama fundamentou o ajuizamento de ação civil pública⁷ pela Defensoria Pública contra a CAIXA, por meio da qual se busca solucionar os problemas intrínsecos ao

4 Num. 30334359.

5 Num. 31348643.

6 Num. 31348801 e Num. 31348813.

7 Autos 5006482-94.2018.4.03.6120, em trâmite na 2ª Vara. O feito está na fase de instrução.

condomínio, inclusive a questão das ocupações irregulares, parcela do problema para a qual a autora contribuiu.

Sucede que esse quadro não autoriza o descumprimento das regras do contrato, sobretudo a transferência onerosa do imóvel para terceiros. Se na perspectiva da autora a permanência no local era inviável, deveria pleitear a rescisão do contrato. O que não poderia era fazer o que fez, ou seja, sorrateiramente alugar o imóvel para terceiro.

De mais a mais, o relatório da assistente social indica que os motivos informados pela autora para a desocupação do imóvel não estão relacionados diretamente a problemas estruturais no apartamento que ocupa, e sim dificuldades atinentes a seus filhos, justificativa que também foi sugerida na inicial — há informações de que um dos filhos se envolveu com o tráfico e está preso, e a filha adolescente engravidou. Sucede que esse é um drama estranho à relação contratual, de modo que não justifica a desocupação do apartamento, muito menos a locação da unidade para terceiro.

Também não merece acolhida o pedido de realocação da autora em outro imóvel do Programa Minha Casa Minha Vida. A uma porque não estão presentes as hipóteses que autorizam a realocação, conforme exposto na decisão⁸ que indeferiu o requerimento formulado na via administrativa. E a duas porque os elementos disponíveis sinalizam que no momento a autora não faz parte do público alvo do programa, uma vez que atualmente reside em imóvel de propriedade de seu companheiro.

Tudo bem pesado e medido, concluo que as provas não deixam dúvida de que a mutuária Rosiléia Nunes desvirtuou a utilização do imóvel, descumprindo normas basilares do contrato. Logo, legítima a rescisão do contrato, a fim de que o apartamento seja disponibilizado para outro beneficiário.

III — DISPOSITIVO

Diante do exposto, julgo IMPROCEDENTE o pedido, extinguindo o feito com resolução do mérito, nos termos do art. 487, I do CPC.

Revogo a tutela antecipada, de modo que a CAIXA pode prosseguir com os atos tendentes à rescisão do contrato. Considerando que a tutela antecipada involuntariamente deu sobrevida à ocupação irregular do imóvel, decreto a perda dos valores depositados judicialmente em favor da CAIXA; — registro que a autora não tem prejuízo algum, senão o contrário; cada mês de sobrestamento dos atos de rescisão lhe renderam no mínimo R\$ 150,00.

Condeno a ré ao pagamento das custas e de honorários à CAIXA, que fixo em 10% do valor atribuído à causa. Contudo, fica suspenso o pagamento das verbas de sucumbência enquanto persistirem as condições que justificaram a concessão da AJG.

Fixo os honorários do advogado dativo no valor máximo da tabela cível. Com o trânsito em julgado, requisite-se o pagamento.

Caso interposto recurso, intime-se a contraparte para contrarrazões e encaminhe-se o processo ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Araraquara, 21 de janeiro de 2021.

Juiz Federal MÁRCIO CRISTIANO EBERT

8 Num. 31348821.

MANDADO DE SEGURANÇA CÍVEL

5000027-75.2021.4.03.6131

Impetrantes: LUCIA HELENA MARTIN BIAGGIONI, OTHON XAVIER BIAGGIONI FILHO, ANDREA ROSSI BIAGGIONI, JORGE KENNEDY MARTIN BIAGGIONI, JOELMA DE MOURA BERNARDI, MARCO ANTONIO MARTIN BIAGGIONI, MIRIAM PAULA CUAIAIATI BIAGGIONI, RITA DE CASSIA MARTIN BIAGGIONI

Impetrados: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL EM BAURU/SP, UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE BOTUCATU - SP

Juiz Federal: MAURO SALLES FERREIRA LEITE

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 26/02/2021

SENTENÇA

Vistos, em sentença.

Cuida-se de ação de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrada preventivamente, com o fim de reconhecer a não incidência do Imposto de Renda Pessoa Física sobre verbas percebidas pelos impetrantes como decorrência de pagamento de indenização estabelecida em ação judicial que institui servidão de passagem sobre o imóvel dos contribuintes. Em breve suma, sustentam os requerentes que o valor a ser recebido pelos postulantes, conforme *art. 1.286 do CC é indenização*, verificando-se o evidente nexo de causalidade entre a servidão e a diminuição do valor do bem imóvel, o que é recomposto por via da indenização. Nessa conformidade, a hipótese material aqui em questão não enquadra na regra-matriz de incidência tributária insculpida no *art. 43 do CTN*. Que, entretanto, a autoridade apontada como coatora exigirá a apresentação do tributo correspondente, a teor do que estabelece o *art. 9º da Lei n. 10.426/02*, o que, até mesmo se comprova a partir de simples consulta ao modelo de orientação que a Receita Federal tem dado, no formato de perguntas e respostas, a propósito do IRPF, extraído do caderno *Perguntas & Respostas 2020* da Receita Federal, *subitem 209*. Pede a concessão de liminar, a fim de que os Impetrantes não sofram lançamento e/ou autuação relativamente à incidência do IRPF ao valor recebido à título de indenização estabelecida no *Processo n. 0017105-30.2012.8.26.0079*, da *E. 1ª Vara Cível da Comarca de Botucatu/SP*, estendendo os seus efeitos à fonte pagadora para que não efetue a retenção na fonte. Junta documentos.

Medida liminar deferida pela decisão que está registrada sob o id n. 44616253.

Informações prestadas pela D. Autoridade Impetrada sob o id n. 44929605.

Manifestação da *UNIÃO FEDERAL – FAZENDA NACIONAL* registrada sob o id n. 44991846.

Manifestação do *MPF* sob o id n. 45400518.

Vieram os autos conclusos.

É o relatório.

Decido.

Preliminarmente, e ainda que nenhuma das partes haja, explicitamente, agitado o tema, cumpre-me afirmar a competência jurisdicional para o processo e julgamento da presente impetração, ainda que a sede funcional da autoridade coatora não coincida com a do juízo. Isto

porque o *C. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA* passou a adotar o entendimento de que o dispositivo constitucional estampado no art. 109, § 2º da CF é aplicável, inclusive, em ações mandamentais. Nesse sentido: *AgInt no CC 153.878/DF, Primeira Seção, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA*, em que, a esse respeito, se decidiu o seguinte, *verbis*:

“Não se desconhece a existência de jurisprudência no âmbito deste Superior Tribunal de Justiça segundo a qual, em se tratando de Mandado de Segurança, a competência para processamento e julgamento da demanda é estabelecida de acordo com a sede funcional da autoridade apontada como coatora e a sua categoria profissional. *No entanto, a aplicação absoluta de tal entendimento não se coaduna com a jurisprudência, também albergada por esta Corte de Justiça, no sentido de que “Proposta ação em face da União, a Constituição Federal (art. 109, § 2º) possibilita à parte autora o ajuizamento no foro de seu domicílio”* (REsp 942.185/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 02/06/2009, DJe 03/08/2009). Diante do aparente conflito de interpretações, *tenho que deve prevalecer a compreensão de que o art. 109 da Constituição Federal não faz distinção entre as várias espécies de ações e procedimentos previstos na legislação processual, motivo pelo qual o fato de se tratar de uma ação mandamental não impede o autor de escolher, entre as opções definidas pela Lei Maior, o foro mais conveniente à satisfação de sua pretensão. A faculdade prevista no art. 109, § 2º, da Constituição Federal, abrange o ajuizamento de ação contra quaisquer das entidades federais capazes de atrair a competência da Justiça Federal, uma vez que o ordenamento constitucional, neste aspecto, objetiva facilitar o acesso ao Poder Judiciário da parte litigante*” (g.n.).

Indicando posição consentânea com essa, desposada pelos Tribunais Superiores do País, a jurisprudência do *C. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO* vem se manifestando no sentido de que, *verbis* (CC n. 50003028-36.2018.403.0000; Processo n. 5000457-66.2017.403.6131):

“(...) optando o autor por impetrar o mandamus no seu domicílio e não naqueles outros previstos no § 2º do art. 109 da Constituição Federal, não compete ao magistrado limitar a aplicação do próprio texto constitucional, por ser legítima a opção da parte autora, ainda que a sede funcional da autoridade coatora seja em outro domicílio. (...) a incompetência relativa depende de arguição da parte contrária, não cabe ao juiz, de ofício, declinar da competência...” (g.n.).

Com tais considerações, *afirmo* a competência jurisdicional do juízo para processo e julgamento do *mandamus*, com o que reputo 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 proclamar, anulabilidades e/ ou irregularidades a suprir ou sanar. Passo a análise do tema de fundo da demanda.

Antes de mais nada, cumpre observar que as verbas sobre as quais a ora impetrante pretende ver afastada a incidência da tributação pela renda decorrem, efetivamente, de indenização percebida em ação civil decorrente de instituição de servidão privada sobre o terreno do sujeito passivo. É o que se colhe da documentação acostada aos autos sob o id n. 44551175 (pp. 455/462, Proc. n. 0017105-30.2012.8.26.0079), da qual consta a r. sentença prolatada junto à MM. 1ª Vara Cível da Comarca de Botucatu, que, para além de acolher o pedido de instituição de servidão de passagem em relação ao imóvel dos ora impetrantes, fixou a indenização a tanto correspondente da seguinte forma, *verbis*:

“(...) além de *fixar o valor da indenização devida pelo autor aos réus* no valor total de R\$ 561.000,00 (quinhentos e sessenta e um mil reais), nos termos da fundamentação. Tal valor será corrigido monetariamente desde a data da elaboração do laudo e acrescido de juros de mora de 1% ao mês, a contar do trânsito em julgado” (g.n.).

É necessário enfatizar que, no âmbito do feito em questão, a parte ali sucumbente manejou diversos recursos em face da sentença, os quais foram, todos eles, desprovidos ou rejeitados (id n. 44551175, pp. 531/787), restando consolidada a fixação do *valor indenizatório* estabelecido pela sentença de primeiro grau, nos montantes por ela originariamente estabelecidos. *Correto* considerar, portanto, na linha do que já o fizera por ocasião da apreciação do pedido liminar, que a verba em questão ostenta *natureza jurídica indenizatória*, considerados os termos do julgado oriundo da Justiça Estadual.

Sendo essa a situação de fato a permear a impetração, é de se considerar provada a tese jurídica desenvolvida pela contribuinte na petição inicial dessa demanda, na medida em que absolutamente tranquila a orientação jurisprudencial do *C. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA* no sentido de reconhecer hipótese de *não-incidência* do Imposto de Renda sobre verbas percebidas pelo sujeito passivo a título de *indenização*. Isto porque, à oportunidade do julgamento do *REsp 1.116.460/SP*, afetado à *sistemática dos repetitivos* (então *art. 543-C do CPC/73*), firmou-se, naquela Colenda Corte, o entendimento no sentido de que não incide imposto de renda sobre a indenização oriunda de ato expropriatório que limite o uso da propriedade, pouco importando, para efeitos tributários, tratar-se de limitação decorrente de atos de império produzidos pelo Poder Público, ou atos decorrentes da constituição de direitos reais sobre coisas alheias, com base nas normas de Direito Privado, uma vez que a natureza jurídica da verba percebida pelo sujeito passivo, em ambos os casos, é sempre a mesma: indenização.

Nessa direção, perfilham-se diversos precedentes, cumprindo, por pertinência, indicar, na sequência, precedente que analisa a incidência (ou, melhor dizendo, a *não-incidência*) da tributação pela renda incidente sobre verbas percebidas pelo contribuinte a título de indenização percebida em ação de desapropriação. *Verbis*:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. CARÊNCIA DE AÇÃO. INEXISTÊNCIA. JUROS SOBRE INDENIZAÇÃO DECORRENTE DE DESAPROPRIAÇÃO, POR UTILIDADE PÚBLICA, DE BENS PERTENCENTES A PESSOA FÍSICA. NÃO-INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA.

“1. A Primeira Seção, ao julgar o recurso repetitivo *REsp 1.133.027/SP* (Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/acórdão Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 16.3.2001), decidiu que a confissão da dívida não inibe o questionamento judicial da obrigação tributária, no que se refere aos seus aspectos jurídicos. Quanto aos aspectos fáticos sobre os quais incide a norma tributária, a regra é que não se pode rever judicialmente a confissão de dívida efetuada com o escopo de obter parcelamento de débitos tributários. No entanto, a matéria de fato constante de confissão de dívida pode ser invalidada quando ocorre defeito causador de nulidade do ato jurídico (v.g. erro, dolo, simulação e fraude).

2. A Primeira Seção, ao julgar o *REsp 1.116.460/SP* (Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 1º.2.2010), de acordo com a *sistemática de recursos repetitivos* de que trata o *art. 543-C do CPC*, reafirmou sua jurisprudência no sentido da *não-incidência* do Imposto de Renda sobre as verbas indenizatórias decorrentes de desapropriação.

3. Nas ações de restituição de tributos federais, antes do advento da Lei 9.250/95 incidia a correção monetária desde o pagamento indevido até a restituição ou a compensação (Súmula

162/STJ), acrescida de juros moratórios a partir do trânsito em julgado (Súmula 188/STJ), na forma do art. 167, parágrafo único, do CTN. Após a edição da Lei 9.250/95, no entanto, passou a incidir a taxa Selic desde o recolhimento indevido, ou a partir de 1º de janeiro de 1996 (caso o recolhimento tenha ocorrido antes dessa data). Insta acentuar que a taxa Selic não pode ser cumulada com qualquer outro índice, seja de atualização monetária, seja de juros, porque ela inclui, a um só tempo, o índice de inflação do período e a taxa real de juros. Nesse sentido são os seguintes precedentes da Primeira Seção, submetidos ao regime de que trata o art. 543-C do CPC: REsp 1.111.189/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 25.9.2009; REsp 1.111.175/SP, Rel. Min. Denise Arruda (DJe de 1º.7.2009). 4. Consoante a jurisprudência dominante do STJ, a remissão contida no § 4º do art. 20 do CPC, relativa aos parâmetros a serem considerados pelo juiz para a fixação dos honorários quando for vencida a Fazenda Pública, como no caso, refere-se tão-somente às alíneas do § 3º do mesmo artigo, e não aos limites percentuais contidos nesse parágrafo. A fixação dos honorários advocatícios dar-se-á pela “apreciação equitativa” do juiz, em que se evidencia um conceito não somente jurídico, mas também subjetivo, porque representa um juízo de valor efetuado pelo magistrado dentro de um caso específico. Portanto, a reavaliação do critério adotado pelo Tribunal de origem para o arbitramento da verba honorária encontra óbice nas Súmulas 7/STJ e 389/STF. 5. Recurso especial parcialmente conhecido, porém, nessa extensão, não provido” (g.n.). [RESP - RECURSO ESPECIAL - 1254563 2011.01.11457-8, MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:09/08/2011].

Para os efeitos que aqui interessam, é manifesta a identidade da situação tratada no precedente (julgado sob a sistemática dos repetitivos) e aquela descrita no caso concreto, uma vez que em ambos os casos – *i.é., desapropriação e servidão de passagem* – a natureza da verba percebida pela parte contribuinte é nitidamente *indenizatória*, justificando-se, por arrastamento, a conclusão de que, também nesse último caso, a hipótese é de *não-incidência da tributação pela renda*.

Fazendo coro a esse posicionamento, indica-se – também do *C. STJ* – o precedente na sequência, que reconhece a não-incidência, na hipótese de percepção, pelo sujeito passivo do Imposto de Renda, de indenização por danos morais. *Verbis*:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANO MORAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO. RETENÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA NA FONTE PELA ENTIDADE PAGADORA. IMPOSSIBILIDADE. PARCELA CUJA NATUREZA É INDENIZATÓRIA. NÃO-INCIDÊNCIA DO TRIBUTO. RECURSO IMPROVIDO.

“A incidência de tributação deve obediência estrita ao princípio constitucional da legalidade (artigo 150, inciso I). O Código Tributário Nacional, com a autoridade de lei complementar que o caracteriza, recepcionado pela atual Carta Magna (artigo 34, parágrafo 5º, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias), define o conceito de renda e o de proventos de qualquer natureza (artigo 43, incisos I e II). *Não há como equiparar indenizações com renda, esta entendida como o fruto oriundo do capital e/ou do trabalho, tampouco com proventos, estes tidos como os demais acréscimos patrimoniais, uma vez que a indenização torna o patrimônio lesado indene, mas não maior do que era antes da ofensa ao direito. Não verificada a hipótese de incidência do imposto de renda previsto no art. 43 do CTN. Reconhecida a alegada não-incidência do tributo em debate sobre as verbas da reparação de danos morais, por sua natureza indenizatória, não há falar em rendimento tributável, o que afasta a aplicação do art. 718 do RIR/99 na espécie em comento. Recurso especial ao qual se nega provimento*” (g.n.). [RESP - RECURSO ESPECIAL - 402035 2001.01.32944-0, FRANCIULLI NETTO, STJ - SEGUNDA TURMA, DJ DATA:17/05/2004 PG:00171].

Não bastasse, existe posicionamento específico a respeito dessa questão, já exarado pelo *C. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO*, reconhecendo a não-incidência do Imposto de Renda Pessoa Física, em hipótese de percepção de indenização decorrente de instituição de servidão administrativa sobre o imóvel do contribuinte. Leia-se:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPOSTO DE RENDA. INDENIZAÇÃO DECORRENTE DA INSTITUIÇÃO DE SERVIDÃO ADMINISTRATIVA. NÃO INCIDÊNCIA. AGRAVO 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 e desta Corte, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

2. A questão vertida nos presentes autos cinge-se à possibilidade de cobrança de imposto de renda sobre valor recebido em decorrência da constituição de servidão administrativa homologada em processo judicial.

3. O imposto de renda tem como fato gerador o acréscimo patrimonial (art. 43 do CTN), sendo, por isso, imperioso definir a natureza da verba percebida, se indenizatória ou remuneratória. O valor recebido em decorrência da constituição de servidão administrativa homologada em processo judicial possui inegável caráter indenizatório, porquanto visa compensar a limitação sofrida em seu imóvel.

4. O E. Superior Tribunal de Justiça reiterando sua jurisprudência por ocasião do REsp 1.116.460-SP, sob a sistemática do art. 543-C do CPC/73, firmou entendimento no sentido de que não incide imposto de renda sobre a indenização oriunda de ato expropriatório que limite o uso da propriedade.

5. As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decisor, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

6. Agravo interno desprovido” (g.n.).

[ApCiv 5003249-65.2018.4.03.6128, TRF3 - 6ª Turma, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 29/10/2020].

É o suficiente, portanto, para que se acolha a pretensão desenhada no âmbito do *writ*, a fim de se reconhecer hipótese de *não-incidência* da tributação aqui em causa sobre as verbas percebidas pelos impetrantes como decorrência da ação judicial em que foram partes (Processo n. 0017105-30.2012.8.26.0079, MM. 1ª Vara Cível da Comarca de Botucatu/SP), razão pela qual impõe-se a *concessão da ordem* postulada pelos contribuintes, uma vez que a pretensão por eles deduzida, comprovada documentalmente, vem calcada em tese firmada no âmbito de *precedente julgado sob a sistemática de repetitivos*, no âmbito do *C. STJ*.

Prospera a impetração.

DISPOSITIVO

Do exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido contido na inicial da impetração, com resolução do mérito da demanda, na forma do que dispõe o art. 487, I CPC, ratificando, em seus ulteriores efeitos, a medida liminar deferida nos autos, que está registrada sob o id n. 44616253. Nessa conformidade, CONCEDO A ORDEM postulada no presente *writ*, para determinar à D. Autoridade Impetrada que se abstenha de efetuar o lançamento, retenção na fonte, inscrição em dívida ativa, ou se utilize de qualquer outra forma de exigência do Imposto de Renda – Pessoa Física (IRPF), sobre a importância a ser recebida pelos impetrantes no âmbito do Proc. n. 0017105-30.2012.8.26.0079, da E. 1ª Vara Cível da Comarca de Botucatu/SP.

Custas *ex lege*. Sem condenação em honorários, na forma da Súmula n. 512 do C. STF e n. 105 do C. STJ.

Comunique-se à autoridade impetrada, por ofício.

Ciência ao Ministério Público Federal.

Sujeito a reexame necessário (art. 14, § 1º da Lei n. 12.016/09).

Oficie-se ao MM. Juízo de Direito Estadual da E. 1ª Vara Cível desta Comarca de Botucatu, dando-lhe ciência da presente decisão.

P.I.

BOTUCATU, 19 de fevereiro de 2021.

Juiz Federal MAURO SALLES FERREIRA LEITE

PROCEDIMENTO COMUM CÍVEL

5001368-11.2021.4.03.6108

Autora: ALESSANDRA RIBEIRO RODRIGUES

Ré: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE BAURU - SP

Juiz Federal: JOAQUIM E. ALVES PINTO

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/04/2021

DECISÃO

Trata-se de ação de conhecimento movida por ALESSANDRA RIBEIRO RODRIGUES contra a CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, na qual a parte autora formula pedido de “tutela de urgência, antecipadamente e sem a oitiva prévia da parte contrária, para determinar a redução da parcela para 30% do valor do salário mínimo (o que resulta em R\$ 330,00 (trezentos e trinta reais) bem como seja determinada a anulação do seguro cobrado mensalmente no valor de R\$ 38,11”.

Alega na petição inicial que em “13 de junho de 2014, a Autora firmou com a Ré um contrato denominado instrumento particular de compra e venda de unidade isolada e mútuo com obrigações e alienação fiduciária – programa carta de crédito individual – FGTS com utilização do FGTS do comprador, para aquisição de um bem imóvel no valor de R\$ 135.000,00”.

Diz ainda que “restou acordado que a Autora pagasse uma entrada no valor de R\$ 17.119,01 (R\$ 2.623,49 de recursos próprios + R\$ 14.495,52 de FGTS), e ainda 360 parcelas mensais e consecutivas no valor de R\$ 1.044,79 (Mil, quarenta e quatro reais e setenta e nove centavos), cada, totalizando R\$ 117.880,99, correspondente ao valor total da dívida remanescente, corrigido a uma taxa anual de 6,6600%. O valor da parcela foi fixado dentro de um limite de até 30% de sua renda, que na época correspondia a R\$ 4.179,18 (Quatro mil, cento e setenta e nove reais e dezoito centavos)”.

Informa que “o imóvel adquirido está localizado na Rua Equador, nº 1040, apto 105, bloco 1, Jardim Terra Branca, CEP: 17054180, nesta cidade de Bauru/SP, e ficou alienado fiduciariamente no referido contrato para garantia de pagamento até quitação integral do contrato. Contudo, conforme restará comprovado, as condições financeiras da Autora quando da assinatura do contrato, não mais persistem, trazendo uma onerosidade excessiva a ela, que, inclusive, perdeu seu emprego e teve sua renda diminuída desde dezembro de 2020 e por isso não consegue mais pagar o valor integral de uma parcela sequer, tendo que socorrer-se do Judiciário, para continuar pagando as prestações mensais do seu contrato dentro do limite e percentual legal e não correr o risco de perder seu imóvel”.

Sustenta, ainda, a nulidade da cobrança do seguro contratado, por se tratar de venda casada de produto e porque “a Autora não manifestou vontade em adquirir o mencionado seguro, no entanto, de forma unilateral, o banco impôs ao consumidor como critério para concessão do crédito”.

Alega, por fim, haver cobrança capitalizada de juros, sem que houvesse pactuação clara a este respeito no contrato.

É um relatório. Decido.

A alegada capitalização de juros é matéria de mérito e será apreciada oportunamente, em sentença, quando do julgamento da demanda,

Relativamente ao pedido de suspensão do pagamento do seguro habitacional, não vislumbro a relevância da tese jurídica, pois sempre houve legislação exigindo a contratação deste produto, mesmo quando se tratar de financiamentos regidos pelas normas do Sistema Financeiro de Habitação.

Inicialmente, dispunha o artigo 14 da Lei n. 4.380/64, que “Os adquirentes de habitações financiadas pelo Sistema Financeiro da Habitação contratarão seguro de vida de renda temporária, que integrará, obrigatoriamente, o contrato de financiamento, nas condições fixadas pelo Banco Nacional da Habitação”. Este texto de lei foi revogado, mas outros foram promulgados em substituição. Atualmente, o art. 79 da Lei n. 11.977/2009, com a redação dada pela Lei n. 12.424/2011, expressamente determina que “Os agentes financeiros do SFH somente poderão conceder financiamentos habitacionais com cobertura securitária que preveja, no mínimo, cobertura aos riscos de morte e invalidez permanente do mutuário e de danos físicos ao imóvel.”

Nessa linha, há tempos, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu, em sede de recurso repetitivo, que “É necessária a contratação do seguro habitacional, no âmbito do SFH. Contudo, não há obrigatoriedade de que o mutuário contrate o referido seguro diretamente com o agente financeiro, ou por seguradora indicada por este, exigência esta que configura “venda casada”, vedada pelo art. 39, inciso I, do CDC.”. REsp 969.129/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 15/12/2009).

E o fato de o mutuário contratar o seguro habitacional diretamente com o agente financiador não significa, por si, “venda casada”. Geralmente, o prêmio mensal pago pelo seguro oferecido pela CAIXA é compatível com aqueles oferecidos no mercado.

De qualquer forma, mesmo que houvesse a chamada “venda casada”, ainda assim o empréstimo habitacional não poderia prosseguir sem a existência de um seguro. É dizer, se o juízo decidisse, por hipótese, em sede de tutela de urgência, que se trata de uma cláusula nula, necessariamente a Autora deveria contratar, em substituição, outra seguradora, o que não traria nenhum benefício à Requerente, pois, mesmo com a decisão judicial, a parte teria que fazer o pagamento de valor correspondente para outro agente de securitização.

Melhor sorte tem a Autora quanto à redução do valor das parcelas mensais do financiamento, havendo fundamentos necessários para o deferimento parcial do pedido de tutela de urgência correspondente.

Os fatos alegados na exordial estão demonstrados: a) a Autora fez contrato com a CAIXA ECONÔMICA FEDERAL para financiamento de um imóvel residencial, tendo demonstrado, na ocasião (junho/2013), sua renda mensal de R\$4.170,18, para pagamento de parcelas mensais em valor inicial de R\$1.044,79 (Id 4857716); b) atualmente a Autora não tem emprego formal, o que se pode constatar nas cópias de sua CTPS (Id 48577628 e Id 48577630), e, segundo informa na petição inicial, a Requerente está a realizar atividades esporádicas (“bicos”) para subsistência, o que lhe proporciona renda aproximada de um salário mínimo.

Essa situação generalizada de desemprego no país é patente e decorre do desastre sanitário que atualmente assola o mundo e, muito especialmente, o Brasil: a pandemia pelo Coronavírus.

Aliás, trata-se de fato notório, tanto que a própria Ré, empresa pública e componente da administração indireta federal, editou atos normativos infralegais (pela própria CEF) para suspender temporariamente os pagamentos das prestações mensais dos contratos habitacionais.

Em março de 2020, quando a pandemia estava já em sua fase inicial, a CAIXA possibilitou a suspensão total dos pagamentos das mensalidades por um período de até 120 dias, nos meses de março, abril, maio e junho daquele ano.

Na sequência, a Ré permitiu o pagamento parcial das prestações habitacionais (com redução do valor) por um período de até 6 meses, a depender da situação econômica do mutuário.

Entre as normas expedidas a este respeito, tem-se por exemplo a CIRCULAR CAIXA Nº 925, de 11/09/2020, editada para regulamentar “a suspensão temporária de pagamentos, dos Agentes Financeiros devidos ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, relativos a financiamentos vinculados à área orçamentária de habitação popular”, relativamente às parcelas não pagas nos meses de agosto, setembro, outubro, novembro e dezembro de 2020.

No item 1 desta CIRCULAR CAIXA Nº 925/2020 está expressamente anotado que a CEF resolve “Autorizar que os valores das parcelas suspensas (parcial ou integral) pelos agentes financeiros, devidas pelos mutuários pessoas físicas, sejam deduzidos das parcelas mensais com vencimento entre setembro e dezembro de 2020, a serem pagas pelos agentes financeiros ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, valores esses que serão incorporados em contrato de refinanciamento”.

No site da CAIXA há, atualmente, uma informação direcionada ao público, esclarecendo as condições para uma “pausa” no pagamento das prestações mensais do financiamento, nos seguintes termos (<https://www.caixa.gov.br/caixacomvoce/perguntas-frequentes/Paginas/default.aspx>):

“Como funciona a pausa no crédito imobiliário? Tanto o Financiamento Habitacional (SBPE, FGTS e FGTS MCMV), quanto Crédito Imóvel Próprio (CIP), podem ter até 6 prestações pausadas. Para o CIP o cliente tem que ter pago no mínimo 11 prestações desde a contratação. Para solicitar baixa acessar o Aplicativo Habitação CAIXA ou ligar 3004-1105 e 0800 726 0505, opção 7 ou 0800 726 8068 opção 2.4. Mas atenção: tem direito ao benefício os contratos que estão em dia ou com no 180 dias de atraso”.

A este respeito, há várias informações publicadas em sítios eletrônicos de notícias, dentre eles o site da UOL (<https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2020/10/14/caixa-substitui-pausa-no-financiamento-imobiliario-por-desconto-de-ate-50.htm>), que traz o seguinte esclarecimento:

“O presidente da Caixa Econômica Federal, Pedro Guimarães, anunciou hoje novas medidas para o crédito imobiliário, como redução de juros do financiamento da casa própria e, para quem já tem empréstimo contratado, a opção de pagar apenas uma parte da prestação por até seis meses. A Caixa anunciou que não vai renovar a pausa no financiamento. A medida, concedida em março, no início da pandemia, foi renovada três vezes. A última renovação foi no fim de julho, válida por dois meses. Com isso, o cliente teve a possibilidade de ficar sem pagar as parcelas por 180 dias. Esses valores serão diluídos ao longo do restante do financiamento. Guimarães falou hoje que o banco substituiu a pausa pelo programa de pagamentos parciais. Os clientes poderão pagar 50% da mensalidade por três meses, ou de 50% a 75% do valor mensal por até seis meses, dependendo do perfil do cliente. Não significa que os clientes terão desconto. Os valores não pagos agora deverão ser quitados depois, ao longo do tempo restante de contrato.”

Ou seja, é fato incontroverso que a própria CAIXA admite o pagamento parcial das prestações (com redução do valor contratado), em razão da situação imprevisível e das consequências incalculáveis decorrentes da pandemia COVID-19 e que refletiram na perda de renda pelos mutuários do SFH.

Presentes estão, portanto, os pressupostos da tutela de urgência: a) pela plausibilidade da tese jurídica, consubstanciada na possibilidade de redução parcial do valor das mensalidades; b) pelo risco de dano irreparável, eis que a falta de pagamento das mensalidades do financiamento implica em consolidação da propriedade em favor da CAIXA.

Quanto ao valor da redução nas parcelas mensais, viu-se que a CAIXA, em certos momentos, permitiu a suspensão integral dos valores e, atualmente, esse abatimento pode ser variar de 25% a 50%, em períodos de 3 a 6 meses, tudo a depender do caso concreto.

Portanto, considerando a situação econômica da Autora demonstrada nos autos e, ainda, o princípio constitucional da razoabilidade e o direito social de moradia, é de se deferir à parte Autora tutela de urgência para que faça depósitos mensais no valor de R\$330,00, como requerido, por um período inicialmente estipulado de 6 (seis) meses.

Diante do exposto, *DEFIRO PARCIALMENTE A TUTELA DE URGÊNCIA* requerida, para autorizar que a parte Autora faça o pagamento mensal das prestações habitacionais no valor de R\$330,00 (trezentos e trinta reais), por um período inicialmente estipulado de 6 (seis) meses, o que será reavaliado antes de findar este lapso de tempo, quando a Autora deverá demonstrar suas condições socioeconômicas.

Indefiro o pedido de suspensão do pagamento do seguro habitacional, que deverá ser pago normalmente, na forma em que contratado e em conjunto com o valor da prestação mensal.

Deixo de apreciar a gratuidade de justiça, pela falta da declaração de hipossuficiência e/ou concessão de poderes específicos na procuração, devendo a Autora recolher as custas processuais e/ou trazer aos autos o documento pertinente para análise do pedido da justiça gratuita. Se juntada a declaração exigida pela legislação, fica desde já deferida a benesse legal da isenção das despesas processuais.

Defiro o pedido id. 48597803, determinando que a secretaria promova ao necessário para desentranhamento da petição inicial constante do id. 48577109, que foi substituída pela apresentada no id. 48597816.

Cite-se e intime-se a Caixa Econômica Federal, determinando à Ré que cumpra esta decisão, tomando as providências necessárias para que a Autora possa fazer o pagamento mensal da prestação com valor reduzido e seguro diretamente à própria CEF, no prazo máximo de 15 dias, sob pena de multa de R\$500,00 (quinhentos reais) por dia de atraso, em favor da Autora.

Cópia deste despacho poderá servir de mandado/ofício, se o caso (link de acesso aos documentos dos autos: <http://web.trf3.jus.br/anexos/download/K31D49E6Bo>).

Bauru, data da assinatura eletrônica.

Juiz Federal JOAQUIM E. ALVES PINTO



Súmulas

SÚMULAS DO TRF DA 3ª REGIÃO (*)

SÚMULA Nº 01

Em matéria fiscal é cabível medida cautelar de depósito, inclusive quando a ação principal for declaratória de inexistência de obrigação tributária.

SÚMULA Nº 02

É direito do contribuinte, em ação cautelar, fazer o depósito integral de quantia em dinheiro para suspender a exigibilidade de crédito tributário.

SÚMULA Nº 03

É ilegal a exigência da comprovação do prévio recolhimento do Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços como condição para a liberação de mercadorias importadas.

SÚMULA Nº 04 (Revisada)

A Fazenda Pública – nesta expressão incluídas as autarquias – nas execuções fiscais, não está sujeita ao prévio pagamento de despesas para custear diligência de oficial de justiça.

- Vide IUJ Ag nº 90.03.020242-7, publicado na RTRF3R 24/268 e Incidente de Revisão de Súmula no Ag nº 95.03.023526-0, publicado na RTRF3R 36/306.
- O Pleno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, na sessão ordinária de 01 de julho de 1997, acolheu a Revisão da Súmula nº 04, a que se atribuiu o nº 11, tendo sido publicada nos DJU de 20/02/98, Seção II, págs. 151 e 152; DJU de 25/02/98, Seção II, pág. 215 e DJU de 26/02/98, Seção II, pág. 381.

(*) N.E. - Enunciados de acordo com a publicação no Diário Oficial.

SÚMULA Nº 05

O preceito contido no artigo 201, parágrafo 5º, da Constituição da República consubstancia norma de eficácia imediata, independentemente sua aplicabilidade da edição de lei regulamentadora ou instituidora da fonte de custeio.

- Vide PRSU nº 93.03.108046-7, publicado na RTRF3R 92/500.

SÚMULA Nº 06

O reajuste dos proventos resultantes de benefícios previdenciários deve obedecer às prescrições legais, afastadas as normas administrativas que disponham de maneira diversa.

- Vide PRSU nº 93.03.108040-8, publicado na RTRF3R 92/478.

SÚMULA Nº 07

Para a apuração da renda mensal inicial dos benefícios previdenciários concedidos antes da Constituição Federal de 1988, a correção dos 24 (vinte e quatro) salários-de-contribuição, anteriores aos últimos 12 (doze), deve ser feita em conformidade com o que prevê o artigo 1º da Lei 6.423/77.

- Vide PRSU nº 93.03.108041-6, publicado na RTRF3R 92/481.

SÚMULA Nº 08

Em se tratando de matéria previdenciária, incide a correção monetária a partir do vencimento de cada prestação do benefício, procedendo-se à atualização em consonância com os índices legalmente estabelecidos, tendo em vista o período compreendido entre o mês em que deveria ter sido pago, e o mês do referido pagamento.

- Vide PRSU nº 93.03.108042-4, publicado na RTRF3R 92/485.

SÚMULA Nº 09

Em matéria previdenciária, torna-se desnecessário o prévio exaurimento da via administrativa, como condição de ajuizamento da ação.

- Vide PRSU nº 93.03.113720-5, publicado na RTRF3R 92/503.

SÚMULA Nº 10

O artigo 475, inciso II, do CPC (remessa oficial) foi recepcionado pela vigente Constituição Federal.

- Vide Relevante Questão Jurídica na AC nº 94.03.017049-2, publicada na RTRF3R 28/289.

SÚMULA Nº 11

Na execução fiscal, a Fazenda Pública está obrigada a adiantar as despesas de transporte do oficial de justiça.

- Vide Incidente de Revisão de Súmula no Ag nº 95.03.023526-0, publicado na RTRF3R 36/306.

SÚMULA Nº 12

Não incide o imposto de renda sobre a verba indenizatória recebida a título da denominada demissão incentivada ou voluntária.

- Vide IUJ AMS nº 95.03.095720-6, publicado na RTRF3R 40/338.

SÚMULA Nº 13

O artigo 201, parágrafo 6º, da Constituição da República tem aplicabilidade imediata para efeito de pagamento de gratificação natalina dos anos de 1988 e 1989.

- Vide PRSU nº 93.03.108043-2, publicado na RTRF3R 92/489.

SÚMULA Nº 14

O salário mínimo de NCz\$ 120,00 (cento e vinte cruzados novos) é aplicável ao cálculo dos benefícios previdenciários no mês de junho de 1989.

- Vide PRSU nº 93.03.108044-0, publicado na RTRF3R 92/493.

SÚMULA Nº 15

Os extratos bancários não constituem documentos indispensáveis à propositura da ação em que se pleiteia a atualização monetária dos depósitos de contas do FGTS.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021024-5, publicado na RTRF3R 92/538.

SÚMULA Nº 16

Basta a comprovação da propriedade do veículo para assegurar a devolução, pela média de consumo, do empréstimo compulsório sobre a compra de gasolina e álcool previsto no Decreto-lei nº 2.288/1986.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021039-7, publicado na RTRF3R 92/547.

SÚMULA Nº 17

Não incide o imposto de renda sobre verba indenizatória paga a título de férias vencidas e não gozadas em caso de rescisão contratual.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021042-7, publicado na RTRF3R 92/555.

SÚMULA Nº 18

O critério do artigo 58 do ADCT é aplicável a partir de 05/04/1989 até a regulamentação da Lei de Benefícios pelo Decreto nº 357 de 09/12/91.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021048-8, publicado na RTRF3R 92/596 e Despacho publicado na RTRF3R 102/782.

SÚMULA Nº 19

É aplicável a variação do Índice de Reajuste do Salário Mínimo, no percentual de 39,67%, na atualização dos salários-de-contribuição anteriores a março de 1994, a fim de apurar a renda mensal inicial do benefício previdenciário.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021050-6, publicado na RTRF3R 92/614.

SÚMULA Nº 20

A regra do parágrafo 3º do artigo 109 da Constituição Federal abrange não só os segurados e beneficiários da Previdência Social, como também aqueles que pretendem ver declarada tal condição.

- Vide PRSU nº 2002.03.00.052631-4, publicado na RTRF3R 92/507.

SÚMULA Nº 21

A União Federal possui legitimidade passiva nas ações decorrentes do empréstimo compulsório previsto no Decreto-lei nº 2.288/86.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021040-3, publicado na RTRF3R 92/550.

SÚMULA Nº 22

É extensível aos beneficiários da Assistência Social (inciso V do artigo 203 da CF) a regra de delegação de competência do parágrafo 3º do artigo 109 da Constituição Federal, sendo exclusiva a legitimidade passiva do INSS.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021046-4, publicado na RTRF3R 92/569.

SÚMULA Nº 23

É territorial e não funcional a divisão da Seção Judiciária de São Paulo em Subseções. Sendo territorial, a competência é relativa, não podendo ser declinada de ofício, conforme dispõe o artigo 112 do CPC e Súmula 33 do STJ.

SÚMULA Nº 24

É facultado aos segurados ou beneficiário da Previdência Social ajuizar ação na Justiça Estadual de seu domicílio, sempre que esse não for sede de Vara da Justiça Federal.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021045-2, publicado na RTRF3R 92/559.

SÚMULA Nº 25

Os benefícios previdenciários concedidos até a promulgação da Constituição Federal de 1988 serão reajustados pelo critério da primeira parte da Súmula nº 260 do Tribunal Federal de Recursos até o dia 04 de abril de 1989.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021049-0, publicado na RTRF3R 92/601.

SÚMULA Nº 26

Não serão remetidas aos Juizados Especiais Federais as causas previdenciárias e assistenciais ajuizadas até sua instalação, em tramitação em Vara Federal ou Vara Estadual no exercício de jurisdição federal delegada.

SÚMULA Nº 27

É inaplicável a Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal, em ação rescisória de competência da Segunda Seção, quando implicar exclusivamente em interpretação de texto constitucional.

SÚMULA Nº 28

O PIS é devido no regime da Lei Complementar nº 7/70 e legislação subsequente, até o termo inicial de vigência da MP nº 1.212/95, diante da suspensão dos Decretos-leis nº 2.445/88 e nº 2.449/88 pela Resolução nº 49/95, do Senado Federal.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021038-5, publicado na RTRF3R 92/544.

SÚMULA Nº 29

Nas ações em que se discute a correção monetária dos depósitos das contas vinculadas do FGTS, a legitimidade passiva é exclusiva da Caixa Econômica Federal - CEF.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021023-3, publicado na RTRF3R 92/534.

SÚMULA Nº 30

É constitucional o empréstimo compulsório sobre o consumo de energia elétrica previsto na Lei 4.156/62, sendo legítima a sua cobrança até o exercício de 1993.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021041-5, publicado na RTRF3R 92/553.

SÚMULA Nº 31

Na hipótese de suspensão da execução fiscal, com fundamento no artigo 40 da Lei 6.830/80, decorrido o prazo legal, serão os autos arquivados sem extinção do processo ou baixa na distribuição.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.016705-4, publicado na RTRF3R 92/524.

SÚMULA Nº 32

É competente o relator para dirimir conflito de competência em matéria penal através de decisão monocrática, por aplicação analógica do artigo 120, § único do Código de Processo Civil autorizada pelo artigo 3º do Código de Processo Penal.

SÚMULA Nº 33

Vigora no processo penal, por aplicação analógica do artigo 87 do Código de Processo Civil autorizada pelo artigo 3º do Código de Processo Penal, o princípio da *perpetuatio jurisdictionis*.

SÚMULA Nº 34

O inquérito não deve ser redistribuído para Vara Federal Criminal Especializada enquanto não se destinar a apuração de crime contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492/86) ou delito de “lavagem” de ativos (Lei nº 9.613/98).

SÚMULA Nº 35

Os efeitos penais do artigo 9º, da Lei nº 10.684/03 aplicam-se ao Programa de Parcelamento Excepcional - PAEX.

- Vide Incidente de Uniformização de Jurisprudência Criminal nº 0014013-56.2006.4.03.6181, publicado no RTRF3R 107/161.

SÚMULA Nº 36

É incabível a redistribuição de ações no âmbito dos Juizados Especiais Federais, salvo no caso de Varas situadas em uma mesma base territorial.

- Vide CC nº 0011900-67.2014.4.03.0000, publicado na RTRF3R 124/95.

SÚMULA 37

Compete à 3ª Seção julgar as ações referentes à devolução dos valores recebidos indevidamente a título de benefício previdenciário, independentemente do tipo de ação proposta.

- Vide CC nº 0012712.41.2016.4.03.0000 e CC nº 0012713-26.2016.4.03.0000 publicados na RTRF3R 134/85 e 134/93, respectivamente.

SÚMULAS DA TURMA REGIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO DOS JUÍZADOS ESPECIAIS FEDERAIS DA 3ª REGIÃO¹

SÚMULA Nº 1

Na hipótese de direito adquirido ao pecúlio, o prazo prescricional começa a fluir a partir do afastamento do trabalho. (Origem: Enunciado 02 do JEFSP; Súmula nº 02 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 2

Com a implantação do Plano de Benefício da Previdência Social, oriundo da Lei nº 8.213/91, o benefício previdenciário de prestação continuada não mais está mais vinculado ao número de salários mínimos existentes quando de sua concessão. (Origem: Enunciado 03 do JEFSP; Súmula nº 03 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 3

É devida a revisão da renda mensal inicial do benefício previdenciário cujo período básico de cálculo considerou o salário de contribuição de fevereiro de 1994, a ser corrigido pelo índice de 39,67% (trinta e nove vírgula sessenta e sete por cento), relativo ao IRSM daquela competência. (Origem: Enunciado 04 do JEFSP; Súmula nº 04 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

¹ **Súmulas 1 a 19** aprovadas pelos membros da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região em Sessão realizada nos dias 30 e 31 de março de 2015, renumeradas em Sessão de 03 de junho de 2015, conforme publicação no Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3ª Região, Edição nº 109/2015, Publicações Judiciais II – JEF, disponibilizado em 17 de junho de 2015. **Súmulas 20 a 23** aprovadas pelos membros da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região em Sessão realizada no dia 28 de agosto de 2015, numeradas em Sessão de 22 de outubro de 2015, conforme publicação no Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3ª Região, Edição nº 198/2015, Publicações Judiciais II – JEF, disponibilizado em 26 de outubro de 2015.

SÚMULA Nº 4

A renda mensal “per capita” correspondente a 1/4 (um quarto) do salário mínimo não constitui critério absoluto de aferição da miserabilidade para fins de concessão de benefício assistencial. (Origem: Enunciado 01 do JEFSP; Súmula nº 05 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 5

A comprovação de tempo de serviço rural ou urbano depende de início de prova material da prestação de serviço, nos termos do artigo 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91. (Origem: Enunciado 07 do JEFSP; Súmula nº 07 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 6

Nos benefícios concedidos a partir de 01.03.94, na hipótese do salário de benefício exceder ao limite previsto no artigo 29, § 2º, da Lei nº 8.213/91, aplica-se o disposto no artigo 21, § 3º, da Lei nº 8.880/94. (Origem: Enunciado 12 do JEFSP; Súmula nº 10 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 7

Em caso de morte de filho segurado, os pais têm direito à pensão por morte, se provada a dependência econômica, ainda que não seja exclusiva. (Origem: Enunciado 14 do JEFSP; Súmula nº 11 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 8

Para a concessão de aposentadoria por idade, desde que preenchidos os requisitos legais, é irrelevante o fato de o requerente, ao atingir a idade mínima, não mais ostentar a qualidade de segurado. (Origem: Enunciado 16 do JEFSP; Súmula nº 12 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 9

Em matéria de comprovação de tempo de serviço especial, aplica-se a legislação vigente à época da prestação de serviço. (Origem: Enunciado 17 do JEFSP; Súmula nº 13 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 10

É possível a expedição de precatório no Juizado Especial Federal, nos termos do artigo 17, § 4º, da Lei nº 10.259/2001, quando o valor da condenação exceder 60 (sessenta) salários mínimos. (Origem: Enunciado 20 do JEFSP; Súmula nº 16 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 11

A qualidade de segurado, para fins de concessão de auxílio-doença e de aposentadoria por invalidez, deve ser verificada quando do início da incapacidade. (Origem: Enunciado 23 do JEFSP; Súmula nº 18 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 12

Incide a contribuição previdenciária sobre o 13º salário nos termos do § 2º do artigo 7º da Lei nº 8.620/93. (Origem: Enunciado 33 do JEFSP; Súmula nº 27 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 13

Os requisitos para concessão do benefício de aposentadoria por idade não precisam ser cumpridos simultaneamente. (Origem: Súmula 05, do JEFMS; Súmula nº 28 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 14

O valor do benefício equivalente a um salário mínimo, concedida a idoso, a partir de 65 anos, também não é computado para fins do cálculo da renda familiar a que se

refere o artigo 20, § 3º da Lei nº 8.742/93. (Origem: Súmula 12 do JEFMS; Súmula nº 30 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 15

O recolhimento de 1/3 (um terço) do número de contribuições, relativo à carência do benefício pretendido, permite a contagem de todas as contribuições anteriores, ainda que correspondentes a períodos descontínuos. (Origem: Súmula 15 do JEFMS; Súmula nº 31 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 16

É devida a correção monetária nos pagamentos administrativos de valores em atraso desde a data do início do benefício e a partir do vencimento de cada parcela. (Origem: Súmula 01 do JEFAME; Súmula nº 32 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 17

É quinquenal a prescrição para pleitear a correção do saldo de contas vinculadas de PIS-PASEP. (Origem: Súmula 02 do JEFAME; Súmula nº 33 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 18

A garantia constitucional de reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, inserta no § 4º do art. 201 da Constituição Federal de 1988, não confere ao Judiciário o poder de modificar critérios de reajustamento eleitos pelo legislador, substituindo-os por outros que entenda mais adequados para repor as perdas geradas pela inflação, sob pena de ingerência indevida de um Poder na esfera do outro. (Origem: Súmula 08 do JEFAME; Súmula nº 35 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 19

A regra definidora do período de carência para fins de concessão do benefício de aposentadoria por idade do filiado ao Regime Geral Previdenciário antes de 24/07/1991 é a do art. 142 da Lei 8.213/91, ainda que tenha havido perda da qualidade de segurado. (Origem: Enunciado nº 06 da Turma Recursal da Seção Judiciária de Mato Grosso do Sul)

SÚMULA Nº 20

Não cabe mandado de segurança no âmbito dos juizados especiais federais. Das decisões que põem fim ao processo, não cobertas pela coisa julgada, cabe recurso inominado. (Origem: processo 0000146-33.2015.4.03.9300; processo 0000635-67.2015.4.03.9301)

SÚMULA Nº 21

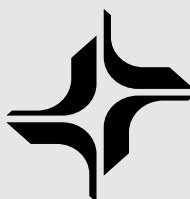
Na concessão do benefício assistencial, deverá ser observado como critério objetivo a renda *per capita* de 1/2 salário mínimo gerando presunção relativa de miserabilidade, a qual poderá ser infirmada por critérios subjetivos em caso de renda superior ou inferior a 1/2 salário mínimo. (Origem: processos 0000147-18.2015.4.03.9300, 0000148-03.2015.4.03.9300, 0000149-85.2015.4.03.9300, 0000150-70.2015.4.03.9300, 0000151-55.2015.4.03.9300, 0000152-40.2015.4.03.9300; processos 0000920-19.2014.4.03.6319, 0001666-45.2014.4.03.6331, 0006066-92.2014.4.03.6302, 0010812-03.2014.4.03.6302, 0063790-91.2013.4.03.6301, 0092610-33.2007.4.03.6301)

SÚMULA Nº 22

Apenas os benefícios previdenciários e assistenciais no valor de um salário mínimo recebidos por qualquer membro do núcleo familiar devem ser excluídos para fins de apuração da renda mensal *per capita* objetivando a concessão de benefício de prestação continuada. (Origem: processos 0000147-18.2015.4.03.9300, 0000148-03.2015.4.03.9300, 0000149-85.2015.4.03.9300, 0000150-70.2015.4.03.9300, 0000151-55.2015.4.03.9300, 0000152-40.2015.4.03.9300; processos 0000920-19.2014.4.03.6319, 0001666-45.2014.4.03.6331, 0006066-92.2014.4.03.6302, 0010812-03.2014.4.03.6302, 0063790-91.2013.4.03.6301, 0092610-33.2007.4.03.6301)

SÚMULA Nº 23

O benefício de prestação continuada (LOAS) é subsidiário e para sua concessão não se prescinde da análise do dever legal de prestar alimentos previsto no Código Civil. (Origem: processos 0000147-18.2015.4.03.9300, 0000148-03.2015.4.03.9300, 0000149-85.2015.4.03.9300, 0000150-70.2015.4.03.9300, 0000151-55.2015.4.03.9300, 0000152-40.2015.4.03.9300; processos 0000920-19.2014.4.03.6319, 0001666-45.2014.4.03.6331, 0006066-92.2014.4.03.6302, 0010812-03.2014.4.03.6302, 0063790-91.2013.4.03.6301, 0092610-33.2007.4.03.6301)



JUSTIÇA FEDERAL
Tribunal Regional Federal da 3ª Região