



Primeira Seção

**AGRAVO INTERNO NA AÇÃO RESCISÓRIA N. 5.339-SP
(2014/0046769-8)**

Relator: Ministro Benedito Gonçalves

Agravante: Roberto Penteadó Stevenson

Advogados: Daniel Amorim Assumpção Neves - SP162539

Carolina de Rosso Afonso - SP195972

Agravado: Estado de São Paulo

Procurador: Regina Maria Rodrigues da Silva Jacovaz - SP091362

EMENTA

Processo Civil. Agravo interno na ação rescisória. Reclamação constitucional por suposta afronta a decisão proferida pelo STJ em RMS. Concurso público. Litisconsórcio unitário. Inocorrência. Impossibilidade de aplicação do artigo 509 do CPC. Precedentes. Ação rescisória improcedente.

1. Hipótese em que o autor da rescisória afirma que a decisão rescindenda afronta o art. 509 do CPC/73. A decisão rescindenda não conheceu de Reclamação Constitucional, afirmando que não foi violada a autoridade da decisão proferida pelo STJ no julgamento do RMS 37.726, a qual apenas determinou a posse *dos impetrantes*. O autor da presente rescisória não foi um daqueles impetrantes, apenas integrou a lide (após ser citado por edital) por haver sido aprovado no concurso público em discussão naqueles autos de mandado de segurança, em classificação melhor que a dos impetrantes.

2. A decisão ora agravada, em síntese, afirma não haver sido violado do art. 509 do CPC/73 (“*O recurso interposto por um dos litisconsortes a todos aproveita, salvo se distintos ou opostos os seus interesses.*”), que, nos termos da jurisprudência consolidada neste Tribunal Superior, se aplica apenas na hipótese de litisconsórcio unitário.

3. No agravo interno, o agravante sustenta que a hipótese dos autos é de litisconsórcio unitário.

4. Não obstante, o litisconsórcio só seria unitário caso fosse *praticamente impossível* a efetivação de decisões divergentes, situação

que não se verifica na hipótese dos autos. Doutrina. Precedentes: *EDcl no REsp 1.228.306*, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 04/12/2012, DJe 04/02/2013; *RMS 15.354*, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 26/04/2005, DJ 01/07/2005, p. 561; *REsp 827.935*, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 15/05/2008, DJe 27/08/2008.

5. Agravo interno não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. A Sra. Ministra Assusete Magalhães e os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria, Francisco Falcão, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 14 de novembro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Benedito Gonçalves, Relator

DJe 21.11.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: Trata-se de Agravo Interno interposto contra decisão monocrática assim ementada:

Processo Civil. Ação rescisória. Reclamação constitucional por suposta afronta a decisão proferida pelo STJ em RMS. Concurso público. Litisconsórcio unitário. Inocorrência. Impossibilidade de aplicação do artigo 509 do CPC. Precedentes. Ação rescisória improcedente.

O agravante sustenta, em síntese, que a decisão agravada é equivocada, pelos seguintes motivos: a) a pretensão de que todos os aprovados até o 300º lugar no concurso público fossem nomeados teria sido levada ao Judiciário por todos aqueles classificados até tal posição; b) o litisconsórcio é unitário, pois a relação jurídica é “incindível”, por haver “necessidade de decisão uniforme”.

Menciona, com a pretensão de sustentar sua tese, trecho de doutrina. Além disso, transcreve trecho da decisão que, no RMS 19.660, determinou a citação dos aprovados em melhor colocação que os impetrantes daquele mandado de segurança. Conclui que, por essas razões, seria aplicável o dispositivo constante do art. 509 do CPC/73, que teria sido violado pela decisão rescindenda.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves (Relator): Inicialmente, rememoro que nos presentes autos o autor pretende a rescisão da decisão proferida pelo Ministro Mauro Campbell Marques nos autos da Reclamação Constitucional n. 12.246/SP (trânsito em julgado 19.06.2013), cuja ementa possui os seguintes termos:

Reclamação. Processual Civil. Concurso. Litisconsórcio ativo facultativo unitário. Reclamante não participou da lide originária - RMS 37.726/SP. Não conhecimento.

Na Reclamação (Rcl 12.246) em questão, o autor pretendia fazer cumprir o acórdão proferido RMS 37.776/SP, também de relatoria do Min. Mauro Campbell Marques, que determinou a nomeação e posse *dos impetrantes* daquele mandado de segurança.

O autor da presente rescisória *não era impetrante* daquele mandado de segurança (do qual tirado o RMS 37.776); havia sido citado (por edital e defendido por curador especial) para compor a lide, em cumprimento à decisão proferida no RMS 19.660/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, que por sua vez concluiu que deveriam integrar a lide todos aqueles que haviam obtido no certame melhor colocação que os impetrantes. Dentre aqueles com melhor classificação que os impetrantes se encontrava o autor da presente rescisória.

A decisão ora agravada, em síntese, concluiu que no mandado de segurança *não se estava diante de litisconsórcio unitário* e, por isso, não se aplica o preceito constante do art. 509 do CPC/73, que a presente ação rescisória sustenta haver sido violado.

A despeito do esforço argumentativo empreendido pelo agravante, não verifico razões para reconhecer que o litisconsórcio fosse unitário.

Com efeito, como bem esclarece o mesmo ilustre processualista citado pelo Agravante:

[...] O **eixo de referência** é sempre representado pela viabilidade **prática** da efetivação das decisões divergentes (Barbosa Moreira), e nesses casos o litisconsórcio é **comum** e não-unitário. As soluções dadas com referência a cada um dos litisconsortes podem até conflitar **logicamente** com a que se refere ao outro (o que acontecerá se só um recorrer e seu recurso vier a ser provido), mas não há dificuldade **prática** para que ambas se imponham.

(DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual, v. II, 7ª ed., p. 404-405)

É exatamente este o caso dos autos, de litisconsórcio *não-unitário*, na medida em que é *praticamente viável* que a Administração Pública nomeie um aprovado em concurso público e não nomeie outro, ainda que este outro tenha logrado melhor classificação no concurso.

Daí porque não vejo razão para alterar as conclusões da decisão agravada, apoiada que está na jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça a respeito da interpretação do art. 509 do CPC/73:

“[...] o referido *decisum* não incorreu na alegada afronta ao artigo 509 do CPC/73, porquanto, considerando que a reclamação constitucional é um instrumento destinado a garantir o cumprimento do julgado do STJ pelo Tribunal *a quo* nos exatos termos em que prolatado, não há como se extrair, como quer fazer crer o ora autor, que há determinação de posse ao reclamante na decisão proferida no RMS 37.726/SP.

Afirmo isso porque, segundo a jurisprudência dominante desta Corte, a extensão dos efeitos da decisão que julga recurso interposto por um dos litisconsortes, prevista no *caput* do art. 509 do CPC/73, aplica-se somente quando houver litisconsórcio *unitário*, ou seja, quando a relação jurídica que une os litisconsortes é marcada pela indivisibilidade, sendo impossível a prolação de decisão que não seja uniforme para todos os litisconsortes.

É o que se extrai dos seguintes precedentes desta Corte:

Embargos de declaração no recurso especial. Processual Civil. Extensão dos efeitos de recurso interposto por apenas um dos litisconsortes. Solidariedade passiva. Comunhão de defesa. Incidência do art. 509, parágrafo único, do CPC. Embargos acolhidos.

1. A extensão dos efeitos da decisão que julga recurso interposto por um dos litisconsortes, prevista no *caput* do art. 509 do CPC, aplica-se somente quando

houver litisconsórcio unitário, enquanto aquela prevista no parágrafo único do citado dispositivo legal aplica-se à hipótese de solidariedade passiva, em que haja comunhão de defesas, ainda que facultativo o litisconsórcio.

2. No caso em exame, não há indivisibilidade na relação jurídica de direito material entre os réus, administrador e gestor do fundo de investimento derivativo. Portanto, não havendo litisconsórcio unitário, não é aplicável o *caput* do art. 509 do CPC. Mas há entre eles solidariedade passiva, com fundamento no art. 942 do Código Civil e no art. 7º, parágrafo único, do CDC, e comunhão de defesas, de maneira que é aplicável a extensão dos efeitos da decisão que julga recurso interposto por um dos litisconsortes prevista no parágrafo único do art. 509 do CPC.

3. Devem ser estendidos à parte embargante os efeitos do acórdão de fls. 1.095/1.109, que afastou a responsabilidade civil do gestor de fundo de investimento derivativo, alegadamente advinda dos prejuízos ocasionados pela desvalorização do Real ocorrida em janeiro de 1999, com a mudança pelo Governo Federal da política cambial.

4. Embargos de declaração acolhidos (EDcl no REsp 799.241/RJ, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 24/11/2015, DJe 17/12/2015)

Processual Civil. Embargos de declaração nos embargos de declaração no recurso especial. Recebimento como agravo regimental. Litisconsórcio unitário. Situações individuais já definidas na ação de conhecimento. Extensão dos efeitos do decisório executivo aos demais litisconsortes ativos. Possibilidade. Art. 509 do CPC.

- O julgado que se pretende estender aos demais litisconsortes ativos se refere à fase de execução do julgado. Dessa forma, não há como se entender que se trata de litisconsórcio simples, pois, no caso dos autos, a relação jurídica que une as partes é marcada pela indivisibilidade, porquanto já definida a situação de cada servidor na ação de conhecimento. Apenas tentam os ora embargados, de forma unitária, se fazerem valer dos efeitos da decisão tomada na fase executiva.

- *A jurisprudência desta Corte está firmada no sentido de que a formação de litisconsórcio unitário conduz à aplicação da regra prevista no art. 509 do CPC.*

Embargos declaratórios recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento (EDcl nos EDcl no REsp 519.340/SP, Rel. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), Sexta Turma, julgado em 10/06/2014, DJe 27/06/2014)

Processo Civil. *A norma do art. 509 do Código de Processo Civil só é aplicável aos casos de litisconsórcio unitário.*

Nos termos do art. 509, caput, do atual Código de Processo Civil, "o recurso interposto por um dos litisconsortes a todos aproveita, salvo se distintos ou opostos

os seus interesses”, e assim também era no Código de Processo Civil de 1939, com a só diferença que neste se dizia “aproveitará”.

A norma deve ser interpretada sob o influxo do art. 48 do Código de Processo Civil vigente, a cujo teor, “salvo disposição em contrário, os litisconsortes serão considerados, em suas relações com a parte adversa, como litigantes distintos; os atos e omissões de um não prejudicarão nem beneficiarão os outros”.

A regra, portanto, é a de que os litisconsortes devem, cada qual, cumprir os ônus processuais (v.g., provas, recursos, etc.); a exceção diz respeito unicamente à aquela espécie de litisconsórcio em que a solução deve ser uniforme para todos os litisconsortes, quer dizer, quando se trata de litisconsórcio unitário.

Embargos de declaração rejeitados (EDcl nos EDcl no AgRg no Ag 988.735/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Ari Pargendler, Primeira Turma, julgado em 11/02/2014, DJe 15/04/2014)

Administrativo e Processual Civil. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Apresentação de atestado médico fraudulento. Violação do art. 535 do CPC não caracterizada. Súmula 284/STF. Art. 11 da Lei 8.429/1992. Configuração de culpa e dolo genérico. Elemento subjetivo. Cominação das sanções. Dosimetria. Art. 12 da LIA. Princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Súmula 7/STJ. Apelação. Isenção de preparo. Art. 18 da Lei 7.347/1985. Não-cabimento. Litisconsórcio unitário. Inexistente. Inaplicabilidade do art. 509 do CPC.

(...)

5. *Apenas na hipótese de litisconsórcio unitário mostra-se aplicável o previsto no art. 509 do CPC. Precedentes.*

6. Agravo em recurso especial conhecido para conhecer parcialmente do recurso especial e lhe negar provimento.

7. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido (REsp 1.397.499/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 14/10/2013)

Processual Civil e Tributário. Agravo regimental nos embargos de declaração no agravo regimental no recurso especial. Contribuição para o PIS e a COFINS. Inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei 9.718/98. Litisconsórcio facultativo simples. Desistência do recurso de apelação. Incidência da regra do art. 509, *caput*, do CPC. Descabimento. Precedentes.

1. *Não estando caracterizado o litisconsórcio passivo unitário, não incide o efeito expansivo subjetivo dos recursos, por conta da regra do *caput*, do art. 509, CPC, pelo que, no caso concreto, em se tratando de litisconsórcio facultativo simples, não se pode admitir o alcance do provimento da apelação aos que desistiram na origem do referido recurso, tendo em vista que não integravam mais o pólo ativo da relação jurídico-processual.*

2. A propósito: *“a possibilidade do recurso interposto por um litisconsorte aproveitar aos demais não decorre da necessidade do litisconsórcio, e sim da sua unidade. É que a norma que prevê tal possibilidade, inserta no art. 509, caput, do CPC, incide apenas na hipótese de litisconsórcio unitário. Aos demais, aplica-se o princípio da autonomia dos litisconsortes, previsto no art. 48 do CPC”.* (REsp 827.935/DF, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 27/08/2008).

3. Agravo regimental não provido (AgRg nos EDcl no AgRg no REsp 1.225.106/CE, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 11/06/2013)

Processo Civil. Embargos de declaração. Aplicação do art. 509 do CPC. Litisconsórcio simples. Impossibilidade. Condutas distintas. Prevalência do art. 48 do CPC. Autonomia entre os litisconsortes. Embargos rejeitados.

1. *De acordo com a jurisprudência do STJ, a aplicação do art. 509 do CPC ocorre nos casos em que o litisconsórcio é unitário, ou seja, quando a relação jurídica que une os litisconsortes é marcada pela indivisibilidade, exigindo-se a prolação de decisão homogênea.*

2. Na espécie, contudo, trata-se de litisconsórcio simples, tendo cada corréu sido processado por condutas distintas, na medida da respectiva participação nos suscitados atos de improbidade administrativa. Nesse contexto, deve prevalecer a regra contida no art. 48 do CPC, que consagra a autonomia entre os litisconsortes.

3. Embargos de declaração rejeitados (EDcl no REsp 1.228.306/PB, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 04/12/2012, DJe 04/02/2013)

Processual Civil. Recurso especial. Dissídio jurisprudencial não demonstrado. Reexame do conjunto probatório. Súmula 7/STJ. Agravos de instrumento. Recursos dos litisconsortes que não aproveitam à recorrente. Não caracterização de litisconsórcio unitário.

(...)

3. *“O recurso, em regra, produz efeitos tão-somente para o litisconsorte que recorre. Apenas na hipótese de litisconsórcio unitário, ou seja, nas palavras de José Carlos Barbosa Moreira, quando o julgamento haja de ter, forçosamente, igual teor para todos os litisconsortes, mostra-se aplicável a norma de extensão da decisão, prevista no art. 509, caput, do Código de Processo Civil”* (RMS 15.354/SC, 5ª T., Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ de 01.07.2005).

Precedentes: EDcl no REsp 453.860/SP, 4ª T., Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ de 25.09.2006; REsp 203.042/SC, 2ª T., Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 05.05.2003.

4. No caso concreto, por não ser hipótese de litisconsórcio unitário, o recurso interposto por um dos litigantes não aproveita aos demais, o que retira da recorrente qualquer possibilidade de extensão, em seu favor, dos efeitos do provimento dos agravos de instrumento interpostos pelos litisconsortes.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não-provido.

(REsp 827.935/DF, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 15/05/2008, DJe 27/08/2008)

Porém, no caso dos autos, não há litisconsórcio unitário entre o impetrante e o demais candidatos (incluindo o ora autor), passível de atrair a aplicação do artigo 509 do CPC/73, pois, tratando-se de candidatos em concurso público, não há indivisibilidade na relação jurídica de direito material, tampouco absoluta impossibilidade de coexistência de soluções diversas para os litisconsortes, como ocorre nos casos de anulação de casamento proposta pelo Ministério Público ou a anulação de assembléia manejada por alguns acionistas de uma S/A, exemplos clássicos de litisconsórcio unitário.

Sobre a caracterização do litisconsórcio unitário, confira-se a lição de Arruda Alvim, Araken de Assis e Eduardo Arruda Alvim (*in* Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: GZ editora, 2012, p. 112):

Se os litisconsortes tiverem de ter a mesma sorte no plano do direito material, a hipótese é de litisconsórcio unitário; se, todavia, houver 'possibilidade' de a sorte no plano do direito material ser distinta para cada qual dos litisconsortes, o caso é de litisconsórcio simples. Observe-se bem que basta a mera possibilidade de o desfecho da demanda ser distinto para cada qual dos litisconsortes para que não se esteja diante de hipótese de litisconsórcio unitário. *Não basta, pois, que a solução provavelmente venha a ser a mesma para os litisconsortes – é preciso que não se possa conceber a possibilidade de solução distinta para os litisconsortes, para que de litisconsórcio unitário se trate. Dessa distinção decorrem importantíssimas conseqüências de ordem prática, eis que às hipóteses de litisconsórcio unitário, exatamente porque a lide é única, não se aplica o já mencionado princípio da independência entre os litisconsortes, estampado no art. 48 do CPC.* Na verdade, a regra do art. 48 há de ser aplicável, só pela metade, ao litisconsórcio unitário em que, também, os atos de uns não prejudicarão os outros; mas, ao reverso, em que os atos benéficos (úteis, ativos) de um (uns) aproveitarão ao(s) outro(s).

A autonomia e a independência são características do litisconsórcio simples. Em contrapartida, *no caso de litisconsórcio unitário, a lide é única, de modo que o resultado necessariamente deve ser o mesmo para todos os litisconsortes. Daí por que é inconcebível o regime da independência no caso de litisconsórcio unitário. Neste caso, os atos de um litisconsorte necessariamente aproveitam ao outro.* Por exemplo, o provimento do recurso interposto por um dos litisconsortes beneficia também o que não recorreu da decisão. Como consequência, os atos de disponibilidade serão ineficazes, a menos que sejam ratificados por todos os litisconsortes. É o que ocorre com o reconhecimento jurídico do pedido, por exemplo. Se um dos litisconsortes reconhece juridicamente o pedido, mas o outro não, é inviável a resolução do mérito com amparo no inc. II do art. 269.

Soma-se a isso o fato de que, como bem assentado na decisão rescindenda, a determinação prolatada no RMS 19.660/SP foi para que os demais candidatos aprovados no certame, incluindo o ora autor, fossem citados para integrarem a lide como litisconsortes passivos necessários e não como autores do *mandamus* (o que também pode ser aferido pelo edital de citação às fls. 106/113), reconhecendo-se, portanto, o interesse em participar da lide, mas não a existência de unitariedade de interesses com o impetrante.

Como se não bastasse, compulsando os autos, vê-se que o ora autor, embora citado por edital, não se manifestou no processo, tampouco recorreu da decisão proferida na instância de origem. Em verdade, o curador especial, nomeado em observância ao art. 9º, II, do CPC, se limitou a apresentar uma breve manifestação em nome daqueles que foram citados por edital e não se manifestaram, não tendo também interposto recurso ordinário a esta Corte Superior. Fora isso, não há decisão judicial a seu respeito, tampouco consta o seu nome como parte nos autos.

Nesse linha de entendimento, não há como se entender pela possibilidade de extensão, em favor do ora autor, dos efeitos do provimento dos recursos ordinários interpostos por alguns dos litigantes e, por conseguinte, de decisão não cumprida que pudesse sustentar o acolhimento da reclamação constitucional apresentada.”

Ante o exposto, *nego provimento ao Agravo Interno*.

É o voto.

**AGRAVO INTERNO NO MANDADO DE SEGURANÇA N. 22.089-DF
(2015/0246332-4)**

Relator: Ministro Benedito Gonçalves

Agravante: André Couto Saldanha

Agravante: Humberto Bezerra de Meneses Junior

Advogado: Rudi Meira Cassel e outro(s) - DF022256

Agravado: Banco Central do Brasil - Bacen

Procurador: Procuradoria-Geral do Banco Central - PB000000C

Interes.: União

Procurador: Advocacia-Geral da União - AGU - AL000000U

EMENTA

Processual Civil e Administrativo. Agravo interno no mandado de segurança. Concurso público regido pelo Edital n. 1/2013 BCB/DEPES, de 15/8/2013. Aprovação fora do número de vagas. Vacância de cargos. Findo o prazo de validade do concurso. Pedido de nomeação. Ausência de autorização do MPOG. Limitações orçamentárias. Discricionariedade administrativa. Autorização do MPOG para nomeação apenas de 50 dos candidatos aprovados em cadastro de reserva. Ausência de arbitrariedade.

1. Hipótese em que foi monocraticamente denegada a ordem pretendida pelos impetrantes, de que fossem nomeados para o cargo para o qual foram aprovados em concurso público apenas em cadastro de reserva, sob os fundamentos de que: (a) para a caracterização de direito subjetivo à nomeação seria necessário que os impetrantes comprovassem que a Administração Pública, ao deixar de nomeá-los, agiu *arbitrária e imotivadamente*; (b) os impetrantes não efetuaram tal prova; (c) ao contrário, a autoridade impetrada apresentou plausíveis justificativas no sentido de que a nomeação dos candidatos aprovados apenas em cadastro de reserva não ocorreu em virtude de limitações orçamentárias ao longo do prazo de validade do concurso; (d) a necessidade do Banco Central em ter mais servidores não autoriza por si só a conclusão de que a falta de autorização para a contratação pelo MPOG fosse arbitrária e imotivada, afinal ao MPOG incumbia precisamente a eleição de prioridades na destinação dos limitados recursos federais; (e) também a convocação dos candidatos aprovados em cadastro de reserva para a realização de curso de formação não implica o advento de direito subjetivo à nomeação.

2. No agravo interno os agravantes sustentam que (i) o Banco Central tinha necessidade de contratação de servidores, (ii) havia dotação orçamentária para suportar a contratação dos impetrantes e (iii) a realização do curso de formação sem que os impetrantes viessem a ser contratados não se coaduna com o princípio da eficiência.

3. Não obstante, a suposta existência de dotação orçamentária para a contratação de até 22.463 cargos vagos *em todo* o Executivo federal, com o limite financeiro *total* de R\$ 1.413.715,10, não autoriza a conclusão de que os impetrantes tivessem direito subjetivo à

nomeação. Ao Ministério do Planejamento incumbia escolher *de que forma* haveriam de ser distribuídos os até 22.463 cargos e funções em *todo* o funcionalismo público federal, não apenas no Banco Central.

4. O Ministro do Planejamento atendeu parcialmente o pleito de nomeação feito pelo Banco Central, autorizando apenas a nomeação de 50 analistas e de 50 técnicos (em todo o país) dentre aqueles aprovados no cadastro de reserva, sob a motivação de que a análise “leva em conta, dentre outros aspectos, a situação atual e projetada da força de trabalho de todos os órgãos e entidades demandantes em face das prioridades do serviço público federal e o limite orçamentário-financeiro estabelecido”.

5. O juízo legal, motivado e não arbitrário de discricionariedade administrativa não está sujeito a reforma em sede judicial.

6. O fato de a Administração Pública haver promovido curso de formação para candidatos aprovados em cadastro de reserva, ainda que contrarie a eficiência administrativa, não é capaz de convolar a mera expectativa em direito subjetivo à nomeação.

7. Agravo interno não provido. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça Prosseguindo no julgamento, por unanimidade, negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. A Sra. Ministra Assusete Magalhães e os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Francisco Falcão e Napoleão Nunes Maia Filho.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Herman Benjamin.

Brasília (DF), 10 de outubro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Benedito Gonçalves, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: Trata-se de Agravo Interno interposto contra decisão monocrática assim ementada:

Processual Civil e Administrativo. Mandado de segurança. Concurso público regido pelo Edital n. 1/2013 BCB/DEPES, de 15/8/2013. Aprovação fora do número de vagas. Vacância de cargos. Findo o prazo de validade do concurso. Pedido de nomeação. Inexistência de ilegalidade ou abuso de poder.

Os agravantes sustentam ser equivocada a decisão agravada, em síntese, pelos seguintes motivos: foi comprovada a dotação orçamentária a viabilizar a nomeação dos impetrantes (consoante Nota Técnica n. 168/CGDPS/SEAFI/SOF/MP, com autorização para provimento de 22.463 cargos vagos no Executivo, com o limite financeiro de R\$ 1.413.715,10 - fl. 297/STJ) e, ainda, foi comprovada a necessidade de nomeação dos novos servidores durante a validade do concurso (consoante Aviso 22/2014-BCB - fls. 172-173/STJ), de modo que, para os agravantes, sua pretensão atende aos parâmetros estabelecidos pelo STF no julgamento do RE 837.311. Afirmam, ainda, que a realização do curso de formação importou gasto aos cofres públicos, que não se coaduna com a eficiência.

O Banco Central apresenta contrarrazões (fls. 657/665) em que alega, preliminarmente, que o Agravo Interno não impugnou especificadamente os fundamentos da decisão agravada, o que impede o conhecimento do Agravo Interno, nos termos do parágrafo 1º do art. 1.021 do CPC/2015. Isto porque a decisão monocrática agravada, dentre outros fundamentos, deixou de conceder a segurança em razão de que os impetrantes não comprovaram de forma cabal que a Administração Pública, ao deixar de nomeá-los, agia *arbitrária e imotivadamente*, fundamento não impugnado no agravo. No mérito, defende que a decisão agravada não merece reparos, por estar em harmonia com a jurisprudência consolidada no STJ e com a tese assentada pelo STF no julgamento do RE 837.311. Argumenta, ademais, que não houve ofensa à eficiência ou à proteção da confiança, por haverem outros princípios a serem considerados, como o da legalidade, da independência e harmonia dos Poderes e da razoabilidade, “uma vez que a Administração Pública não pode desconsiderar as limitações de receitas, as infinitas necessidades públicas, as difíceis escolhas na gestão dos recursos públicos e a sua prerrogativa de nomear os candidatos quanto considerar conveniente e oportuno”.

A União apresenta contrarrazões (fls. 669/670) em que sustenta não haver prova de que tenha sido arbitrária a decisão do Ministro do Planejamento em deixar de autorizar a nomeação dos impetrantes.

Incluído o feito em pauta para julgamento, após sustentações orais, pedi vista regimental.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves (Relator): A decisão monocrática agravada denegou a segurança pretendida sob os fundamentos de que: (a) para a caracterização de direito subjetivo à nomeação seria necessário que os impetrantes comprovassem que a Administração Pública, ao deixar de nomeá-los, agiu *arbitrária e imotivadamente*; (b) os impetrantes não efetuaram tal prova; (c) ao contrário, a autoridade impetrada apresentou plausíveis justificativas no sentido de que a nomeação dos candidatos aprovados apenas em cadastro de reserva não ocorreu em virtude de limitações orçamentárias ao longo do prazo de validade do concurso; (d) a necessidade do Banco Central em ter mais servidores não autoriza por si só a conclusão de que a falta de autorização para a contratação pelo MPOG fosse arbitrária e imotivada, afinal ao MPOG incumbia precisamente a eleição de prioridades na destinação dos limitados recursos federais; (e) também a convocação dos candidatos aprovados em cadastro de reserva para a realização de curso de formação não implica o advento de direito subjetivo à nomeação.

No presente agravo interno, os agravantes sustentam que (i) o Banco Central tinha necessidade de contratação de servidores, (ii) havia dotação orçamentária para suportar a contratação dos impetrantes e (iii) a realização do curso de formação sem que os impetrantes viessem a ser contratados não se coaduna com o princípio da eficiência.

Contudo, a alegação genérica de que havia dotação orçamentária, com base na Nota técnica que consta de fl. 297 dos autos (Nota Técnica n. 168/CGDPS/SEAFI/SOF/MP, com autorização para provimento de até 22.463 cargos vagos no Executivo, com o limite financeiro de R\$ 1.413.715,10 - fl. 297/STJ), não impugna especificamente o fundamento da decisão agravada, de que ao Ministério do Planejamento incumbia escolher *de que forma* haveriam de ser distribuídos os 22.463 cargos e funções em *todo* o funcionalismo público federal, não apenas no Banco Central.

Note-se que a Nota Técnica n. 168/CGDPS/SEAFI/SOF/MP (com autorização para provimento de 22.463 cargos vagos *no Executivo*, com o limite financeiro de R\$ 1.413.715,10 - fl. 297/STJ), trata de pleito da Secretaria de Gestão Pública do MPOG para o provimento de cargos de Auditor-Fiscal da Receita Federal, **não** do pleito do Banco Central de que fossem nomeados servidores para o desempenho das atividades do Banco Central.

Como frisado na decisão monocrática agravada, a jurisprudência desta Corte é assente no sentido de que os candidatos aprovados fora dos número de vagas previstas no edital ou em concurso para cadastro de reservas (como é o caso dos impetrantes) *não* têm direito líquido e certo à nomeação, sendo certo que *o surgimento de novas vagas* ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, **não gera automaticamente o direito à nomeação, salvo nas hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da Administração.**

Neste sentido, confirmam-se: RMS 50.304/DF, Rel. Ministro *Herman Benjamin, Segunda Turma*, DJe 25/05/2016; AgRg no RMS 48.579/MS, Rel. Min. Olindo Menezes (Des. Convocado do TRF 1ª Região), Primeira Turma, DJe 04/02/2016; RMS 50.579/RR, Rel. Ministro *Humberto Martins, Segunda Turma*, DJe 28/06/2016; RMS 46.110/DF, Rel. Ministro *Humberto Martins, Segunda Turma*, DJe 13/06/2016; RMS 47.861/MG, Rel. Ministro *Herman Benjamin, Segunda Turma*, julgado em 02/06/2015, DJe 05/08/2015; AgInt no RMS 50.147/MG, Rel. Ministro *Sérgio Kukina, Primeira Turma*, DJe 28/06/2016; AgInt no RMS 49.900/MG, Rel. Ministra *Assusete Magalhães, Segunda Turma*, DJe 16/06/2016; AgRg no RMS 32.856/ES, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 01/07/2016; AgInt no RMS 44.060/RO, Rel. Ministro *Gurgel de Faria, Primeira Turma*, DJe 29/06/2016; AgRg no RMS 46.935/DF, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques, Segunda Turma*, DJe 06/11/2015.

Tal compreensão do Superior Tribunal de Justiça veio a ser albergada por decisão do Supremo Tribunal Federal ao decidir o RE 837.311, ao qual reconhecida a repercussão geral (Tema 784), que consignou expressamente a tese de que a preterição deve ser cabalmente comprovada pelo candidato pretensamente preterido:

Recurso extraordinário. Constitucional e Administrativo. Repercussão geral reconhecida. Tema 784 do Plenário Virtual. Controvérsia sobre o direito subjetivo à nomeação de candidatos aprovados além do número de vagas previstas no

edital de concurso público no caso de surgimento de novas vagas durante o prazo de validade do certame. Mera expectativa de direito à nomeação. Administração Pública. Situações excepcionais. (...)

(...)

7. A tese objetiva assentada em sede desta repercussão geral é a de que **o surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizadas por comportamento tácito ou expreso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato.** Assim, a discricionariedade da Administração quanto à convocação de aprovados em concurso público fica reduzida ao patamar zero (*Ermessensreduzierung auf Null*), fazendo exsurgir o direito subjetivo à nomeação, *verbi gratia*, nas seguintes hipóteses excepcionais: i) Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital (RE 598.099); ii) Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação (Súmula 15 do STF); iii) Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos aprovados fora das vagas de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima.

(...)

(RE 837.311, Relator(a): Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 09/12/2015, Processo Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-072 divulg 15/04/2016 public 18/04/2016)

No caso ora em exame, os impetrantes não comprovam de forma cabal que a Administração Pública, ao deixar de nomeá-los, agia *arbitrária e imotivamente*. Pelo contrário, a autoridade impetrada apresentou plausíveis justificativas no sentido de que a nomeação dos candidatos aprovados apenas em cadastro de reserva não ocorreu em virtude de limitações orçamentárias ao longo do prazo de validade do concurso.

A argumentação dos impetrantes no sentido de que o Banco Central tinha defasagem no número de servidores e que era preciso que o Banco Central contasse com mais servidores para a boa prestação de seus serviços, por si só, não gera direito líquido e certo à nomeação dos impetrantes, na medida em que a Administração Pública Federal, com recursos limitados, havia de fazer escolhas a respeito dos gastos que iria assumir, sendo certo que o Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão não deu autorização para a nomeação não

só dos impetrantes, mas também para a nomeação de diversos candidatos que haviam sido aprovados no cadastro de reserva.

Os impetrantes afirmam que havia Nota Técnica autorizando o provimento “de até 22.463 cargos e funções vagos no âmbito do Poder Executivo”. Contudo, nas informações a autoridade impetrada reproduz (fls. 511/512-STJ) trecho de nota técnica em que, diante das limitações orçamentárias, o Ministro do Planejamento houve por bem atender apenas parcialmente o pedido de nomeação feito pelo Banco Central, autorizando apenas a nomeação de 50 analistas e de 50 técnicos (em todo o país) dentre aqueles aprovados no cadastro de reserva. A nota explica que a análise “leva em conta, dentre outros aspectos, a situação atual e projetada da força de trabalho de todos os órgãos e entidades demandantes em face das prioridades do serviço público federal e o limite orçamentário-financeiro estabelecido” (fl. 512-STJ).

Nota-se, portanto, que o presente caso (ao contrário do que os impetrantes sustentaram oralmente) não é idêntico àquele que foi objeto do MS 22.813.

Com efeito, na sessão da 13/06/2018, a Primeira Seção julgou procedente o MS 22.813 (Rel. Min. Og Fernandes) em caso em que eram impetrantes candidatos aprovados em cadastro de reserva para o cargo de *Procurador do Banco Central*. Não obstante, há algo de peculiar no MS 22.813, especificamente a documentação acostada pelos impetrantes: nas fls. 242/243 (do MS 22.813) o Secretário de Orçamento Federal afirma *haver disponibilidade orçamentária* para nomear 8 Procuradores do Banco Central; nas fls. 250/255 (do MS 22813) a Consultoria Jurídica do MPOG manifestou-se *favorável* à autorização de nomeação pelo MPOG; a Portaria de nomeação (daqueles 8 candidatos aprovados em cadastro de reserva para o cargo de *Procurador do Banco Central*) chegou a ser lavrada, apenas *não foi assinada* pelo Ministro do Planejamento (fl. 248), sem que qualquer decisão expressa para a negativa de assinatura fosse dada, decorrendo o prazo de validade do concurso.

Foi em razão disso que a Sessão considerou que no MS 22.813 foi imotivada a ausência de efetiva nomeação daqueles 8 Procuradores do Banco Central. Nos presentes autos, diferentemente, a cronologia não se apresenta comprovadamente similar. Pelo contrário, consoante já exposto, nas informações a autoridade impetrada reproduz (fls. 511/512-STJ) trecho de nota técnica em que, diante das limitações orçamentárias, o Ministro do Planejamento houve por bem atender apenas parcialmente o pedido de nomeação feito pelo Banco Central, autorizando apenas a nomeação de 50 analistas e de 50 técnicos (em

todo o país) dentre aqueles aprovados no cadastro de reserva. A nota explica que a análise “leva em conta, dentre outros aspectos, a situação atual e projetada da força de trabalho de todos os órgãos e entidades demandantes em face das prioridades do serviço público federal e o limite orçamentário-financeiro estabelecido” (fl. 512-STJ).

Verifica-se, portanto, que no caso dos presentes autos, em que candidatos aprovados em cadastro de reserva para Analistas do Banco Central afirmam haverem sido preteridos, houve expresso exame da oportunidade e conveniência da nomeação de Analistas aprovados no cadastro de reserva, autorizando-se expressamente a nomeação de um limitado quantitativo (50), observada a ordem de aprovação no concurso, que não alcançou a colocação dos impetrantes.

Por último, a alegação de que o fato de os impetrantes haverem realizado curso de formação importa violação ao princípio da efetividade, ainda que possa ser acolhida, não confere aos impetrantes direito subjetivo à nomeação. Neste sentido:

Administrativo. Mandado de segurança. Concurso público. Candidata aprovada fora do número de vagas. Direito à nomeação. Excepcionalidade. Necessidade de demonstração pelo candidato de preterição arbitrária e imotivada por parte da Administração. Matéria decidida repercussão geral. *Convocação para exames pré-admissionais não implica a preterição do candidato*. Recurso ordinário improvido.

(...)

III - Nesse sentido, a jurisprudência do STJ entende que *a convocação do candidato para a realização de exames médicos não implica sua preterição de modo a transformar mera expectativa de direito em direito subjetivo à nomeação*. Precedentes: AgInt no RMS 52.421/RJ, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 04/04/2017, DJe 17/4/2017 e RMS 42.041/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 16/2/2016, DJe 24/2/2016.

(...)

(AgInt no RMS 50.165/RJ, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 05/12/2017, DJe 12/12/2017)

Com efeito, ainda que a Administração Pública tenha deixado de observar a eficiência ao ministrar curso de formação àqueles que foram aprovados em cadastro de reserva, impor-lhe a nomeação subsequente daqueles que frequentaram o curso não faria com que a eficiência fosse recuperada. Mesmo que os impetrantes tenham subjetivamente aumentado suas expectativas de serem nomeados, tal aumento subjetivo de expectativa não autoriza a conclusão de que tenham passado a ter o pretendido direito subjetivo à nomeação.

Não havendo prova cabal de que a decisão do Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão em deixar de autorizar a nomeação dos impetrantes tenha sido arbitrária ou imotivada, não se vislumbra o alegado direito líquido e certo no caso dos autos, na medida em que os impetrantes não demonstram que houve preterição ou qualquer outra causa capaz de convolar suas meras expectativas em direito subjetivo à pretendida nomeação.

Diante disto, *nego provimento* ao presente agravo interno no mandado de segurança e, de conseguinte, *denego a ordem*.

É o voto.

**AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL N. 1.617.086-PR
(2016/0198661-4)**

Relatora: Ministra Assusete Magalhães

Agravante: Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho SINAIT

Advogados: Hugo Mendes Plutarco - DF025090

Nara Terumi Nishizawa - DF028967

Agravado: União

Procurador: Advocacia-Geral da União - AGU - AL000000U

Interes.: Sindicato dos Policiais Federais no Estado do Paraná

Advogados: Lúcia Maria Beloni Corrêa Dias - PR013546

Luciana Rosa Medeiros Miranda e outro(s) - PR055848

EMENTA

Processual Civil. Agravo interno no recurso especial Recurso especial representativo de controvérsia. Pedido de ingresso de *amicus curiae* indeferido. Agravo interno interposto contra a decisão indeferitória. Não cabimento. Precedentes da Corte Especial do STJ e do Tribunal Pleno do STF. Agravo interno não conhecido.

I. Agravo interno aviado contra decisão monocrática publicada na vigência do CPC/2015, que indeferira pedido de ingresso no feito

como *amicus curiae*, formulado pelo Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho - SINAIT, ante o manifesto interesse privado, do Sindicato ora agravante, no provimento do Recurso Especial, em favor da parte autora da demanda.

II. Na doutrina, verifica-se que o cabimento do Agravo interno contra decisão que indefere o ingresso do *amicus curiae* no feito tem encontrado defensores em dois sentidos: ora em favor da irrecorribilidade, como sustenta ARAKEN DE ASSIS, para o qual “o art. 138, *caput*, generalizou a inadmissibilidade do recurso próprio contra o ato admitindo, ou não, a intervenção do *amicus curiae*, excepcionando, nesse caso, o art. 1.015, IX, do NCPC” (*in* Processo civil brasileiro. 2ª ed. São Paulo: RT, 2016, vol. II, tomo I, p. 708); ora em defesa da recorribilidade, tal como leciona JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA, firme no sentido de que “o juiz ou relator poderá, ‘por decisão irrecorrível’, ‘solicitar ou admitir’ a intervenção de *amicus curiae*. Vê-se, assim, que a lei processual não estabelece a irrecorribilidade da decisão que não admite a intervenção de *amicus curiae*, mas apenas daquela que o admite. A nosso ver, deve ser admitido recurso pelo *amicus curiae*, também contra decisão que não admita sua intervenção (à semelhança do que antes se decidia, na vigência do CPC/1973, como se noticiou acima)” (*in* Novo Código de Processo Civil comentado. 5ª ed. São Paulo: RT, 2017, p. 253).

III. De igual modo, nesta Corte, em um primeiro momento, a Primeira Seção do STJ, sem maiores embates, em 22/03/2017, no julgamento do AgRg na PET no REsp 1.336.026/PE (Rel. Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, DJe de 28/03/2017), conheceu do Agravo interno, interposto contra decisão que inadmitira o ingresso no feito de *amicus curiae*, negando-lhe, contudo, provimento.

IV. Na mesma linha, no julgamento do AgInt na Pet no REsp 1.657.156/RJ (Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe de 03/10/2017), após amplo debate, em 27/09/2017, a Primeira Seção também concluiu, por unanimidade, ser cabível a interposição de Agravo interno contra a decisão que não admite a participação de terceiro como *amicus curiae*, considerando irrecorrível apenas a decisão que solicita ou admite tal participação, nos termos da interpretação literal dada ao art. 138 do CPC/2015.

V. Todavia, ainda que tal posição tenha sido vencedora, em um primeiro momento, existem precedentes – inclusive posteriores aos mencionados julgamentos da Primeira Seção –, ora no sentido do não cabimento do recurso contra decisão que indefere o pedido de ingresso de *amicus curiae*, ora no sentido de seu cabimento: STJ, AgInt na PET no AREsp 1.139.158/MG, Rel. Ministro *Sérgio Kukina*, *Primeira Turma*, DJe de 19/06/2018; AgInt na PET no REsp 1.637.910/RN, Rel. Ministro *Francisco Falcão*, *Segunda Turma*, DJe de 27/06/2018; AgInt na PET no REsp 1.700.197/SP, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, *Segunda Turma*, DJe de 27/06/2018.

VI. A dissipar dúvidas sobre o tema, a Corte Especial do STJ, por unanimidade, em 1º/08/2018, no julgamento da Questão de Ordem no REsp 1.696.396/MT – afetado sob o rito dos recursos repetitivos, e ainda pendente de conclusão do julgamento de mérito –, decidiu que “a leitura do art. 138 do CPC/15, não deixa dúvida de que a decisão unipessoal que verse sobre a admissibilidade do *amicus curiae* não é impugnável por agravo interno, seja porque o *caput* expressamente a coloca como uma decisão irrecorrível, seja porque o § 1º expressamente diz que a intervenção não autoriza a interposição de recursos, ressalvada a oposição de embargos de declaração ou a interposição de recurso contra a decisão que julgar o IRDR” (STJ, Questão de Ordem no REsp 1.696.396/MT, Rel. Ministra *Nancy Andrighi*, *Corte Especial*, julgada em 1º/08/2018, pendente de conclusão de julgamento de mérito).

VII. No STF, até recentemente, prevalecia o entendimento no sentido de que, “consoante disposto nos arts. 138, *caput*, do CPC e 21, inciso XVIII, do Regimento Interno desta Corte, em hipótese de acolhimento do pedido de ingresso de *amicus curiae* na lide, tal decisão seria irrecorrível, podendo, contudo, ser objeto de agravo a decisão que indefere tal pleito. Agravo regimental não provido” (STF, AgReg no RE 817.338/DF, Rel. Ministro *Dias Toffoli*, *Tribunal Pleno*, julgado em 1º/08/2018, DJe de 24/08/2018).

VIII. Todavia, em 17/10/2018, em sessão plenária, no julgamento do RE 602.584/DF (Rel. Ministro *Marco Aurélio*, Rel. p/ acórdão Ministro *Luiz Fux*, pendente de publicação), o STF acabou por uniformizar, por maioria, o entendimento de que “não cabe a

interposição de agravo regimental para reverter decisão de relator que tenha inadmitido no processo o ingresso de determinada pessoa ou entidade como *amicus curiae* (amigo da Corte)” (notícia publicada no sítio eletrônico do STF, em 17/10/2018).

IX. Nesse panorama, diante da nova orientação da Corte Especial do STJ e do Plenário da Suprema Corte, realinho o meu posicionamento, para, preliminarmente, não conhecer do presente Agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça por unanimidade, não conhecer do agravo interno, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria, Herman Benjamin e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausentes, justificadamente, o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques e, ocasionalmente, os Srs. Ministros Francisco Falcão e Og Fernandes.

Brasília (DF), 28 de novembro de 2018 (data do julgamento).

Ministra Assusete Magalhães, Relatora

DJe 10.12.2018

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Assusete Magalhães: Trata-se de Agravo interno, interposto pelo *Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho - SINAIT*, em 21/05/2018, contra decisão de minha lavra – aditada pela decisão dos Declaratórios, publicada em 30/04/2018 –, assim fundamentada, *in verbis*:

Em 10/05/2017, a Primeira Seção do STJ afetou o presente Recurso Especial como representativo de controvérsia repetitiva, em demanda na qual se pleiteia a condenação da União ao pagamento de indenização – prevista no art. 1º da Lei 12.855/2013 (“indenização de fronteira”) e destinada aos servidores públicos

federais, mencionados em seu § 1º, em exercício em unidades situadas em localidades estratégicas, vinculadas à prevenção, controle, fiscalização e repressão dos delitos fronteiriços –, na qual se discute se a aludida Lei 12.855/2013 seria autoaplicável ou se dependeria de regulamentação do § 2º do seu art. 1º, a fim de definir tais localidades estratégicas, para a percepção da aludida indenização.

O Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho - SINAIT, a fls. 596/667e (Pet 00267002/2017) e 668/739e (Pet 00268255/2017), *requer seu ingresso no feito, na condição de amicus curiae, nos termos do art. 138 do novo CPC, que “prevê a possibilidade de ingresso de interessado nos incidentes de Resolução de demandas repetitivas, bastando que a parte interessada se manifeste nos autos no devido prazo legal”* (fl. 597e).

Afirma, para tanto, que, de acordo com seu Estatuto Social, cabe ao SINAIT “promover e coordenar os movimentos reivindicatórios tendentes a conquistar a plena valorização da categoria dos Auditores-Fiscais do Trabalho e de seus filiados, inclusive nas questões que envolvam seus interesses jurídico-funcionais” (fl. 598e).

Aduz que “matéria ventilada no presente rito dos Recursos Especiais Repetitivos, é também inequívoca a sua relevância aos associados do SINAIT. Isso porque, conforme exposto anteriormente, a discussão central tange a mora administrativa em implementar o pagamento de verba indenizatória aos servidores públicos que exerçam suas atividades em região de fronteira, dos quais fazem parte a categoria defendida pelo Sindicato” (fl. 568e).

Sustenta que “tem eficácia imediata a implementação do adicional de fronteiras para as regiões transfronteiriças, ainda que falte definição para as ‘localidade com dificuldade de fixação de efetivo’ (fl. 600e), e que, quanto ‘ao critério de municípios localizados em região de fronteira, a Lei n. 6.634/79 (art. 1º) designa como Faixa de Fronteira a faixa interna de 150 Km de largura, paralela à linha divisória terrestre do território nacional, considerada área indispensável à Segurança Nacional’ (fl. 601e).

Assim, entende que ‘o Poder Executivo já dispunha de identificação, detalhada e suficiente, das localidades enquadradas nos critérios de localização em região de fronteira e de dificuldade de fixação de efetivo’ (fl. 602e).

Após tecer considerações sobre a legislação que entende pertinente e favorável ao recorrente, *requer seu ingresso na condição de amicus curiae e a procedência do Recurso Especial para ‘que seja unificado o entendimento de que é devida a Indenização de Fronteira de que trata a Lei n. 12.855, de 2013, desde a data da sua publicação (3 de setembro de 2013), no valor de R\$ 91,00 (noventa e um reais) por dia efetivamente trabalhado nas respectivas localidades constantes do Anexo do Decreto n. 493/1992 e do Anexo à Portaria PGR/MPU n. 633/2010, e nas localidades a serem acrescidas por regulamento do Poder Executivo à Lei n. 12.855, de 2013, com o pagamento das parcelas vencidas, acrescidas de juros e correção monetária’* (fl. 613e).

Com efeito, não se olvida que a participação do *amicus curiae* tem por escopo a prestação de elementos informativos à lide, a fim de melhor respaldar a decisão judicial que irá dirimir a controvérsia posta nos autos.

Com relação ao seu ingresso no feito, dispõe o art. 138 do CPC vigente:

Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a *relevância da matéria*, a *especificidade do tema* objeto da demanda ou a *repercussão social* da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de *pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada*, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

Ao que se observa, ao regular a admissão do amicus curiae no processo, o referido dispositivo baliza os parâmetros que possibilitam o pretendido ingresso no feito. Ou seja, além de conferir ao juiz ou relator a competência para avaliar a necessidade e a utilidade da participação do requerente, a norma pressupõe, também, a relevância da matéria, a especificidade do tema ou a repercussão social da controvérsia, e a representatividade adequada como elementos de formação da convicção do julgador.

É de se ter em conta, porém, que 'a representatividade das pessoas, órgãos ou entidades deve relacionar-se, diretamente, à identidade funcional, natureza ou finalidade estatutária da pessoa física ou jurídica que a qualifique, de modo a atender ao interesse público de contribuir para o aprimoramento do julgamento da causa, não sendo suficiente o interesse em defender a solução da lide em favor de uma das partes (interesse meramente econômico)' (STJ, REsp 1.333.977/MT, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, DJe de 12/03/2014).

*De igual modo, a doutrina define o interesse institucional como sendo 'a possibilidade concreta do terceiro em contribuir com a qualidade da decisão a ser proferida, considerando-se que o terceiro tem grande experiência na área à qual a matéria discutida pertence' (NEVES, Daniel Amorim Assumpção., **Novo Código de Processo Civil** Comentado artigo por artigo, Salvador, BA: Juspodivm, 2016, p. 225).*

*Outra não é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, firmada no sentido de que o *amicus curiae* atua como um 'colaborador da Justiça', de modo que sua participação no processo deve ocorrer 'não como defensor de interesses próprios, mas como agente habilitado a agregar subsídios que possam contribuir para a qualificação da decisão a ser tomada pelo Tribunal' (STF, ED na ADI 3.460, Rel. Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, DJe de 12/03/2015).*

De fato, não de hoje, o Supremo Tribunal Federal entende ser imprescindível 'a demonstração, pela entidade pretendente a colaborar com a Corte, de que não está a defender interesse privado, mas, isto sim, relevante interesse público' (STF, AgRg na SS 3.273-9/RJ, Rel. Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJe de 20/06/2008).

Isso porque *'não se trata de uma intervenção de terceiros, e sim de um ato de admissão informal de um colaborador da corte. Colaborador da corte e não das partes, e, se a intervenção de terceiros no processo, em todas as suas hipóteses, é de manifesta vontade de alguém que não faz parte originalmente do feito para que ele seja julgado a favor de um ou de outro, o amicus curiae, por seu turno, somente procura uma decisão justa para o caso, remetendo informações relevantes ao julgador'* (STF, ADPF 134 MC, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, DJE 30/04/2008).

No mesmo sentido, ainda:

Agravo regimental em recurso extraordinário. Direito Tributário. FPM. Pedido de ingresso como amicus curiae indeferido. Associações estaduais e federações de municípios. Ausência de representatividade e contribuição específica. 1. A interação dialogal entre o STF e pessoas naturais ou jurídicas, órgãos ou entidades especializadas, que se apresentem como amigos da Corte, tem um potencial epistêmico de apresentar diferentes pontos de vista, interesses, aspectos e elementos nem sempre alcançados, vistos ou ouvidos pelo Tribunal diretamente da controvérsia entre as partes em sentido formal, possibilitando, assim, decisões melhores e também mais legítimas do ponto de vista do Estado Democrático de Direito. 2. Conforme o art. 138 do CPC/15, os critérios para admissão de entidades como *amicus curiae* são a relevância da matéria, especificidade do tema ou repercussão social da controvérsia, assim como a representatividade adequada do pretendente. 3. Agravo regimental a que se nega provimento (STF, AgRg no RE 705.423/SE, Rel. Ministro Edson Fachin, Tribunal Pleno, DJe de 08/02/2017).

No mesmo pensar, é a jurisprudência firmada por esta Corte:

Processual Civil. Recurso especial representativo de controvérsia. Execução de sentença contra a Fazenda Pública. Influência da demora ou dificuldade no fornecimento de fichas financeiras no curso do prazo prescricional. Estados da Federação e Distrito Federal. Pleito de ingresso como *amicus curiae*. Indeferimento. Defesa de interesse de uma das partes. Aporte de dados técnicos. Desnecessidade.

1. O *amicus curiae* é previsto para as ações de natureza objetiva, sendo excepcional a admissão no processo subjetivo quando a multiplicidade de demandas similares indicar a generalização do julgado a ser proferido.

2. O Supremo Tribunal Federal ressaltou ser imprescindível a demonstração, pela entidade pretendente a colaborar com a Corte, de que não está a defender interesse privado, mas, isto sim, relevante interesse público (STF, AgRg na SS 3.273-9/RJ, Rel. Ministra Ellen Gracie, DJ 20/6/2008).

3. No mesmo sentido: 'O STF já apreciou a questão da natureza jurídica do *amicus curiae*, afirmando, em voto do Relator, Min. Celso de Mello, na ADIn n. 748 AgR/RS, em 18 de novembro de 1994, que não se trata de uma intervenção de terceiros, e sim de um fato de 'admissão informal de um colaborador da corte'. Colaborador da corte e não das partes, e, se a intervenção de terceiros no processo, em todas as suas hipóteses, é de manifesta vontade de alguém que não faz parte originalmente do feito para que ele seja julgado a favor de um ou de outro, o *amicus curiae*, por seu turno, somente procura uma decisão justa para o caso, remetendo informações relevantes ao julgador' (STF, ADPF 134 MC, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 22/4/2008, publicado em DJe 29/4/2008).

4. Na espécie, o interesse dos Estados da Federação e do Distrito Federal vincula-se diretamente ao resultado do julgamento favorável a uma das partes - no caso, a Fazenda Pública -, circunstância que afasta a aplicação do instituto.

5. Ademais, a participação de 'amigo da Corte' visa ao aporte de informações relevantes ou dados técnicos (STF, ADI ED 2.591/DF, Rel. Ministro Eros Grau, DJ 13/4/2007), situação que não se configura no caso dos autos, porquanto o tema repetitivo é de natureza eminentemente processual.

6. Agravo regimental a que se nega provimento (STJ, AgRg na PET no REsp 1.336.026/PE, Rel. Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, DJe de 28/03/2017).

Administrativo. Ato de improbidade. Contratação de shows sem licitação. Oferecimento de parecer desprovido de fundamentação. *Amicus curiae*. Ausência de requisito. Não cabimento.

I - A participação do *amicus curiae* tem por escopo a prestação de elementos informativos à lide, a fim de melhor respaldar a decisão judicial que irá dirimir a controvérsia posta nos autos.

II - No caso em foco, não se discute prerrogativas ou interesses da advocacia. A ausência de tal requisito prejudica a utilidade e a conveniência da sua intervenção.

III - A admissão de *amicus curiae* no feito é uma prerrogativa do órgão julgador, na pessoa do relator, razão pela qual não há que se falar em direito subjetivo ao ingresso. A propósito: RE 808.202 AgR, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe-143 public 30/06/2017; EDcl no REsp 1.483.930/DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, DJe 03/05/2017; EDcl no REsp 1.110.549/RS, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Segunda Seção, DJe 30/04/2010.

IV - Agravo interno improvido (STJ, AgInt no REsp 1.587.658/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe de 12/12/2017).

*Ao que se tem dos autos, o interesse do peticionário tem relação apenas com o sucesso da causa em favor de uma das partes – no caso, o Sindicato autor, ora recorrente –, circunstância que afasta a aplicação do instituto, posto que o mero interesse subjetivo no desate da lide não admite a habilitação de terceiro como amicus curiae (cf. STJ, AgRg na PET no REsp 1.336.026/PE, Rel. Ministro **Og Fernandes, Primeira Seção**, DJe de 28/03/2017, e Rcl 4.982/SP, Rel. Ministro **Benedito Gonçalves, Primeira Seção**, DJe de 04/05/2011).*

Assim, no caso, a despeito da afirmação de subsidiar este juízo de informações complementares, não se verifica a contribuição específica a ser fornecida pelo ora requerente.

Nada obsta, todavia, à permanência nos autos, a título de memorial, da manifestação já apresentada, porque tal permissão não prejudica a marcha processual.

Diante do exposto, *indefiro* o pedido de ingresso no feito, na condição de *amicus curiae* (fls. 1.999/2.007e).

Opostos Declaratórios ao referido *decisum* (fls. 1.999/2.007e), foram eles rejeitados, de vez que, “seja à luz do CPC/73 ou do CPC vigente, os Embargos de Declaração não constituem veículo próprio para o exame das razões atinentes ao inconformismo da parte, tampouco meio de revisão, rediscussão e reforma de matéria já decidida” (fls. 2.006/2.007e).

Ainda inconformada, sustenta a parte agravante que:

7. Primeiramente, como o processo em tela foi afetado ao rito do art. 1.036 e seguintes do CPC, o rito dos recursos repetitivos, a decisão firmada neste processo uniformizará de uma vez por todas as questões acerca da regulamentação e efetivação dos pagamentos dos valores devidos à título de indenização de fronteiras. Em outras palavras, o resultado deste julgamento servirá de parâmetro para todo o ordenamento jurídico em questão de extrema relevância social e econômica, o que torna a participação de entidades interessadas em colaborar com este Superior Tribunal não só possível, mas altamente recomendável.

8. A amplitude do debate tende a aprimorar o resultado do julgamento do Tribunal, de modo a dar voz aos mais diversos interessados em representar pontos de vista e argumentos jurídicos aptos a colaborar com ainda mais qualidade na prestação jurisdicional.

9. Desse modo, desde que demonstrem interesse e aptidão jurídica em colaborar com o melhor resultado da prestação jurisdicional e não promovam tumulto processual, os *amicus curiae* devem ser bem vindos nos processos, especialmente naqueles dotados de força vinculante.

10. Feitas tais considerações, o indeferimento do Sindicato-agravante, por conseguinte, restringe o conhecimento de informações essenciais e de extrema relevância ao deslinde da causa, os quais, frise-se, transcendem os interesses específicos da carreira representada pelo Sindicato.

11. Inclusive, ao contrário do que alegado na decisão, as informações trazidas pelo SINAIT em seu pedido de ingresso nos autos como *amicus curiae* são sim aptos a contribuir de forma substancial para que seja proferida uma decisão justa no processo. Não se tratam de dados que têm relevância apenas para os Auditores Fiscais do Trabalho, mas sim dados que demonstram o descaso da Administração Pública em regulamentar e pagar o devido adicional de fronteira a todos os servidores públicos que a ele fazem jus.

12. Ademais, o simples fato de o Agravante deter interesse no desfecho da demanda, não significa que não possui interesse e possibilidade em de fato auxiliar e enriquecer o debate perante este Tribunal.

(...)

15. A título de exemplo das reais contribuições deste Sindicato ao debate *in casu*, mencione-se que foi trazida aos autos relevante informação de que o próprio Poder Executivo, bem como o Ministério Público da União, já adotaram em outros diplomas legais conceitos e mecanismos semelhantes aos utilizados na Lei que instituiu a indenização de fronteira. Ainda, de forma a contribuir com o deslinde da controvérsia e com a justa decisão no presente caso, o Agravante apresentou o rol constante do Decreto n. 593/1992 e da Portaria PGR/MPU n. 633, de 10 dezembro de 2010, que elencam localidades que *ictu oculi* se apresentam como estratégicas ao combate dos delitos transfronteiriços, por se localizarem em região de fronteira e por apresentarem – por certo – dificuldade de fixação de efetivo.

(...)

17. Tais informações, à toda evidência, não têm o condão de atender interesses apenas dos servidores pertencentes à carreira congregada pelo SINAIT, mas sim podem, com muita clareza, ser adotadas por esse E. Superior Tribunal de Justiça como parâmetro ao presente caso.

18. Por todo exposto, é inequívoco que os elementos trazidos pelo SINAIT são de extrema valia e importância para subsidiar o debate no caso e ultrapassam os interesses individuais do Sindicato, relevando verdadeira contribuição ao interesse público. Assim, rogata venia, merece reforma a decisão vergastada que, ao inadmitir o ingresso do SINAIT sob o fundamento de que o Sindicato deteria mero interesse no julgamento da demanda de forma favorável aos seus filiados, acabou por restringir debate de imprescindível importância ao julgamento deste processo (fls. 2.046/2.049e).

Por fim, requer “o provimento deste agravo para que seja admitida a intervenção do SINAIT nos presentes autos na qualidade de *amicus curiae*”.

Intimada (fl. 2.053e), a parte agravada deixou transcorrer *in albis* o prazo para manifestação (fl. 2.055e).

É o relatório.

VOTO-PRELIMINAR

A Sra. Ministra Assusete Magalhães (Relatora): Originariamente, trata-se de Recurso Especial, interposto pelo *Sindicato dos Policiais Federais no Estado do Paraná*, afetado, pela Primeira Seção do STJ, em 10/05/2017, como representativo de controvérsia repetitiva, em demanda na qual se pleiteia a condenação da *União* ao pagamento de indenização – prevista no art. 1º da Lei 12.855/2013 (“indenização de fronteira”) e destinada aos servidores públicos federais, mencionados em seu § 1º, em exercício em unidades situadas em localidades estratégicas, vinculadas à prevenção, controle, fiscalização e repressão dos delitos fronteiriços –, na qual se discute se a aludida Lei 12.855/2013 seria autoaplicável ou se dependeria de regulamentação do § 2º do seu art. 1º, a fim de definir tais localidades estratégicas, para a percepção da aludida indenização.

O *Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho - SINAIT*, a fls. 596/667e (Pet 00267002/2017) e a fls. 668/739e (Pet 00268255/2017), requereu sua intervenção no feito, na condição de *amicus curiae*, nos termos do art. 138 do CPC/2015.

Após o indeferimento de seu pedido (fls. 1.897/1.901e), e da rejeição dos Embargos Declaratórios opostos (fls. 1.999/2.007e), reitera ele, no presente Agravo interno, as razões já expostas.

Dispõe o art. 138 do CPC de 2015, *in verbis*:

Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, *por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada*, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

§ 1º A intervenção de que trata o *caput* não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º.

§ 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*.

§ 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

De início, mister se faz definir sobre a recorribilidade ou não da decisão que indefere o ingresso de requerente, na qualidade de “amigo da Corte”.

Com efeito, na doutrina, o tema não se tem mostrado harmônico, encontrando defensores em ambos os sentidos: *ora em favor da irrecorribilidade*, como sustenta ARAKEN DE ASSIS, para o qual “o art. 138, *caput*, generalizou a inadmissibilidade do recurso próprio contra o ato admitindo, ou não, a intervenção do *amicus curiae*, excepcionando, nesse caso, o art. 1.015, IX, do NCPC” (*in* Processo civil brasileiro. 2ª ed. São Paulo: RT, 2016, vol. II, tomo I, p. 708); *ora em defesa da recorribilidade*, tal como leciona JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA, firme no sentido de que “o juiz ou relator poderá, ‘por decisão irrecorrível’, ‘solicitar ou admitir’ a intervenção de *amicus curiae*. Vê-se, assim, que a lei processual não estabelece a irrecorribilidade da decisão que não admite a intervenção de *amicus curiae*, mas apenas daquela que o admite. A nosso ver, deve ser admitido recurso pelo *amicus curiae*, também contra decisão que não admita sua intervenção (à semelhança do que antes se decidia, na vigência do CPC/1973, como se noticiou acima)” (*in* Novo Código de Processo Civil comentado. 5ª ed. São Paulo: RT, 2017, p. 253).

Nesta Corte, em um primeiro momento, a Primeira Seção do STJ, em 22/03/2017, sem maiores embates, conheceu do Agravo interno, interposto contra decisão que inadmitira o ingresso no feito de *amicus curiae*, negando-lhe, contudo, provimento. É o que se extrai do seguinte precedente:

Processual Civil. Recurso especial representativo de controvérsia. Execução de sentença contra a Fazenda Pública. Influência da demora ou dificuldade no fornecimento de fichas financeiras no curso do prazo prescricional. Estados da Federação e Distrito Federal. *Pleito de ingresso como amicus curiae. Indeferimento. Defesa de interesse de uma das partes. Aporte de dados técnicos. Desnecessidade.*

1. O *amicus curiae* é previsto para as ações de natureza objetiva, sendo excepcional a admissão no processo subjetivo quando a multiplicidade de demandas similares indicar a generalização do julgado a ser proferido.

2. O Supremo Tribunal Federal ressaltou ser imprescindível a demonstração, pela entidade pretendente a colaborar com a Corte, de que não está a defender interesse privado, mas, isto sim, relevante interesse público (STF, AgRg na SS 3.273-9/RJ, Rel. Ministra Ellen Gracie, DJ 20/6/2008).

3. No mesmo sentido: 'O STF já apreciou a questão da natureza jurídica do *amicus curiae*, afirmando, em voto do Relator, Min. Celso de Mello, na ADIn n. 748 AgR/RS, em 18 de novembro de 1994, que não se trata de uma intervenção de terceiros, e sim de um fato de 'admissão informal de um colaborador da corte'. Colaborador da corte e não das partes, e, se a intervenção de terceiros no processo, em todas as suas hipóteses, é de manifesta vontade de alguém que não faz parte originalmente do feito para que ele seja julgado a favor de um ou de outro, o *amicus curiae*, por seu turno, somente procura uma decisão justa para o caso, remetendo informações relevantes ao julgador' (STF, ADPF 134 MC, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 22/4/2008, publicado em DJe 29/4/2008).

4. Na espécie, o interesse dos Estados da Federação e do Distrito Federal vincula-se diretamente ao resultado do julgamento favorável a uma das partes - no caso, a Fazenda Pública -, circunstância que afasta a aplicação do instituto.

5. Ademais, a participação de 'amigo da Corte' visa ao aporte de informações relevantes ou dados técnicos (STF, ADI ED 2.591/DF, Rel. Ministro Eros Grau, DJ 13/4/2007), situação que não se configura no caso dos autos, porquanto o tema repetitivo é de natureza eminentemente processual.

6. Agravo regimental a que se nega provimento (STJ, AgRg na PET no REsp 1.336.026/PE, Rel. Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, DJe de 28/03/2017).

Posteriormente – e conforme assentado em notas taquigráficas –, em 27/09/2017, a Primeira Seção, no julgamento do *AgInt na Pet no REsp 1.657.156/RJ* (Rel. Ministro *Benedito Gonçalves*, DJe de 03/10/2017), após amplo debate, concluiu, por unanimidade, ser cabível a interposição de Agravo interno contra a decisão que não admite a participação de terceiro como *amicus curiae*, considerando irrecorrível somente a decisão que solicita ou admite tal participação, nos termos da interpretação literal dada ao art. 138 do CPC/2015.

Eis a ementa do referido julgado:

Processual Civil. Agravo interno na petição no recurso especial representativo de controvérsia. Fornecimento pelo Poder Público de medicamentos que não consta em atos normativos do SUS. *Indeferimento do requerimento para admissão de amicus curiae. Requisitos da utilidade e conveniência não atendidos.*

1. A participação do *amicus curiae* tem por escopo a prestação de elementos informativos à lide, a fim de melhor respaldar a decisão judicial que irá dirimir a controvérsia posta nos autos.

2. No caso em foco, o agravante não ostenta representatividade em âmbito nacional. A ausência de tal requisito prejudica a utilidade e a conveniência da sua intervenção.

3. *A admissão de amicus curiae no feito é uma prerrogativa do órgão julgador, na pessoa do relator, razão pela qual não há que se falar em direito subjetivo ao ingresso. A propósito: RE 808.202 AgR, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe-143 public 30/06/2017; EDcl no REsp 1.483.930/DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, DJe 03/05/2017; EDcl no REsp 1.110.549/RS, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Segunda Seção, DJe 30/04/2010.*

4. *Agravo interno não provido (STJ, AgInt na PET no REsp 1.657.156/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe de 03/10/2017).*

Todavia, ainda que tal posição tenha sido vencedora, em um primeiro momento, verifica-se que existem precedentes – inclusive posteriores aos mencionados julgamentos da Primeira Seção –, ora no sentido do *não cabimento* do recurso contra decisão que indefere o pedido de ingresso de *amicus curiae*, ora no sentido de seu *cabimento*:

Processual Civil e Administrativo. Amicus curiae. Indeferimento da participação pelo relator. Decisão irrecorrível. Agravo interno não conhecido.

1. *Consoante o caput do art. 138, do CPC/2015, o ingresso no processo como amicus curiae deve ser avaliado pelo julgador, o qual, em decisão irrecorrível, apreciará a necessidade e utilidade da participação do requerente na demanda, tendo como elementos de formação da convicção a relevância da matéria, especificidade do tema ou repercussão social da controvérsia.*

2. *Agravo interno não conhecido (STJ, AgInt na PET no AREsp 1.139.158/MG, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 19/06/2018).*

Processual Civil. Administrativo. Ação civil pública. Tráfego de veículo em rodovia federal. Excesso de peso. Pedido de ingresso como amicus curiae. Indeferimento pelo relator.

I - *Indeferiu-se o ingresso na lide como amicus curiae. Alega a parte agravante que a pretensão tem relação com seus objetivos institucionais. Os argumentos, entretanto, não são suficientes para modificar a decisão recorrida no sentido de que a pretensão da requerente está relacionada tão-somente ao sucesso da demanda, favoravelmente ao interesse da recorrida, circunstância que não dá amparo à aplicação do referido instituto. Nesse sentido: AgInt na PET no REsp 1.695.653/DF, Rel. Ministro **Mauro Campbell Marques, Segunda Turma**, julgado em 08/05/2018, DJe 11/05/2018; EDcl no REsp 1.483.930/DF, Rel. Ministro **Luis Felipe Salomão, Segunda Seção**, julgado em 26/04/2017, DJe 03/05/2017.*

II - *No caso dos autos, a parte agravante não trouxe aos autos o seu estatuto social, para o fim de comprovar seus argumentos relativos à defesa de objetivo institucional. O real objetivo da ora agravante é a improcedência da ação civil pública direcionada a condenação de uma empresa, especificamente.*

III - *Agravo interno não conhecido* (STJ, AgInt na PET no REsp 1.637.910/RN, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe de 27/06/2018).

Processual Civil. Enunciado Administrativo 3/STJ. Agravo interno na petição no recurso especial. *Pedido de ingresso como amicus curiae. Indeferimento. Irrecorribilidade da decisão. Ausência dos requisitos do art. 138 do CPC/2015. Agravo interno não provido.*

1. *A interpretação atribuída ao art. 138 do CPC/2015 é no sentido de que é irrecorrível 'qualquer decisão a respeito da intervenção de terceiro como amicus curiae'.*

2. *A orientação jurisprudencial da 1ª Seção deste Sodalício é no sentido de que o ingresso de amicus curiae é previsto para as ações de natureza objetiva, sendo excepcional a admissão no processo subjetivo quando a multiplicidade de demandas similares indicar a generalização do julgado a ser proferido. Não é admitido o ingresso quando a pretensão é dirigida para tentar assegurar resultado favorável a uma das partes envolvidas.*

3. *Agravo interno não provido* (STJ, AgInt na PET no REsp 1.700.197/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 27/06/2018).

Ainda:

Agravo interno na petição no recurso especial. Pedido de ingresso como amicus curiae. Indeferimento pelo relator. Pleito formulado a destempo. Recurso especial já julgado. Interposição de recurso. Descabimento.

1. *Consoante o art. 138, caput, do CPC/2015, a decisão do relator que dispõe a respeito da intervenção do amicus curiae no processo é irrecorrível.*

2. *Agravo interno não conhecido* (STJ, AgInt na PET no REsp 1.367.212/RR, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe de 14/02/2018).

Tal compreensão acabou vencedora, por unanimidade, na Corte Especial do STJ, em 1º/08/2018, no julgamento da Questão de Ordem no REsp 1.696.396/MT – afetado sob o rito dos recursos repetitivos, e ainda pendente de conclusão do julgamento de mérito –, consoante a seguinte transcrição do voto condutor, de relatoria da Ministra *Nancy Andrighi*:

Da admissibilidade do agravo interno.

Superada a questão relacionada a possibilidade de julgamento do agravo interno, passa-se então ao exame de admissibilidade do referido recurso.

Nesse particular, não se olvida que há precedentes do Supremo Tribunal Federal em processos de natureza objetiva, especialmente em Ações Diretas de Inconstitucionalidade, no sentido de que o pretense amicus curiae teria legitimidade

para recorrer da decisão que o inadmite. A esse respeito: EDcl na ADI 3.615/PB, Pleno, DJe 25/04/2008 e EDcl na ADI 3.105, Pleno, DJe 23/02/2007.

Todavia, esse entendimento é fruto de construção jurisprudencial consolidada na ausência de regra jurídica específica que disciplinasse a recorribilidade pelo *amicus curiae*, lacuna legislativa que veio a ser amplamente sanada pelo CPC/15:

Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

§ 1º A intervenção de que trata o *caput* não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º.

§ 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*.

§ 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

A leitura do art. 138 do CPC/15, não deixa dúvida de que a decisão unipessoal que verse sobre a admissibilidade do amicus curiae não é impugnável por agravo interno, seja porque o caput expressamente a coloca como uma decisão irrecorrível, seja porque o § 1º expressamente diz que a intervenção não autoriza a interposição de recursos, ressalvada a oposição de embargos de declaração ou a interposição de recurso contra a decisão que julgar o IRDR. Esse entendimento, aliás, encontra sólido respaldo em respeitada doutrina:

Concretizada uma das hipóteses demarcadas pelos limites objetivos de cabimento da intervenção, na forma do art. 138, *caput*, do CPC, poderá o juiz ou o relator admitir, de ofício ou mediante requerimento, o ingresso do *amicus curiae* no feito. Trata-se de uma faculdade do magistrado a admissão do terceiro, sendo que do deferimento ou do indeferimento da decisão não cabe qualquer recurso das partes ou do próprio terceiro. (OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. Curso de Direito processual civil: vol. 1, parte geral. 1ª ed. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 437).

(...)

A decisão sobre a intervenção do *amicus curiae*, admitindo-a ou não a admitindo, é irrecorrível (art. 138, *caput*, CPC) (DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil. Vol. 1. 17ª edição. Bahia: Jus Podivm, 2015, p. 524).

(...)

Infelizmente, excepcionada a intervenção no caso do incidente de resolução de demandas repetitivas e os embargos declaratórios, o Código vetou linearmente a utilização de recursos pelo amigo da corte. Deveria ter possibilitado a intervenção de recurso nas situações relativas ao indeferimento do pedido de participação do amigo da corte, como vinha sendo reconhecido pela jurisprudência pátria. (GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar. Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015. São Paulo: Forense, 2015. p. 447/448).

Por tais razões, é imperioso que se reconheça o manifesto descabimento do agravo interno.

Por coincidência, na mesma data (1º/08/2018), no julgamento do AgReg no RE 817.338/DF, no Supremo Tribunal Federal havia prevalecido o entendimento em sentido contrário, ou seja, do cabimento do Agravo Regimental contra a decisão que *indefere* o ingresso, no feito, do *amicus curiae*.

Eis a ementa do referido julgado:

Segundo agravo regimental no recurso extraordinário. Fundamentos. Ausência de impugnação. Precedentes.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que a parte deve impugnar, na petição de agravo regimental, todos os fundamentos da decisão agravada.

2. Ademais, a atividade do *amicus curiae* possui natureza meramente colaborativa, pelo que inexistente direito subjetivo de terceiro de atuar como amigo da Corte. O relator, no exercício de seus poderes, pode admitir o amigo da corte ou não, observando os critérios legais e jurisprudenciais e, ainda, a conveniência da intervenção para a instrução do feito.

3. Consoante disposto nos arts. 138, caput, do CPC e 21, inciso XVIII, do Regimento Interno desta Corte, em hipótese de acolhimento do pedido de ingresso de *amicus curiae* na lide, tal decisão seria irrecorrível, podendo, contudo, ser objeto de agravo a decisão que indefere tal pleito.

4. Agravo regimental não provido (STF, AgReg no RE 817.338/DF, Rel. Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 1º/08/2018, DJe de 24/08/2018).

Não obstante, mais recentemente, na sessão plenária de 17/10/2018, o STF acabou por uniformizar, por maioria, o entendimento de que “*não cabe a interposição de agravo regimental para reverter decisão de relator que tenha*

inadmitido no processo o ingresso de determinada pessoa ou entidade como amicus curiae (amigo da Corte)”. Ou seja, tal posição perfilhou a orientação que fora acolhida pela Corte Especial do STJ, na sessão de 1º/08/2018.

No aludido julgamento realinou o seu entendimento o Ministro *Dias Toffoli*, que votou pela irrecorribilidade da decisão indeferitória do ingresso do *amicus curiae* na lide, à luz, inclusive, do art. 138 do CPC/2015, vencidos os Ministros *Marco Aurélio* e *Edson Fachin*.

Estando pendente de publicação o inteiro teor do acórdão, transcrevo, com destaques, a notícia publicada em 17/10/2018, no sítio eletrônico do STF, referente ao julgamento do RE 602.584/DF, *in verbis*:

Em sessão extraordinária realizada nesta quarta-feira (17), o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, por maioria de votos, que não cabe a interposição de agravo regimental para reverter decisão de relator que tenha inadmitido no processo o ingresso de determinada pessoa ou entidade como *amicus curiae* (amigo da Corte).

A decisão majoritária acompanhou a divergência iniciada pelo ministro Luiz Fux, quando da apresentação de seu voto-vista no julgamento de agravos regimentais interpostos no Recurso Extraordinário (RE) 602.584. Os agravos são de autoria da Associação dos Procuradores do Estado de São Paulo (Apesp) e do Sindicato dos Procuradores do Estado, das Autarquias, das Fundações e das Universidades Públicas do Estado de São Paulo (Sindproesp) e foram rejeitados pelo relator da matéria, ministro Marco Aurélio. As entidades buscavam ser aceitas como amigas da Corte no processo que discute incidência de teto constitucional sobre o montante da acumulação dos vencimentos com os benefícios de pensão.

O ingresso de pessoa ou entidade como amigo da Corte está prevista em lei, como no caso de julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade e das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) que são reguladas pela Lei 9.868/1999 (Lei das ADIs). A norma, em seu artigo 7º, parágrafo 2º, faculta ao relator a admissão dos pedidos de ingresso de amigos da Corte, ‘considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, por despacho irrecorrível’. *Esse ponto foi ressaltado pelo ministro Luiz Fux para divergir do relator, no sentido de não conhecer dos agravos apresentados, uma vez que, em seu entender, a decisão do relator é soberana.*

Fux destacou que, embora o caso trate de um recurso extraordinário, ou seja, não sujeito à regulação pela Lei das ADIs, há uma outra norma que igualmente considera irrecorrível a decisão do relator para admitir ingresso como amicus curiae. Trata-se do artigo 138 do novo Código de Processo Civil que permite, por decisão do relator, o ingresso de terceiros no processo, ‘considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia.’

Fux ressaltou que o parágrafo 1º da norma permite apenas, contra a decisão do relator, a oposição de embargos de declaração para prestar esclarecimentos.

Segundo o ministro Luiz Fux, o amigo da Corte não é parte, nem terceiro, mas apenas agente colaborador. 'A razão é meramente colaborativa, não constitui um direito, mas apenas um privilégio para aquele que pleiteia', afirmou. Ele observou que somente no julgamento do Código Florestal foram apresentados 60 pedidos de ingresso de amigos da Corte e que seria impraticável se fossem aceitos agravos contra a decisão dele que inadmitiu 50 pedidos. A ministra Rosa Weber e o ministro Dias Toffoli reajustaram o voto para acompanhar a corrente divergente aberta pelo ministro Luiz Fux, seguido também pela ministra Cármen Lúcia.

Vencidos

O relator do recurso, ministro Marco Aurélio, votou no sentido de conhecer dos agravos regimentais – considerando o direito de recorrer das entidades contra a negativa de ingresso na ação – mas negou o pedido, por considerar que elas não atendiam aos requisitos legais necessários para a admissão. O entendimento do relator foi acompanhado pelo ministro Edson Fachin, que citou precedentes do STF no sentido de admitir o recurso.

Segundo o ministro Marco Aurélio, o artigo 7º da Lei das ADIs prevê a irrecorribilidade, mas como exceção. Para o ministro, se a decisão é negativa, no sentido de não permitir o ingresso como amigo da Corte, cabe o agravo para apreciação do pedido. 'Não podemos deixar de reconhecer o recurso interposto', disse. Mesmo entendimento teve o ministro Edson Fachin, afirmando precedentes na Corte no sentido de aceitar os agravos. 'Se cabe recurso contra a admissão, por que não caberia contra a inadmissão?'; indagou. Nesse sentido, ambos votaram pelo conhecimento dos agravos, mas negaram-lhes provimento.

Realmente, se, por um lado, ante a literalidade do contido no art. 138 do novo CPC, já se decidiu que não se pode extrair a irrecorribilidade da decisão que indefere o pedido de ingresso como *amicus curiae*, por outro, acabou por prevalecer, tanto na Corte Especial do STJ, quanto no Tribunal Pleno do STF, o entendimento de que, em hipóteses tais, descaberia o recurso – assim afastando, ainda que indiretamente, qualquer hipótese de cerceamento de defesa –, porquanto “o amigo da Corte não é parte, nem terceiro, mas apenas agente colaborador. 'A razão é meramente colaborativa, não constitui um direito, mas apenas um privilégio para aquele que pleiteia'”.

Nesse panorama, diante da nova orientação da Corte Especial do STJ e do Plenário da Suprema Corte, realinho o meu posicionamento, para, preliminarmente, não conhecer do presente Agravo interno.

É como voto.

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA
EM RECURSO ESPECIAL N. 1.656.383-SC (2015/0262731-9)**

Relator: Ministro Gurgel de Faria

Embargante: Joseph Brais

Advogados: Paulo Fretta Moreira e outro(s) - SC019086

Luciano Chede - SC019002

Enio Francisco Demoly Neto - SC029472

Raphael Isaac Braga Bussolo - SC039358

Embargante: SCL Construção e Serviços Ltda

Advogados: Gustavo Regis de Figueiredo e Silva - SC014807

Rafael Luiz Rovaris - SC023500

Embargado: Ministério Público Federal

Interes.: Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia -
INMETRO

EMENTA

Administrativo. Improbidade. Conduta também tipificada como crime. Prescrição. Código Penal. Pena em abstrato. Observância.

1. A contagem prescricional da ação de improbidade administrativa, quando o fato traduzir crime submetido a persecução penal, deve ser pautada pela regra do Código Penal, em face do disposto no inciso II do art. 23 da Lei n. 8.429/1992 e no § 2º do art. 142 da Lei n. 8.112/1990.

2. Se a Lei de Improbidade Administrativa (art. 23, II), para fins de avaliação do prazo prescricional, faz remissão ao Estatuto dos Servidores Públicos Federais (art. 142, § 2º) que, por sua vez, no caso de infrações disciplinares também capituladas como crime, submetese à disciplina da lei penal, não há dúvida de que “a prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, [...] regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime”, conforme expressa disposição do art. 109, *caput*, do Estatuto Repressor.

3. Deve ser considerada a pena *in abstrato* para o cálculo do prazo prescricional, “a um porque o ajuizamento da ação civil pública

por improbidade administrativa não está legalmente condicionado à apresentação de demanda penal. Não é possível, desta forma, construir uma teoria processual da improbidade administrativa ou interpretar dispositivos processuais da Lei n. 8.429/92 de maneira a atrelá-las a institutos processuais penais, pois existe rigorosa independência das esferas no ponto... A dois (e levando em consideração a assertiva acima) porque o lapso prescricional não pode variar ao talante da existência ou não de ação penal, justamente pelo fato de a prescrição estar relacionada ao vetor da segurança jurídica.” (REsp 1.106.657/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 20/09/2010).

4. Embargos de divergência desprovidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, vencido o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, negar provimento a ambos os embargos de divergência, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Benedito Gonçalves, Assusete Magalhães, Sérgio Kukina e Regina Helena Costa votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão e, ocasionalmente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília (DF), 27 de junho de 2018 (data do julgamento).

Ministro Gurgel de Faria, Relator

DJe 5.9.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gurgel de Faria: Trata-se de embargos de divergência interpostos por *Joseph Brais* e *SCL Construção e Serviços Ltda.*, em peças distintas, contra acórdão proferido pela Segunda Turma desta Corte, rel. Min. Herman Benjamin, assim ementado (e-STJ fls. 932/933):

Administrativo e Processual Civil. Improbidade administrativa. Conduta também tipificada como crime. Prescrição. Art. 109 do CP. Pena abstratamente

cominada. Independência processual entre ação civil pública por improbidade administrativa e ação penal. Resguardo do vetor segurança jurídica.

1. Trata-se na origem de Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal contra os recorrentes, aos quais se imputa a prática de ato de improbidade administrativa consistente na dispensa irregular de processo licitatório para a aquisição de imóvel destinado a abrigar a sede da Superintendência do Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia - Inmetro em Santa Catarina, bem como para a compra de bens imóveis destinados à sua guarnição.

2. Hipótese em que o Tribunal de origem afastou a prescrição reconhecida pelo juízo singular por entender que, no caso dos autos, a conduta ímproba imputada aos recorrentes diz respeito à dispensa indevida de licitação, que, por sua vez, está tipificada como crime no art. 89 da Lei 8.666/1993, sujeito a pena de detenção, de 3 a 5 anos, e multa. Assim, deve-se aplicar o prazo prescricional de 12 anos previsto no art. 109, III, do Código Penal. Dessa forma, considerando que os fatos narrados na inicial ocorreram em 2004 e que o ajuizamento da Ação Civil Pública deu-se em 13/07/2012, conclui-se não estar prescrita a pretensão relativa à aplicação das sanções previstas na Lei 8.429/1992, porque não decorridos mais de 12 anos dos marcos temporais mencionados.

3. Nos termos da jurisprudência do STJ, a contagem prescricional da Ação de Improbidade Administrativa, quando o fato traduzir crime submetido a persecução penal, deve ser pautada pela regra do Código Penal, em face do disposto no inciso II do art. 23 da Lei 8.429/1992 e no § 2º do art. 142 da Lei 8.112/1990.

4. Convém esclarecer que o STJ, com relação à prescrição da Ação de Improbidade Administrativa, firmou o seu entendimento de que “a disposição da lei de que a falta administrativa prescreverá no mesmo prazo da lei penal, leva a uma única interpretação possível, qual seja, a de que este prazo será o mesmo da pena em abstrato, pois este, por definição originária, é o prazo próprio prescricional dos crimes em espécie.” Nesse sentido: REsp 1.386.162/SE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 19/3/2014; AgRg no REsp 1.386.186/PE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 2/5/2014; REsp 379.276/SP, Rel. Ministra Maria Thereza De Assis Moura, Sexta Turma, DJ 26/02/2007, p. 649; RMS 15.648/SP, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJ 3/9/2007, p. 221 e RMS 18.901/RJ, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJ 13/3/2006, p. 338.

5. Deve ser considerada a pena *in abstrato* para o cálculo do prazo prescricional, a “um porque o ajuizamento da ação civil pública por improbidade administrativa não está legalmente condicionado à apresentação de demanda penal. Não é possível, desta forma, construir uma teoria processual da improbidade administrativa ou interpretar dispositivos processuais da Lei n. 8.429/92 de maneira a atrelá-las a institutos processuais penais, pois existe rigorosa independência das esferas no ponto.” “A dois (e levando em consideração a

assertiva acima) porque o lapso prescricional não pode variar ao talante da existência ou não de ação penal, justamente pelo fato de a prescrição estar relacionada ao vetor da segurança jurídica” (REsp 1.106.657/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 20.9.2010).

6. Recursos Especiais não providos.

Os embargantes aduzem, em síntese, que o aresto recorrido dissentiu de julgados da Primeira Turma, sintetizados nas seguintes ementas:

Direito Administrativo. Agravo regimental em recurso especial. Inquérito civil instaurado pelo Ministério Público para investigar a prática de ato de improbidade administrativa. Policial Civil do Rio Grande do Sul. Impossibilidade de aplicação do prazo prescricional previsto no CPB, por inexistência de ação penal e condenação em desfavor do impetrante. Aplicação do prazo quinquenal previsto no art. 23, II da Lei 8.429/92. Ocorrência da prescrição da pretensão punitiva. Agravo regimental do MPF desprovido.

1. O poder-dever de a Administração punir falta cometida por seus funcionários não é absoluto, encontrando limite temporal no princípio da segurança jurídica, de hierarquia constitucional, pela evidente razão de que os administrados não podem ficar indefinidamente sujeitos à instabilidade do Poder Disciplinar do Estado.

2. O art. 23 da Lei de Improbidade Administrativa instituiu o princípio da absoluta prescribibilidade das sanções disciplinares. *In casu*, trata-se de eventual prática de ato de improbidade por parte de Policial Civil do Estado do Rio de Janeiro, motivo pelo qual, nos termos do citado art. 23, II da LIA, deverão ser observados os prazos prescricionais previstos em seu Regime Único.

3. O art. 24, II do Decreto-Lei 218/75, que instituiu o Estatuto dos Policiais Civis do Estado do Rio de Janeiro, determina a aplicação dos prazos prescricionais para as faltas sujeitas à pena de demissão previstos no Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado do Rio de Janeiro (Decreto-Lei 220/75), que dispõe que a contagem do prazo prescricional quinquenal tem início na data da ocorrência do evento punível e a instauração de Processo Administrativo Disciplinar interrompe o curso da prescrição.

4. Na presente demanda, o ato imputado ao impetrado diz respeito à uma viagem realizada para a França em junho de 1998 sem a autorização superior. Não houve instauração de Processo Administrativo Disciplinar, mas apenas sindicância sumária que foi arquivada em 21 de dezembro de 1998. Foi instaurado inquérito civil público em 7 de dezembro de 2001, não tendo sido concluído até a presente data. Entretanto, já estando prescrita a própria ação, desnecessária a sua continuidade.

5. Segundo entendimento pacífico desta Corte, a eventual presença de indícios de crime, sem a devida apuração em Ação Criminal, afasta a aplicação da norma penal para o cômputo da prescrição. Isso porque não seria razoável aplicar-se à prescrição da punibilidade administrativa o prazo prescricional da sanção penal, se sequer se deflagrou a iniciativa criminal, sendo incerto, portanto, o tipo em que o Servidor seria incurso, bem como a pena que lhe seria imposta, o que inviabiliza a apuração da respectiva prescrição.

6. Agravo Regimental do Ministério Público Federal desprovido. (AgRg no REsp 1.196.629/RJ, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 14/05/2013, DJe 22/05/2013).

Processual Civil e Administrativo. Agravo regimental no recurso especial. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Decretação da prescrição relativamente a um dos réus. Termo inicial. Data na qual a Administração teve do ciência do suposto ato ímprobo. Precedentes. Revisão do termo inicial. Impossibilidade. Súmula n. 7/STJ. Não aplicação do art. 142, § 2º, da Lei n. 8.112/1990. Não ajuizamento de ação penal. Cabimento do apelo nobre pela alínea “c” do permissivo constitucional. Súmula n. 83/STJ.

Agravo regimental não provido, acompanhando a relatora, Sra. Desembargadora Convocada Marga Tessler. (AgRg no REsp 1.509.971/SP, Rel. Ministra Marga Tessler, Primeira Turma, julgado em 23/06/2015, DJe 01/07/2015).

Pugnam pelo provimento do recurso para que prevaleça a tese dos acórdãos paradigmas, “onde resta consignado ser inaplicável a contagem do prazo prescricional previsto na legislação penal quando não se tem notícia de investigação criminal ou ação penal anteriormente ajuizada”.

Admissão dos embargos de divergência (e-STJ fls. 1.093/1.095).

Impugnação apresentada pelo *Ministério Público Federal*, defendendo, em síntese, que: a Lei n. 8.112/1990, em seu art. 142, § 2º (dispositivo que regula os prazos de prescrição), remete à lei penal as situações em que as infrações disciplinares também constituem condutas tipificadas como crimes. Basta que a conduta ímproba também se caracterize como crime, sendo que o texto legal não exige que haja condenação criminal do réu ou que o fato esteja sendo apurado em ação penal ou inquérito policial; entender que o prazo prescricional penal se aplica exclusivamente quando há apuração criminal resultaria em condicionar indevidamente o ajuizamento da ação civil pública por improbidade administrativa à apresentação de demanda penal (e-STJ fls. 1.099/1.103).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gurgel de Faria (Relator): Conforme relatado, os embargantes suscitam a ocorrência de divergência interna entre as Turmas de Direito Público acerca da necessidade ou não de ação criminal para estabelecer que o prazo prescricional na ação de improbidade coincide com o previsto na lei penal.

Sobre o tema, tenho que a divergência jurisprudencial foi suficientemente demonstrada.

Com efeito, do acórdão embargado, que confirmou o julgado então recorrido, é possível depreender o entendimento de que deve ser considerada a pena *in abstracto* para o cálculo do prazo prescricional, visto que o ajuizamento da ação civil pública por improbidade administrativa não está legalmente condicionado à apresentação de demanda penal e porque o lapso prescricional não pode variar ao talante da existência ou não de ação penal, justamente pelo fato de a prescrição estar relacionada ao vetor da segurança jurídica.

Já ambos os arestos paradigmáticos, partindo de contextos fáticos muito semelhantes, apresentaram conclusões opostas à encontrada pelo acórdão embargado, pela necessidade do ajuizamento da ação penal para fins de aplicação do art. 142, § 2, da Lei n. 8.112/1992.

Conheço, portanto, do recurso.

Quanto ao mérito, coaduno-me com a orientação consignada no acórdão embargado.

É que, na hipótese de servidor efetivo, como no caso, “a contagem prescricional da ação de improbidade administrativa, quando o fato traduzir crime submetido a persecução penal, deve ser pautada pela regra do Código Penal, em face do disposto no inciso II do art. 23 da Lei 8.429/1992 e no § 2º do art. 142 da Lei 8.112/1990” (AgRg nos EDcl no REsp n. 1.360.873/PB, relator Ministro Olindo Menezes, desembargador convocado do TRF 1ª Região, Primeira Turma, DJe 22/02/2016).

Ora, se a Lei de Improbidade Administrativa (art. 23, II), para fins de avaliação do prazo prescricional, faz remissão ao Estatuto dos Servidores Públicos Federais (art. 142, § 2º) que, por sua vez, no caso de infrações disciplinares também capituladas como crime, submete-se à disciplina da lei penal, não há dúvida de que “a prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, [...]

regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime”, conforme expressa disposição do art. 109, *caput*, do CP/1940.

De outro lado, não prospera o argumento de que a prescrição da improbidade administrativa deveria ser contada de acordo com a pena em concreto, uma vez que tal lapso prescricional não poderia ficar condicionado à existência ou não da ação penal.

Nesse sentido:

Processual Civil e Administrativo. Embargos declaratórios. Ofensa ao art. 535 do CPC. Erro material. Recorrente beneficiado pela assistência judiciária gratuita. Aplicação da pena de deserção. Impossibilidade. Improbidade administrativa. Conduta também tipificada como crime. Prescrição. Art. 109 do CP. Pena abstratamente cominada. Independência processual entre ação civil pública por improbidade administrativa e ação penal. Resguardo do vetor segurança jurídica.

1. Caracterizado erro material quanto à premissa de fato segundo a qual o apelo extremo estaria deserto, pois o embargante, na verdade, encontrava-se beneficiado pela assistência judiciária gratuita.

2. No que se refere ao recurso especial, tem-se que a causa de pedir da presente ação civil pública é o cometimento de atos sobre os quais recai também capitulação penal, o que atrai a incidência do art. 23, inc. II, da Lei de Improbidade Administrativa e das normas que daí advêm como consequência de estrita remissão legal.

3. Os prazos prescricionais, portanto, serão sempre aqueles tangentes às faltas disciplinares puníveis com demissão.

4. A seu turno, a Lei n. 8.112/90, em seu art. 142, § 2º, dispositivo que regula os prazos de prescrição, remete à lei penal nas situações em que as infrações disciplinares constituam também condutas tipificadas como crimes - o que ocorre na hipótese. No Código Penal, a prescrição vem regulada no art. 109.

5. Entender que o prazo prescricional penal se aplica exclusivamente quando há apuração criminal (prescrição regulada pela pena em concreto) resultaria em condicionar o ajuizamento da ação civil pública por improbidade administrativa à apresentação de demanda penal.

6. Não é possível construir uma teoria processual da improbidade administrativa ou interpretar dispositivos processuais da Lei n. 8.429/92 de maneira a atrelá-las a institutos processuais penais *tout court*, pois existe rigorosa independência das esferas no ponto.

7. O lapso prescricional da ação de improbidade administrativa não pode variar ao talante da existência ou não de apuração criminal, justamente pelo fato de a prescrição estar relacionada ao vetor da segurança jurídica.

8. Precedente: REsp 1.106.657/SC, de minha relatoria, Segunda Turma, julgado em 17.8.2010.

9. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para conhecer do recurso especial e negar-lhe provimento.

(EDcl no REsp 914.853/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 16/12/2010, DJe 08/02/2011)

Da mesma forma, vejamos o seguinte precedente:

Administrativo e Processual Civil. Improbidade administrativa. Fraudes contra o INSS. Servidor público que se valera dessa condição para conceder benefícios previdenciários irregulares. Ações penais ajuizadas para apuração de responsabilidade criminal. Prescrição das sanções disciplinares. Cálculo pela sanção penal em abstrato.

1. Na origem, o *Parquet* moveu Ação de Improbidade Administrativa imputando ao réu a prática de fraudes que acarretaram ao INSS prejuízos estimados em R\$ 859.190,33, tendo em vista que o ora recorrente, valendo-se da condição de servidor público, concedeu 53 (cinquenta e três) benefícios previdenciários irregulares, mediante a utilização de informações laborais falsas, falsificação de documentos e manipulação do sistema informatizado do INSS. Tais fatos resultaram na instauração de Procedimento Administrativo voltada à apuração de responsabilidade penal pela prática dos delitos de corrupção passiva e ativa.

2. *“A disposição da lei de que a falta administrativa prescreverá no mesmo prazo da lei penal, leva a uma única interpretação possível, qual seja, a de que este prazo será o mesmo da pena em abstrato, pois este, por definição originária, é o prazo próprio prescricional dos crimes em espécie”* (REsp 379.276/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJ 26/02/2007, p. 649). No mesmo sentido: RMS 15.648/SP, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJ 3/9/2007, p. 221 e RMS 18.901/RJ, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJ 13/03/2006, p. 338.

3. Recurso Especial não provido.

(REsp n. 1.386.162/SE, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 19/03/2014). (Grifos acrescidos)

No âmbito da Primeira Turma, reporto-me ao seguinte precedente monocrático, na linha do posicionamento que ora defendo: REsp 1.554.236/SC, rel. Min. *Sérgio Kukina*, DJe 16/04/2018.

Nesse sentido, tenho que o entendimento sufragado no aresto recorrido há de prevalecer.

Ante o exposto, *nego provimento* aos embargos de divergência.
É como voto.

HABEAS CORPUS N. 467.209-DF (2018/0225294-6)

Relator: Ministro Sérgio Kukina

Impetrante: Mathaus Ariel Oliveira Silva Agacci e outro

Advogados: Anderson Rodrigues de Almeida - SC050421

Mathaus Ariel Oliveira Silva Agacci - SC051132

Impetrado: Ministro da Justiça

Paciente: Jose Vieira (Preso)

EMENTA

Administrativo. Internacional Público. *Habeas corpus* cível. Extradicação ativa. *Writ* que se volta contra aventadas ilegalidades atinentes ao mérito do pedido de extradicação. Ilegitimidade do Ministro de Estado da Justiça para figurar no polo passivo da presente impetração. *Habeas corpus* não conhecido.

1. No caso concreto, o remédio constitucional libertário se volta, unicamente, contra apontadas ilegalidades concernentes ao próprio mérito da extradicação ativa judicialmente deferida, cuja valoração refoge ao exame técnico-formal a cargo do DRCI/MJ. Noutras palavras, as assacadas ilegalidades estão relacionadas à atuação valorativa do Juízo de Direito da Vara Criminal de Itapema/SC, no passo em que determinou a extradicação do paciente.

2. Ausente qualquer violência ou coação à liberdade de locomoção do paciente, que pudesse ser atribuída ao Ministro de Estado da Justiça, resta patenteada sua ilegitimidade para figurar no polo passivo da impetração.

3. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por por unanimidade, não conhecer do pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. A Sra. Ministra Regina Helena Costa e os Srs. Ministros Gurgel de Faria, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros Francisco Falcão e Og Fernandes.

Sustentou, oralmente, o Dr. Mathaus Ariel Oliveira Silva Agacci, pelo impetrante.

Brasília (DF), 14 de novembro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Sérgio Kukina, Relator

DJe 22.11.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina: Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido de medida liminar, impetrado por Mathaus Ariel Oliveira Silva Agacci e outro, em favor de José Vieira, contra ato atribuído ao Ministro de Estado da Justiça.

Para mais abrangente compreensão da controvérsia, reproduzo os seguintes trechos da petição inicial (fls. 4/11):

[...]

O paciente, no ano de 2001, foi acusado injustamente e de maneira absolutamente desproporcional de cometer uma tentativa de homicídio contra sua anterior companheira, foi preso em flagrante e denunciado. A sentença de pronúncia somente deu-se em 2005, tendo, somente em 2010, sido confirmada pelo Tribunal de Justiça.

O júri aconteceu à revelia do paciente, tendo os jurados entendido que não houve tentativa de homicídio, havendo, portanto, desclassificação própria, tendo a juíza em 2011 prolatado sua sentença condenatória pelo crime de cárcere privado (Art. 148, § 2º c/c Art. 61 "caput", I, II, "a", "c" c/c Art. 65 "caput", III, "d", todos do Código Penal) com pena de três anos e seis meses em regime fechado.

No entanto, somente em 2013 houve o trânsito em julgado da condenação após a denegação do recurso de apelação no Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Acontece, Excelências, que em 2007, tendo em conta não haver nenhuma cautelar em seu desfavor, além de, à época nem tinha sido definitivamente pronunciado, o paciente viajou para Itália e obteve a cidadania italiana, buscando melhores condições de vida para si e para sua família.

No ano de 2008 o paciente se mudou para Londres – Inglaterra, tendo fixado residência lá e levado toda sua família em 2010, encontrando-se no mesmo endereço desde o aludido ano, não tendo levado sequer uma multa de trânsito, quiçá respondido por qualquer procedimento criminal em Londres (conforme documento de antecedentes emitido em Londres anexo ao presente remédio constitucional).

Na Inglaterra possui residência própria, filho menor de idade alfabetizado na língua inglesa, amigos e família próxima, além de emprego lícito e fixo, não lhe restando nada neste país, se não lembranças amargas da condenação por um crime que não cometeu e irá ser discutido em sede de revisão criminal.

No ano de 2012 o Delegado de Polícia Federal Luiz Eduardo Navajas Telles Pereira enviou um e-mail para o cartório da Vara Criminal da Comarca de Itapema/SC informando que através do Adido do DPF na Embaixada do Brasil em Londres o paciente havia sido localizado tendo residência naquela região, já que havia um mandado de prisão ativo em seu desfavor na justiça brasileira.

Sem resposta, o delegado, por meio do Ofício n. 042/13 - RR/IP/SC, informou, em 05 de novembro de 2013, oficialmente, onde se encontrava o paciente (Inglaterra) e se, de fato, tinham interesse na inclusão dele na difusão vermelha.

Em 12 de novembro de 2013 a juíza de direito da Vara Criminal de Itapema despachou nos autos do processo criminal 125.13.006610-2 para que o cartório daquela vara encaminhasse os documentos solicitados para inclusão do paciente na difusão vermelha, tendo sido, de fato, inserido na difusão vermelha em 22 de maio de 2014.

Após a inclusão do paciente na difusão vermelha, fora somente 17 de abril de 2015 que a juíza de direito da Vara Criminal de Itapema solicitou ofício ao Excelentíssimo Ministro da Justiça, ora autoridade coatora da presente impetração, para que fosse procedido o processo de extradição do paciente, mesmo que absolutamente desproporcional, como melhor no mérito do presente remédio heroico será demonstrado.

O processo ficou na pendência documental durante três anos, tendo sido enviados inúmeros ofícios do Ministério da Justiça para a Vara Criminal de Itapema solicitando se aquele juízo ainda teria interesse no processo de extradição.

Fora somente em 05 de março do presente ano que todos os documentos foram analisados pelo DRCI/MJ, tendo iniciado, a partir de então, oficialmente, o processo administrativo de extradição (n. 08099.000398/2018- 81) do paciente de maneira absolutamente desproporcional e afrontosa às garantias fundamentais do aludido, tendo em vista ter nova vida em país estrangeiro, não ter fugido do distrito da culpa e diversos outros motivos que adiante serão elencados.

Sendo assim, infere-se que o DRCI/MJ é o responsável por para fazer a admissibilidade do pedido de extradição, além de sua viabilidade jurídica, tendo agido ilegalmente uma vez que agiu sem a observância das peculiaridades do caso em apreço, tolhendo do paciente diversas garantias constitucionais que adiante melhor demonstrar-se-á.

Portanto, a decisão administrativa de admissibilidade do processo de extradição (Despacho no 528/2018/EXT/CETPC/DRCI/SNJ) está causando flagrante constrangimento ilegal à liberdade ambulatoria do paciente que, se realmente tiver efetivado o processo extraditório ativo, terá diversas garantias fundamentais atacadas de modo gravíssimo e irreversível, sendo, o cárcere para ele aqui no Brasil, um decreto de morte, fato este que deve ser resolvido por meio do presente remédio heroico, conforme adiante elencar-se-á.

3. Da Legitimidade Passiva do Ministro do Estado da Justiça e Segurança Pública:

É gritante a legitimidade passiva do Ministro do Estado da Justiça e Segurança Pública para figurar como autoridade coatora no presente remédio constitucional, tendo em vista o que dispõe o art. 105, I, "c" da Constituição Federal [...]

Apesar da decisão de admissibilidade do processo extraditório ativo advir do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), tal departamento não se manifesta em nome próprio, mas sim por delegação administrativa (Art. 12, IV do Decreto n. 9.360/2018) do Excelentíssimo Ministro da Justiça, autoridade coatora da presente impetração [...]

Cumpre-nos ainda salientar que a autoridade coatora possui discricionariedade para negar processamento à extradição ativa do ora paciente, tendo em vista o que determina a Lei n. 13.445/2017, Lei da Migração [...]

Inegável o papel de protagonismo exercido pelo Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI) nas extradições ativas, por delegação da ora autoridade coatora, fazendo a admissibilidade do pedido extraditório, o que é possível inferir-se pela leitura do Manual da Extradição do Ministério da Justiça [...]

Chancela qualquer tese contrária parte do voto do Ministro Sérgio Kukina deste Egrégio Superior Tribunal de Justiça, que, ao analisar caso semelhante no HC n. 434.686, afirma de maneira cabal que, havendo possível irregularidade na fase administrativa do processo de extradição, que é o caso dos autos, tem legitimidade para figurar como autoridade coatora o Ministro da Justiça [...]

Ainda, é de suma importância observar o que dispõe a Súmula n. 510 do Supremo Tribunal Federal:

Praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou a medida judicial.

Infere-se do arcabouço lógico normativo transcrito no presente tópico ser evidente, portanto, a correta eleição da autoridade coatora na presente impetração, assim como a aludida tem a discricionariedade para fazer o juízo de admissibilidade jurídica do processo de extradição ativa e, quando feito, agiu ilegalmente, tendo em vista que deixou de valorar as garantias fundamentais do paciente, assim como a incongruência deste pedido extradicional, que, além de custoso aos cofres públicos, gerará mais danos se for completado do que se não fosse admitido, sendo, portanto, ineficiente.

Importante, por fim, salientar que o presente *Habeas Corpus* não se insurge contra atuação de autoridades estrangeiras, mas sim contra ato administrativo do Excelentíssimo Ministro da Justiça que proferiu juízo de admissibilidade jurídica do processo de extradição ativa, de tal forma que o processo de extradição que corre na justiça da Grã-Bretanha não tem influência alguma na análise de mérito da presente impetração.

[...]

Nessa linha de raciocínio, os impetrantes sustentam a “manifesta necessidade de revogação da decisão administrativa da autoridade coatora que emitiu juízo de admissibilidade favorável à extradição do paciente” (fls. 11). Afirmam que seria “cristalino contrassenso trazer o paciente para cumprir pena no Brasil”, destacando, nesse viés, a “notória precariedade do sistema penitenciário brasileiro” (fl. 15). Assentam, ainda, que não foram observados “direitos e garantias fundamentais do paciente” (fl. 21). Pedem a concessão de medida liminar, a fim de que seja suspenso o procedimento administrativo de extradição até o julgamento do presente *writ*. No mérito, requerem a revogação da decisão administrativa que emitiu juízo de admissibilidade favorável à extradição do paciente.

Prossigo para anotar que, por meio da decisão de fls. 435/442, indeferi o pedido de concessão de medida liminar, solicitei informações à autoridade impetrada e abri vista dos autos ao Ministério Público Federal.

Contra essa decisão, os impetrantes formularam pedido de reconsideração, que foi por mim indeferido, por meio do *decisum* encartado às fls. 455/456.

Na sequência, a autoridade impetrada prestou informações (fls. 462/1.073), aduzindo, em síntese:

(I) sua ilegitimidade passiva *ad causam*, porquanto:

(a) “No Brasil, a Autoridade Central designada para atuar nos procedimentos de extradição não coincide com a autoridade ministerial ora impetrada, qual seja o Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública. (fl. 1.059);

(b) há precedente deste Superior Tribunal (HC 61.765/RS, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJ 30/10/2006, p. 365) no sentido da ilegitimidade passiva da autoridade coatora que não tenha dado ensejo a “nenhum ato concreto que atentasse contra o direito de locomoção do [...] paciente, limitando-se, apenas, a solicitar a adoção de providências para o processamento da extradição do paciente, foragido da Justiça Brasileira” (fls. 1.059/1.060);

(c) “as supostas ilegalidades arguidas na inicial são atinentes ao mérito do pedido de extradição, estando pois relacionadas à atuação do Juízo de Direito da Vara Criminal de Itapema/SC” (fl. 1.060);

(II) no procedimento de extradição, as atribuições afetas à autoridade central brasileira estão restritas à análise de aspectos formais dos pedidos formulados pelas autoridades judiciárias competentes, sendo juridicamente impossível a análise do mérito dos pedidos extradicionais;

(III) é da competência exclusiva do Estado requerido dispor sobre procedência ou não do pedido de extradição, razão pela qual “extrapola às atribuições ínsitas à Autoridade Central brasileira, qual seja o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional do Ministério da Justiça e Segurança Pública, no procedimento administrativo de extradição ativa ou passiva proceder à análise de mérito do pedido de extradição, restando sua atuação restrita à análise da presença dos pressupostos formais de admissibilidade dos pedidos encaminhados pelas autoridades judiciárias competentes” (fl. 1.067); e

(IV) há necessidade de dilação probatória no que respeita às “condições sanitárias e logísticas de qualquer espécie de estabelecimento” prisional brasileiro (fl. 1.067).

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República José Flaubert Machado Araújo, opinou pela denegação da ordem (fls. 1.079/1.083).

É o necessário relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina (Relator): Como assentei na decisão por meio da qual indeferi o pedido de concessão de medida liminar, de acordo com a legislação de regência (notadamente a Lei de Migração, o Decreto n. 9.199/2017, a Portaria n. 217/2018-MJ e o Decreto n. 9.360/2018), cabe ao Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional - DRCI, do Ministério da Justiça, o desempenho da função de Autoridade Central em matéria de extradição.

Ora, a atuação desse órgão integrante da estrutura do Poder Executivo está adstrita ao exame técnico-formal dos pedidos de extradição formulados pelo Poder Judiciário brasileiro (vale dizer, o papel desempenhado pelo Poder Executivo, por intermédio do Ministério da Justiça, tem natureza eminentemente instrutória em tema de extradição ativa).

Leia-se, a propósito, o conteúdo dos arts. 81, § 2º, e 88, § 1º, da Lei de Migração, *in verbis*:

Art. 81. A extradição é a medida de cooperação internacional entre o Estado brasileiro e outro Estado pela qual se concede ou solicita a entrega de pessoa sobre quem recaia condenação criminal definitiva ou para fins de instrução de processo penal em curso.

[...]

§ 2º A extradição e sua rotina de comunicação serão realizadas pelo órgão competente do Poder Executivo em coordenação com as autoridades judiciárias e policiais competentes.

Art. 88. Todo pedido que possa originar processo de extradição em face de Estado estrangeiro deverá ser encaminhado ao órgão competente do Poder Executivo diretamente pelo órgão do Poder Judiciário responsável pela decisão ou pelo processo penal que a fundamenta.

§ 1º Compete a órgão do Poder Executivo o papel de orientação, de informação e de avaliação dos elementos formais de admissibilidade dos processos preparatórios para encaminhamento ao Estado requerido.

Esse entendimento foi adotado Primeira Seção desta Corte no julgamento do *HC 434.686/DF* (mencionado pelos impetrantes). Confira-se a ementa do precedente:

Administrativo. *Habeas corpus* cível. Extradicação ativa. Alegado constrangimento ilegal que teria ocorrido na fase administrativa do procedimento extradicial. Legitimidade [...] do Ministro de Estado da Justiça para figurar no polo passivo da impetração. Incompatibilidade entre o Decreto n. 7.935/2013 (que promulgou a Convenção de Extradicação entre os Estados Membros da Comunidade dos Países da Língua Portuguesa e que disciplina a extradicação do paciente) e a Lei n. 13.445/2017 (Lei de Migração). Inocorrência. Desnecessidade de dilação probatória. Pretendida revogação da decisão administrativa que remeteu ao Estado requerido o pedido de extradicação. Alegação de “falsa” promessa de reciprocidade por parte do Estado brasileiro. Inconfiguração. Superveniente alteração do status do paciente pela aquisição de nacionalidade portuguesa originária. Questão a ser apreciada pelo Estado requerido. Ordem de *habeas corpus* denegada.

1. De acordo com a legislação de regência (notadamente a Lei de Migração, o Decreto n. 9.199/2017, a Portaria n. 217/2018-MJ e o Decreto n. 9.360/2018), cabe ao Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional - DRCI do Ministério da Justiça o desempenho da função de autoridade central na área de extradicação, que se dá *por delegação do Ministro de Estado da Justiça*.

2. Na hipótese vertente, o exame técnico-formal realizado pelo DRCI, cuja natureza eminentemente instrutória está em consonância com a novel Lei de Migração, serviu como fundamento para a decisão administrativa do Ministro da Justiça de remeter ao Estado requerido o pedido de extradicação do paciente. Em tal contexto, desponta a legitimidade dessa autoridade ministerial para figurar no polo passivo da impetração.

3. No caso, é fato irrefutável a nova condição de português nato do paciente, sendo desnecessária, nesse aspecto, dilação probatória.

4. É também incontroverso que, ao tempo em que formulado pelo Estado brasileiro o pedido de extradicação do paciente, este ainda ostentava a tão só condição de português “naturalizado”, fazendo verossímil a promessa de reciprocidade então acenada pelo Governo Brasileiro. Relewa observar, mais, que, em todas as manifestações dirigidas às autoridades portuguesas, as autoridades brasileiras sempre deixaram claro que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, por seu art. 5º, LI, veda a extradicação de brasileiro nato, a significar, portanto, que o Estado Brasileiro não poderia, em relação a estes, assegurar a observância da cláusula de reciprocidade.

5. Assentada a lealdade da promessa de reciprocidade originariamente externada pelo Estado brasileiro (de acordo com as circunstâncias presentes no

momento em que esse ato foi formalizado), forçoso é concluir que a posterior aquisição da condição de português “nato”, pelo extraditando, é circunstância meritória a ser valorada exclusivamente pelo Estado requerido.

6. Não corresponde à realidade a alegação dos impetrantes de que “o Governo português está sendo mantido em erro por falsa promessa de concessão de reciprocidade de tratamento (ou seja, de futura extradição de brasileiros natos (originários) para Portugal)”. No ponto, a documentação constante dos autos revela que o Poder Judiciário de Portugal examinou a questão da superveniente aquisição da nacionalidade originária portuguesa pelo paciente, tendo concluído, em mais de uma oportunidade, que tal circunstância não seria óbice ao deferimento do pedido extradicional, porquanto a aquisição do novo status somente se deu após o trânsito em julgado da decisão que já houvera deferido a extradição. Esse cenário corrobora a compreensão de que o Estado português tem plena ciência de que o Brasil não extradita seus cidadãos natos.

7. *Habeas corpus* denegado.

(HC 434.686/DF, Relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Seção, Julgado em 23/5/2018, DJe 27/6/2018)

Fixadas essas premissas, convém deixar claro que, na moldura fática subjacente a esse mencionado *habeas corpus*, havia particularidades que levaram esta Primeira Seção a reconhecer a legitimidade do Ministro de Estado da Justiça para figurar no polo passivo da impetração.

Com efeito, naquele caso, a análise realizada pelo DRCI constituiu-se em fator de *fundamentação/motivação* para a decisão administrativa do Ministro de Estado da Justiça, que, ao encaminhar a documentação ao Ministério das Relações Exteriores para posterior envio ao Estado requerido, fez cancelar a regularidade formal do procedimento administrativo que transcorreu no âmbito do apontado departamento.

Ademais, o alegado *constrangimento ilegal* teria ocorrido na fase **administrativa** da tramitação do pedido de extradição (vale relembrar: os impetrantes sustentavam que o Ministro de Estado da Justiça teria formalizado uma “falsa” promessa de reciprocidade ao Estado requerido).

No caso presente, ao invés, não há nos autos notícia de que o Ministro de Estado da Justiça tenha, até o momento, praticado qualquer ato no procedimento administrativo de extradição ativa. De fato, tanto a documentação juntada pelos impetrantes quanto as informações prestadas pela autoridade apontada como coatora sinalizam que, na espécie, a tramitação do procedimento se deu nos limites da Secretaria de Nacional de Justiça, à qual se acha subordinado o DRCI.

Mas não é só. No presente caso, as alegações veiculadas na inicial do *writ* não apontam qualquer violência ou coação à liberdade de locomoção do paciente, que decorressem de ato comissivo ou omissivo atribuível ao Ministro de Estado da Justiça.

De fato, os impetrantes se voltam, unicamente, contra aventadas ilegalidades atinentes ao chamado mérito do pedido extradicional (questionam, notadamente, a conveniência do cumprimento da pena no Brasil e as deficitárias condições do sistema penitenciário brasileiro), cujas circunstâncias refogem ao exame técnico-formal a cargo do DRCI. Noutras palavras, as assacadas ilegalidades, acaso presentes, estariam relacionadas à atuação valorativa do Juízo de Direito da Vara Criminal de Itapema/SC, no passo em que determinou a extradição do paciente José Vieira.

Nesse contexto, o Ministro de Estado da Justiça não ostenta legitimidade para figurar no polo passivo da presente impetração.

Ante o exposto, *não conheço do habeas corpus*.

Deixo, outrossim, de propor o redirecionamento do presente remédio constitucional para outra instância judiciária porquanto os impetrantes elegeram como única autoridade coatora o Ministro de Estado da Justiça, sem indicação de outra qualquer que pudesse, desde logo, legitimar a remessa do caso para a instância que se devesse ter por competente.

É como voto.

MANDADO DE SEGURANÇA N. 21.373-DF (2014/0294418-5)

Relator: Ministro Mauro Campbell Marques

Impetrante: ISH Tecnologia S/A

Advogado: Willer Tomaz de Souza - DF032023

Soc. de Adv.: Willer Tomaz Advogados Associados

Impetrado: Ministro de Estado Chefe da Controladoria Geral da União

EMENTA

Administrativo. Mandado de segurança. Ato do Ministro de Estado do Controle e da Transparência. Declaração de inidoneidade

para licitar ou contratar com a Administração Pública. Ausência de qualquer ilegalidade no processo administrativo. Ordem denegada.

1. Trata-se de mandado de segurança impetrado por *ISH Tecnologia S/A* com o propósito de suspender decisão proferida pelo Ministro da Controladoria Geral da União - CGU, nos autos do PA n. 00190.018887/2013-25/CGU, instaurado por força da Portaria n. 439 de 6/3/2014/CGU, com vista a apurar possível irregularidade no Processo Licitatório n. 2009/032646, conduzido pelo Município de João Pessoa/PB.

2. As irregularidades apuradas deram conta de que Impetrante, bem como as empresas *Idéia Digital* (vencedora do certame), *ZCR, Sysdesing, ISN, Redisul* e servidores da Secretária de Administração do Município agiram em conluio no intuito de fraudar o caráter competitivo do Pregão Presencial n. 19/2009 e fazer da participante *Idéia Digital* a vencedora do certame.

3. A Nota Técnica n. 1.255/2014/CGU/CGR/COREP conclui pela participação da Impetrante. Para tanto, levou em consideração provas periciais, testemunhais e documentais produzidas em Inquérito Policial e vez transportadas ao processo administrativo sob o crivo do contraditório, bem como em auditoria da Controladoria-Geral da União.

4. A impetração alega que houve violação ao devido processo legal em razão do indeferimento da pedido de postulação pela prova pericial em razão da sua intempestividade. O pleito teria o propósito de comprovar que os documentos que confirmariam sua participação na fraude teriam sido produzidos, à sua revelia, pela empresa *Ideia Digital*.

5. O afastamento do óbice da tempestividade, por si só não garantiria a efetividade/possibilidade de a medida ser deferida no bojo do processo administrativo, pois tal mister demandaria da defesa a demonstração, não só de que sua produção alteraria a verdade dos fatos apurados, como também ilidiria os demais elementos probatórios já produzidos e cuja natureza se assimila ao requerido pela Impetrante.

6. Ademais, a COREP fez menção ao fato de que não obstante haja indícios da falsificação da assinatura do representante da Impetrante na ficha de retirada do certame, ainda pesaria a seu

desfavor o restante do arcabouço probatório no sentido de confirmar a participação dos prepostos da Impetrante ao longo do procedimento licitatório (elementos listados no voto)

7. O processo administrativo *sub examine* visa a tutela do interesse público primário, pautando-se, pois pela busca da verdade material. Necessário se faz uma ponderação entre a técnica da defesa e o trabalho de apuração levada a efeito pela administração pública de forma que, ao final, a verdade perseguida, que atenda ao interesse público, seja revelada, na mesma proporção em que as garantias constitucionais de defesa sejam asseguradas.

8. Os demais elementos probatórios juntados aos autos - testemunhas, materiais e periciais que evidenciavam sua participação na conduta fraudulenta - não foram impugnadas em sua totalidade pela Impetrante, ocasionando a presunção de veracidade dos mesmos. Assim, mesmo que prova indeferida atingisse sua finalidade, outras produzidas submetidas ao crivo do contraditório, dariam conta da efetiva e contundente participação dos prepostos da Impetrante no esquema investigado.

9. A atividade instrutória do autoridade administrativa confere a essa a possibilidade de forma sua convicção em qualquer das provas com presunção de veracidade.

10. Não houve afronta ao devido processo legal, na sua acepção formal, pois o contraditório foi efetivamente assegurado. Não obstante a Impetrante tenha impugnado “a autenticidade dos documentos de habilitação e da proposta orçamentária no Pregão Presencial n. 19/2009”, o fato é que, ainda assim, persistiram várias outras provas que, mesmo isoladamente consideradas, seria suficientes para manter a penalidade que lhe foi imposta.

11. No caso em epígrafe - fraude em procedimento licitatório - o dispositivo normativo consentâneo com o objeto jurídico tutelado é o § 2, do art. 87, da Lei 8.666/93, esse, por sua vez, elenca que para a aplicação das sanções ali especificadas é facultado apenas defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis. Inaplicabilidade, pois, do art. 44 da Lei 9.784/99.

12. Verifica-se que o ato impugnado tem embasamento e o exame do que foi relatado pela impetrante não demonstra qualquer ilegalidade no procedimento adotado.

13. Segurança denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento: “A Seção, por maioria, vencido o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho denegou a segurança, revogou a liminar anteriormente proferida e julgou prejudicados os embargos de declaração opostos, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.” A Sra. Ministra Assusete Magalhães e os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria, Francisco Falcão, Herman Benjamin e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentaram, oralmente, os Drs. Fabrício Dornas Carata, pela parte impetrante: ISH Tecnologia S/A, Dra. Layla Kaboudi, pela parte impetrada: Ministro de Estado Chefe da Controladoria Geral da União.

Brasília (DF), 14 de novembro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Mauro Campbell Marques, Relator

DJe 12.12.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Trata-se de mandado de segurança impetrado por *ISH Tecnologia S/A* com o propósito de suspender decisão proferida pelo Ministro da Controladoria Geral da União - CGU, nos autos do PA n. 00190.018887/2013-25/CGU, instaurado por força da Portaria n. 439 de 6/3/2014/CGU, com vista a apurar possível irregularidade no Processo Licitatório n. 2009/032646, conduzido pelo Município de João Pessoa/PB.

Narra a impetração que a Controladoria Geral da União instaurou processo administrativo com o propósito de se apurar suposta prática de ilícitos no âmbito das licitações do contratos relativos ao projeto “Jampa Digital”

ou “Cidade Digital” amparado no Convênio 01.0020.00/2009, celebrado em 13/10/2009 entre a União e a Prefeitura Municipal de João Pessoa/PB, no valor de R\$ 6.256.000.00 (seis milhões, duzentos e cinquenta e seis mil reais).

Informa que, em decisão do dia 16/10/2014, a autoridade coatora aplicou-lhe a penalidade de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratação com a Administração Pública pelo prazo de 2 (dois) anos (art. 87, III, da Lei 8.666/93). E o fez por entender que a impetrante teria participado de esquema de simulação de competitividade para fins de favorecimento da empresa Ideia Digital, Sistemas, Consultoria e Comércio Ltda., vencedora do Pregão Presencial n. 19/2009.

Informa ter sido apontada a prática dos seguintes ilícitos: apresentação de atestado de um fornecedor supostamente inidôneo, certificado de irregularidade do FGTS vencido e oferta de preços similares aos apresentados pela vencedora.

Quanto ao atestado inidôneo, com vista a comprovar, ou sua autenticidade, ou o fato de não ter sido por ela produzido, pugnou pela realização de prova pericial, que foi indeferida pela autoridade coatora ao argumento de ter sido o pedido formulado extemporaneamente.

No que concerne a oferta de preços que sinalizaria um “acordo de confidencialidade” entre as empresas participantes do certame, aduz não ter sido sua autora, porquanto, trata-se de documento falso produzido pela empresa que efetivamente fraudou a licitação (Ideia Digital). A indeferida produção de prova pericial pretendia, também, comprovar referida falsificação.

Sustenta que, ao contrário das razões declinadas pela autoridade coatora, tanto a defesa apresentada, quanto o pedido de instrução probatório foram apresentados tempestivamente, pois, tendo o termo de entrega de cópia processo licitatório - objeto do processo administrativo - ocorrido em 23/4/2014, o protocolo da peça de defesa coincide com o prazo final, qual seja, 5/5/2014.

Com o fito de demonstrar o equívoco na seara administrativa, afirma acostar aos autos farta argumentação jurídica e probatória que, somadas, revelariam não só a assoalhada tempestividade do pleito probatório, como o sua necessidade, pois há indícios de ter sido vítima de falsificação de outros documentos acostados no processo licitatório.

Sustenta que, em afronta ao art. 44, *caput*, da Lei n. 9.784/99 e à jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, não foi intimada para apresentar alegações finais no bojo do processo administrativo.

Aduz que os atos de indeferimento insubsistente do pedido de produção de prova pericial somando à apontada falta de intimação, macularam seu direito líquido e certo à ampla defesa e ao contraditório.

Pugna pela concessão da ordem para que seja anulada a decisão proferida pela autoridade coatora, em consequência, que seja o processo administrativo retornado à fase de instrução na qual sera possível a produção de prova pericial e, na sequência, a apresentação finais.

Em decisão de fls. 2.335/2.337, deferi liminar para suspender, em relação à impetrante, os efeitos do ato indicado como coator até o julgamento deste mandado de segurança, afastando consequentemente possíveis restrições impostas à mesma no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - SICAF.

Às fls. 2.349/2.480, a autoridade impetrada apresentou informações, que podem ser assim sintetizadas:

1- A instauração do processo administrativo teve como base apuração realizada no Inquérito Policial n. 095/2012-SR/DPF/PB, sobre possíveis irregularidades na execução de convênio relacionado à implantação de rede de banda larga

2- Através do Ofício n. 6.113/2014/CGU-PR, a impetrante teria sido notificada para apresentar defesa escrita perante a Coordenação-Geral de Responsabilização de Entes Privados no prazo legal de 10 (dez) dias, conforme previsto no citado § 3º, do art. 87, da Lei n. 8.666/93, sendo essa a única legislação a disciplinar a questão. Diante da não incidência da parte final do art. 44 da Lei n. 9.784/99, a defesa escrita foi considerada intempestiva.

3- O indeferimento da produção de prova pericial se deu pela ocorrência de sua extemporaneidade e foi assim justificado: “o momento pretendido pela empresa para se manifestar sobre os documentos que integram o presente processo, para juntar todas as provas que entender necessárias ou realizar quaisquer outras medidas efetivamente ocorreu e este se deu quando a empresa tomou ciência da determinação de instauração de processo administrativo (fls. 315, 322 e 387). Eventuais peças probatórias que entendesse pertinentes para infirmar as constatações e comprovações decorrentes das perícias, laudos, relatórios e análises feitas pela Polícia Federal e pela CGU deveriam ter sido apresentadas e/ou produzidas pela ISH no prazo que a Administração lhe ofertou para apresentar sua defesa, prazo este que, vale assinalar, foi de 47 dias (de 19/03/2014 a 05/05/2014), ou seja, quase cinco vezes mais o decêndio legal

previsto na art. 87 da Lei n. 8.666/93 (fl. 387, 540 e 599)”, não havendo que se falar em qualquer cerceamento de defesa por parte da Controladoria-Geral da União (fl. 2.352).

4- Informa, ainda, que o processo administrativo que culminou com aplicação de penalidade ora impugnada valeu-se de prova legitimamente produzida em Inquérito Policial n. 095/2012-SR/DPF/PB. Aludido procedimento, que já se converteu em ação penal, teria constado a prática de atos ilícitos pela Impetrante, estando esse consubstanciado no conluio entre essa, a empresa *Ideia Digital* e outras do mesmo seguimento, com participação ativa de agentes públicos da Prefeitura de João Pessoa, com vista a fraudar o Pregão Presencial n. 19/2009.

5- Alega ter ficado pessoa jurídica *Ideia Digital*, vencedora do certame, mediante a participação de seus funcionários, atuou na elaboração do Projeto Executivo “Jampa Digital”, sob a supervisão de seus sócios e ingerência do Sr. Cristiano Galvão Brochado, na qualidade de Gestor de Projetos Especiais da RBV/FINEP/MCT, com vistas a atender os interesses da própria *Ideia Digital*, caracterizando, as- sim, patente violação ao art. 9º, inciso I, da Lei n. 8.666/93, que veda a participação dos autores do projeto, direta ou indiretamente, na licitação ou execução do projeto.”

Contra a decisão liminar, União interpôs agravo regimental que foi improvido.

Instado a se manifestar, o ilustre representante do *parquet* opinou pela denegação da ordem.

É o necessário relatar.

VOTO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques (Relator): De início, esclareço que os Mandados de Segurança n. 21.373/DF, n. 21.591/DF e esse n. 21.592/DF possuem a mesma base fática (Pregão n. 19/2009), mas diferem nos fundamentos do pedido. Por prudência, serão todos julgados na mesma assentada.

A impetrante *ISH Tecnologia S/A Ltda* objetiva a anulação dos efeitos da decisão proferida nos autos do Processo Administrativo n. 00190.018887/2013-25/CGU, na qual a autoridade impetrada, com fulcro no art. 87, III, da Lei n.

8.666/93, aplicou-lhe a penalidade de suspensão temporária para participação em licitações, impedindo-a de contratar com a Administração Pública pelo prazo de 02 anos.

Consoante se extrai do parecer exarado pela douta assessoria jurídica em atuação junto à Controladoria-Geral da União o processo administrativo retro foi instaurado com vistas a apurar atos ilícitos supostamente praticados no âmbito das licitações e contratos decorrentes do Convênio n. 01.0020.0/2009-SICOV 704239, firmado em 13/10/2009, entre a União, por meio do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação e a Prefeitura Municipal de João Pessoa/PB.

Por meio de aludido instrumento, a União repassou recursos federais na ordem de R\$ 6.256.000,00 (seis milhões, duzentos e cinquenta e seis mil reais) para a execução do projeto “Jampa Digital” ou “Cidade Digital”, cujo propósito seria a criação da “Plataforma de Convergência Social e Digital de João Pessoa”, com a implantação de rede metropolitana de banda larga sem fio, que levaria internet sem fio e gratuita à população da cidade, e reestruturação do ambiente tecnológico do Centro Administrativo Municipal.

As irregularidades apontadas ocorreram ao longo do Pregão Presencial n. 19/2009, de 17/8/2009, tendo o processo administrativo que as apurou sido instaurado a partir de sugestão da Polícia Federal, após apuração levada a efeito no Inquérito n. 95/2012-SR/DPF/PB - Operação Logoff.

Consta do relatório do referido inquérito que a Impetrante, bem como as empresas *Idéia Digital* (vencedora do certame), *ZCR*, *Sysdesing*, *ISN*, *Redisul* e servidores da Secretária de Administração do Município agiram em conluio no intuito de fraudar o caráter competitivo do certame e fazer da participante *Idéia Digital* a sua vencedora.

No relatório final do IPL 95/2012 restou concluindo - com base em prova técnica (exame de natureza documentoscópica) - ter a Impetrante praticado as seguintes condutas:

- 1- apresentado, em relação às demais concorrentes, documentação com coincidência de estruturas textuais; consulta ao site dos fabricantes e fornecedores com mesma data e horário em relação às demais concorrentes (fls. 104-105);
- 2- documentação técnica coincidente a de outras empresas, inclusive com a apresentação de folhetos em duplicidade para os mesmos equipamentos (fls. 105-105v);
- 3- orçamento com correlação de valores em proposta apresentada um dia após o termo de referência, com indicativo de ajuste prévio (fls. 16-19);

4- planilhas de preços elaboradas a partir de um mesmo arquivo digital de texto de outras empresas (fls. 102v e 120); e

5- carta inidônea de comprovação de fabricante (fls. 55v-56 e 234v-235) (Fls. 305v-306). (fl. 45)

De posse dessas informações, foi instaurado, no âmbito da Controladoria Geral da União, processo administrativo com vistas a apurar as possíveis condutas das empresas participantes do pregão que pudessem evidenciar fraude ao certame.

No que concerne à Impetrante, foi essa instada a defender-se das seguintes irregularidades:

No certame licitatório, a ISH apresentou carta inidônea de comprovação de qualificação técnica de fabricante (fls. 233v). De acordo com o Ofício do fabricante GE Supply do Brasil Ltda., datado de 12.07.2012, foi constatado que “a ISH jamais foi revendedora autorizada da signatária” (fls. 234v-235).

A CGU, por meio do Relatório de Ação de Controle n. 201204255, de 16.04.2012 (fls. 12-25), constatou fortes indícios de combinação de valores da ISH com a *Idéia Digital*, caracterizando ajuste prévio para frustrar o caráter competitivo do certame. Nas cotações apresentadas pela empresa ISH, os preços de 90% dos itens guardaram correlação direta com os valores apresentados pela *Idéia Digital*, estando os preços da ISH 6,6 % acima aos da *Idéia Digital* (fls. 16-19).

A participação da empresa no certame indica que foi ‘figurativa’, haja vista que apresentou certificado de regularidade do FGTS vencido, datado de 03.06.2009, na realização do Pregão Presencial n. 19/2009, em 14.07.2009, embora possuísse dois certificados válidos, emitidos em 18.06.2009 e em 13.07.2009. Nesse sentido, por algum motivo, apresentou deliberadamente certificado vencido, fato que ensejou sua exclusão do certame licitatório (fls. 103).

A ISH chegou a participar da licitação, inclusive havendo indícios de que o Sr. Ronald Deltmann Alves (preposto da empresa) foi quem elaborou orçamento com correlação de valores em proposta apresentada um dia após o termo de referência (indicativo de ajuste prévio) e compareceu, como figurante, nos pregões realizados (fls. 54v-56).

No certame investigado, a ISH apresentou, em relação às demais concorrentes, documentação com coincidência de estruturas textuais (fls. 102); consulta ao site dos fabricantes e fornecedores com mesma data e horário em relação às demais concorrentes (fls. 104-105); documentação técnica coincidente a de outras empresas, inclusive com a apresentação de folhetos em duplicidade para os mesmos equipamentos (fls. 105-105v); orçamento com correlação de valores em proposta apresentada um dia após o termo de referência, com indicativo de ajuste prévio (fls. 16-19); planilhas de preços elaboradas a partir de um mesmo

arquivo digital de texto de outras empresas (fls. 102v e 120); e carta inidônea de comprovação de fabricante (fls. 55v-56 e 234v-235).

Oportunizado a defesa escrita, alegou a Impetrante que todos os atos praticados ao longo do certame foram feitos exclusivamente pela empresa vencedora - *Ideia Digital*, que os praticou como se a Impetrante fosse. Sustentou que os documentos apresentados como sendo de sua lavra não foram efetivamente juntados/produzidos por quaisquer de seus prepostos. Tal alegação estaria evidenciada no fato de o próprio Laudo Pericial 542 /2012/DPF/PB ter constatado que a assinatura de seu sócio-diretor *Renato Jager Patrocínio*, lançado na proposta de preços supostamente apresentada, não detinha a mesma grafia daquela constante no seu contrato social.

Para provar tal afirmativa pugnou pela produção de prova pericial, que restou indeferido em razão da sua intempestividade. É nesse ponto que a Impetrante aponta o cerceamento de seu direito de defesa.

De fato, consoante documentos *apud acta*, não obstante da Nota Técnica n. 1255/2014/CGU/CGR/COREP constar o indeferimento em razão da intempestividade, tenho como insubsistente referido motivo, pois há patente tempestividade no pleito. Ocorre que tal circunstância, por si só, não é capaz de macular todo o procedimento administrativo, nem tampouco comprometer o contraditório ocorrido na espécie.

Explico.

A impetrante afirma que o pedido de postulação pela prova pericial teria o propósito de comprovar a autenticidade ou não dos documentos de habilitação e da proposta orçamentária no Pregão Presencial n. 19/2009. Tal pleito teria o intuito, ao fim e ao cabo, de demonstrar que os documentos listados teriam sido produzidos, à sua revelia, pela empresa *Ideia Digital*. Ocorre que, o afastamento do óbice da tempestividade, por si só não garantiria a efetividade/possibilidade de a medida ser deferida no bojo do processo administrativo, pois tal mister demandaria da defesa a demonstração, não só de que sua produção alteraria a verdade dos fatos apurados, como também ilidiria os demais elementos probatórios já produzidos e cuja natureza se assimila ao requerido pela Impetrante.

E mais, a tese que se pretendia provar com referida prova foi examinada pela COREP. Não obstante tenha essa reconhecido a possibilidade de falsificação da assinatura do representante da Impetrante na ficha de retirada do certame,

afastou tal alegação ao argumento de que o restante do arcabouço probatório é robusto no sentido de confirmar a participação dos prepostos da Impetrante ao longo do procedimento licitatório. (fl. 959)

No ponto, transcrevo os seguintes trechos da Nota Técnica produzida pela Coordenação - Geral de Responsabilização de Entes Privados, que - não obstante retrate provas produzidas em Inquérito Policial - transportadas ao processo administrativo, foram submetidas ao crivo de devido processo legal, ocasião em que a Impetrante quedou-se silente quanto à sua impugnação:

Analisando todas as argumentações exaradas neste tópico, entendemos que não merecem prosperar. Quanto às irregularidades contidas na ata da sessão pública do pregão presencial n. 19/2009, de 14.07.2009 (fls. 55 e 106v-107), o próprio Sr. Ronald Deltmann Alves confirmou em seu depoimento à Polícia Federal, em 22.05.2013, que representou a empresa *ISH Tecnologia* no Pregão Presencial n. 19/2009, conforme transcrição de seu depoimento, a seguir: “que considerando que esteve na Prefeitura Municipal de João Pessoa/PB em três ocasiões, em decorrência do pregão do projeto **lampa Digital**, esclarecendo que nas duas primeiras datas o pregão não se realizou em razão do pedido de impugnação: que apresentada ao declarante a cópia do Laudo n. 442/2012-SETEC/SR/DPF/PB, constante no item “d” dos quesitos relacionados no Ofício n. 0733/2013-(CGE)-SR/DPF/PB, acredita que a rubrica com seta indicativa da empresa *ISH/Ronald Dettman Alves* é do declarante, concordando em fornecer material gráfico para fins de exame pericial grafotécnico” (fls. 576-577) - grifos nossos.

Ademais, referida ata da sessão pública do pregão presencial n. 19/2009, de 14.07.2009 (fls. 55; 106v e 545-546v), foi devidamente periciada pela Polícia Federal, mediante Laudo Pericial n. 542/2012-SETEC/SR/DPF/PB, 14.09.2012 (fls. 100-111), em confronto com o material gráfico fornecido pelo próprio declarante, confirmando ter sido assinada pelo Sr. Ronald Deltmann Alves.

Registre-se que a assinatura/rubrica constante dessa ata foi confirmada pelo próprio depoente em sua declaração prestada à Polícia Federal em 22.05.2013 (fls. 576-577).

Também não procedem os argumentos da defesa no sentido de que apenas existem “indícios” de que o Sr. Ronald Deltmann Alves, representante da ISH, teria elaborado a proposta com correlação de valores e de comparecido como “figurante” nos pregões realizados. Na realidade, trata-se de declaração prestada à Polícia Federal, em 22.05.2013, em que o Sr. Ronald Deltmann Alves afirma que não se recorda se foi ele o responsável pela elaboração da proposta de preços ou se foi o Sr. Armsthon Zanellato, Diretor Comercial, a quem se repostava diretamente (fls. 576- 577).

O Sr. Ronald Deltmann Alves, preposto da ISH no certame, não afastou a possibilidade de ter elaborado a proposta de preços, invocando também a

possibilidade de que esse documento tenha sido produzido pessoalmente pelo então chefe imediato, Sr. Armsthon Zanellato, conforme transcrição: “acaso tenha sido apresentada alguma proposta de preço antes do pregão, a apresentação poderia ter se dado pelo próprio declarante ou pelo diretor comercial *Armsthon*; que caso tenha havido o encaminhamento da referida proposta de preços, ele pode ter se dado por e-mail, por fax ou pelo serviço de correios” (fls. 54v). *Confirmou, entretanto, que compareceu aos pregões presenciais como preposto da empresa ISH (fls. 576-577).*

Registra-se, ainda, que em depoimento prestado à Polícia Federal em 24.01.2013, o Sr. Renato Jager Patrocínio, Sócio-Diretor da ISH, confirma a participação da empresa ISH no certame do Pregão Presencial n. 19/2009, conforme trechos transcritos de seu depoimento, a saber (fls. 56 e 552): “que não tem conhecimento algum da licitação em questão; que sabe apenas que a empresa participou do pregão presencial porque era fora do Estado, mas não participou de fato e porque assinou a documentação autorizando a participação no pregão de um funcionário da empresa; que não sabe dizer se a empresa ISH forneceu cotação para a licitação em questão, sabendo apenas que participou do pregão presencial” (grifos nossos).

Importante destacar que na própria ata da sessão pública de 14.07.2009, o representante da ISH, Sr. Ronald Deltmann Alves, assina/rubrica todas as folhas, em que houve a divulgação dos valores das propostas de preços de todas as 06 (seis) empresas participantes do certame (fls. 22-23 e fls. 545-546v). Consta do referido documento, o registro da proposta de preços inicialmente ofertada pela ISH, por lotes, bem assim a sua redução após o procedimento de negociação. E, nesse momento, o preposto da ISH tinha plena consciência dos valores ali ofertados e, caso houvesse alguma irregularidade na proposta de preços da ISH, poderia ter perfeitamente manifestado naquela ocasião. Se não o fez, é porque estava de acordo com os valores constantes da ata de sessão pública de 14.07.2009 (fls. 545-546v).

(...)

Para demonstrar a existência de inúmeras coincidências quanto à documentação apresentada ao certame pela ISH em relação às outras empresas, elencamos as informações extraídas dos exames periciais realizados pela Polícia Federal, mediante Laudo Pericial n. 542/2012 - SETEC/SR/DPF/PB (fls. 100-111), a seguir descritas:

a) a planilha de preços da ISH não possuía o campo coluna “*Modelo/Referência*”, divergindo do modelo especificado no Anexo VI do Edital. Interessante registrar que essa mesma falha estava presente nas propostas apresentadas pelas empresas *Parxtech*, *Sysdes 1gn* e *ZCR* (fl. 102v);

b) semelhanças nas Especificações Técnicas (Anexo I do Edital), entre as empresas *Parxtech*, ISH e ITC, haja vista que não continha a descrição dos itens K (documentação); L (garantia) e M (exigências finais), exigidos no Edital (fls. 102);

c) as documentações técnicas dos equipamentos licitados, previstas no Anexo I do Edital (Termo de Referência - item K), das empresas ISH, *Parxtech*, *Idéia Digital*, *Sysdesign*, ZCR e ITC apresentam na 1ª página a denominação das empresas de forma manuscrita (fls. 103v);

d) as documentações relativas aos equipamentos apresentadas pelas empresas ISH, *Parxtech*, *Idéia Digital*, ZCR e *Sysdesign* são, na sua maioria, coincidentes, inclusive havendo apresentação de folhetos em duplicidade para os mesmos equipamentos (fl. 105-105v). (Fls. 963/964)

Restou assentado, ainda que a auditoria da Controladoria-Geral da União constatou evidências de combinações de valores na proposta de preços com a empresa vencedora, caracterizando, pois, ajuste prévio para frustrar o caráter competitivo do certame.

Como é cediço, o devido processo legal em sua acepção formal se materializa com as garantias processuais - observáveis também nos processo administrativos - do direito ao contraditório e à ampla defesa. E o direito ao contraditório só se efetiva com a ampla participação das partes no sentido de poder influenciar o julgador na tomada de suas decisões. Para isso, tem essas a seu cargo a possibilidade de postular por todas as formas de prova em direito admitidas. Uma vez evidenciada a necessidade da prova, seu irregular indeferimento é sim possível de controle jurisdicional, pois, ao fim a tutela a ser feita é do cumprimento dos princípios acima. (STF, RMS 24.823/DF, Segunda Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, DJU 19.05.2006).

Lado outro, também é certo que um processo administrativo tal como o que se examina, visa a proteção do interesse público primário, pautando-se, pois pela busca da verdade material. Dessa feita, considerando os interesses em jogo envolvidos, necessário se faz uma ponderação entre a técnica da defesa e o trabalho de apuração levada a efeito pela administração pública de forma que, ao final, a verdade perseguida, que atenda ao interesse público, seja revelada.

Sobre a atividade probatória desenvolvida na seara administrativa e a busca pela verdade material a cargo do administrador pública, peço venia para citar as lições de Hely Lopes Meirelles:

O princípio da verdade material, também denominado de liberdade na prova, autoriza a administração a valer-se de qualquer prova que a autoridade julgadora ou processante tenha conhecimento, desde que a faça trasladar para o processo. É a busca da verdade material em contraste com a verdade formal. Enquanto nos processos judiciais o Juiz deve cingir-se às provas indicadas no devido tempo

pelas partes, no processo administrativo a autoridade processante ou julgadora pode, até o julgamento final, conhecer de novas provas, ainda que produzidas em outro processo ou decorrentes de fatos supervenientes que comprovem as alegações em tela. (MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro. 37ª edição. São Paulo: RT, 2011.)

Depreende-se do processo administrativo em exame que houve garantia à efetiva participação de todos os sujeitos envolvidos ao longo da apuração. Os elementos probatórios que pensavam contra o Impetrante foram disponibilizados a tempo e a hora - *ex vi* do IP 69 - tendo sido-lhe franqueado prazo bastante razoável para defesa (47 dias), postulando o que considerasse viável.

Apesar de postular pela prova pericial, quanto aos elementos testemunhas, materiais e periciais que evidenciavam sua participação na conduta fraudulenta e dos quais teve oportunidade de ser defender, optou pelo silêncio, ocasionando a presunção de veracidade dos mesmos. Assim, mesmo que a prova indeferida atingisse sua finalidade, outras produzidas ao crivo do contraditório, dariam conta da efetiva e contundente participação dos prepostos da Impetrante no esquema investigado em suas demais fases. Fica, pois, evidenciado a desnecessidade da prova pleiteada na formação da convicção da autoridade Impetrada.

Nessa ordem de ideias, considerando, repita-se, que a atividade instrutória do autoridade administrativa autoriza-lhe valer-se de qualquer das provas produzidas nos autos e que há outros elementos de prova com presunção de veracidade aptos a formar sua convicção, não há falar em afronta ao devido processo legal na espécie.

O contraditório foi efetivamente assegurado. A Impetrante teve oportunidade de impugnar todas as provas produzidas e capazes de ensejar possível penalidade. Não obstante eleger impugnar “a autenticidade dos documentos de habilitação e da proposta orçamentária no Pregão Presencial n. 19/2009”, o fato é que, ainda assim, persistiram várias outras provas que, mesmo isoladamente considerados, seria suficientes para manter a penalidade que lhe foi imposta, o que, por si só, impede a verificação do direito líquido e certo amparável na presente via.

Observa-se, pois, que inexistente direito e líquido e certo a proteger Impetrante em tela, pois a pena de inidoneidade para licitar e contratar com o Poder Público que lhe foi aplicada, a juízo da autoridade administrativa, calcou-

se em farta documentação probatória. O indeferimento de prova pericial, em razão da via eleita, é, pois, insubsistente para o alcance da pretensão almejada.

Cumpra lembrar mais uma vez o magistério de Hely Lopes Meirelles, *in* Mandado de Segurança: “Direito líquido e certo é o se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercido no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, *há de vir expresso em norma legal* e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se a sua existência for duvidosa; se a extensão ainda não estiver delimitada; e *seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança*, embora possa ser defendido por outros meios judiciais”

Em casos similares, assim tem decidido esta Corte:

Processual Civil e Administrativo. Aplicação da pena de inabilitação, por seis meses, para participar de procedimentos licitatórios. Ilegalidade. Necessidade de dilação probatória. Inviabilidade do *writ*.

1. Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por Icomunicação Integrada Eireli contra ato do Ministro de Estado da Educação, que aplicou sanção administrativa consistente na declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, pelo prazo de seis (6) meses, a contar de 12.2.2015.

2. A impetrante afirma que, contra a decisão que rejeitou sua proposta, apresentou recurso administrativo e ingressou com representação no Tribunal de Contas da União. Rejeitado o primeiro, obteve melhor sorte no TCU, que determinou que a Comissão de Licitação a reincluisse no certame e procedesse à análise da viabilidade da sua proposta.

3. Entre a sua exclusão e reinclusão no certame, transcorreu o prazo de onze (11) meses, razão pela qual, após ter sido convocada para comprovar a exequibilidade de sua proposta, condicionou-a à inclusão de correção monetária dos valores, ajustando-as à inflação do período, bem como propôs a sua alteração, para acrescentar reajustes salariais decorrentes de Convenção Coletiva e o ônus financeiro relativo ao IRPJ e CSLL.

4. Diante da rejeição dos termos acima, a proposta foi recusada e determinou-se a abertura de processo administrativo para aplicação da penalidade de inabilitação temporária para participação em procedimentos licitatórios.

5. A plausibilidade na manifestação do desejo de modificar os valores apresentados na proposta original, diante da alegada inexecutabilidade do contrato em caso de não recomposição da inflação verificada no período de onze (11) meses, é matéria que exige dilação probatória, incompatível com o Mandado de Segurança, consoante firme orientação jurisprudencial do STJ.

6. Acrescente-se que a autoridade administrativa assegurou que eventuais prejuízos poderiam ser objeto de posterior repactuação, circunstância essa não impugnada pela impetrante.

7. Em relação ao desejo de incluir novas condições na proposta original, a Comissão de Licitação rejeitou a pretensão com base na vedação legal e nas normas editalícias.

8. Vale acrescentar que a empresa foi devidamente intimada da decisão que aplicou a penalidade e abriu prazo para apresentação de recurso, inexistindo nulidades formais no processo administrativo.

9. A aplicação da penalidade à parte que ainda não havia assinado o contrato encontra amparo legal no art. 81 da Lei 8.666/1993.

10. Consoante esclareceu o impetrado: “no concernente à busca da tutela do TCU, não se está reprovando tal atitude, considerando o Estado Democrático de Direito; o que causa repulsa é a utilização da máquina pública para paralisar o processo licitatório, ao argumento de irregularidade no procedimento, que legitimamente desclassificou sua proposta, que seria mais vantajosa para a Administração, e quando na iminência de ser sagrada vencedora do certame nega-se a honrá-la, exigindo a inclusão de benefícios inoportunos e ilegais, mesmo sendo informado que os primeiros poderiam ser analisados no momento da repactuação” (fl. 528, e-STJ).

11. A necessidade de dilação probatória (para aferição da tese de que seria indispensável a atualização monetária da proposta original, pelo decurso de onze meses) e a ausência de demonstração, por prova pré-constituída, da existência de direito líquido e certo obstam o reconhecimento de procedência da pretensão deduzida em juízo.

12. Segurança denegada.

(MS 21.694/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 22/02/2017, DJe 19/04/2017)

Administrativo. Mandado de segurança. Ato do Ministro de Estado do Controle e da Transparência. Declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública. Ausência de qualquer ilegalidade no processo administrativo.

1. Trata-se de mandado de segurança, com pedido liminar, impetrado por *Construtora Gautama Ltda* contra ato do Exmo. Sr. Ministro de Estado do Controle e da Transparência, consubstanciado na declaração de inidoneidade da impetrante para licitar ou contratar com a Administração Pública, publicada no DOU de 19.11.2009, uma vez que constatou-se a existência de conluio entre a ora impetrante e outras empresas, materializado na celebração de um “protocolo de intenções” destinado a repartir objeto de licitação realizada pelo Departamento da Polícia Federal, frustrando o caráter competitivo do certame.

2. Segundo a documentação analisada, a decisão ora atacada foi fundamentada nas informações constantes da Nota Técnica n. 2.165/2009/CGU/CRG/CPAF, fls. 91/106, e do Parecer 233/2009/ASJUR/CGU-PR, fls. 110/120, os quais, após analisarem todos os fatos ocorridos, concluíram pela existência, no processo licitatório, das irregularidades e condutas ilícitas ora combatidas, como também pela penalidade aplicada à Impetrante.

3. A Nota Técnica n. 2.165/2009/CGU/CRG/CPAF, exarada no âmbito do processo administrativo n. 00190.024513/2008-81, apreciou a defesa da impetrante concluindo que ocorreram fatos capazes de caracterizar as infrações penais previstas nos arts. 90 e 95, da Lei n. 8.666/93 e atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação mencionados no art. 88, II, da mesma lei, haja vista que restou comprovada a fraude no procedimento licitatório quando da elaboração por parte da impetrante de “protocolo de intenções” (ver fls. 206/207) com outras três empresas concorrentes para dividir o objeto a ser contratado, um dia antes da data programada para o recebimento e abertura dos envelopes. Considerou que o acordo teve por fim garantir a não participação daquelas outras empresas no processo licitatório, permitindo à impetrante lograr êxito no certame, ferindo o princípio da livre concorrência. Segue a referida nota técnica analisando vasto conteúdo probatório para, ao final, sugerir a aplicação da pena de declaração de inidoneidade da impetrante para licitar ou contratar com a Administração Pública (fls. 90/105).

4. O Parecer n. 233/2009-ASJUR/CGU-PR confirmou a sugestão de aplicação da pena de inidoneidade sugerida na citada nota técnica, afastando apenas a caracterização da incidência do art. 95, da Lei n. 8.666/93, contudo, mantendo a conclusão pela incidência do art. 90 da mesma lei, o que já seria suficiente para a aplicação da pena (fls. 109/119).

5. Dessa forma, não há que se falar em ausência da demonstração da motivação do ato decisório ora impugnado, mostrando-se, a toda evidência, insubsistentes os argumentos aduzidos na exordial.

6. Com relação à auditoria realizada pelo Tribunal de Contas da União (fls. 126/155), esta não tem identidade de objetivos com o processo administrativo n. 00190.024513/2008-81, que culminou com a declaração de inidoneidade que se pretende afastar. A auditoria teve por objeto a própria execução das obras, enquanto que o processo administrativo investigou procedimentos prévios à própria contratação.

7. Verifica-se que o ato impugnado tem embasamento e o exame do que foi relatado pela impetrante não demonstra qualquer ilegalidade no procedimento adotado.

8. Segurança denegada.

(MS 15.102/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 26/03/2014, DJe 01/04/2014)

Administrativo. Mandado de segurança. Licitação. Fraude configurada. Aplicação da pena de inidoneidade para contratar com a Administração Pública Federal. Ato da Controladoria Geral da União. Competência do Ministro de Estado do Controle e da Transparência. Alegações de nulidades no processo administrativo que culminou na aplicação da penalidade afastada. Procedimento regular.

1. Hipótese em que se pretende a concessão da segurança para que se reconheça a ocorrência de nulidades no processo administrativo disciplinar que culminou na aplicação da pena de inidoneidade para contratar com a Administração Pública Federal.

2. O Ministro de Estado do Controle e da Transparência é autoridade responsável para determinar a instauração do feito disciplinar em epígrafe, em razão do disposto no art. 84, inciso VI, alínea "a", da Constituição da República combinado com os artigos 18, § 4º, da Lei n. 10.683/2003 e 2º, inciso I, e 4º, § 3º, do Decreto n. 5.480/2005.

3. A regularidade do processo administrativo disciplinar deve ser apreciada pelo Poder Judiciário sob o enfoque dos princípios da ampla defesa, do devido processo legal e do contraditório, sendo-lhe vedado incursionar no chamado mérito administrativo.

4. Nesse contexto, denota-se que o procedimento administrativo disciplinar não padece de nenhuma vicissitude, pois, embora não exatamente da forma como desejava, foi assegurado à impetrante o direito ao exercício da ampla defesa e do contraditório, bem como observado o devido processo legal, sendo que a aplicação da pena foi tomada com fundamento em uma série de provas trazidas aos autos, inclusive nas defesas apresentadas pelas partes, as quais, no entender da autoridade administrativa, demonstraram suficientemente que a empresa impetrante utilizou-se de artifícios ilícitos no curso do Pregão Eletrônico n. 18, de 2006, do Ministério dos Transportes, tendo mantido tratativas com a empresa Brasília Soluções Inteligentes Ltda. com o objetivo de fraudar a licitude do certame.

5. Pelo confronto das provas trazidas aos autos, não se constata a inobservância dos aspectos relacionados à regularidade formal do processo disciplinar, que atendeu aos ditames legais.

6. Segurança denegada.

(MS 14.134/DF, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em 26/08/2009, DJe 04/09/2009)

Da apontada violação ao art. 44, caput, da Lei 9.784/99.

Quanto a possível afronta ao art. 44, *caput*, da Lei n. 9.784/99 em razão da ausência de intimação da impetrante para apresentação de alegações finais no

bojo do processo administrativo, esclareço que - em juízo perfunctório - com espreque em precedente da lavra de Sua Excelência Ministro Ari Pargendler (MS 20.703/DF) deferi liminar para suspender os efeitos da decisão proferida no processo administrativo até ulterior deliberação desse órgão colegiado quanto aos efeitos da ausência dessa fase e do alcance de possível nulidade.

Ocorre que, após uma análise acurada dos autos e de toda a jurisprudência desta Corte de Justiça a respeito do tema - *v.g.* MS 20.703/DF e MS 17.431/DF - nas hipótese de fraude à licitação e aplicação da penalidade de inidoneidade, observa-se ser o art. 87, IV, § 3º da Lei 8.666/93 a norma que regula a espécie, sendo, pois, inaplicável a lei geral.

Extrai-se de um dos referidos precedentes que: “a ausência de abertura de prazo para oferecimento de defesa final sobre a possível aplicação da pena de inidoneidade, consoante a determinação expressa contida no artigo 87, § 3º, da Lei de Licitações, acarreta a nulidade a partir desse momento processual.”

Eis a ementa desse julgado:

Administrativo. Mandado de segurança. Declaração de inidoneidade de empresa licitante. Procedimento. Defesa final. Cerceamento. Art. 87, IV e § 3º, da Lei n. 8.666/93.

1. O mandado de segurança foi impetrado contra a aplicação da pena de inidoneidade para licitar e contratar com o Poder Público, por suposta ocorrência de fraude em Pregão Eletrônico, junto ao respectivo Ministério.

2. O artigo 87, § 3º, da Lei n. 8.666/93 dispõe ser do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, a competência para a aplicação da pena de inidoneidade prevista no inciso IV do referido dispositivo, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de dez dias.

3. O processo iniciou-se em decorrência de representação de empresa concorrente perante o pregoeiro, que, após adotar as providências cabíveis, determinou a remessa dos autos ao Coordenador Geral de Compras e Contratos, órgão vinculado à Subsecretaria de Assuntos Administrativos (SAA).

4. Após a instrução processual e realização de diligências junto aos órgãos integrantes da Subsecretaria de Assuntos Administrativos (SAA) e Subsecretaria de Planejamento e Orçamento, os autos foram conclusos ao Subsecretário de Assuntos Administrativos Substituto, que sugeriu ao Ministro de Estado a aplicação da pena de inidoneidade.

5. Durante todo o trâmite, a empresa impetrante foi notificada apenas para apresentar resposta à representação inicial da empresa concorrente; depois, perante o pregoeiro e, por último, quanto à defesa prevista no § 2º do art. 87, com

prazo de 5 dias, por determinação do Subsecretário de Assuntos Administrativos Substituto.

6. A ausência de abertura de prazo para oferecimento de defesa final sobre a possível aplicação da pena de inidoneidade, consoante a determinação expressa contida no artigo 87, § 3º, da Lei de Licitações, acarreta a nulidade a partir desse momento processual, não logrando êxito a pretensão de nulidade *ab initio*. Precedente.

Desse modo, fica prejudicado o exame das demais alegações relativas à ilegalidade do ato coator.

7. Segurança concedida em parte.

(MS 17.431/DF, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 26/09/2012, DJe 03/10/2012)

Ocorre que, consoante Parecer n. 192/2014-ASJUR/CGU-PR, o Corregedor-Geral da União determinou a notificação de todas as empresas, para “nos termos do art. 87, § 3º, da Lei 8.666/93, apresentar no prazo improrrogável de dez dias defesa escrita em relação as irregularidades que lhe foram imputadas”. (fl. 68). Na ocasião, impetrante teria “pugnado pelo reconhecimento de sua inocência com relação aos ilícitos apurados no presente processo administrativo que foram praticados exclusivamente pela empresa *Ideia Digital*, ou, alternativamente a produção de prova pericial para a comprovação de sua inocência.”

Extrai-se da farta documentação acostadas aos autos que referida argumentação foi levada a efeito, tendo sido rejeitada pelos argumentos já declinados em item anterior.

Conclui-se, pois, que tendo a impetrante sido notificada da existência de processo administrativo em razão dos fatos descritos na nota técnica em epígrafe, apresentado defesa prévia oportunamente e, antes da aplicação da penalidade em si, sido intimada para apresentar defesa prevista no art. 87, § 3º, da Lei 8.666/93, o devido processo legal, previsto para a espécie, foi atendido.

Ainda que assim não fosse, como bem pontuou o ilustre representante do *parquet*, “a ausência de intimação para esse ato configura nulidade relativa - pois incide em norma de caráter dispositivo e é direcionada a interesse da parte -, de modo que necessita da comprovação do prejuízo efetivo. O que não ocorreu, conforme verifica-se no teor da minuciosa Nota Técnica n. 1.255/2014/CGU/CRG/COREP (fls. 2.378/2.460) e na defesa apresentada no processo administrativo n. 00190.018887/2013-25 (fls. 2.363/2.378).

Portanto, não há que se falar em comprometimento da ampla defesa, uma vez que a impetrante teve acesso às acusações e ao processo administrativo, tendo-lhe sido concedido amplo prazo para apresentação de defesa e contraprovas.

Por fim, *in obiter dictum*, apesar de ter citado em decisão singular as razões de decidir nos autos do MS 20.703/DF, uma melhor reflexão, embasada na própria ordem cronológica dos fatos declinados, leva a conclusão de que o fim ali alcançado seria o mesmo previsto no art. 87, IV, § 3º, da Lei 8.666/93, ou seja, intimação para defesa final, antes da aplicação da penalidade. Tendo essa determinação sido observada na espécie, não há razão sequer para se diferenciar as hipóteses.

Por todas essas considerações, verifica-se que o ato impugnado tem embasamento e o exame do que foi relatado pela Impetrante não demonstra qualquer ilegalidade no procedimento adotado amparável nessa estreita via.

Ante o exposto, *denego* a segurança.

Em tempo, derrogo a liminar de fls. 2.335/2.337 e julgo prejudicado os embargos declaratórios opostos pela União.

É o voto.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Senhor Presidente, eminentes Julgadores, Ministro *Herman Benjamin*, gostaria de fazer minha observação apenas quanto à parte processual. Sei que, quando se reivindica, em favor de qualquer pessoa apenada ou processada, a observância estrita de todas as etapas do devido processo legal, passa-se a impressão de abonar-se a conduta ímproba, a conduta ilegal ou ilícita.

2. Quanto a essa sensação, sou testemunha e vítima dessa verdade. A ideia que se passa é de tolerância, transigência, abonação de qualquer irregularidade quando se reivindica que se observe o devido processo legal, em qualquer atividade sancionadora ou punitiva, inclusive e principalmente na área criminal.

3. No presente caso, Senhor Presidente, não vou fazer qualquer observação quanto ao mérito, que Vossa Excelência expôs com proficiência, eloquência e verticalidade em seu voto, inclusive para não passar a ideia de que abono o que foi feito pelas empresas.

4. O que me sensibiliza, neste caso, é simplesmente a falta de alegações finais. Será que o devido processo legal pode ser sacrificado em qualquer de suas etapas em benefício do que Vossa Excelência chamou de verdade material? Como se chega à verdade material com sacrifício de alguma etapa do processo?

5. Vejo, neste caso, que as provas produzidas pela Polícia e pela própria autoridade sancionadora foram disponibilizadas para as partes, mas somente depois de produzidas. É uma exigência do devido processo legal que a parte interessada no processo possa acompanhar a produção probatória no momento em que ela se realiza, e não *a posteriori*.

6. Apresentar ao indiciado ou acusado um volume de provas depois de tê-las produzida, isto, penso eu, não satisfaz a exigência do devido processo legal, pelo menos na fase probatória, porque a colaboração, a participação, a interveniência do interessado nas provas devem se dar no momento exato em que essas provas se realizam, e não *a posteriori*. Ainda mais num caso como esse em que a prova foi feita pela Polícia e pela própria autoridade sancionadora. Dessa forma, a defesa fica extremamente sacrificada, e, a meu ver, essa uma técnica da qual a Administração não deve e não precisa se valer. Pelo contrário, a Administração deve abrir oportunidade para as alegações finais e produzir a prova pela qual a parte protestou, para dissipar qualquer dúvida em relação à tendenciosidade ou prejuízo de defesa, ou qualquer outra alegação que se possa fazer *a posteriori*.

7. A douta Advogada da União bem afirmou que não há previsão de alegações finais na Lei 8.112/90, em processo disciplinar. E também não há previsão de apresentação de parecer escrito dos assessores da autoridade coatora. Então, no próprio instante em que se abre uma oportunidade para um parecer em favor da punição, deve-se abrir também para uma manifestação a favor da não punição ou a favor do temperamento da punição.

8. A saudosa Professora ADA PELLEGRINI GRINOVER dizia que, quando se sacrifica qualquer etapa do devido processo legal, o prejuízo é implícito – porque se sacrificou. O Supremo Tribunal Federal tem decidido no sentido de que quando há a denúncia tem que se ouvir previamente o acusado, a fim de que ele possa fazer uma oposição. Quando se omite essa prévia do acusado de crime, anula-se o processo, mesmo tendo havido toda a fase probatória posterior. A omissão das alegações finais é tão severa que compromete o devido processo legal. O justo processo jurídico tem de ser observado rigorosamente em todas as etapas. Se fragilizarmos alguma delas, estaremos fragilizando toda a sua extensão, todo o seu contexto.

9. Peço vênia a Vossa Excelência para conceder a ordem em Mandado de Segurança, a fim de que se abra oportunidade para as alegações finais da parte.

10. É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.588.969-RS (2016/0074499-8)

Relatora: Ministra Assusete Magalhães

Recorrente: Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT

Recorrido: Samara Silva de Andrade Lima

Advogado: João Adão Cardoso Ajala - RS053200

EMENTA

Administrativo e Processual Civil. Recurso especial representativo de controvérsia de natureza repetitiva. Ação de anulação de ato administrativo. Auto de infração lavrado pelo DNIT. Multa de trânsito. Excesso de velocidade. Rodovia federal. Competência do DNIT. Previsão legal. Exegese conjugada do disposto no art. 82, § 3º, da Lei 10.233/2001 e no art. 21, VI, da Lei 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro). Jurisprudência do STJ. Tese firmada sob o rito dos recursos especiais repetitivos. Art. 1.036 e seguintes do CPC/2015. Retorno dos autos à origem, para exame, no caso concreto, das demais questões suscitadas na inicial. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

I. Na sessão realizada em 09/03/2016, em homenagem ao princípio *tempus regit actum* – inerente aos comandos processuais –, o Plenário do STJ sedimentou o entendimento de que a lei a reger o recurso cabível e a forma de sua interposição é aquela vigente à data da publicação da decisão impugnada, ocasião em que o sucumbente tem a ciência exata dos fundamentos do provimento jurisdicional que pretende combater. Tal compreensão restou sumariada no Enunciado

Administrativo 2/2016, do STJ (“Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça”).

II. No caso, o Recurso Especial foi interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/73, devendo, portanto, à luz do aludido diploma processual, ser analisados os requisitos de sua admissibilidade.

III. Na origem, trata-se de Ação de Anulação de Ato Administrativo, ajuizada por Samara Silva de Andrade Lima contra o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT, em 22/04/2015, objetivando a anulação do Auto de Infração E014195567, lavrado pela autarquia, com fundamento no art. 218, I, do Código de Trânsito Brasileiro, que prevê multa por excesso de velocidade. A inicial da ação sustentou a incompetência do DNIT para realizar a fiscalização, autuar e impor multas, por excesso de velocidade, nas rodovias federais, a inexistência de sinalização, no trecho da rodovia federal em que lavrada a autuação, bem como o impedimento ao exercício do direito de defesa, na via administrativa. A sentença julgou procedente o pedido, para anular a penalidade decorrente do auto de infração de série n. E014195567, com base no entendimento do TRF/4ª Região sobre a incompetência do DNIT para a aplicação de multa, por excesso de velocidade, nas rodovias e estradas federais. Apelou a autarquia e o Tribunal de origem manteve a sentença, negando provimento ao recurso.

IV. A controvérsia ora em apreciação, submetida ao rito dos recursos especiais representativos de controvérsia, nos termos do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015, cinge-se à análise da existência de competência (ou não) do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT para promover autuações e aplicar sanções, em face do descumprimento de normas de trânsito em rodovias e estradas federais, como por excesso de velocidade.

V. A Lei 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro), a par de atribuir à Polícia Rodoviária Federal a competência para aplicar e arrecadar multas por infrações de trânsito, no âmbito das rodovias e estradas federais, nos termos de seu art. 20, III, confere aos órgãos executivos

rodoviários da União a competência para executar a fiscalização de trânsito, autuar e aplicar as penalidades de advertência, por escrito, e ainda as multas e medidas administrativas cabíveis, notificando os infratores e arrecadando as multas que aplicar, consoante previsto em seu art. 21, VI.

VI. Com o advento da Lei 10.561, de 13/11/2002, que incluiu o § 3º no art. 82 da Lei 10.233/2001, o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT foi expressamente autorizado a exercer, em sua esfera de atuação – ou seja, nas rodovias federais, consoante disposto no art. 81, II, da referida Lei 10.233/2001 –, diretamente ou mediante convênio, as competências expressas no art. 21 do Código de Trânsito Brasileiro, observado o disposto no inciso XVII do art. 24 da mesma Lei 10.233/2001, que ressalva a competência comum da Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT para os fins previstos no art. 21, VIII, do Código de Trânsito Brasileiro.

VII. Inconteste, assim, a competência do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT para executar a fiscalização do trânsito, por força da referida autorização legislativa, que expressamente outorgou, à autarquia, a competência para exercer, na sua esfera de atuação – vale dizer, nas rodovias federais –, diretamente ou mediante convênio, as atribuições expressas no art. 21 do Código de Trânsito Brasileiro.

VIII. Com efeito, nas rodovias federais, a atuação do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT e do Departamento de Polícia Rodoviária Federal - DPRF deve ser realizada em conjunto, de acordo com suas atribuições, para a realização de uma efetiva fiscalização do trânsito, com o escopo de assegurar o exercício do direito social à segurança, previsto no art. 6º, *caput*, da CF/88.

IX. O entendimento ora expendido encontra ressonância na reiterada jurisprudência do STJ, que se orientou no sentido de que o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT detém competência para aplicar multa de trânsito, por excesso de velocidade, nas rodovias federais, conforme a conjugada exegese dos arts. 82, § 3º, da Lei 10.233/2001 e 21, VI, da Lei 9.503/97.

Nesse sentido: STJ, REsp 1.592.969/RS, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, Segunda Turma, DJe de 25/05/2016; REsp 1.593.788/RS, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, Segunda Turma, DJe de 28/06/2016; REsp 1.583.822/RS, Rel. Ministro *Sérgio Kukina*, Primeira Turma, DJe de 30/06/2016; AgInt no REsp 1.592.294/RS, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, Segunda Turma, DJe de 11/10/2016; AgInt no REsp 1.596.546/RS, Rel. Ministro *Sérgio Kukina*, Primeira Turma, DJe de 19/10/2016; AgInt no REsp 1.580.031/RS, Rel. Ministra *Regina Helena Costa*, Primeira Turma, DJe de 19/10/2016.

X. Tese jurídica firmada: O Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT detém competência para a fiscalização do trânsito nas rodovias e estradas federais, podendo aplicar, em caráter não exclusivo, penalidade por infração ao Código de Trânsito Brasileiro, consoante se extrai da conjugada exegese dos arts. 82, § 3º, da Lei 10.233/2001 e 21 da Lei 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro).

XI. Recurso conhecido e parcialmente provido, para reconhecer a competência do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT para aplicar multa de trânsito, nas rodovias federais, determinando o retorno dos autos à origem, a fim de que sejam examinadas as demais questões suscitadas na inicial, não apreciadas pelas instâncias ordinárias.

XII. Recurso julgado sob a sistemática dos recursos especiais representativos de controvérsia (art. 1.036 e seguintes do CPC/2005 e art. 256-N e seguintes do RISTJ).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho e Benedito Gonçalves, conhecer do recurso especial e dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria e Herman Benjamin votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausentes, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão e, ocasionalmente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

Sustentaram, oralmente, os Drs. CLáudio Peret, pelo recorrente e João Adão Cardoso Ajala, pela recorrida.

Brasília (DF), 28 de fevereiro de 2018 (data do julgamento).

Ministra Assusete Magalhães, Relatora

DJe 11.4.2018

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Assusete Magalhães: Trata-se de Recurso Especial, interposto pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT, com base na alínea *a* do permissivo constitucional, em 04/01/2016, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado:

Administrativo. Infração de trânsito. Aplicação de multa. Excesso de velocidade. Incompetência do DNIT.

Consoante jurisprudência dominante desta Corte, o DNIT é competente para impor multas e outras medidas administrativas relativas a infrações por excesso de peso, dimensões e lotação dos veículos (CTB, art. 21, inc. VIII) e o nível de emissão de poluentes e ruído produzidos pelos veículos automotores ou pela sua carga (CTB, art. 21, inc. XIII). Por outro lado, *o DNIT não teria competência para promover autuações e aplicar sanções em face do descumprimento de outras normas de trânsito praticadas em rodovias e estradas federais, como por excesso de velocidade* (fl. 103e).

Os Embargos de Declaração, opostos contra o referido acórdão, foram parcialmente acolhidos, apenas para fins de prequestionamento, como elucida a ementa do julgado:

Administrativo. Embargos de declaração. Omissão. Contradição. Obscuridade.

1. Os embargos de declaração constituem recurso interposto perante o magistrado ou colegiado prolator da decisão impugnada, com vistas à supressão de omissão, contradição, obscuridade ou erro material no texto que possa dificultar a exata compreensão da manifestação judicial. E mesmo quando opostos com o objetivo de prequestionar matéria a ser versada em provável recurso extraordinário ou especial, devem atender aos pressupostos delineados no artigo 535, do CPC, pois não se prestam, por si só, para forçar o ingresso na instância superior, decorrendo, sua importância, justamente do conteúdo integrador da sentença ou do aresto impugnado. Com efeito, não se revelam

meio hábil ao reexame da causa ou modificação do julgado no seu mérito, pois opostos quando já encerrado o ofício jurisdicional naquela instância.

2. O magistrado não é obrigado a analisar todos os argumentos ou dispositivos legais invocados pelas partes, desde que aprecie o que é indispensável para o deslinde do feito (fl. 125e).

Sustenta o recorrente, em síntese, a ocorrência de afronta aos arts. 82, § 3º, da Lei 10.233/2001 e 21, VI, da Lei 9.503/97, sob o fundamento de que “não ignora o recorrente que, a partir do julgamento da Ação Civil Pública n. 2001.70.00.009820-1, firmou-se, no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, orientação jurisprudencial no sentido da incompetência da autarquia em exercer o poder de polícia nas rodovias federais, especialmente no que tange à aplicação e arrecadação de multas por excesso de velocidade” (fl. 138e).

Alega que, todavia, “após esse julgamento, sobreveio lei nova, a Lei n. 10.233/01, a qual conferiu, a modo expresse, essa competência ao DNIT: Art. 82. São atribuições do DNIT, em sua esfera de atuação: (...) § 3º É, ainda, atribuição do DNIT, em sua esfera de atuação, exercer, diretamente ou mediante convênio, as competências expressas no art. 21 da Lei n. 9.503, de 1997, observado o disposto no inciso XVII do art. 24 desta Lei (Incluído pela Lei n. 10.561, de 13.11.2002)” (fl. 138e), acrescentando que as “competências expressas no art. 21 da Lei n. 9.503, de 1997” são, entre outras, as seguintes: Art. 21. Compete aos órgãos e entidades executivos rodoviários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, no âmbito de sua circunscrição: (...) VI - executar a fiscalização de trânsito, autuar, aplicar as penalidades de advertência, por escrito, e ainda as multas e medidas administrativas cabíveis, notificando os infratores e arrecadando as multas que aplicar; (...) VIII - fiscalizar, autuar, aplicar as penalidades e medidas administrativas cabíveis, relativas a infrações por excesso de peso, dimensões e lotação dos veículos, bem como notificar e arrecadar as multas que aplicar” (fls. 138/139e).

Defende que, com o advento da Lei 10.233/2001 (art. 82, § 3º), “não há dúvida alguma de que o DNTI possui, sim, competência para exercer as atribuições previstas no art. 21, inciso VI, da Lei n. 9.503/97” (fl. 145e).

Ressalta que “o Conselho Nacional de Trânsito, órgão máximo normativo do Sistema Nacional de Trânsito, com competência para estabelecer as normas regulamentares do Código de Trânsito Brasileiro e dirimir conflitos sobre circunscrição e competência de trânsito no âmbito da União, dos Estados e do Distrito Federal (artigos 7º, inciso I, e 12, incisos I e XIV, da Lei n. 9.503/97)

editou a Resolução n. 289/2008, a qual ‘dispõe sobre normas de atuação a serem adotadas pelo Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes - DNIT e o Departamento de Polícia Rodoviária Federal - DPRF na fiscalização do trânsito nas rodovias federais’” (fl. 145e).

Conclui que “o DNIT, na condição de órgão executivo rodoviário da União, está autorizado a usar todo e qualquer equipamento ou aparato técnico que o habilite no desempenho de sua função primeira, controle das vias federais de circulação, dentro do âmbito de sua atuação, qual seja, segurança e engenharia do tráfego, podendo autuar e multar os infratores das normas de trânsito, como também arrecadar as multas que aplicar” (fl. 146e).

Requer, por fim, “a admissão e o provimento ao especial, com o reconhecimento de que o Tribunal *a quo* ofendeu os artigos 82, § 3º, da Lei n. 10.233/01, e 21, inciso VI, da Lei n. 9.503/97, e, por conseguinte, com a reforma do acórdão recorrido, para restabelecer os efeitos do Auto de Infração n. E014195567” (fl. 146e).

Não foram oferecidas contrarrazões ao recurso (fl. 152e).

O Recurso Especial foi admitido (fls. 155/156e).

A fls. 169/170e, determinou-se a submissão do presente Recurso Especial ao rito dos recursos especiais repetitivos, nos termos do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015, uma vez que a questão tratada nos autos – relativa à competência do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT para promover autuações e aplicar sanções, em face do descumprimento de normas de trânsito em rodovias e estradas federais, como por excesso de velocidade – revela caráter representativo de controvérsia de natureza repetitiva. Determinou-se, ainda, fosse oficiado aos Presidentes dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais, comunicando a instauração deste procedimento, a fim de que fosse suspensa a tramitação dos processos, individuais ou coletivos, que versassem sobre a mesma matéria, de acordo com o disposto no art. 1.037, II, do CPC/2015, facultando-lhes, ainda, a prestação de informações, no prazo de 15 (quinze) dias, nos termos do § 1º do art. 1.038 do CPC/2015. Determinou-se, outrossim, a abertura de vista ao Ministério Público Federal (art. 1.038, III, § 1º, do CPC/2015) para manifestação, em 15 (quinze) dias.

O Ministério Público Federal manifesta-se no sentido do provimento do Recurso Especial, bem como pela fixação da tese a ser aplicada aos casos repetitivos (fls. 175/181e).

A fls. 185/193e, a Promotoria de Justiça de Araguari/MG apresenta Nota Técnica, no sentido da impossibilidade de o DNIT aplicar multa, por excesso de velocidade, em razão da falta de convênio com a Polícia Rodoviária Federal.

Destaca-se que, segundo informações do Núcleo de Gerenciamento de Precedentes - NUGEP do STJ, em 20/02/2018, havia 1.933 processos sobrestados, na origem, referentes ao tema 965, que discute “a competência do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT para promover autuações e aplicar sanções em face do descumprimento de normas de trânsito praticadas em rodovias e estradas federais, como por excesso de velocidade”.

Incluído o processo em pauta de julgamento de 28/02/2018, a recorrida *Samara Silva de Andrade Lima* requereu a realização de sustentação oral por videoconferência (fls. 197/199e).

Encaminhados os autos ao Ministro *Mauro Campbell Marques*, Presidente da Primeira Seção, indeferiu ele o pedido, “tendo em vista que, até a presente data, inexistente regulamentação neste Tribunal Superior que discipline as orientações e procedimentos para a realização dessa atividade” (fl. 208e), decisão publicada em 26/02/2018 (fl. 209e).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Assusete Magalhães (Relatora): Trata-se, na origem, de Ação de Anulação de Ato Administrativo, ajuizada por Samara Silva de Andrade Lima contra o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT, em 22/04/2015, objetivando a anulação do Auto de Infração E014195567, lavrado pela autarquia, com fundamento no art. 218, I, do Código de Trânsito Brasileiro (“transitar em velocidade superior à máxima permitida para o local, medida por instrumento ou equipamento hábil, em rodovias, vias de trânsito rápido, vias arteriais e demais vias: I - quando a velocidade for superior à máxima em até 20% (vinte por cento): Infração - média; Penalidade - multa”). A inicial da ação sustentou a incompetência do DNIT para realizar a fiscalização, autuar e impor multas, por excesso de velocidade, nas rodovias federais, a inexistência de sinalização, no trecho da rodovia federal em que lavrada a autuação, bem como o impedimento ao exercício do direito de defesa, na via administrativa.

A sentença julgou procedente o pedido, “para anular a penalidade decorrente do auto de infração de série n. E014195567, resolvendo o processo com apreciação do mérito, nos termos do art. 269, I, do Código de Processo Civil” (fl. 59e), com base no entendimento do TRF/4ª Região sobre a incompetência do DNIT para a aplicação de multa, por excesso de velocidade, nas rodovias e estradas federais (fls. 58/60e).

Apelou a autarquia e o Tribunal Regional Federal da 4ª Região manteve a sentença, negando provimento ao recurso, conforme a ementa do julgado:

Administrativo. Infração de trânsito. Aplicação de multa. Excesso de velocidade. Incompetência do DNIT.

Consoante jurisprudência dominante desta Corte, o DNIT é competente para impor multas e outras medidas administrativas relativas a infrações por excesso de peso, dimensões e lotação dos veículos (CTB, art. 21, inc. VIII) e o nível de emissão de poluentes e ruído produzidos pelos veículos automotores ou pela sua carga (CTB, art. 21, inc. XIII). Por outro lado, o DNIT não teria competência para promover autuações e aplicar sanções em face do descumprimento de outras normas de trânsito praticadas em rodovias e estradas federais, como por excesso de velocidade (fl. 103e).

Opostos Embargos de Declaração, pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT, foram eles parcialmente acolhidos, tão somente para fins de prequestionamento (fl. 125e).

Publicado o acórdão em 20/11/2015 (fl. 128e), o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT interpôs o presente Recurso Especial, com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional, apontando contrariedade aos arts. 82, § 3º, da Lei 10.233/2001 e 21, VI, da Lei 9.503/97, conforme já relatado.

Passo, a seguir, à apreciação do Recurso Especial representativo da controvérsia.

De início, é de se registrar que, na sessão realizada em 09/03/2016, em homenagem ao princípio *tempus regit actum* – inerente aos comandos processuais –, o Plenário do STJ sedimentou o entendimento de que a lei a reger o recurso cabível e a forma de sua interposição é aquela vigente à data da publicação da decisão impugnada, ocasião em que o sucumbente tem a ciência exata dos fundamentos do provimento jurisdicional que pretende combater.

Tal compreensão restou sumariada no Enunciado Administrativo 2/2016, do STJ, *in verbis*: “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”.

No caso, o Recurso Especial foi interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/73, devendo, portanto, à luz do aludido diploma processual, ser analisados os requisitos de sua admissibilidade.

Com o advento do CPC/2015, o rito de processo e julgamento dos recursos especiais repetitivos foi estabelecido nos arts. 1.036 a 1.041 do referido diploma normativo.

No âmbito do Regimento Interno desta Corte, o tema está regulado nos arts. 104-A e 256 a 256-X do RISTJ.

Em consonância com o disposto no art. 1.036, § 5º, do CPC/2015 e no art. 256, *caput*, do RISTJ, previu-se a necessidade de afetação de dois ou mais recursos representativos da controvérsia, exigência cumprida, no caso, em razão de também ter sido afetado o REsp 1.613.733/RS, que cuida do mesmo tema.

O presente recurso é apto, consoante previsto no art. 1.036, § 6º, do CPC/2015 e no art. 256, § 1º, do RISTJ.

Fundamentos relevantes da questão jurídica discutida (art. 984, § 2º, c/c o art. 1.038, § 3º, do CPC/2015 e art. 104-A, I, do RISTJ)

A controvérsia ora em apreciação cinge-se à análise da existência de competência (ou não) do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT para promover autuações e aplicar sanções, em face do descumprimento de normas de trânsito em rodovias e estradas federais, como por excesso de velocidade.

Para melhor compreensão da questão, cumpre transcrever o voto condutor do acórdão recorrido:

A esfera de atuação do DNIT corresponde à infra-estrutura do Sistema Federal de Viação (art. 81 da Lei 9.503/97). O artigo 82 da mesma lei especifica as atribuições do DNIT, todas correlacionadas à infra-estrutura, como estabelecer padrões e normas técnicas, elaborar projetos, contratar e acompanhar obras de construção, ampliação e manutenção de rodovias.

Consoante disposto no § 3º do artigo 82 é, ainda, atribuição do DNIT, em sua esfera de atuação, exercer, diretamente ou mediante convênio, as competências expressas no art. 21 da Lei no 9.503, de 1997.

Portanto, o DNIT possui competência para fazer cumprir as normas de trânsito, executar e fiscalizar, inclusive impondo penalidades no âmbito de suas atribuições, a teor dos incisos I e VI do artigo 21 do CTB.

No Tribunal Regional Federal da 4ª Região prevalece o entendimento de que o DNIT é competente para impor multas e outras medidas administrativas relativas a infrações por excesso de peso, dimensões e lotação dos veículos (CTB, art. 21, inc. VIII) e o nível de emissão de poluentes e ruído produzidos pelos veículos automotores ou pela sua carga (CTB, art. 21, inc. XIII).

Por outro lado, o DNIT não teria competência para promover autuações e aplicar sanções em face do descumprimento de outras normas de trânsito praticadas em rodovias e estradas federais, como por excesso de velocidade.

Nesse sentido, são irretocáveis os fundamentos que alicerçaram a r. sentença, os quais adoto integralmente como razões de decidir:

1. Relatório

Trata-se de ação ordinária entre as partes supra, na qual busca a autora a anulação da penalidade decorrente do auto de infração de série n. E014195567, com pedido de antecipação de tutela para a suspensão da eficácia das penalidades deles decorrentes, bem como a suspensão da eficácia dos efeitos da pontuação correspondente, com base no art. 6º, § 2º, da Resolução n. 182/05 do CONTRAN.

Argumenta com: (a) a incompetência do DNIT para realizar a fiscalização de excesso de velocidade; (b) a insuficiência/inexistência de sinalização; e (c) a ausência do devido processo administrativo, com oportunidade para o autor formular alegações finais no processo.

Intimada ao recolhimento das custas iniciais, foi acostada guia no evento 6.

A análise da antecipação de tutela foi postergada para momento posterior à contestação, em razão da ausência demonstração de prejuízo irreparável à autora (evento 14).

Citado (evento 20), o réu contestou o feito no evento 21, sustentando que o art. 21, inc. VI do Código de Trânsito e o § 3º do art. 82 da Lei n. 10.233/2001 outorgam ao DNIT a competência para aplicar e arrecadar multas. Acresce que o dispositivo do CTN não deve ser interpretado restritivamente, limitando sua atuação para as atividades executivas do órgão, as quais não compreendem multas por excesso de velocidade.

Os autos vieram conclusos para sentença.

É o relatório. Decido.

2. Fundamentação

A ação é procedente, nos termos do entendimento das duas Turmas de Direito Administrativo sobre a incompetência do DNIT para a aplicação de sanção por excesso de velocidade:

Administrativo. Auto de infração por excesso de velocidade. Código de Trânsito Brasileiro. (In)competência do DNIT. Nulidade.

1. O artigo 20, III, do CTB estabelece a competência da Polícia Rodoviária Federal, no âmbito das rodovias e estradas federais, para aplicar e arrecadar as multas impostas por infrações de trânsito e as medidas administrativas decorrentes. 2. Por outro lado, as atribuições do DNIT relacionam-se às infrações por excesso de peso, dimensões e lotação de veículos, bem ainda às construções e edificações às margens da rodovia federal, nível de emissão de poluentes e ruído produzido pelos veículos automotores ou pela sua carga. 3. Disso decorre a legitimidade passiva da União Federal, e não do DNIT, para responder a respeito da nulidade de auto de infração por excesso de velocidade - bem como o reconhecimento da nulidade dos autos de infração objeto do presente feito. (TRF4, AC 5005321-38.2013.404.7206, Terceira Turma, Relator p/ Acórdão Nicolau Konkel Júnior, juntado aos autos em 26/02/2015)

Agravo de instrumento. Trânsito. Antecipação de tutela. Suspensão de multa. DNIT. Competência. 1. O juiz poderá antecipar os efeitos da tutela desde que, havendo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou fique caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu, podendo também conceder a tutela antecipada quanto o pedido se mostrar incontroverso. 2. O DNIT não tem competência para promover autuações e aplicar sanções em face do descumprimento de outras normas de trânsito praticadas em rodovias e estradas federais, como por excesso de velocidade. 3. Agravo de instrumento provido. (TRF4, AG 5001674-51.2015.404.0000, Quarta Turma, Relator p/ Acórdão Candido Alfredo Silva Leal Junior, juntado aos autos em 15/04/2015)

Defiro a antecipação de tutela para suspender a exigibilidade da multa, que aguarda pagamento conforme documento juntado sob OUT1 no evento 12, até o trânsito em julgado da presente sentença.

3. Dispositivo

Ante o exposto, julgo procedente o pedido para anular a penalidade decorrente do auto de infração de série n. E014195567, resolvendo o processo com apreciação do mérito, nos termos do art. 269, I, do Código de Processo Civil.

Nos termos da fundamentação, defiro a antecipação de tutela para suspender os efeitos do auto de infração descrito na inicial, até o trânsito em julgado da presente sentença.

Condeno o DNIT a ressarcir as custas adiantadas pela parte autora e ao pagamento de honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 500,00 (quinhentos reais), face ao pequeno valor da causa e considerando que o arbitramento sobre esse valor aviltaria o trabalho do patrono da parte autora. A verba deverá ser atualizada pela variação do IPCA-E/IBGE, de acordo com o art. 27 da Lei n. 13.080/2015 (LDO). Quanto às custas remanescentes, são isentas, nos termos do art. 4º, I, da Lei n. 9.289/96.

(...)

No mesmo sentido, seguem precedentes desta Corte:

*Administrativo. Agravo de instrumento. Suspensão dos efeitos de auto de infração até o julgamento final da lide. **Multa por excesso de velocidade. Incompetência do DNIT.** Consoante jurisprudência dominante desta Corte, o DNIT é competente para impor multas e outras medidas administrativas relativas a infrações por excesso de peso, dimensões e lotação dos veículos (CTB, art. 21, inc. VIII) e o nível de emissão de poluentes e ruído produzidos pelos veículos automotores ou pela sua carga (CTB, art. 21, inc. XIII). Por outro lado, o DNIT não teria competência para promover autuações e aplicar sanções em face do descumprimento de outras normas de trânsito praticadas em rodovias e estradas federais, como por excesso de velocidade. (TRF4, AG 5026484-27.2014.404.0000, Terceira Turma, Relator p/ Acórdão Fernando Quadros da Silva, juntado aos autos em 29/01/2015)*

*Administrativo. **Infração de trânsito. Aplicação de multa. Incompetência do DNIT.** 1. Compete à Polícia Rodoviária Federal atuar e aplicar sanções pelo descumprimento de normas de trânsito praticadas em rodovias e estradas federais, como o excesso de velocidade. 2. O DNIT é competente para impor multas e outras medidas administrativas relativas a infrações por excesso de peso, dimensões e lotação dos veículos (CTB, art. 21, inc. VIII) e o nível de emissão de poluentes e ruído produzidos pelos veículos automotores ou pela sua carga (CTB, art. 21, inc. XIII). (TRF4, AG 5026487- 79.2014.404.0000, Quarta Turma, Relator p/ Acórdão Luís Alberto D'azevedo Aurvalle, juntado aos autos em 02/12/2014)*

Assim, nenhuma reforma merece a r. sentença monocrática.

Prequestionamento

Tendo em vista o disposto nas Súmulas 282 e 356 do STF e 98 do STJ, e a fim de viabilizar o acesso às instâncias superiores, explícito que a decisão recorrida não contrariou nem negou vigência e nenhum dos dispositivos legais invocados.

Ante o exposto, voto por negar provimento à apelação.

É o voto (fls. 99/102e).

A parte recorrida, na inicial, no que concerne à tese jurídica ora discutida, defende que a Polícia Rodoviária Federal detém a exclusiva competência para garantir a segurança pública, à luz do disposto no art. 144, II, § 2º, da CF/88, e promover autuações e aplicar sanções pelo descumprimento de normas de trânsito, nas rodovias e estradas federais, em consonância com o disposto no art. 1º, III, do Decreto 1.655/95, assim como no art. 20, I, II e III, da Lei 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro).

No seu entendimento, o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT poderia tão somente aplicar penalidade de multa sobre infrações relativas a transporte, tais como por excesso de peso, dimensões e lotação dos veículos, nos termos do disposto no art. 21, VIII, do Código de Trânsito Brasileiro.

Além da incompetência do DNIT, a inicial sustenta a inexistência de adequada sinalização, no trecho da rodovia federal em que lavrada a autuação, bem como o impedimento ao exercício do direito de defesa, na via administrativa.

A seu turno, o recorrente, nas razões do Especial, considera que a previsão, inserida no art. 82, § 3º, da Lei 10.233/2001, atribuiu competência ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT para exercer as atribuições previstas no art. 21, VI, da Lei 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro).

Ressalta que o DNIT, “na condição de órgão executivo da União, está autorizado a usar todo e qualquer equipamento técnico que o habilite no desempenho de sua função primeira, controle das vias federais de circulação, dentro do âmbito de sua atuação, qual seja segurança e engenharia do tráfego, podendo autuar e multar os infratores das normas de trânsito, como também arrecadar as multas que aplicar” (fl. 146e).

Fundamentos determinantes do julgado (art. 984, § 2º, c/c o art. 1.038, § 3º, do CPC/2015 e art. 104-A, II, do RISTJ)

O Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes-DNIT foi criado pela Lei 10.233, de 05/06/2001, que dispôs sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre e criou também o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários.

O art. 80 da referida Lei 10.233/2001 estabelece, como objetivo do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes-DNIT, implementar, em sua esfera de atuação, a política formulada para a administração da infraestrutura do Sistema Federal de Viação, compreendendo sua operação, manutenção, restauração ou reposição, adequação de capacidade e ampliação, mediante construção de novas vias e terminais, nos seguintes termos:

Art. 80. Constitui objetivo do DNIT implementar, em sua esfera de atuação, a política formulada para a administração da infra-estrutura do Sistema Federal de Viação, compreendendo sua operação, manutenção, restauração ou reposição, adequação de capacidade, e ampliação mediante construção de novas vias e terminais, segundo os princípios e diretrizes estabelecidos nesta Lei.

Já o art. 81 da aludida Lei 10.233/2001 define a esfera de atuação do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes-DNIT, *in verbis*:

81. A esfera de atuação do DNIT corresponde à infra-estrutura do Sistema Federal de Viação, sob a jurisdição do Ministério dos Transportes, constituída de:

- I - vias navegáveis, inclusive eclusas ou outros dispositivos de transposição hidroviária de níveis;
- II - ferrovias e rodovias federais;
- III - instalações e vias de transbordo e de interface intermodal, exceto as portuárias;
- IV - (revogado).

Por sua vez, estabelecem os arts. 20 e 21 da Lei 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro):

Art. 20. Compete à Polícia Rodoviária Federal, no âmbito das rodovias e estradas federais:

- I - cumprir e fazer cumprir a legislação e as normas de trânsito, no âmbito de suas atribuições;
- II - realizar o patrulhamento ostensivo, executando operações relacionadas com a segurança pública, com o objetivo de preservar a ordem, incolumidade das pessoas, o patrimônio da União e o de terceiros;
- III - aplicar e arrecadar as multas impostas por infrações de trânsito, as medidas administrativas decorrentes e os valores provenientes de estada e remoção de veículos, objetos, animais e escolta de veículos de cargas superdimensionadas ou perigosas;

IV - efetuar levantamento dos locais de acidentes de trânsito e dos serviços de atendimento, socorro e salvamento de vítimas;

V - credenciar os serviços de escolta, fiscalizar e adotar medidas de segurança relativas aos serviços de remoção de veículos, escolta e transporte de carga indivisível;

VI - assegurar a livre circulação nas rodovias federais, podendo solicitar ao órgão rodoviário a adoção de medidas emergenciais, e zelar pelo cumprimento das normas legais relativas ao direito de vizinhança, promovendo a interdição de construções e instalações não autorizadas;

VII - coletar dados estatísticos e elaborar estudos sobre acidentes de trânsito e suas causas, adotando ou indicando medidas operacionais preventivas e encaminhando-os ao órgão rodoviário federal;

VIII - implementar as medidas da Política Nacional de Segurança e Educação de Trânsito;

IX - promover e participar de projetos e programas de educação e segurança, de acordo com as diretrizes estabelecidas pelo CONTRAN;

X - integrar-se a outros órgãos e entidades do Sistema Nacional de Trânsito para fins de arrecadação e compensação de multas impostas na área de sua competência, com vistas à unificação do licenciamento, à simplificação e à celeridade das transferências de veículos e de prontuários de condutores de uma para outra unidade da Federação;

XI - fiscalizar o nível de emissão de poluentes e ruído produzidos pelos veículos automotores ou pela sua carga, de acordo com o estabelecido no art. 66, além de dar apoio, quando solicitado, às ações específicas dos órgãos ambientais.

Art. 21. *Compete aos órgãos e entidades executivos rodoviários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, no âmbito de sua circunscrição:*

I - cumprir e fazer cumprir a legislação e as normas de trânsito, no âmbito de suas atribuições;

II - planejar, projetar, regulamentar e operar o trânsito de veículos, de pedestres e de animais, e promover o desenvolvimento da circulação e da segurança de ciclistas;

III - implantar, manter e operar o sistema de sinalização, os dispositivos e os equipamentos de controle viário;

IV - coletar dados e elaborar estudos sobre os acidentes de trânsito e suas causas;

V - estabelecer, em conjunto com os órgãos de policiamento ostensivo de trânsito, as respectivas diretrizes para o policiamento ostensivo de trânsito;

VI - *executar a fiscalização de trânsito, autuar, aplicar as penalidades de advertência, por escrito, e ainda as multas e medidas administrativas cabíveis, notificando os infratores e arrecadando as multas que aplicar;*

VII - arrecadar valores provenientes de estada e remoção de veículos e objetos, e escolta de veículos de cargas superdimensionadas ou perigosas;

VIII - fiscalizar, autuar, aplicar as penalidades e medidas administrativas cabíveis, relativas a infrações por excesso de peso, dimensões e lotação dos veículos, bem como notificar e arrecadar as multas que aplicar;

IX - fiscalizar o cumprimento da norma contida no art. 95, aplicando as penalidades e arrecadando as multas nele previstas;

X - implementar as medidas da Política Nacional de Trânsito e do Programa Nacional de Trânsito;

XI - promover e participar de projetos e programas de educação e segurança, de acordo com as diretrizes estabelecidas pelo CONTRAN;

XII - integrar-se a outros órgãos e entidades do Sistema Nacional de Trânsito para fins de arrecadação e compensação de multas impostas na área de sua competência, com vistas à unificação do licenciamento, à simplificação e à celeridade das transferências de veículos e de prontuários de condutores de uma para outra unidade da Federação;

XIII - fiscalizar o nível de emissão de poluentes e ruído produzidos pelos veículos automotores ou pela sua carga, de acordo com o estabelecido no art. 66, além de dar apoio às ações específicas dos órgãos ambientais locais, quando solicitado;

XIV - vistoriar veículos que necessitem de autorização especial para transitar e estabelecer os requisitos técnicos a serem observados para a circulação desses veículos.

Parágrafo único. *(Vetado)*.

De fato, a Lei 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro), a par de atribuir à Polícia Rodoviária Federal a competência para aplicar e arrecadar multas por infrações de trânsito, no âmbito das rodovias e estradas federais, nos termos de seu art. 20, III, confere aos órgãos executivos rodoviários da União a competência para executar a fiscalização de trânsito, autuar e aplicar as penalidades de advertência, por escrito, e ainda as multas e medidas administrativas cabíveis, notificando os infratores e arrecadando as multas que aplicar, consoante previsto em seu art. 21, VI.

Com o advento da Lei 10.561, de 13/11/2002, que incluiu o § 3º no art. 82 da Lei 10.233/2001, o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT foi expressamente autorizado a exercer, em sua esfera de atuação – ou seja, nas rodovias federais, consoante disposto no art. 81, II, da referida Lei 10.233/2001 –, diretamente ou mediante convênio, as competências

expressas no art. 21 do Código de Trânsito Brasileiro, observado o disposto no inciso XVII do art. 24 da mesma Lei 10.233/2001, que ressalva a competência comum da Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT para os fins previstos no art. 21, VIII, do Código de Trânsito Brasileiro, vale dizer, para, nas rodovias federais por ela administradas, “fiscalizar, autuar, aplicar as penalidades e medidas administrativas cabíveis, relativas a infrações por excesso de peso, dimensões e lotação dos veículos, bem como notificar e arrecadar as multas que aplicar”.

A propósito:

Lei 10.233/2001

Art. 24. Cabe à ANTT, em sua esfera de atuação, como atribuições gerais:

(...)

XVII - exercer, diretamente ou mediante convênio, as competências expressas no inciso VIII do art. 21 da Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, nas rodovias federais por ela administradas. (Incluído pela Lei n. 10.561, de 13.11.2002).

Art. 82. São atribuições do DNIT, em sua esfera de atuação:

(...)

§ 3º *É, ainda, atribuição do DNIT, em sua esfera de atuação, exercer, diretamente ou mediante convênio, as competências expressas no art. 21 da Lei n. 9.503, de 1997, observado o disposto no inciso XVII do art. 24 desta Lei (Incluído pela Lei n. 10.561, de 13.11.2002).*

Dessarte, é inconteste a competência do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT para executar a fiscalização do trânsito, por força da referida autorização legislativa, que expressamente outorgou, à autarquia, a competência para exercer, na sua esfera de atuação – ou seja, nas rodovias federais (art. 81, II, da Lei 10.233/2001) –, diretamente ou mediante convênio, as atribuições expressas no art. 21 do Código de Trânsito Brasileiro.

Nesse contexto, conforme previsto na legislação de regência – art. 82, § 3º, da 10.233/2001 e art. 21, VI, da Lei 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro) –, a competência para aplicar e arrecadar multas por infrações de trânsito, nas rodovias federais, não é exclusiva da Polícia Rodoviária Federal, em razão da previsão legal da execução da fiscalização de trânsito pelos órgãos executivos rodoviários da União, na esfera de sua circunscrição, previsão que, quanto ao DNIT, foi esclarecida e reforçada, expressamente, no referido § 3º do art. 82 da Lei 10.233/2001, introduzido pela Lei 10.561, de 13/11/2002.

Da interpretação dos referidos dispositivos legais infere-se a intenção do legislador de ampliar a competência para fiscalizar o trânsito e aplicar multas, por infrações de trânsito, nas rodovias e estradas federais, tais como por excesso de velocidade.

Preceitua o art. 91 do Código de Trânsito Brasileiro:

Art. 91. O CONTRAN estabelecerá as normas e regulamentos a serem adotados em todo o território nacional quando da implementação das soluções adotadas pela Engenharia de Tráfego, assim como padrões a serem praticados por todos os órgãos e entidades do Sistema Nacional de Trânsito.

Em cumprimento à referida previsão legislativa, o Conselho Nacional de Trânsito - CONTRAN editou a Resolução 289, de 29/08/2008, que “dispõe sobre normas de atuação a serem adotadas pelo Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes - DNIT e o Departamento de Polícia Rodoviária Federal - DPRF *na fiscalização do trânsito nas rodovias federais*”, considerando “*a necessidade de intensificar a fiscalização do trânsito nas rodovias federais, objetivando a redução dos altos índices de acidentes e a conservação do pavimento, coibindo o desrespeito aos limites de velocidades e o tráfego de veículos com excesso de peso*”.

Na mencionada norma regulamentadora ficaram assim estabelecidas as competências do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT e do Departamento de Polícia Rodoviária Federal - DPRF para o exercício da fiscalização do trânsito:

Art. 1º *Compete ao Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes - DNIT, Órgão Executivo Rodoviário da União, no âmbito de sua circunscrição:*

I - exercer a fiscalização do excesso de peso dos veículos nas rodovias federais, aplicando aos infratores as penalidades previstas no Código de Trânsito Brasileiro - CTB, respeitadas as competências outorgadas à Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT pelos arts. 24, inciso XVII, e 82, § 1º, da Lei n. 10.233, de 5 de junho de 2001, com a redação dada pela Lei n. 10.561, de 13 de novembro de 2002; e

II - *exercer a fiscalização eletrônica de velocidade nas rodovias federais, utilizando instrumento ou redutor eletrônico de velocidade tipo fixo, assim como a engenharia de tráfego para implantação de novos pontos de redução de velocidade.*

Art. 2º *Compete ao Departamento de Polícia Rodoviária Federal - DPRF:*

I - exercer a fiscalização por excesso de peso nas rodovias federais, isoladamente, ou a título de apoio operacional ao DNIT, aplicando aos infratores as penalidades previstas no CTB; e

II - exercer a fiscalização eletrônica de velocidade nas rodovias federais com a utilização de instrumento ou medidor de velocidade do tipo portátil, móvel, estático e fixo, exceto redutor de velocidade, aplicando aos infratores as penalidades previstas no Código de Trânsito Brasileiro - CTB.

Parágrafo único. Para a instalação de equipamento do tipo fixo de controle de velocidade, o DPRF solicitará ao DNIT a autorização para intervenção física na via.

Assim, nas rodovias federais, a atuação do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT e do Departamento de Polícia Rodoviária Federal - DPRF deve ser realizada em conjunto, de acordo com suas atribuições, para a realização de uma efetiva fiscalização do trânsito, com o escopo de assegurar o exercício do direito social à segurança, previsto no art. 6º, *caput*, da CF/88.

O entendimento ora expandido encontra ressonância na reiterada jurisprudência do STJ, que se orientou no sentido de que o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT detém competência para aplicar multa de trânsito, por excesso de velocidade, em rodovias federais, conforme a conjugada exegese dos arts. 82, § 3º, da Lei 10.233/2001 e 21, VI, da Lei 9.503/97, como se colhe do voto do Ministro *Herman Benjamin*, Relator do REsp 1.592.969/RS, *in verbis*:

Conforme dispõe o art. 20, III, da Lei 9.503/1997 - CTB, a Polícia Rodoviária Federal possui competência para aplicar e arrecadar multas impostas por infrações de trânsito. Cito o referido dispositivo de lei:

Art. 20. Compete à Polícia Rodoviária Federal, no âmbito das rodovias e estradas federais:

(...)

(...)

III - aplicar e arrecadar as multas impostas por infrações de trânsito, as medidas administrativas decorrentes e os valores provenientes de estada e remoção de veículos, objetos, animais e escolta de veículos de cargas superdimensionadas ou perigosas;

Contudo tal competência da Polícia Rodoviária Federal não é exclusiva, pois, segundo o art. 21 do CTB, os órgãos e entidades executivos rodoviários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios podem exercê-la. Transcrevo o referido artigo:

Art. 21. *Compete aos órgãos e entidades executivos rodoviários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, no âmbito de sua circunscrição:*

(...)

VI - executar a fiscalização de trânsito, autuar, aplicar as penalidades de advertência, por escrito, e ainda as multas e medidas administrativas cabíveis, notificando os infratores e arrecadando as multas que aplicar;

A Lei 10.233/2001, que dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes e dá outras providências, trouxe uma ampliação das funções exercidas pelo DNIT em seu art. 82, § 3º, inclusive a de aplicar penalidades de trânsito por excesso de velocidade em rodovias federais. In verbis:

Art. 82. São atribuições do DNIT, em sua esfera de atuação:

(...)

§ 3º É, ainda, atribuição do DNIT, em sua esfera de atuação, exercer, diretamente ou mediante convênio, as competências expressas no art. 21 da Lei n. 9.503, de 1997, observado o disposto no inciso XVII do art. 24 desta Lei.

Por oportuno, saliento que não é permitido ao intérprete da lei restringir a competência do DNIT, quando a norma jurídica quis ampliá-la. No caso sub judice, a mera interpretação gramatical é apta a trazer o sentido da norma para o mundo dos fatos, portanto, depreende-se que o órgão administrativo possui competência para fiscalizar o trânsito e aplicar multas por excesso de velocidade nas rodovias federais.

Diante do exposto, dou parcial provimento ao Recurso Especial, para restabelecer os efeitos dos Autos de Infração impugnados.

É como voto.

O referido acórdão encontra-se assim ementado:

Administrativo. Processual Civil. Ausência de omissão, art. 535, II, do CPC. Competência do DNIT. Aplicação. Multa de trânsito. Excesso de velocidade. Rodovia federal. Utilização. Interpretação restritiva.

1. Não se configura a ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal a quo julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada.

2. A competência da Polícia Rodoviária Federal para aplicar multas de trânsito nas rodovias federais não é exclusiva, pois, segundo o art. 21 do CTB, os órgãos e entidades executivos rodoviários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios podem exercê-la.

3. A Lei 10.233/2001, que dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes e dá outras providências, trouxe uma ampliação das funções exercidas pelo DNIT em seu art. 82, § 3º, inclusive a de aplicar penalidades de trânsito por excesso de velocidade em rodovias federais.

4. Não é permitido ao intérprete da lei restringir a competência do DNIT, quando a norma jurídica quis ampliá-la. No caso sub judice, a mera interpretação gramatical é apta a trazer o sentido da norma para o mundo dos fatos, portanto, depreende-se que o órgão administrativo possui competência para fiscalizar o trânsito e aplicar multas por excesso de velocidade nas rodovias federais.

5. Recurso Especial parcialmente provido (STJ, REsp 1.592.969/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 25/05/2016).

No mesmo sentido os seguintes precedentes da Primeira e da Segunda Turmas do STJ:

Processual Civil. Administrativo. Enunciado Administrativo 2/STJ. Recurso especial. *Trânsito. Aplicação de multa. Rodovias federais. Competência do DNIT. Recurso especial provido.*

1. Inicialmente é necessário consignar que o presente recurso atrai a incidência do Enunciado Administrativo n. 2/STJ: "Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça".

2. A interpretação do art. 21 do Código de Trânsito Brasileiro c/c o art. 82 da Lei n. 10.233/2001 confere ao DNIT competência para fiscalizar o trânsito e aplicar multa por excesso de velocidade nas rodovias federais.

3. Recurso especial provido (STJ, REsp 1.593.788/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 28/06/2016).

Administrativo. Recurso especial. *Infração de trânsito por excesso de velocidade. Rodovia federal. Competência do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transporte-DNIT para executar a fiscalização de trânsito, aplicar e arrecadar multas.*

1. Da conjugada exegese dos arts. 82, § 3º, da Lei n. 10.233/01 e art. 21, VI, da Lei n. 9.503/97 (CTB), depreende-se que o DNIT detém competência para executar a fiscalização de trânsito, autuar, aplicar as penalidades de advertência, por escrito, e ainda as multas e medidas administrativas cabíveis, notificando os infratores e arrecadando as multas que aplicar. Precedente: REsp 1.592.969/RS, Rel. Ministro **Herman Benjamin**, 2ª Turma, DJe 25/5/2016.

2. Recurso especial do DNIT provido (STJ, REsp 1.583.822/RS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 30/06/2016).

Processo Civil e Administrativo. *Competência do DNIT. Aplicação. Multa de trânsito. Excesso de velocidade. Rodovia federal.*

1. *A conjugada exegese que se extrai dos arts. 82 da Lei n. 10.233/01 e 21, VI, da Lei n. 9.503/97 direciona no sentido de que o DNIT detém competência para aplicar multa por excesso de velocidade, a exemplo da que é objeto de discussão na presente ação.*

2. Agravo interno a que se nega provimento (STJ, AgInt no REsp 1.596.546/RS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 19/10/2016).

Processual Civil. Administrativo. Agravo interno no recurso especial. Código de Processo Civil de 2015. Aplicabilidade. Recurso especial provido. Argumentos insuficientes para desconstituir a decisão atacada. *Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT. Competência. Aplicação de multa. Excesso de velocidade.*

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, *in casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II - *O acórdão recorrido está em confronto com orientação desta Corte, segundo a qual o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes detém competência para aplicar multa por excesso de velocidade.*

III - A Agravante não apresenta, no agravo, argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

IV - Agravo Interno improvido (STJ, AgInt no REsp 1.580.031/RS, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe de 19/10/2016).

Seguindo a mesma orientação, *inter plures*: REsp 1.591.729/SC, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques, Segunda Turma*, DJe de 28/06/2016; REsp 1.604.077/RS, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques, Segunda Turma*, DJe de 28/06/2016; REsp 1.618.405/RS, Rel. Ministro *Herman Benjamin, Segunda Turma*, DJe de 06/09/2016; AgInt no REsp 1.585.656/RS, Rel. Ministro *Herman Benjamin, Segunda Turma*, DJe de 07/10/2016; AgInt no REsp 1.592.294/RS, Rel. Ministro *Herman Benjamin, Segunda Turma*, DJe de 11/10/2016.

Para corroborar o entendimento expendido, valho-me, ainda, do seguinte trecho do parecer do Ministério Público Federal, da lavra do Subprocurador-Geral da República, Dr. Antonio Fonseca:

Da leitura da legislação transcrita, constata-se que compete a Polícia Rodoviária Federal a aplicação e arrecadação de multas impostas por infrações de trânsito (inciso III, do art. 20, do CTB). Entretanto, tal competência não é exclusiva, mas sim concorrente, consoante o disposto no caput do artigo 21 do CTB.

A Lei n. 10.233/2001 ampliou as atribuições do DNIT relativa à fiscalização de trânsito, conforme estabelecido no artigo 82, § 3º, razão pela qual a Autarquia é competente para exercer, sem prejuízo de outras, as atribuições de fiscalização, engenharia, operação e educação de trânsito, incluídas a fiscalização por excesso de velocidade. Essas atribuições estão também previstas na Portaria DENATRAN 31/02 e Resolução CONTRAN N. 289/08.

Resolução CONTRAN n. 289/2008:

Art. 1º Compete ao Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes - DNIT, Órgão Executivo Rodoviário da União, no âmbito de sua circunscrição:

I - exercer a fiscalização do excesso de peso dos veículos nas rodovias federais, aplicando aos infratores as penalidades previstas no Código de Trânsito Brasileiro – CTB, respeitadas as competências outorgadas à Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT pelos arts. 24, inciso XVII, e 82, § 1º, da Lei n. 10.233, de 5 de junho de 2001, com a redação dada pela Lei n. 10.561, de 13 de novembro de 2002; e II - exercer a fiscalização eletrônica de velocidade nas rodovias federais, utilizando instrumento ou redutor eletrônico de velocidade tipo fixo, assim como a engenharia de tráfego para implantação de novos pontos de redução de velocidade.

Art. 2º Compete ao Departamento de Polícia Rodoviária Federal – DPRF:

I - exercer a fiscalização por excesso de peso nas rodovias federais, isoladamente, ou a título de apoio operacional ao DNIT, aplicando aos infratores as penalidades previstas no CTB; e II - exercer a fiscalização eletrônica de velocidade nas rodovias federais com a utilização de instrumento ou medidor de velocidade do tipo portátil, móvel, estático e fixo, exceto redutor de velocidade, aplicando aos infratores as penalidades previstas no Código de Trânsito Brasileiro – CTB.

Parágrafo único. Para a instalação de equipamento do tipo fixo de controle de velocidade, o DPRF solicitará ao DNIT a autorização para intervenção física na via.

Assim, ambos os órgãos, o DNIT e o DPRF, podem exercer fiscalização eletrônica de velocidade. Esclarecidas as atribuições do ponto de vista da legislação e do regulamento, restaria apenas analisar a questão sob o aspecto de eventual conflito de atuação. Nesse ponto, nenhum papel tem o administrado, pois o interesse aqui se circunscreve à governança pública.

Em síntese, a Lei n. 9.503/97 estabelece a competência de acordo com a circunscrição de atuação da autoridade. Assim, o DNIT exercerá a sua atribuição quando se tratar de infração cometida em rodovia federal sob a sua presença.

Vale destacar que a única restrição estabelecida no art. 82, § 3º, da Lei n. 10.233/01, ao atribuir ao DNIT as competências do art. 21 do CTB, foi a observância pela Autarquia do dispositivo que confere à Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT, nas rodovias concedidas à iniciativa privada, a competência para a aplicação de multas por excesso de peso, dimensões e lotação dos veículos (art. 24, XVII, da Lei n. 10.233/01).

A possibilidade de vários órgãos da União exercer a fiscalização de velocidade dá ao mesmo ente mais capacidade de resultado, isto é, de entregar à sociedade os benefícios decorrentes da política pública. Na verdade, fiscalizar e aplicar multas são a rigor da competência da União, que distribui, nos termos da lei e do regulamento, essa atribuição.

A previsão de atribuição não exclusiva em nada afeta a legitimidade do DNIT para exercer a fiscalização e aplicação de multas por excesso de velocidade.

Entendimento Jurisprudencial

Tal entendimento vem sendo corroborado por julgados de ambas as Turmas dessa Primeira Seção. Os julgados citados abaixo ilustram a assertiva:

(...) (fls. 179/180e).

Conclui-se, portanto, pela competência do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT para executar a fiscalização de trânsito e aplicar multas por infrações ao Código de Trânsito Brasileiro, como por excesso de velocidade.

Tese jurídica firmada (art. 104-A, III, do RISTJ)

Para cumprimento do requisito legal e regimental, firma-se a seguinte tese:

O Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes - DNIT detém competência para a fiscalização do trânsito nas rodovias e estradas federais, podendo aplicar, em caráter não exclusivo, penalidade por infração ao Código de Trânsito Brasileiro, consoante se extrai da conjugada exegese dos arts. 82, § 3º, da Lei 10.233/2001 e 21 da Lei 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro).

Solução dada ao caso concreto (art. 104-A, IV, do RISTJ)

Firmada a tese jurídica, resta o exame do caso concreto.

De acordo com a sentença e o acórdão, o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT é competente para impor multas e outras

medidas administrativas relativas a infrações por excesso de peso, dimensões e lotação dos veículos (art. 21, VIII, do CTB) e por emissão de poluentes e ruído produzidos pelos veículos automotores ou pela sua carga (art. 21, XIII, do CTB), mas não para promover autuações e aplicar sanções em face do descumprimento de outras normas de trânsito, em rodovias e estradas federais, como por excesso de velocidade.

Com efeito, o julgamento do Tribunal de origem diverge da jurisprudência do STJ e da tese firmada no presente recurso repetitivo, merecendo, assim, ser reformado, a fim de que seja reconhecida a competência do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT para exercer a fiscalização de trânsito. Como remanesceram questões outras, suscitadas na inicial e que não apreciadas pelas instâncias ordinárias – que se cingiram a anular a autuação, por incompetência do DNIT –, devem os autos retornar à origem, para o seu devido exame.

Ante o exposto, conheço do Recurso Especial e dou-lhe parcial provimento, para declarar a competência do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT para aplicar multas de trânsito, nas rodovias federais, determinando o retorno dos autos à origem, a fim de que sejam examinados os demais fundamentos da inicial, como se entender de direito.

Conclusão

Em face do exposto, proponho seja firmada a tese “*O Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT detém competência para a fiscalização do trânsito nas rodovias e estradas federais, podendo aplicar, em caráter não exclusivo, penalidade por infração ao Código de Trânsito Brasileiro, consoante se extrai da exegese conjugada dos arts. 82, § 3º, da Lei 10.233/2001 e 21 da Lei 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro)*”, conhecendo-se e dando-se parcial provimento ao Recurso Especial, para reconhecer a competência do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT para aplicar multas de trânsito, nas rodovias federais, determinando o retorno dos autos à origem, a fim de que sejam examinadas as demais questões suscitadas na inicial, não apreciadas pela instância *a quo*.

É como voto.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Senhor Presidente, a Lei 10.233/2001, que cria o DNIT - Departamento Nacional de Infraestrutura de Transporte, não atribuiu poder de polícia de tráfego, apenas alude a essa atribuição, mas não fornece a estrutura fiscalizatória. Quem dispõe da estrutura fiscalizatória é a Polícia Rodoviária Federal.

2. Invoco minha experiência para afirmar, em primeiro lugar, que nunca vi o DNIT atuar no tráfego da BR 116, uma rodovia que não é privatizada. Há postos, viaturas e radares da PRF, inclusive com placas de avisos. No trecho Fortaleza-Limoeiro, por exemplo, não existe presença do DNIT.

3. O segundo ponto, que me chamou muito a atenção no presente caso, é que não basta uma Lei estabelecer uma atribuição assim em abstrato, como aconteceu neste caso da Lei 10.233/2001, sem apontar os recursos tecnológicos e os meios para realizar tal atribuição. E mais, superpondo-se, Ministra *Regina Helena Costa*, a um outro Órgão Federal e criando um conflito atribucional absolutamente desnecessário e evitável, a não ser que se reconhecesse que a PRF não está cumprindo com sua responsabilidade, o que não é o caso; como também não é o caso de atribuir à PRF, digamos, a conservação de rodovias, porque é atribuição do DNIT.

4. Penso, Senhor Presidente, que essa cumulação ou essa superposição de atribuições fiscalizatórias do tráfego nas rodovias federais é algo que afronta o equilíbrio do sistema porque já existe um Órgão Federal que desempenha essa função, há muito tempo, com equipamentos, com experiência, com pessoal, com radares, viaturas e, principalmente, com pessoas treinadas para exercer essa atividade.

5. O DNIT atua na conservação de rodovias, fiscalização e verificação de condições de trafegabilidade. A circulação nas rodovias é uma atribuição tradicional da PRF. Não há nenhuma indicação de deficiência nesse serviço e, principalmente, Ministra *Regina Helena Costa*, ainda que houvesse, o DNIT não aporta nenhuma vantagem, uma vez que não tem viaturas, equipamentos, nem pessoal qualificado para esse serviço. A meu ver, essa questão parece uma disputa de forças entre os dois Órgãos, na qual a PRF saiu perdendo.

6. Penso que a Lei 10.233/2001 não se harmoniza com o sistema, daí porque meu voto é no sentido de não reconhecer no DNIT a função fiscalizatória do tráfego, ou seja, da circulação de veículos nas rodovias federais, porque é uma

função que já pertence a outro Órgão, que tem tradição no exercício dessa atribuição, com pessoal treinado, viaturas e equipamentos. O DNIT tem uma outra função, mais voltada para o aspecto estruturante das rodovias.

7. Peço vênias à eminente Relatora, que produziu um voto brilhante e muito bem cuidado, mas penso que com isso se fomenta um conflito administrativo desnecessário e evitável entre o DNIT e a PRF. Então, a PRF fica com sua fiscalização e o DNIT com as funções importantíssimas que tem desde a Lei de sua criação.

8. É assim que voto, Senhor Presidente, pedindo mais uma vez respeitosa vênias à douta Relatora e aos ilustres julgadores que a acompanharam.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: Senhor Presidente, pelo visto, a maioria já formou sua convicção quanto ao tema. Então, vou ficar vencido em meu voto, porque entendo que a função da Polícia Rodoviária Federal sempre foi o de fiscalizar as estradas, a conduta dos motoristas, com vistas a garantir a segurança de todos nas vias federais. É claro que, em se tratando de julgamento de repetitivo, daqui por diante, vou acatar a decisão aqui proferida, citando-a e acompanhando o posicionamento ora firmado. Mas, neste momento, pedindo vênias à Relatora, vou divergir e acompanhar o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.612.818-PR (2016/0180943-6)

Relator: Ministro Mauro Campbell Marques

Recorrente: Achilles Romeu Perussolo

Advogado: Rose Mary Grahl e outro(s) - PR018430

Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social

Interes.: Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário (IBDP) - “Amicus Curiae”

Advogados: Gisele Lemos Kravchychyn - SC018200

Diego Henrique Schuster e outro(s) - RS080210

Interes.: Confederação Brasileira de Aposentados, Pensionistas e Idosos -
“Amicus Curiae”

Advogado: Gabriel Dornelles Marcolin e outro(s) - RS076643

EMENTA

Previdenciário. Recurso especial representativo de controvérsia. Reconhecimento do direito adquirido ao benefício mais vantajoso. Equiparação ao ato de revisão. Incidência do prazo decadencial. Artigo 103 *caput* da Lei 8.213/1991. Tema 966. Recurso especial não provido.

1. Cinge-se a controvérsia em saber se o prazo decadencial do *caput* do artigo 103 da Lei 8.213/1991 é aplicável aos casos de requerimento a um benefício previdenciário mais vantajoso, cujo direito fora adquirido em data anterior à implementação do benefício previdenciário ora em manutenção.

2. Em razão da natureza do direito tutelado ser potestativo, o prazo de dez anos para se revisar o ato de concessão é decadencial.

3. No âmbito da previdência social, é assegurado o direito adquirido sempre que, preenchidos os requisitos para o gozo de determinado benefício, lei posterior o revogue, estabeleça requisitos mais rigorosos para a sua concessão ou, ainda, imponha critérios de cálculo menos favoráveis ao segurado.

4. O direito ao benefício mais vantajoso, incorporado ao patrimônio jurídico do trabalhador segurado, deve ser exercido por seu titular nos dez anos previstos no *caput* do artigo 103 da Lei 8.213/1991. Decorrido o decênio legal, acarretará a caducidade do próprio direito. O direito pode ser exercido nas melhores condições em que foi adquirido, no prazo previsto no *caput* do artigo 103 da Lei 8.213/1991.

5. O reconhecimento do direito adquirido ao benefício mais vantajoso equipara-se ao ato revisional e, por isso, está submetido ao regramento legal. Importante resguardar, além da segurança jurídica

das relações firmadas com a previdência social, o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema previdenciário.

6. *Tese delimitada em sede de representativo da controvérsia: sob a exegese do caput do artigo 103 da Lei 8.213/1991, incide o prazo decadencial para reconhecimento do direito adquirido ao benefício previdenciário mais vantajoso.*

7. Recurso especial do segurado conhecido e não provido. Observância dos artigos 1.036 a 1.041 do CPC/2015.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento: “Prosseguindo no julgamento, a Seção, por maioria, conheceu do recurso especial do segurado e negou-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencidos a Sra. Ministra Regina Helena Costa e o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.” Os Srs. Ministros Assusete Magalhães, Sérgio Kukina, Gurgel de Faria, Francisco Falcão, Herman Benjamin e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

Brasília (DF), 13 de fevereiro de 2019 (data do julgamento).

Ministro Mauro Campbell Marques, Relator

DJe 13.3.2019

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Trata-se de recurso especial interposto por Achiles Romeu Perussolo contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado:

Previdenciário. Decadência. Direito adquirido ao melhor benefício. Precedente da Terceira Seção. Ocorrência.

Nos termos do que decidido pela Terceira Seção nos Embargos Infringentes n. 0019058-93.2012.4.04.9999/SC, Rel. Desembargador Federal Rogerio Favreto

e com ressalva de entendimento pessoal do Relator, incide a decadência no pedido de revisão de prestação previdenciária referente ao assim chamado “direito adquirido ao melhor benefício”.

Em suas razões de recurso especial, sustenta o recorrente, em suma, a não ocorrência do instituto da decadência, porquanto não se trata de mera revisão de benefício previdenciário, mas de reconhecimento do melhor benefício, adquirido e incorporado ao seu patrimônio jurídico, combinando o *caput* do artigo 103 da Lei de Benefícios com o artigo 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Aberta vista para apresentar contrarrazões ao recurso especial, o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS - deixou o prazo transcorrer *in albis*.

Noticiam os autos que Achilles Romeu Perussolo, devidamente qualificado nos autos, ajuizou ação em face do INSS, objetivando o reconhecimento do direito à aposentação com base na Lei 6.950/1981, alegando ser mais vantajosa, renunciando à aposentadoria por tempo de contribuição.

A sentença rejeitou o pedido, nos termos do artigo 269, IV, do CPC/1973, em razão da decadência do direito a pleitear o benefício mais vantajoso.

O autor, ora recorrente, apelou, tendo o Tribunal *a quo*, por intermédio do Desembargador Federal Relator, com base no disposto no artigo 557, § 1º-A, do CPC/1973, dado provimento à apelação, determinando o retorno dos autos ao primeiro grau de jurisdição para que, superada a prejudicial, fosse apreciado o pedido.

O Juízo da Vara Federal Previdenciária de Curitiba proferiu sentença, julgando o pedido procedente em parte.

O INSS apelou e houve reexame necessário, tendo o Tribunal *a quo* dado parcial provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos da seguinte ementa:

Previdenciário. Revisão. Decadência. Teto de contribuição de 20 salários mínimos de referência. Lei 6.950/81. Leis 7.787/89 e 7.789/89. Direito adquirido. Preenchimento dos requisitos. Possibilidade da aplicação do artigo 144 da Lei n. 8.213/91.

1. Os benefícios deferidos antes de 27 de junho de 1997 (data da edição da MP 1.523-9) não estão sujeitos a prazo decadencial.

2. Tendo a parte autora preenchido os requisitos para a concessão do benefício antes do advento da sistemática instituída pelas Leis 7.787/89 e 7.789/89, tem direito adquirido ao benefício calculado de acordo com a legislação anterior.

3. Reconhecido o direito adquirido ao cálculo da RMI em data anterior ao advento da sistemática instituída pelas Leis 7.787/89 e 7.789/89, o benefício teria sido concedido no denominado “buraco negro”, de modo que aplicável em tese o disposto no artigo 144 da Lei 8.213/91.

4. Na aplicação do artigo 144 da Lei 8.213/91, ou se reconhece direito adquirido ao cálculo da RMI com base na legislação vigente antes das modificações legislativas, caso mais favorável ao segurado (o que é improvável), ou se reconhece o direito à incidência integral da Lei 8.213/91. Assim, não se cogita, com a aplicação do artigo 144 da Lei 8.213/91, da possibilidade de a nova renda mensal a ser implantada a partir de junho de 1992 ser superior ao limite de salário-de-contribuição no referido mês (art. 144 c.c. art. 33 da Lei 8.213/91, na redação original).

5. Como a hipótese é de reconhecimento de direito adquirido, a RMI fictícia deverá ser apurada em 01/07/89, computando-se os salários-de-contribuição vertidos até junho/89, e utilizando-se o limitador do salário-de-benefício e da RMI vigente em julho/89. Obtida a RMI em 01/07/89, ela deverá ser atualizada com base nos índices aplicáveis ao reajustamento dos benefícios da previdência social até a DER, observados obviamente os efeitos do artigo 144 da Lei 8.213/91. Somente deverá ser aplicada proporcionalmente no primeiro reajuste posterior a julho/89 (art. 41, II, da Lei 8.213/91 - redação original), pois na DER o benefício, como reconhecido o direito adquirido em data anterior, em rigor já seria um benefício em manutenção.

O INSS opôs embargos de declaração, aos quais foi negado provimento.

Contra o acórdão, o INSS interpôs recurso extraordinário e recurso especial. Contrarrazões em ambos os recursos.

O Presidente do Tribunal *a quo* sobrestou ambos os recursos, com base nos artigos 543-B e 543-C do CPC/1973, respectivamente.

Após julgamentos dos temas de repercussão geral e recurso especial repetitivo, o Presidente do Tribunal *a quo* remeteu os autos à Turma julgadora, para juízo de adequação, consoante determinado nos artigos 543-B, § 3º, e, 543-C, § 7º, II, do CPC/1973.

Em novo julgamento dos recursos de apelação e oficial, a Turma do Tribunal *a quo* reconheceu a decadência, nos termos da ementa transcrita à fl. 1 deste voto. Contra esse acórdão, Achilles Romeu Perussolo, ora recorrente, opôs embargos de declaração, parcialmente providos, sem efeito modificativo.

Contra esse acórdão, Achilles Romeu Perussolo interpôs o presente recurso especial e recurso extraordinário, ambos admitidos pelo Presidente do Tribunal *a quo*.

Autos remetidos ao STJ e distribuídos a este Relator, que propôs afetação do feito ao rito do recurso especial repetitivo, ato acolhido pelo colegiado da Primeira Seção, em 23/11/2016, com publicação no DJe em 1º/12/2017.

Autos ao Ministério Público Federal, que apresentou parecer, em que opina pelo conhecimento em parte do recurso especial e, nessa extensão, pelo não provimento.

Autos conclusos ao Relator, que deferiu a inclusão do Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário - IBDP e da Confederação Brasileira de Aposentados e Pensionistas - COBAP, como *amici curiae*.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques (Relator): Inicialmente cumpre dizer que recai sobre o presente recurso especial o Enunciado Administrativo 3/STJ o qual dispõe *in verbis*: “aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC”.

O presente recurso especial preenche os pressupostos de conhecimento e o tema central está prequestionado. Conheço do recurso.

Cinge-se a controvérsia em saber se o prazo decadencial do *caput* do artigo 103 da Lei 8.213/1991 é aplicável aos casos de requerimento de um benefício previdenciário mais vantajoso, cujo direito fora adquirido em data anterior à implementação do benefício previdenciário ora em manutenção.

O requerente sustenta ter direito adquirido ao melhor benefício, isto é, a uma aposentadoria mais vantajosa, direito esse que, no seu entender, não estaria alcançado pelo prazo decadencial decenal.

A matéria tem relevância social, porque pode influir na situação jurídica de um grande número de segurados do INSS e há multiplicidade de recursos com idêntica tese jurídica. Sob esse enfoque, a tese jurídica tornou-se representativa da controvérsia.

A previdência social, como conjunto de prestações sociais, exerce relevante papel no cumprimento dos objetivos constantes no artigo 3º, I, II e III, da Constituição da República de 1988. O equilíbrio financeiro e atuarial do Regime Geral de Previdência Social é promovido e coberto também pelas contribuições

previdenciárias vertidas pelos segurados. Nos claros termos do *caput* do artigo 195 e parágrafo único do artigo 194 da Constituição, a previdência social deve ser financiada por toda a sociedade e de forma equitativa.

Os direitos sociais previstos constitucionalmente são normas de ordem pública, com a característica de imperativas, invioláveis. São direitos fundamentais que demandam atuações positivas do Estado, voltadas à melhoria da condição de vida dos indivíduos.

A relação jurídica que envolve a prestação previdenciária está lastreada na necessidade do trabalhador que se depara com uma situação de risco social. No caso, é a perda da capacidade laboral que deve ser protegida e reparada pela previdência social, por intermédio da concessão da aposentadoria, conceituada como um direito social fundamental do homem.

Muitas das vezes, quase em sua totalidade de situações, as prestações previdenciárias compõem o mínimo existencial do cidadão brasileiro. O Estado brasileiro comprometeu-se a cumprir com o dever de observar os princípios da implementação progressiva dos direitos sociais e da proibição do retrocesso social, possibilitando ao Poder Judiciário determinar prestações que possam recompor o estado de risco social, em que o segurado encontra-se.

O professor Paulo Bonavides, em seu Curso de Direito Constitucional, p. 657, afirma que os direitos sociais elevam-se, em nosso direito constitucional positivo, à natureza de cláusulas pétreas, consoante artigo 60 da Carta Magna.

Conforme leciona Wladimir Novaes Martinez, em Princípios de Direito Previdenciário, p. 124, a prestação previdenciária, desde sua criação, vem sendo justificada como prolongamento da remuneração do trabalhador, aferida em função desta e abrangente das relações trabalhistas.

O direito ao benefício é o direito a determinada renda mensal, calculada conforme os critérios jurídicos e pressupostos fáticos do momento em que cumpridos os requisitos para a sua percepção, no formato da lei vigente à época.

Em relação à sistemática de quantificação dos benefícios previdenciários, é fundamental compreender a divisão metodológica das três etapas básicas do cálculo. Na primeira fase, são identificados os salários de contribuição que integram o período básico de cálculo; na segunda, apura-se uma média dos salários de contribuição com a devida correção monetária, da qual resulta o salário de benefício; em terceiro momento, aplica-se o coeficiente estabelecido na Lei Previdenciária sobre o salário de benefício, resultando em uma renda

mensal inicial, a qual corresponde ao valor do benefício que será concedido até o primeiro reajuste.

Da natureza jurídica do prazo previsto no caput do artigo 103 da Lei 8.213/1991

O *caput* do artigo 103 da Lei 8.213/1991 assim dispõe *in verbis*:

Art. 103. É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo.

Parágrafo único. Prescreve em cinco anos, a contar da data em deveriam ter sido pagas, toda e qualquer ação para haver prestações vencidas ou quaisquer restituições ou diferenças devidas pela Previdência Social, salvo o direito dos menores, incapazes e ausentes, na forma do Código Civil.

Os institutos da decadência e da prescrição, é bem verdade, são bem delineados pela doutrina e jurisprudência. Todavia, foram e são passíveis de questionamento quanto à sua configuração no caso concreto.

Sob a perspectiva da hermenêutica, colhe-se importante lição de Daniel Machado da Rocha e João Baltazar Junior, tendo em conta a finalidade alimentar das prestações previdenciárias, de que a regra de decadência e prescrição recebem certo temperamento próprio dos direitos indisponíveis.

O Direito como ciência assegura estabilidade e segurança nas situações jurídicas, mostrando-se o prazo uma importante ferramenta para o exercício de direitos em tempo hábil.

A clássica distinção entre os institutos está em que a decadência refere-se ao direito potestativo do titular, preocupa-se com a inércia de seu beneficiário, diz respeito ao fundo do direito. A prescrição volta-se às parcelas oriundas desse direito, refere-se ao crédito propriamente dito.

O legislador, com efeito, atribuiu ao *caput* do artigo 103 a natureza decadencial do prazo para o exercício do direito em revisar o ato de concessão do benefício, embora muitos estudiosos do tema, incluindo magistrados atuantes da área previdenciária, entendam ser o prazo prescricional.

A despeito de ambos os institutos terem sofrido alterações, notadamente quanto à possibilidade de suspensão, interrupção e renúncia, Câmara Leal sugere uma reflexão bastante plausível e atual, a saber *in verbis*:

É de decadência o prazo estabelecido pela lei, ou pela vontade unilateral ou bilateral, quando prefixado ao exercício do direito pelo seu titular. E é de prescrição, quando fixado, não para o exercício do direito, mas para o exercício por meio de ação, originando-se ambos do mesmo fato, de modo que o exercício da ação representa o próprio exercício do direito, o prazo estabelecido para a ação deve ser tido como prefixado ao exercício do direito, sendo, portanto, de decadência, embora aparentemente se afigure de prescrição (Câmara Leal, "Da prescrição e da decadência", 1ª edição, páginas 133 e 134)

A reflexão proposta por Câmara Leal é bastante esclarecedora, porque há situações em que a ação representa o próprio exercício do direito e sendo o direito ao benefício previdenciário um direito potestativo, do qual surge para o INSS uma obrigação de fazer, as revisões que o envolvem também incluem-se na natureza potestativa.

Em razão da natureza do direito tutelado ser potestativo, o prazo de dez anos para se revisar o ato de concessão é decadencial. Assim, o direito de revisar, tido como direito potestativo, decai em dez anos. Todavia, há uma segunda reflexão importante decorrente do *caput* do artigo 103 acerca de sua incidência sobre o direito subjetivo, potestativo e adquirido ao melhor benefício previdenciário. Isto porque, há o direito ao benefício em si e o direito a revisar o benefício, concedido por intermédio de ato administrativo, oriundo do procedimento de concessão.

Portanto, consiste este o desafio da presente tese jurídica representativa da controvérsia: o direito à aposentadoria mais vantajosa, garantida pela Lei Previdenciária e atos normativos complementares, a ser concretizado em prestações mensais, pode ser atingido pelo decurso do tempo, de modo a caducar?

Breves apontamentos doutrinários acerca da decadência previdenciária

Acerca do instituto da decadência, colhe-se a lição de Fábio Zambitte Ibrahim, em seu Curso de Direito Previdenciário, 20ª edição, *in verbis*:

A decadência, como visto, fulmina o direito, excluindo por via indireta qualquer possível pretensão do interessado. Todavia, é fundamental lembrar-se que tal hipótese esbarra na garantia constitucional do direito adquirido, que não pode ser aviltado pela lei, a qual, por sua vez, evidentemente não poderá fixar prazos para seu exercício.

A decadência somente poderá atingir direitos potestativos abstratamente considerados, nunca o direito concreto, individualizado, já integrado ao patrimônio jurídico do segurado da Previdência Social, sob pena de desrespeito à Constituição.

Igualmente pertinentes são os ensinamentos de Simone Barbisan Fortes e Leandro Paulsen, em obra doutrinária intitulada *Direito da Seguridade Social*, Editora Livraria do Advogado, 1ª edição, *in verbis*:

Todavia, é preciso que se frise que seu objeto, até mesmo em face dos princípios da hipossuficiência e da protetividade dos segurados, é bastante limitado, atingindo exclusivamente a revisão do ato de concessão de benefício.

Portanto, não há decadência do direito ao benefício, já que o dispositivo legal determina sua incidência quando em discussão revisão de ato concessório, isto é, de benefício já em manutenção.

Daí decorre que o segurado pode, a qualquer tempo, requerer, judicial ou administrativamente, benefício cujo direito tenha sido adquirido há bem mais de 10 anos.

Por outro lado, discussões no entorno do benefício previdenciário ou de sua renda, que sejam posteriores ao ato de concessão também ficam fora do prazo decadencial, como, por exemplo, aquelas pertinentes ao reajustamento de benefícios previdenciários.

Resta, portanto, como único objeto do prazo decadencial, a matéria pertinente ao cálculo da renda mensal inicial dos benefícios previdenciários: tem-se, aqui, um benefício concedido, e a discussão envolve revisão de um elemento do ato de concessão, qual seja, a fixação da renda mensal inicial da prestação.

A decadência previdenciária no Superior Tribunal de Justiça

No que toca à decadência para o segurado revisar seu benefício, cumpre elucidar que no STJ o tema foi objeto dos Recursos Especiais Repetitivos 1.309.529/PR e 1.326.114/SC, ambos da Relatoria do Ministro Herman Benjamim, submetidos ao rito do artigo 543-C do CPC/1973, tendo a 1ª Seção assim decidido, *in verbis*:

Previdenciário. Matéria repetitiva. Art. 543-C do CPC e Resolução STJ 8/2008. Recursos representativos de controvérsia (REsps 1.309.529/PR e 1.326.114/SC). Revisão do ato de concessão de benefício previdenciário pelo segurado. Decadência. Direito intertemporal. Aplicação do art. 103 da Lei 8.213/91, com a redação dada pela MP 1.523-9/1997, aos benefícios concedidos antes desta

norma. Possibilidade. Termo *a quo*. Publicação da alteração legal. Agravo regimental. Indeferimento de intervenção como *amicus curiae* e de sustentação oral. Agravo regimental da CFOAB.

1. O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) opôs Agravo Regimental contra decisão que não o admitiu como “amicus curiae”.

2. O CFOAB possui, no caso, interesse jurídico abstrato, e a pretensão de defesa da segurança jurídica não se coaduna com o instituto do “amicus curiae”, que exige a representatividade de uma das partes interessadas ou a relação direta entre a finalidade institucional e o objeto jurídico controvertido. Precedentes do STJ.

3. Agravo Regimental da CFOAB não provido.

Agravo regimental da Cobap

4. A Confederação Brasileira de Aposentados e Pensionistas (Cobap), admitida no feito na condição de “amicus curiae”, apresentou Agravo Regimental contra o indeferimento de sustentação oral.

5. A Corte Especial definiu, em Questão de Ordem examinada no REsp 1.205.946/SP (Rel. Min. Benedito Gonçalves, sessão de 17.8.2011), que o “amicus curiae” não tem direito à sustentação oral.

6. De acordo com os arts. 543-C, § 4º, do CPC e 3º, I, da Resolução STJ 8/2008, antes do julgamento do Recurso Especial admitido como representativo da controvérsia, o Relator poderá autorizar a manifestação escrita de pessoas, órgãos ou entidades com interesse no debate.

7. Agravo Regimental da Cobap não provido.

Matéria submetida ao regime do art. 543-C do CPC

8. Trata-se de pretensão recursal do INSS com o objetivo de declarar a decadência do direito do recorrido de revisar benefícios previdenciários anteriores ao prazo do art. 103 da Lei 8.213/1991, instituído pela Medida Provisória 1.523-9/1997 (D.O.0 28.6.1997), posteriormente convertida na Lei 9.528/1997, por ter transcorrido o decênio entre a publicação da citada norma e o ajuizamento da ação.

9. Dispõe a redação supracitada do art. 103: “É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo.”

Situação análoga. Entendimento da Corte Especial

10. Em situação análoga, em que o direito de revisão é da Administração, a Corte Especial estabeleceu que “o prazo previsto na Lei n. 9.784/99 somente

poderia ser contado a partir de janeiro de 1999, sob pena de se conceder efeito retroativo à referida Lei” (MS 9.122/DF, Rel. Ministro Gilson Dipp, Corte Especial, ale 3.3.2008). No mesmo sentido: MS 9.092/DF, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Corte Especial, D,1 25.9.2006; e MS 9.112/DF, Rel. Ministra Eliana Calmon, Corte Especial, DJ 14.11.2005.

O objeto do prazo decadencial

11. O suporte de incidência do prazo decadencial previsto no art. 103 da Lei 8.213/1991 é o direito de revisão dos benefícios, e não o direito ao benefício previdenciário.

12. O direito ao benefício está incorporado ao patrimônio jurídico, e não é possível que lei posterior imponha sua modificação ou extinção.

13. Já o direito de revisão do benefício consiste na possibilidade de o segurado alterar a concessão inicial em proveito próprio, o que resulta em direito exercitável de natureza contínua sujeito à alteração de regime jurídico.

14. Por conseguinte, não viola o direito adquirido e o ato jurídico perfeito a aplicação do regime jurídico da citada norma sobre o exercício, na vigência desta, do direito de revisão das prestações previdenciárias concedidas antes da instituição do prazo decadencial.

Resolução da tese controvertida

15. Incide o prazo de decadência do art. 103 da Lei 8.213/1991, instituído pela Medida Provisória 1.523-9/1997, convertida na Lei 9.528/1997, no direito de revisão dos benefícios concedidos ou indeferidos anteriormente a esse preceito normativo, com termo *a quo* a contar da sua vigência (28.6.1997).

16. No mesmo sentido, a Primeira Seção, alinhando-se à jurisprudência da Corte Especial e revisando a orientação adotada pela Terceira Seção antes da mudança de competência instituída pela Emenda Regimental STJ 14/2011, firmou o entendimento, com relação ao direito de revisão dos benefícios concedidos antes da Medida Provisória 1.523-9/1997, que alterou o *caput* do art. 103 da Lei de Benefícios, de que “o termo inicial do prazo de decadência do direito ou da ação visando à sua revisão tem como termo inicial a data em que entrou em vigor a norma fixando o referido prazo decenal (28.6.1997)” (REsp 1.303.988/PE, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJ 21.3.2012).

Caso concreto

17. Concedido, no caso específico, o benefício antes da Medida Provisória 1.523-9/1997 e havendo decorrido o prazo decadencial decenal entre a publicação dessa norma e o ajuizamento da ação com o intuito de revisão de ato concessório ou indeferitório, deve ser extinto o processo, com resolução de mérito, por força do art. 269, IV, do CPC.

18. Agravos Regimentais não providos e Recurso Especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ.

(REsp 1.309.529/PR, Primeira Seção, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe 4/6/2013)

Previdenciário. Matéria repetitiva. Art. 543-C do CPC e Resolução STJ 8/2008. Recursos representativos de controvérsia (REsp 1.309.529/PR e 1.326.114/SC). Revisão do ato de concessão de benefício previdenciário pelo segurado. Decadência. Direito intertemporal. Aplicação do art. 103 da Lei 8.213/1991, com a redação dada pela MP 1.523-9/1997 aos benefícios concedidos antes desta norma. Possibilidade termo *a quo* publicação da alteração legal. Matéria submetida ao regime do art. 543-C do CPC.

1. Trata-se de pretensão recursal do INSS com o objetivo de declarar a decadência do direito do recorrido de revisar benefícios previdenciários anteriores ao prazo do art. 103 da Lei 8.213/1991, instituído pela Medida Provisória 1.523-9/1997 (D.O. 28.6.1997), posteriormente convertida na Lei 9.528/1997, por ter transcorrido o decênio entre a publicação da citada norma e o ajuizamento da ação.

2. Dispõe a redação supracitada do art. 103: “É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tornar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo.”

Situação análoga. Entendimento da Corte Especial

3. Em situação análoga, em que o direito de revisão é da Administração, a Corte Especial estabeleceu que “o prazo previsto na Lei n. 9.784/99 somente poderia ser contado a partir de janeiro de 1999, sob pena de se conceder efeito retroativo à referida Lei” (MS 9.122/DF, Rel. Ministro Gilson Dipp, Corte Especial, ale 3.3.2008). No mesmo sentido: MS 9.092/DF, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Corte Especial, DJ 25.9.2006; e MS 9.112/DF, Rel. Ministra Eliana Calmon, Corte Especial, D.I 14.11.2005.

O objeto do prazo decadencial

4. O suporte de incidência do prazo decadencial previsto no art. 103 da Lei 8.213/1991 é o direito de revisão dos benefícios, e não o direito ao benefício previdenciário.

5. O direito ao benefício está incorporado ao patrimônio jurídico, não sendo possível que lei posterior imponha sua modificação ou extinção.

6. Já o direito de revisão do benefício consiste na possibilidade de o segurado alterar a concessão inicial em proveito próprio, o que resulta em direito exercitável de natureza contínua sujeito à alteração de regime jurídico.

7. Por conseguinte, não viola o direito adquirido e o ato jurídico perfeito a aplicação do regime jurídico da citada norma sobre o exercício, na vigência

desta, do direito de revisão das prestações previdenciárias concedidas antes da instituição do prazo decadencial.

Resolução da tese controvertida

8. Incide o prazo de decadência do art. 103 da Lei 8.213/1991, instituído pela Medida Provisória 1.523-9/1997, convertida na Lei 9.528/1997, no direito de revisão dos benefícios concedidos ou indeferidos anteriormente a esse preceito normativo, com termo *a quo* a contar da sua vigência (28.6.1997).

9. No mesmo sentido, a Primeira Seção, alinhando-se à jurisprudência da Corte Especial e revisando a orientação adotada pela Terceira Seção antes da mudança de competência instituída pela Emenda Regimental STJ 14/2011, firmou o entendimento — com relação ao direito de revisão dos benefícios concedidos antes da Medida Provisória 1.523-9/1997, que alterou o *caput* do art. 103 da Lei de Benefícios — de que “o termo inicial de prazo de decadência do direito ou da ação visando à sua revisão tem como termo inicial a data em que entrou em vigor a norma fixando o referido prazo decenal (28.6.1997)” (REsp 1.303.988/PE, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJ 21.3.2012).

Caso concreto

10. Concedido, *in casu*, o benefício antes da Medida Provisória 1.523-9/1997 e havendo decorrido o prazo decadencial decenal entre a publicação dessa norma e o ajuizamento da ação com o intuito de rever ato concessório ou indeferitório, deve ser extinto o processo, com resolução de mérito, por força do art. 269, IV, do CPC.

11. Recurso Especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ.

(REsp 1.326.114/SC, Primeira Seção, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe 13/5/2013)

Depreende-se dos fundamentos extraídos dos citados representativos da controvérsia que o escopo do prazo decadencial contido no dispositivo em comento é estabilizar em dez anos as relações jurídicas entre os segurados e a previdência social, evitando a revisão do ato de concessão do benefício previdenciário a qualquer tempo.

Igualmente, é possível extrair dos citados representativos mais duas assertivas relevantes para o presente julgamento: 1^a) o suporte de incidência do prazo decadencial previsto no artigo 103 da Lei 8.213/1991 é o direito de revisão dos benefícios e não o direito ao benefício previdenciário em si; 2^a) o direito ao benefício está incorporado ao patrimônio jurídico e não é possível que lei posterior imponha sua modificação ou extinção.

A revisão do ato de concessão do benefício previdenciário, no âmbito do STJ, abarca toda matéria relativa aos requisitos e critérios de cálculo do benefício submetidos à Administração previdenciária, quando do requerimento do benefício.

Nesse sentido precedente da Segunda Turma de minha Relatoria:

Previdenciário. Embargos de declaração. Recurso especial. Aposentadoria por tempo de serviço/contribuição. Revisão da renda mensal inicial. Cômputo de tempo rural. Decadência. Não ocorrência. Tema não apreciado pela Administração previdenciária quando concedido o benefício. Embargos de declaração do segurado rejeitados.

1. De acordo com os Recursos Especiais Repetitivos 1.309.529/PR e 1.326.114/SC, incide o prazo de decadência do artigo 103 *caput* da Lei 8.213/1991, instituído pela Medida Provisória 1.523-9/1997, convertida na Lei 9.528/1997, ao benefício concedido anteriormente a esse preceito normativo, com termo *a quo* a contar da sua vigência, isto é, 28/6/1997.

2. É possível afirmar que por ato de concessão deve ser entendida toda matéria relativa aos requisitos e critérios de cálculo do benefício submetida ao INSS no requerimento do benefício, do que pode resultar o deferimento ou indeferimento do pleito.

3. No presente caso, a pretensão veiculada consiste na revisão da renda mensal inicial do benefício em razão de tempo rural não computado, tema não apreciado pela Administração. Por isso não há falar em decadência.

4. Omissão não verificada quanto ao termo inicial do prazo decadencial, uma vez que, no presente caso, afastou-se por completo a decadência para o segurado revisar a renda mensal inicial de seu benefício.

5. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no REsp 1.429.312/SC, Segunda Turma, de minha Relatoria, DJe 3/9/2015)

Especificamente, quanto ao direito de revisão do ato concessório do benefício, o STJ tem precedentes no sentido de que a decadência prevista no *caput* do artigo 103 da Lei 8.213/1991 não alcança questões que não foram resolvidas no ato administrativo de concessão do benefício, porquanto o prazo decadencial limita-se à possibilidade de controle de legalidade do ato administrativo, não podendo atingir tema não apreciado pela Administração.

Nesse sentido:

Previdenciário. Recurso especial. Aposentadoria por tempo de serviço. Revisão da renda mensal inicial. IRSM de fevereiro/94. Decadência. Não ocorrência.

Termo inicial. Data da Medida Provisória 201, de 23/7/2004, convertida na Lei 10.999/2004. Recurso especial conhecido e não provido.

1. De acordo com os Recursos Especiais Repetitivos 1.309.529/PR e 1.326.114/SC, incide o prazo de decadência do artigo 103 *caput* da Lei 8.213/1991, instituído pela Medida Provisória 1.523-9/1997, convertida na Lei 9.528/1997, ao benefício concedido anteriormente a esse preceito normativo, com termo *a quo* a contar da sua vigência, isto é, 28/6/1997.

2. É possível afirmar que por ato de concessão deve ser entendida toda matéria relativa aos requisitos e critérios de cálculo do benefício submetida ao INSS no requerimento do benefício, do que pode resultar o deferimento ou indeferimento do pleito.

3. No presente caso, a pretensão veiculada consiste na revisão da renda mensal inicial do benefício pela aplicação integral do IRSM de fevereiro/1994 porque a Medida Provisória 201, de 23/7/2004, convertida na Lei 10.999/2004, expressamente garantiu a revisão dos benefícios previdenciários pela inclusão de tal índice no fator de correção dos salários de contribuição anteriores a março de 1994. O presente caso não envolve revisão do ato administrativo que analisou o pedido de deferimento da prestação previdenciária.

4. O termo inicial para a contagem do prazo decadencial deve ser a edição da Medida Provisória 201, de 23/7/2004, convertida na Lei 10.999/2004. A ação neste caso foi ajuizada em 11/10/2011, portanto, não se passaram mais de dez anos entre o termo inicial e o ajuizamento da ação.

5. Recurso especial conhecido e não provido.

(REsp 1.501.798/RS, Segunda Turma, de minha Relatoria, DJe 28/5/2015)

Previdenciário. Benefício previdenciário. Decadência. Não ocorrência. Prescrição. Aplicação do art. 103 da Lei 8.213/91. 1. Hipótese em que se consignou que “a decadência prevista no artigo 103 da Lei 8.213/91 não alcança questões que não restaram resolvidas no ato administrativo que apreciou o pedido de concessão do benefício. Isso pelo simples fato de que, como o prazo decadencial limita a possibilidade de controle de legalidade do ato administrativo, não pode atingir aquilo que não foi objeto de apreciação pela Administração”.

2. O posicionamento do STJ é o de que, quando não se tiver negado o próprio direito reclamado, não há falar em decadência. *In casu*, não houve indeferimento do reconhecimento do tempo de serviço exercido em condições especiais, uma vez que não chegou a haver discussão a respeito desse pleito.

3. Efetivamente, o prazo decadencial não poderia alcançar questões que não foram aventadas quando do deferimento do benefício e que não foram objeto de apreciação pela Administração. Por conseguinte, aplica-se apenas o prazo prescricional, e não o decadencial. Precedentes do STJ.

4. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no REsp 1.407.710/PR, Segunda Turma, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe 22/5/2014)

No presente momento, referida tese tornou-se representativa da controvérsia. Foram afetados ao rito dos recursos especiais repetitivos o Recurso Especial 1.644.191/RS e o Recurso Especial 1.648.336/RS, que se tornaram o Tema 975: “questão atinente à incidência do prazo decadencial sobre o direito de revisão do ato de concessão de benefício previdenciário do regime geral (art. 103 da Lei 8.213/1991), nas hipóteses em que o ato administrativo da autarquia previdenciária não apreciou o mérito do objeto da revisão”.

Ainda, o STJ, em casos de superveniência de sentença trabalhista ao ato de concessão, reconhecendo vínculos de trabalho, com trânsito em julgado após o decênio legal, tem afastado o prazo decadencial do *caput* do artigo 103 da Lei 8.213/1991.

Ilustrativamente:

Previdência Social. Trânsito em julgado de sentença trabalhista, posterior ao deferimento do benefício, repercutindo na base de cálculo deste.

Hipótese em que o prazo de decadência do direito à revisão do ato de concessão do benefício flui a partir do trânsito da sentença trabalhista.

Recurso especial conhecido, mas desprovido.

(REsp 1.309.086/SC, Primeira Turma, Relator Ministro Ari Pargendler, DJe 10/9/2013)

Importante ressaltar que o STJ assentou o entendimento de que, para adequação de benefícios previdenciários aos tetos constitucionais, consoante Emendas Constitucionais 20/1998 e 41/2003, não há falar em decadência.

Nesse sentido:

Processual Civil. Embargos de declaração. Benefício previdenciário. Revisão do pedido de IRSM/1994. Decadência. Aplicação do art. 103 da Lei 8.213/1991. Esclarecimento quanto à não incidência do referido dispositivo nas pretensões de aplicação dos tetos das Emendas Constitucionais 20/1998 e 41/2003.

1. O prazo decadencial previsto no art. 103 da Lei 8.213/1991 aplica-se somente aos casos em que o segurado busca a revisão do ato de concessão do benefício previdenciário.

2. Por conseguinte, não incide a decadência prevista no art. 103, *caput*, da Lei 8.213/1991 nas pretensões de aplicação dos tetos das Emendas Constitucionais

20/1998 e 41/2003 a benefícios previdenciários concedidos antes dos citados marcos legais, pois consubstanciam mera revisão das prestações supervenientes ao ato de concessão.

3. A Instrução Normativa INSS/PRES 45, de 6 de agosto de 2010, corrobora tal entendimento: “art. 436. Não se aplicam às revisões de reajustamento e às estabelecidas em dispositivo legal, os prazos de decadência de que tratam os arts. 103 e 103-A da Lei 8.213, de 1991”.

4. Ressalte-se que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 564.354/SE, submetido à sistemática da repercussão geral, nos termos art. 543-B, § 3º, do CPC, afirmou 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”.

5. Embargos de Declaração acolhidos, sem efeitos infringentes, apenas para prestar esclarecimentos.

(EDcl no AgRg no REsp 1.444.992/RS, Segunda Turma, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe 4/8/2015)

Previdenciário e Processual Civil. Violação ao art. 535 do CPC. Não ocorrência. Revisão de benefício. Aplicação imediata dos tetos previstos nas EC's 20/98 e 41/2004. Normas supervenientes. Prazo decadencial previsto no art. 103 da Lei 8.213/91. Não incidência.

1. Não ocorre ofensa ao art. 535 do CPC, quando o Tribunal de origem dirime, fundamentadamente, as questões que lhe são submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos autos, não se podendo, ademais, confundir julgamento desfavorável ao interesse da parte com negativa ou ausência de prestação jurisdicional.

2. A teor do entendimento consignado pelo STF e no STJ, em se tratando de direito oriundo de legislação superveniente ao ato de concessão de aposentadoria, não há falar em decadência.

3. No caso, a aplicação dos novos tetos surgiu somente com as EC's 20/98 e 41/03, motivo pelo qual se revela de rigor o afastamento da decadência.

4. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 1.420.036/RS, Primeira Turma, Relator Ministro Sérgio Kukina, DJe 14/5/2015)

Merece menção, também, que a Segunda Turma reanalisa, neste momento, o caso de incidência do prazo decadencial diante da edição da Lei 10.999/2004. Mas indico que, em um primeiro momento, a Segunda Turma afastou a

decadência e há precedente da Primeira Turma afastando a decadência, no que foi seguida pela Sexta Turma, em julgamento de processo remanescente.

Confirmam-se os seguintes julgados:

Processo Civil. Previdenciário. Código de Processo Civil de 1973. Aplicabilidade. Revisão da RMI. IRSM de fevereiro de 1994. Decadência. Termo inicial. Edição da MP n. 201/2004, convertida na Lei n. 10.999/2004. Inocorrência.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. *In casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 1973.

II - Esta Corte adotou entendimento segundo o qual o termo inicial do prazo decadencial para a revisão da renda mensal inicial do benefício previdenciário, com a aplicação integral do IRSM do mês de fevereiro de 1994, é a data da edição da MP n. 201/2004, convertida na Lei n. 10.999/2004. Precedentes.

III - Recurso especial desprovido.

(REsp 1.445.016/RS, Primeira Turma, Relatora Ministra Regina Helena Costa, DJe 28/9/2017)

Previdenciário. Recurso especial. Revisão de renda mensal inicial. Inclusão do IRMS de fevereiro de 1994. Direito à revisão reconhecido na Lei 10.999/2004. Não configuração da decadência na hipótese de revisão prevista em lei. Ato omissivo da Administração. Recurso especial do INSS a que se nega provimento.

1. No período compreendido em janeiro/1993 e fevereiro/1994, os salários de contribuição foram corrigidos pela variação do IRSM para fins de apuração do valor do salário de benefício.

2. Em março de 1994, com a entrada do Plano Real, o índice de atualização passou a ser a URV, a teor do que dispôs a Lei 8.880/1994. Ocorre que no momento de conversão dos salários de benefício em URV não se aplicou a inflação verificada no mês de fevereiro de 1994, que alcançou o índice de 39,67%.

3. Reconhecendo tal situação, em 2004, foi editada MP 201/2004, posteriormente convertida na Lei 10.999/2004, garantindo a inclusão do percentual de 39,67% (correspondente à variação do IRSM de fevereiro de 1994) na atualização monetária dos salários de contribuição anteriores a março de 1994 que integrem o PBC.

4. A revisão dos benefícios previdenciários concedidos com data de início posterior a fevereiro de 1994, nos termos acima expostos, deve ser realizada, como se verifica, por força de expressa disposição legal, impondo um comportamento positivo à Administração Pública, quanto à revisão do ato administrativo com vistas a atender esse direito fundamental.

5. Nesse contexto, a ação revisional em tela não busca propriamente o reconhecimento da ilegalidade do ato de concessão do benefício, mas, antes, fazer atuar a lei reconhedora da violação do direito previdenciário e da necessária revisão do ato administrativo.

6. Não se cuida de típica ação revisional que teria como condição a iniciativa do interessado, e, sim, de revisão reconhecida em expressa determinação legal, não sendo admissível atribuir a inércia ao particular, quando a omissão é da Administração.

7. Forçoso destacar que a Autarquia Previdenciária em sua IN 45/2010, reconhecia expressamente que as revisões determinadas em dispositivos legais, ainda que decorridos mais de 10 anos da data em que deveriam ter sido pagas, deveriam ser processadas, observando-se somente a prescrição quinquenal.

8. Recurso Especial do INSS a que se nega provimento.

(REsp 1.612.127/RS, Primeira Turma, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 3/5/2017)

Processual Civil e Previdenciário. Revisão de benefício previdenciário. Decadência. Repercussão geral. Tema n. 313. Acórdão submetido a juízo de retratação. Art. 1.030, II, do CPC. Inviabilidade. Inexistência de contrariedade ao que ficou decidido no RE n. 626.489/RG/SE/STF. Situação fática diversa. Ato administrativo. Demanda ajuizada em 26/1/2007, antes do implemento do prazo decadencial. Controvérsia acerca da aplicação do prazo previsto no art. 2º da Lei n. 10.999/2004.

1. Retornam estes autos para novo julgamento, por força do inciso II do art. 1.030 do Código de Processo Civil.

2. A circunstância dos autos não se coaduna com a tese apreciada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE n. 626.489/SE, em sede de repercussão geral, pois, no caso vertente, a ação foi ajuizada antes do implemento do prazo decadencial previsto no art. 103 da Lei n. 8.213/1991. Afora isso, a controvérsia travada nos autos diz respeito à aplicação ou não do prazo previsto no art. 2º da Lei n. 10.999/2004.

3. Fica mantido o acórdão proferido pela Sexta Turma, que negou provimento ao agravo regimental do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, afastando a aplicação do entendimento firmado em sede de repercussão geral ao presente caso, por não serem semelhantes.

4. Devolução dos autos à Vice-Presidência do Superior Tribunal de Justiça para que, se for o caso, dê prosseguimento ao processamento do recurso extraordinário, nos termos do art. 1.030, I, b, do Código de Processo Civil.

(AgRg no REsp 1.151.454/MS, Sexta Turma, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe 15/3/2017)

Previdenciário. Processual Civil. Decadência. Revisão. Benefício previdenciário. Termo inicial. Lei 10.999/2004. Divergência jurisprudencial não demonstrada.

1. A apontada divergência deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles. Indispensável a transcrição de trechos do relatório e do voto dos acórdãos recorrido e paradigma, realizando-se o cotejo analítico entre ambos, com o intuito de bem caracterizar a interpretação legal divergente. O desrespeito a esses requisitos legais e regimentais (art. 541, parágrafo único, do CPC e art. 255 do RI/STJ) impede o conhecimento do Recurso Especial com base na alínea “c”, III, do art. 105 da Constituição Federal.

2. Aplica-se o prazo de decadência instituído pela Medida Provisória 1.523-9/1997, convertida na Lei 9.528/1997, ao direito de revisão dos benefícios concedidos anteriormente a esse preceito normativo, com termo *a quo* a contar da sua vigência (28.6.1997). Essa orientação foi reafirmada nos julgamentos dos Recursos Especiais 1.309.529/PR e 1.326.114/SC, proferidos na sessão de 28.11.2012 (pendentes de publicação), pelo rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC e Resolução STJ 8/2008).

3. Na hipótese dos autos, a situação é outra. A decadência deve ser contada a partir da edição da Lei 10.999/2004, de 15 de dezembro de 2004, cujo teor autorizou, expressamente, a revisão dos benefícios concedidos após 1994. Assim, ajuizada a ação em 22.4.2013, não houve implemento da decadência, pois a particularidade do feito revela que o prazo decadencial, em verdade, começou a fluir em 15.12.2004. Cito precedente em caso idêntico: (REsp 1.501.798/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 28/5/2015).

4. Recurso Especial não provido.

(REsp 1.580.549/MG, Segunda Turma, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe 31/5/2016)

Previdenciário. Recurso especial. Aposentadoria por tempo de serviço. Revisão da renda mensal inicial. IRSM de fevereiro/94. Decadência. Não ocorrência. Termo inicial. Data da Medida Provisória 201, de 23/7/2004, convertida na Lei 10.999/2004. Recurso especial conhecido e não provido.

1. De acordo com os Recursos Especiais Repetitivos 1.309.529/PR e 1.326.114/SC, incide o prazo de decadência do artigo 103 *caput* da Lei 8.213/1991, instituído pela Medida Provisória 1.523-9/1997, convertida na Lei 9.528/1997, ao benefício concedido anteriormente a esse preceito normativo, com termo *a quo* a contar da sua vigência, isto é, 28/6/1997.

2. É possível afirmar que por ato de concessão deve ser entendida toda matéria relativa aos requisitos e critérios de cálculo do benefício submetida ao INSS no requerimento do benefício, do que pode resultar o deferimento ou indeferimento do pleito.

3. No presente caso, a pretensão veiculada consiste na revisão da renda mensal inicial do benefício pela aplicação integral do IRSM de fevereiro/1994 porque a Medida Provisória 201, de 23/7/2004, convertida na Lei 10.999/2004, expressamente garantiu a revisão dos benefícios previdenciários pela inclusão de tal índice no fator de correção dos salários de contribuição anteriores a março de 1994. O presente caso não envolve revisão do ato administrativo que analisou o pedido de deferimento da prestação previdenciária.

4. O termo inicial para a contagem do prazo decadencial deve ser a edição da Medida Provisória 201, de 23/7/2004, convertida na Lei 10.999/2004. A ação neste caso foi ajuizada em 11/10/2011, portanto, não se passaram mais de dez anos entre o termo inicial e o ajuizamento da ação.

5. Recurso especial conhecido e não provido.

(REsp 1.501.798/RS, Segunda Turma, de minha Relatoria, DJe 28/5/2015)

Mas, no presente momento, o Ministro Herman está a propor, quanto ao tema específico da decadência e a edição da Lei 10.999/2004, um novo entendimento. Trata-se do julgamento iniciado no Recurso Especial 1.670.907/RS, em 17/10/2017, em que há voto-vista do Ministro Og Fernandes, fundamentando que o prazo previsto no *caput* do artigo 103 é prescricional. Pedi vista desses autos para melhor expor meu raciocínio acerca do termo inicial para contagem do prazo decadencial, em que reiterarei meu posicionamento. A Segunda Turma aguarda o voto-vista da Ministra Assusete Magalhães.

No caso ora em análise, a tese representativa da controvérsia é outra. Consiste em saber se o reconhecimento do direito adquirido ao benefício previdenciário mais vantajoso implica revisão do benefício em manutenção, submetendo-se ao prazo decadencial do *caput* do artigo 103 da Lei 8.213/1991, ou se se trata de verdadeira concessão de novo benefício, com núcleo essencial diverso.

No Superior Tribunal de Justiça, é possível elencar algumas decisões proferidas pelos doutos integrantes da Segunda Turma no sentido de que incide o prazo decadencial ao pedido de reconhecimento do benefício mais vantajoso. Colacionam-se os seguintes julgados monocráticos: REsp 1.585.824/RS, Relatoria do Ministro Humberto Martins, DJe de 15/3/2016; REsp 1.573.016/RS, Relatoria do Ministro Herman Benjamin, DJe 7/3/2016; REsp 1.577.455/SC, Relatoria da Ministra Desembargadora Federal Convocada do TRF-3ª Região Diva Malerbi, DJe 13/4/2016; REsp 1.570.333/RS, Relatoria do Ministro Herman Benjamin, DJe 5/2/2016; REsp 1.570.699/PR, Relatoria do Ministro Herman Benjamin, DJe 5/2/2016; REsp 1.548.473/RS, Relatoria do

Ministro Humberto Martins, DJe 26/11/2015; REsp 1.556.332/SC, Relatoria da Ministra Assusete Magalhães, DJe 27/10/2015.

A Primeira Turma, na apreciação do REsp 1.324.772/RS, de Relatoria do Ministro Sérgio Kukina, entendeu por bem afastar a decadência do caso analisado, não em razão de o pedido referir-se a benefício previdenciário mais vantajoso, mas por considerar o interstício inferior aos 10 (dez) anos previstos no artigo 103, *caput*, da Lei 8.213/1991. Referido julgado foi ementado nos seguinte termos:

Previdenciário e Processual Civil. Violação ao art. 535 do CPC. Inexistência. Prazo decadencial. Matéria examinada sob o rito dos recursos repetitivos. Consolidação da jurisprudência da Primeira Seção. Decadência afastada. Revisão da renda mensal inicial - RMI. Retroação da data de início do benefício para que seja concedido o de valor mais vantajoso. Direito ao melhor benefício. Possibilidade. Precedentes do STF e deste STJ. Suscitada aplicação de regime híbrido de formas. Ausência de interesse recursal do INSS.

1. Verifica-se não ter ocorrido ofensa ao art. 535 do CPC, na medida em que o Tribunal de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos presentes autos.

2. Conforme entendimento da Primeira Seção desta Corte, o qual foi chancelado no julgamento do REsp 1.309.529/PR e do REsp 1.326.114/SC, ambos de relatoria do Min. Herman Benjamin, pelo rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC), a contagem do prazo decadencial, previsto no art. 103, *caput*, da Lei n. 8.213/91, introduzido pela Medida Provisória n. 1.523-9, de 27.6.1997, para os benefícios concedidos anteriormente à vigência desse normativo, tem como termo *a quo* a sua publicação. Nesse diapasão, na hipótese ora examinada, não há falar em decadência do direito de revisão do benefício.

3. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento com repercussão geral do RE 630.501/RS (DJe 23/8/2013), firmou entendimento de que, atendidos os requisitos, o segurado tem direito adquirido ao melhor benefício.

4. Da mesma forma, é remansosa a jurisprudência deste STJ no sentido de que, preenchidos que se achassem à época os requisitos legais, o beneficiário faz jus à revisão de sua aposentadoria para que passe a perceber o benefício financeiro mais vantajoso.

5. Quanto à suposta violação do art. 144 da Lei n. 8.213/91, o acórdão recorrido dele não extraiu qualquer consequência prática desfavorável à autarquia, resultando inócua a revisão de sua exegese.

6. Recurso especial desprovido.

(REsp 1.324.772/RS, Primeira Turma, Relator Ministro Sérgio Kukina, DJe 24/2/2015)

Consigno que há decisão da lavra do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, proferida no REsp 1.403.232/RS, datada de 11/11/2015, cujo enfoque gira em torno do reconhecimento do direito ao benefício mais vantajoso. Nesse julgado não se enfrentou o tema da decadência, mas foram enfatizados os fundamentos contidos no Recurso Extraordinário 630.501/RS, de Relatoria da Ministra Ellen Gracie, no sentido de que, atendidos os requisitos, o segurado tem direito adquirido ao melhor benefício.

Por oportuno, faço menção ao julgamento que se iniciou na Egrégia Primeira Seção, nos Recursos Especiais 1.348.636/SP e 1.348.638/SP, cujo foco da discussão consistiu em reconhecer o direito adquirido à aposentadoria calculada no período denominado Buraco Negro, com sobrestado pedido de vistas deste Relator, aguardando seleção por parte do nobre Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho de novos recursos para afetação ao rito do recurso especial repetitivo.

Do direito adquirido ao melhor benefício previdenciário

É sabido que, em matéria previdenciária, é assegurado o direito adquirido sempre que, preenchidos os requisitos para o gozo de determinado benefício, lei posterior o revogue, estabeleça requisitos mais rigorosos para a sua concessão ou, ainda, imponha critérios de cálculo menos favoráveis ao segurado.

O direito adquirido é uma garantia constitucional prevista no artigo 5º, XXXVI, limitadora do poder de legislar. A mesma proteção jurídica também está prevista na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro que, em seu artigo 6º, determina o respeito ao direito adquirido.

Essa disposição da Lei de Introdução tem sido inserida, tradicionalmente, como garantia fundamental. Em seu § 2º, encontra-se a definição de direito adquirido, nos seguintes termos: “consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo de exercício tenha termo pré-fixo ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem”.

O ponto comum e de convergência do tema assenta-se na integração desse direito, constituído de forma idônea na vigência de uma lei, ao patrimônio jurídico de uma pessoa.

Para Luís Roberto Barroso, em seu Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, 5ª edição, editora Saraiva, p. 219, “o direito adquirido traduz a

situação em que o fato aquisitivo aconteceu por inteiro, mas por qualquer razão ainda não se operaram os efeitos dele resultantes. Nessa hipótese, a Constituição assegura a regular produção de seus efeitos, tal como previsto na norma que regeu sua formação, nada obstante a existência da lei nova”.

Quando a lei previdenciária nova for menos favorável ao segurado e não ressaltar o direito adquirido ou não estabelecer normas de transição que conciliem a mudança do regime com a expectativa do direito, o Judiciário deve garantir, para fins de percepção de benefício, a aplicação da lei vigente ao tempo da reunião dos requisitos. O fato de o segurado não haver requerido a aposentadoria não o faz perder seu direito. Trata-se de distinguir a aquisição do direito do seu exercício. Preserva-se, portanto, o direito já incorporado ao patrimônio do seu titular.

Direito adquirido, visto como um complexo fático-jurídico consolidado pelo transcurso do tempo, é decorrência, pois, do Estado de Direito.

Da imprescritibilidade do direito ao benefício previdenciário

Os benefícios previdenciários estão ligados ao próprio direito à vida e são direitos sociais que compõem o quadro dos direitos fundamentais. Logo, a pretensão ao benefício previdenciário em si não prescreve, mas tão somente as prestações não reclamadas em certo tempo, que vão prescrevendo uma a uma, em virtude da inércia do beneficiário, observando-se o parágrafo único do artigo 103 da Lei 8.213/1991 c/c o artigo 1º do Decreto 20.910/1932.

Os direitos fundamentais não se submetem ao regime de preclusão temporal, não se admitindo sua extinção em decorrência do não exercício em tempo razoável, sob pena de retirar a proteção social, ameaçando a própria subsistência do trabalhador segurado. O trabalhador não pode ser penalizado por não requerer o benefício em momento posterior ao do aperfeiçoamento dos pressupostos legais para sua concessão.

A jurisprudência do STJ, em recentes julgados, consolidou o entendimento de que, nos feitos relativos à concessão de benefício, não prescreve o fundo de direito, mas apenas as verbas pleiteadas anteriores aos cinco anos do ajuizamento da ação.

Colacionam-se alguns precedentes:

Processual Civil. Previdenciário. Agravo regimental no recurso especial. Argumentos insuficientes para desconstituir a decisão atacada. Prescrição de fundo de direito. Inocorrência. Súmula n. 85/STJ. Inaplicabilidade.

I - É entendimento pacífico desta Corte que o direito fundamental ao benefício previdenciário pode ser exercido a qualquer tempo, não sendo atingido pela prescrição de fundo de direito, porquanto se constitui em relação de trato sucessivo e de natureza alimentar, incidindo a prescrição somente sobre as parcelas vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação. Precedentes.

II - O Agravante não apresenta, no regimental, argumentos suficientes para desconstituir a decisão agravada.

III - Agravo Regimental improvido.

(AgRg no REsp 1.415.397/PB, Primeira Turma, Relatora Ministra Regina Helena Costa, DJe 17/6/2015)

Previdenciário. Recurso especial. Benefício assistencial. Lei 8.742/1993 e Lei 10.741/2003. Prescrição do fundo de direito. Não ocorrência. Recurso especial conhecido e não provido.

1. A questão central do recurso especial gira em torno da ocorrência ou não da prescrição da pretensão ao reconhecimento do benefício de amparo social.

2. O benefício de prestação continuada é uma garantia constitucional, de caráter assistencial, previsto no art. 203, V, da Constituição Federal, regulamentado pelo art. 20 da Lei n. 8.742/1993 e também pela Lei 10.741/2003, o Estatuto do Idoso. Consiste no pagamento de um salário mínimo mensal às pessoas com deficiência ou idosas, desde que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.

3. O benefício em exame está consubstanciado nos fundamentos do Estado democrático de direito, tais como o da erradicação da pobreza e da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo-se ao cidadão brasileiro o mínimo existencial.

4. Relativamente à ocorrência ou não da prescrição do fundo de direito, parte-se da definição de que os benefícios previdenciários estão ligados ao próprio direito à vida e são direitos sociais que compõem o quadro dos direitos fundamentais.

5. A pretensão ao benefício previdenciário em si não prescreve, mas tão somente as prestações não reclamadas em certo tempo, que vão prescrevendo uma a uma, em virtude da inércia do beneficiário.

Inteligência do parágrafo único do art. 103 da Lei 8.213/1991.

6. Recurso especial conhecido mas não provido.

(REsp 1.349.296/CE, Segunda Turma, de minha Relatoria, DJe 28/2/2014)

Previdenciário. Concessão de benefício. Aposentadoria rural. Prescrição do fundo do direito. Não ocorrência. Art. 103 da Lei n. 8.213/91.

1. Na hipótese de concessão de benefício previdenciário, é sabido que a prescrição não atinge o direito ao benefício, mas somente as prestações não pagas, conforme se infere da leitura das redações, a antiga e a atual, do art. 103 da Lei n. 8.213/91.

2. “Em matéria de previdência social, a prescrição só alcança as prestações, não o direito, que pode ser perseguido a qualquer tempo.” (REsp 1.319.280/SE, Rel. Ministro *Ari Pargendler*, Primeira Turma, julgado em 6/8/2013, DJe 15/8/2013.) Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1.384.787/CE, Segunda Turma, Relator Ministro Humberto Martins, DJe 10/12/2013)

Previdenciário. Restabelecimento. Aposentadoria por idade rural. Prequestionamento implícito. Possibilidade. Súmula 211/STJ. Inaplicabilidade. Decadência. Prescrição. Aplicação do art. 103 da Lei 8.213/91.

1. O STJ admite o prequestionamento implícito nas hipótese em que os pontos debatidos no Recurso Especial foram decididos no acórdão recorrido, sem explícita indicação dos artigos de lei que fundamentam a decisão. No caso dos autos, embora o Tribunal de origem não tenha feito menção expressa aos arts. 103 e 103-A da Lei 8.2013/1991, emitiu juízo de valor a respeito da prescrição. Assim, não há falar em aplicação da Súmula 211/STJ, já que ficou corretamente caracterizado o prequestionamento da matéria.

2. Quanto à prescrição, em se tratando de benefício previdenciário, incide na hipótese de revisão do ato de concessão/indeferimento de benefício o disposto no art. 103 da Lei 8.213/1991: “É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo.”

3. Por sua vez, “prescreve em cinco anos, a contar da data em que deveria ter sido paga, toda e qualquer ação para haver prestações vencidas ou quaisquer restituições ou diferenças devidas pela Previdência Social, salvo o direito dos menores, incapazes e ausentes, na forma do Código Civil”, conforme dispõe o art. 103, parágrafo único, da Lei 8.213/1991.

4. Enquanto o prazo para revisão do ato de concessão/indeferimento de benefício é de dez anos, o prazo para haver prestações não pagas pela Previdência Social é quinquenal.

5. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no REsp 1.398.869/PB, Segunda Turma, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe 11/10/2013)

Previdenciário. Urbano. Tempo de serviço em condições especiais. Reconhecimento. Prescrição. Início de prova documental. Declaração de empresa em atividade. Conversão de aposentadoria por tempo de serviço em aposentadoria especial.

I – O reconhecimento de tempo de serviço em condições especiais, para fins de concessão de benefício previdenciário, é matéria de direito previdenciário que, consoante art. 103, da Lei 8.213/91, na redação original vigente por ocasião do ajuizamento da ação, não alberga a prescrição de fundo, senão das parcelas não pagas nem reclamadas na época própria.

II – Declaração de empresa em atividade, ainda que extemporânea ao tempo de serviço reclamado, serve como início de prova documental da atividade especial, a ensejar o reconhecimento de tempo de serviço em condições especiais. Precedentes.

III – Recurso conhecido, mas desprovido.

(REsp 253.365/PE, Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, DJe 27/8/2001)

Consoante regra geral de hermenêutica previdenciária, o segurado, ao preencher os requisitos legalmente exigidos para se aposentar, adquire o direito correspondente, direito que passará a integrar o seu patrimônio jurídico. Tratando-se de direito já incorporado ao patrimônio jurídico, a falta de seu exercício não acarreta, por si só, a perda do direito. O direito pode ser exercido nas melhores condições em que foi adquirido, a qualquer tempo.

Acerca do fundo de direito, o STJ já firmou orientação de que não prescreve o fundo do direito referente ao benefício previdenciário, de modo que é suscetível apenas de sofrer os efeitos da prescrição das parcelas vencidas e impagas na época própria. Tanto é verdade essa assertiva que, se o segurado vier a perder essa qualidade após o preenchimento de todos os requisitos necessários para a concessão de aposentadoria ou pensão junto ao Regime Geral de Previdência Social, isso não afetará o seu direito ou o de seus dependentes de obterem o benefício respectivo, de acordo com o previsto no § 1º do artigo 102 da Lei 8.213/1991.

O reconhecimento do direito adquirido ao benefício mais vantajoso não trata de revisão pura e simples do ato concessório de benefício previdenciário, mas à ela se equipara, porque implica a substituição do ato de concessão. Revisão pura e simples corresponde à discussão acerca das parcelas integrantes do mesmo benefício, o reestudo, a releitura das condições de sua concessão, porque identificado erro no cálculo do benefício.

Supremacia do interesse público como princípio máximo da Administração Pública previdenciária

A supremacia do interesse público, alicerce de todo o direito público, está inserida no reconhecimento do direito ao benefício mais vantajoso. A finalidade dos atos administrativos, como bem observa Leonardo Carneiro da Cunha, à página 31 de sua obra intitulada *A Fazenda Pública em Juízo*, deve ser informada pelo interesse público. A própria Administração previdenciária reconheceu esse interesse público e vinculou-se a ele, por intermédio de sua regulamentação normativa. A Fazenda Pública igualmente está destinada a preservá-lo.

A própria Administração previdenciária reconhece por intermédio de seus atos normativos, a exemplo da Instrução Normativa 77/2015 do INSS, em seu artigo 687, seu dever de orientar o segurado na concessão do benefício que lhe for mais vantajoso. Confira-se *in verbis*: “o INSS deve conceder o melhor benefício a que o segurado fizer jus, cabendo ao servidor orientar nesse sentido”.

Os §§ 3º e 4º do artigo 56 do Decreto 3.048/1999 ressalvam ao segurado, independentemente da data do requerimento do benefício, o direito à aposentadoria pelas condições legalmente previstas à época do cumprimento de todos os requisitos, assegurando sua concessão pela forma mais benéfica, desde a entrada do requerimento.

Ainda, nos termos do Enunciado 5 do Conselho de Recursos da Previdência Social elaborado à luz do Decreto 611/1992, “a Previdência Social deve conceder o melhor benefício a que o segurado fizer jus, cabendo ao servidor orientá-lo nesse sentido”.

Posição do Supremo Tribunal Federal: observância dos RE 630.501/RS e RE 626.489/SE

Quanto ao reconhecimento do direito ao benefício mais vantajoso sob o ângulo do direito adquirido, é preciso assentar que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 630.501/RS, cuja repercussão geral fora reconhecida, firmou entendimento de que, atendidos os requisitos, o segurado tem direito adquirido ao melhor benefício. Confira-se a ementa:

Aposentadoria. Proventos. Cálculo. Cumpre observar o quadro mais favorável ao beneficiário, pouco importando o decesso remuneratório ocorrido em data posterior ao implemento das condições legais. Considerações sobre o instituto do direito adquirido, na voz abalizada da relatora – Ministra Ellen Gracie –, subscritas pela maioria.

(RE 630.501/RS, Tribunal Pleno, Relatora Ministra Ellen Gracie, Relator para o acórdão Ministro Marco Aurélio, julgado em 21/2/2013, DJe 26/8/2013)

Conforme acentuado no voto proferido pela Ministra Ellen Gracie, condutor do acórdão do RE 630.501/RS, que se formou por maioria, o direito adquirido ao melhor benefício implica a possibilidade de o segurado ver o seu benefício deferido ou readequado de modo que corresponda à maior renda possível no cotejo entre a renda mensal inicial obtida e a renda mensal que estaria percebendo, se houvesse requerido o benefício em momento anterior em que reuniu os requisitos.

No julgamento do RE 630.501/RS foi enfatizado: admitir que circunstâncias posteriores possam implicar renda mensal inferior àquela garantida no momento do cumprimento dos requisitos mínimos, é permitir que o direito adquirido não possa ser exercido tal como adquirido. Assim, o direito ao benefício é o direito a determinada renda mensal, calculada conforme os critérios jurídicos e pressupostos fáticos do momento em que cumpridos os requisitos para a sua percepção.

Na repercussão geral em destaque, ficou esclarecido: para se apurar o direito adquirido ao melhor benefício, recalcula-se o benefício fazendo retroagir hipoteticamente a data do início do benefício à data em que já teria sido possível exercer o direito à aposentadoria. Os pagamentos é que não retroagem à nova data de início do benefício, pois dependentes do exercício do direito.

A *ratio decidendi* desse importante precedente foi a de que deve ser preservado o direito ao melhor benefício, incorporado ao patrimônio jurídico do trabalhador. A garantia de que determinadas situações jurídicas consolidadas não serão alcançadas por lei nova também foi destacada no precedente de Relatoria da Ministra Ellen Gracie, consoante § 1º do artigo 102 da Lei 8.213/1991, acrescido pela Lei 9.528/1997. A alteração posterior nas circunstâncias de fato não suprime o direito já incorporado ao patrimônio do seu titular.

O Supremo Tribunal Federal, posteriormente ao julgamento do RE 630.501/RS, em repercussão geral reconhecida no RE 626.489/SE, ao analisar o tema da decadência do direito de o segurado revisar seu benefício, muito embora não tenha enfrentado a tese aqui classificada como representativa da controvérsia, assentou as seguintes premissas em destaque:

II. *Validade e alcance da instituição de prazo para revisão do ato de concessão de benefício previdenciário*

6. O Regime Geral de Previdência Social (RGPS) constitui um sistema básico de proteção social, de caráter público, institucional e contributivo, que tem por finalidade segurar de forma limitada trabalhadores da iniciativa privada. A previdência social, em sua conformação básica, é um direito fundado na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, na cidadania e nos valores sociais do trabalho (CF/88, art. 1º, II, III e IV), bem como nos objetivos da República de construir uma sociedade livre, justa e solidária, avançar na erradicação da pobreza e na redução das desigualdades sociais (CF/88, art. 3º, I e III).

7. Cabe distinguir, porém, entre o direito ao benefício previdenciário em si considerado - isto é, o denominado fundo do direito, que tem caráter fundamental - e a graduação pecuniária das prestações. Esse segundo aspecto é fortemente afetado por um amplo conjunto de circunstâncias sociais, econômicas e atuariais, variáveis em cada momento histórico. Desde a pirâmide etária e o nível de poupança privada praticado pelo conjunto de cidadãos até a conjuntura macroeconômica, com seu impacto sobre os níveis de emprego e renda.

8. Isso faz com que a definição concreta do sistema de previdência precise equacionar interesses por vezes conflitantes: dos trabalhadores ativos e dos segurados, dos contribuintes abastados e das pessoas mais humildes, da geração atual e das futuras. Em linha de princípio, a tarefa de realizar esse complexo equilíbrio situa-se na esfera de formação do legislador, subordinando-se à decisão política das majorias parlamentares. Somente haverá invalidade se a escolha legislativa desrespeitar o núcleo essencial do direito em questão. Resta saber se a instituição do prazo ora analisado e a sua incidência sobre os benefícios já concedidos incorreu ou não nesse tipo de vício.

9. Entendo que a resposta é negativa. No tocante ao direito à obtenção de benefício previdenciário, a disciplina legislativa não introduziu prazo algum. Vale dizer: o direito fundamental ao benefício previdenciário pode ser exercido a qualquer tempo, sem que se atribua qualquer consequência negativa à inércia do beneficiário. Esse ponto é reconhecido de forma expressa no art. 102, § 1º, da Lei n. 8.213/1991, bem como em diversas passagens em que a referida lei apenas dispõe que o atraso na apresentação do requerimento fará com que o benefício seja devido a contar do pedido, sem efeito retroativo. Nesse sentido, permanecem perfeitamente aplicáveis as Súmulas 443/STF e 85/STJ, na medida em que registram a imprescritibilidade do fundo de direito do benefício não requerido.

10. A decadência instituída pela MP n. 1.523-9/1997 atinge apenas a pretensão de rever benefício previdenciário. Em outras palavras: a pretensão de discutir a graduação econômica do benefício já concedido. Como é natural, a instituição de um limite temporal máximo destina-se a resguardar a segurança jurídica, facilitando a previsão do custo global das prestações devidas. Em rigor, essa é uma exigência relacionada à manutenção do equilíbrio atuarial do sistema previdenciário, propósito que tem motivado sucessivas emendas constitucionais e medidas legislativas. Em última análise, é desse equilíbrio que depende a

continuidade da própria Previdência, não apenas para a geração atual, mas também para as que se seguirão.

11. Com base nesse raciocínio, não verifico inconstitucionalidade na criação, por lei, de prazo de decadência razoável para o questionamento de *benefícios já reconhecidos*. Essa limitação incide sobre o aspecto patrimonial das prestações. Não há nada de revolucionário na medida em questão. É legítimo que o Estado-legislador, ao fazer a ponderação entre os valores da justiça e da segurança jurídica, procure impedir que situações geradoras de instabilidade social e litígios possam se eternizar. *Especificamente na matéria aqui versada, não é desejável que o ato administrativo de concessão de um benefício previdenciário possa ficar indefinidamente sujeito à discussão*, prejudicando a previsibilidade do sistema como um todo. Esse ponto justifica um comentário adicional.

12. O Regime Geral de Previdência Social é um sistema de seguro na modalidade de repartição simples, a significar que todas as despesas são diluídas entre os segurados. Não se trata, portanto, de um conjunto de contas puramente individuais, e sim de um sistema fortemente baseado na solidariedade. Isso aumenta a interdependência entre os envolvidos. Diante disso, há maior razão para a estipulação de um prazo razoável para a revisão de atos de concessão, conciliando os interesses individuais com o imperativo de manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema. (Destaques nossos)

Depreende-se do destacado precedente do Supremo Tribunal Federal que o direito à previdência social constitui direito fundamental e, uma vez implementados os pressupostos de sua aquisição, não há de ser afetado pelo decurso do tempo, apenas no tocante ao crédito dele decorrente.

O prazo decadencial incide sobre o conteúdo do ato administrativo: período básico de cálculo; salários de contribuição; salário de benefício; e incidência ou não do fator previdenciário sobre o cálculo; e a renda mensal inicial desse cálculo. Esses são os aspectos econômicos do cálculo do benefício.

O STF protege o núcleo do direito fundamental. Permite possa o direito fundamental ao benefício previdenciário ser exercido a qualquer tempo, sem que se atribua qualquer consequência negativa à inércia do beneficiário. Esses são os dizeres do próprio Ministro Roberto Barroso, Relator do RE 626.489/SE. A decadência instituída pela MP 1.523-9/1997 atinge apenas a pretensão de rever benefício previdenciário, em outras palavras, a pretensão de discutir os componentes que formaram a graduação econômica do benefício já concedido.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal, no RE 630.501/RS, estipulou a decadência prevista no *caput* do artigo 103, para reconhecimento de direito adquirido ao melhor benefício.

Conjugando os fundamentos contidos tanto no referido RE 630.501/RS com os recentes valores ressaltados na repercussão geral julgada pelo Supremo Tribunal Federal, no RE 626.489/SE, é possível afirmar que a decadência justifica-se como respeito ao erário, ao dinheiro público, como ele é gasto, evitando descompasso nas contas da previdência social. Se há, realmente, um direito ao melhor benefício de aposentadoria, esse direito deve ser exercido em dez anos, porquanto o reconhecimento do direito adquirido ao melhor benefício equipara-se à revisão, quando já em manutenção na vida do trabalhador segurado uma aposentadoria. Hipótese distinta, que não se submete à decadência, é aquela em que o trabalhador ainda não recebe qualquer aposentadoria.

Da incidência do prazo previsto no caput do artigo 103 da Lei 8.213/1991 nas hipóteses de reconhecimento de benefício previdenciário mais vantajoso, observância da orientação do Supremo Tribunal Federal

Muito embora nos autos do ARE 704.398/RS, DJe de 25/2/2014, de Relatoria do Ministro Roberto Barroso, tenha sido firmado que se situa no plano da legalidade, e não da constitucionalidade, a controvérsia trazida referente à interpretação do termo “revisão”, infere-se das repercussões gerais citadas, que o Supremo Tribunal Federal faz incidir o prazo decadencial previsto no *caput* do artigo 103 da Lei 8.213/1991 à pretensão em se reconhecer o direito ao melhor benefício.

Destarte, devo me curvar à orientação do Supremo Tribunal Federal, contida no RE 630.501/RS, ainda que no meu modo de sentir, o prazo decadencial contido no *caput* do artigo 103 da Lei 8.213/1991 não deva incidir para o pedido de reconhecimento do direito ao benefício mais vantajoso, por se tratar de um outro núcleo essencial. O reconhecimento do benefício mais vantajoso equipara-se à pretensão revisional.

Conclusões

O direito ao benefício em si não está sujeito à preclusão do fundo de direito, incorpora-se ao patrimônio jurídico do segurado e não é permitido pelo próprio ordenamento que lei modifique-o ou extinga-o.

O suporte de incidência do prazo decadencial previsto no *caput* do artigo 103 da Lei 8.213/1991 é o direito de revisão dos benefícios e não o direito à concessão do benefício previdenciário.

O reconhecimento do direito adquirido ao melhor benefício equipara-se à revisão do ato concessório de aposentadoria.

O equilíbrio financeiro e atuarial do sistema previdenciário é promovido e coberto também pelas contribuições previdenciárias vertidas pelos segurados. As relações jurídicas com a previdência social devem estar protegidas e asseguradas pela estabilidade. O prazo de dez anos previsto no *caput* do artigo 103 da Lei 8.213/1991 alcança o ato concessório, de modo a delimitar, no tempo, a possibilidade de alterá-lo e/ou substituí-lo.

O segurado tem, portanto, dez anos, para aferir a viabilidade de alteração do seu ato de concessão de aposentadoria, após o qual caducará o direito adquirido ao melhor benefício.

Tese representativa da controvérsia

Por conseguinte, fica assentada a tese, para fins de recurso especial repetitivo de que, *incide o prazo decadencial previsto no caput do artigo 103 da Lei 8.213/1991 para reconhecimento do direito adquirido ao benefício previdenciário mais vantajoso.*

Do caso concreto

Discute-se acerca do direito adquirido ao cálculo da renda mensal inicial de benefício previdenciário segundo as regras vigentes antes do advento das Leis 7.787/1989 e 7.789/1989.

Entende a parte demandante que, como contribuía até as alterações legislativas com base em um teto de contribuição de vinte salários mínimos, nos termos do artigo 4º da Lei 6.950, de 4/11/1981, e antes dos citados diplomas legais, já havia preenchido os requisitos para obtenção da aposentadoria com base em norma anterior, que lhe seria mais vantajosa.

No caso, a aposentadoria fora concedida em 7/10/1991 e a ação ajuizada em 16/4/2009.

A pretensão da parte autora/recorrente, embora não tenha conotação revisional *stricto sensu* indicada no *caput* do artigo 103 da Lei 8.213/1991, equipara-se à revisão, submetendo-se, portanto, ao prazo decadencial.

Ante o exposto, conheço do recurso especial e nego-lhe provimento.

VOTO-VISTA

Ementa: Previdenciário. Recurso especial admitido como repetitivo. Tema 966/STJ. *Reconhecimento do direito adquirido ao benefício mais vantajoso. Não incidência do prazo decadencial previsto no art. 103 da Lei 8.213/1991.* Implementação dos requisitos legais para concessão de benefício mais vantajoso em momento anterior à concessão do benefício em manutenção. Recurso especial do segurado provido.

1. Cinge-se a controvérsia em determinar se o prazo decadencial decenal previsto no art. 103 da Lei 8.213/1991 incide nas hipóteses em que o Segurado busca a retroação da data inicial do benefício à data de implemento dos requisitos necessários para a concessão de aposentadoria mais vantajosa, cujo direito fora adquirido em data anterior à implementação do benefício previdenciário ora em manutenção.

2. Deve-se ressaltar que a questão central dos autos envolve o reconhecimento ao direito adquirido a um benefício mais vantajoso do que aquele que percebe o Segurado, o que denota a importância da tese que se enfrenta, amparada no reconhecimento de um direito social de extrema fundamentalidade.

3. Os Direitos Sociais demandam uma ação vigilante do Poder Público, que deve agir de modo a proteger qualquer violação à tais garantias, especialmente, quando se cuida de benefício de caráter alimentar, que proporciona a sobrevivência e a vida digna do indivíduo. Nessas ações é que se faz mais imperativa a necessidade de o Estado atuar de modo a conferir a máxima proteção ao cidadão, garantindo-lhe o mínimo existencial para uma vida com dignidade.

4. O decurso de tempo não pode legitimar a violação de um direito fundamental, que deve ser respeitado e efetivado em sua integralidade. Afinal, o reconhecimento da preclusão temporal para fins de concessão de benefício previdenciário expõe seu beneficiário à situação de risco social, entregando-o à própria sorte mesmo quando seja inegável que faz jus a determinada forma de proteção social.

5. Tal orientação foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 626.489/SE, sob o rito de repercussão geral,

onde o Exmo. Min. Rel. *Luís Roberto Barroso*, consignou que o direito fundamental ao benefício previdenciário pode ser exercido a qualquer tempo, sem que se atribua qualquer consequência negativa à inércia do beneficiário.

6. Para exame da controvérsia, é preciso delimitar o conceito de melhor benefício, entendido, aqui, como o direito à percepção do benefício mais vantajoso, consideradas as diversas datas em que o direito poderia ter sido exercido, desde quando preenchidos os requisitos mínimos para a aposentação.

7. Em outras palavras, é assegurado o reconhecimento do direito adquirido ao melhor benefício no momento em que o Segurado preenche os requisitos para o gozo de determinado benefício, ainda que lei posterior o revogue, altere seus critérios de concessão ou de cálculo.

8. O reconhecimento do direito adquirido nessas hipóteses visa tornar efetivo o direito à proteção social, assegurando aos Segurados a incorporação do direito à concessão do benefício em seu patrimônio jurídico, ainda que o Segurado não requeira a concessão da prestação no momento do preenchimento dos requisitos necessários, não há perda do direito, que poderá ser exercido há qualquer tempo.

9. A própria Autarquia Previdenciária reconhece por intermédio de seus atos normativos, a exemplo da Instrução Normativa 77/2016 do INSS, em seu artigo 687, seu dever de orientar o Segurado na concessão do benefício que lhe for mais vantajoso, reconhecendo que o INSS deve conceder o melhor benefício a que o Segurado fizer jus, cabendo ao Servidor orientar nesse sentido.

10. Assim, se há falar em inércia, esta deve ser imputada ao INSS que descumpriu a sua função de reconhecer o direito a benefício mais vantajoso a que fazia jus o Segurado.

11. Cumpre, então, analisar a possibilidade de reconhecimento da decadência do exercício do direito de pleitear a revisão de benefício fundamentada no direito adquirido ao melhor benefício.

12. A ação que busca o recálculo da RMI, com fundamento no reconhecimento do direito adquirido ao melhor benefício, não busca alterar o ato de concessão do benefício em manutenção, almeja, em

verdade, a concessão de novo benefício, em momento anterior, a partir do exame da legislação e das premissas fáticas estabelecidas no momento de aquisição do direito.

13. Assim, se o fundamento da revisão do melhor benefício é o reconhecimento de direito adquirido a benefício incorporado ao patrimônio jurídico do Segurado, que atende a todas as exigências legais e de custeio vigentes no momento de implemento dos requisitos, direito este que pode ser exercido a qualquer tempo, não havendo indeferimento expresso da Administração de tal reconhecimento, não há que se falar em incidência de prazo decadencial em tais ações.

14. De fato, o prazo decadencial, elencado no art. 103 da Lei 8.213/1991, atinge o direito à revisão do ato de concessão do benefício, limitando-se à possibilidade de controle de legalidade do ato administrativo, não podendo atingir aquilo que não foi objeto de apreciação pela Administração, nem atingir o direito à concessão do benefício, ao estabelecer que *o direito ao benefício está incorporado ao patrimônio jurídico, não sendo possível que lei posterior imponha sua modificação ou extinção* (REsp 1.326.114/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 13.5.2013).

15. Não há que se falar em desequilíbrio financeiro atuarial com o reconhecimento de tal direito, vez que as contribuições para aquisição do direito ao benefício foram vertidas à época própria. Ademais, se todo problema jurídico relevante da Seguridade Social for pensado na perspectiva das despesas sociais, não seriam necessárias as instituições públicas, dado que é precisamente a dimensão da equidade que conforma um sistema social solidário e possibilita a própria sustentabilidade social.

16. Tese delimitada em sede de representativo da controvérsia: não incide o prazo decadencial, previsto no art. 103 da Lei 8.213/1991, para reconhecimento do direito adquirido ao benefício previdenciário mais vantajoso.

17. Recurso especial do Segurado conhecido e provido.

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Trata-se de Recurso Especial interposto por *Achiles Romeu Perussolo*, com fundamento na alínea *c* do

art. 105, III da Carta Magna, no qual se insurge contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado:

Previdenciário. Decadência. Direito adquirido ao melhor benefício. Precedente da Terceira Seção. Ocorrência.

Nos termos do que decidido pela Terceira Seção nos Embargos Infringentes n. 0019058-93.2012.4.04.9999/SC, Rel. Desembargador Federal Rogerio Favreto e com ressalva de entendimento pessoal do Relator, incide a decadência no pedido de revisão de prestação previdenciária referente ao assim chamado "direito adquirido ao melhor benefício".

2. Nas razões do seu Apelo Especial, sustenta o recorrente que não incide o prazo decadencial nas ações em que se busca o reconhecimento do direito adquirido ao melhor benefício.

3. O Ministério Público Federal manifestou parecer pelo desprovimento do recurso, defendendo a incidência do prazo decadencial previsto no art. 103 da Lei 8.213/1991, ainda que se trata de revisão fundada no reconhecimento ao direito do melhor benefício.

4. Nas sessão do dia 16 de junho de 2018, o Exmo. Min. Relator *Mauro Campbell Marques* negou provimento ao Recurso Especial, entendendo pela fixação da tese de que o prazo decadencial insculpido no art. 103 da Lei 8.213/1991 aplica-se, igualmente, às ações que buscam a revisão de benefício com fundamento no reconhecimento ao direito adquirido ao melhor benefício.

5. Pedi vista para examinar com mais vagar a situação discutida nos autos.

6. Cinge-se, assim, a controvérsia, em determinar se o prazo decadencial decenal previsto no art. 103 da Lei 8.213/1991 incide nas hipóteses em que o Segurado busca a retroação da data inicial do benefício à data de implemento dos requisitos necessários para a concessão de aposentadoria mais vantajosa, cujo direito fora adquirido em data anterior à implementação do benefício previdenciário ora em manutenção.

7. De início, é importante frisar que a questão central dos autos é o reconhecimento ao direito adquirido a um benefício mais vantajoso do que aquele que percebe o Segurado.

8. Nota-se, assim, a importância da tese que se enfrenta. Amparada no reconhecimento de um direito social de extrema fundamentalidade.

9. Não se pode deixar de anotar que os Direitos Sociais invocam uma ação vigilante do Poder Público, que deve agir de modo a proteger qualquer violação à tais garantias, especialmente, quando se cuida de benefício de caráter alimentar, que proporcionam a sobrevivência e a vida digna do indivíduo. Nessas ações é que se faz mais imperativa a necessidade de o Estado atuar de modo a conferir a máxima proteção ao cidadão, garantindo-lhe o mínimo existencial para uma vida com dignidade.

10. Das lições do Professor PAULO BONAVIDES, extrai-se a orientação de que *os direitos sociais recebem em nosso Direito Constitucional positivo uma garantia tão elevada e reforçada que lhes faz legítima a inserção no mesmo âmbito conceitual da expressão direitos e garantias individuais contidos em cláusulas pétreas, consoante artigo 60 da Carta* (CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL. 31ª edição. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 657).

11. Para exame da controvérsia, é preciso delimitar o conceito de *melhor benefício*, entendido, aqui, como o direito à percepção do benefício mais vantajoso, consideradas as diversas datas em que o direito poderia ter sido exercido, desde quando preenchidos os requisitos mínimos para a aposentação.

12. Em outras palavras, é assegurado o reconhecimento do direito adquirido ao melhor benefício no momento em que o Segurado preenche os requisitos para o gozo de determinado benefício, ainda que lei posterior o revogue, altere seus critérios de concessão ou seus critérios de cálculo.

13. O reconhecimento do direito adquirido nessas hipóteses visa a tornar efetivo o direito à proteção social, assegurando o aos Segurados a incorporação do direito à concessão do benefício em seu patrimônio jurídico, ainda que o Segurado não requeira a concessão da prestação no momento em que preenche os requisitos necessários, não há perda do direito, que poderá ser exercido há qualquer tempo.

14. Define-se, assim, o direito ao melhor benefício como o direito a determinada RMI, calculada segundo os critérios legais e pressupostos fáticos vigentes no momento em que cumpridos os requisitos para a sua percepção, nos termos da lei vigente à época da aquisição do direito.

15. O reconhecimento do direito adquirido ao melhor benefício restou consolidado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 630.501/RS, Rel. Min. *Ellen Gracie*, DJe 36.8.2013, em repercussão geral, em que se garantiu ao Segurado a possibilidade de ver o seu benefício deferido ou readequado de modo que corresponda à maior renda possível no cotejo entre a renda mensal

inicial obtida e a renda mensal que estaria percebendo, se houvesse requerido o benefício em momento anterior em que reuniu os requisitos, balizando, deste modo, o entendimento de que deve ser preservado o direito ao melhor benefício, incorporado ao patrimônio jurídico do trabalhador.

16. De fato, os benefícios previdenciários envolvem direitos fundamentais, razão pela qual não se submetem ao regime de preclusão temporal, não havendo que se falar em sua extinção em razão do seu não exercício, sob pena de violação à proteção social que tal direito busca assegurar. Não pode o Segurado ser penalizado por não requerer o benefício em momento posterior ao preenchimento dos requisitos legais para a sua concessão, nem pode a Administração negar a concessão de benefício incorporado ao patrimônio jurídico do trabalhador.

17. Conforme alerta o ilustre Professor JOSÉ ANTONIO SAVARIS:

A situação jurídica fundamental em direito previdenciário é, evidentemente, o direito ao benefício previdenciário integralmente considerado. De sua parte, o direito a perceber as diferenças devidas que decorem de uma situação jurídica fundamental (direito ao benefício) “renasce cada vez” em que o direito é devido, conforme a periodicidade de seu pagamento, e, “por isso se restringe às prestações vencidas há mais de cinco anos”.

Nas obrigações previdenciárias, por se traduzirem em obrigações de trato sucessivo, o direito aos valores devidos se renova de tempo em tempo, pois o prazo prescricional renasce a cada vez que se torna exigível a prestação seguinte (Direito Processual Previdenciário. Curitiba: Juruá, 2012, p. 310).

18. Sinteticamente, pode-se afirmar que o Segurado, quando preenchidos os requisitos para a concessão de aposentadoria, incorpora ao seu patrimônio jurídico o direito à tal concessão, não havendo que se falar na perda do direito pelo transcorrer do tempo.

19. Registrando-se que a própria Autarquia Previdenciária reconhece por intermédio de seus atos normativos, a exemplo da Instrução Normativa 77/2016 do INSS, em seu artigo 687, seu dever de orientar o Segurado na concessão do benefício que lhe for mais vantajoso, reconhecendo que o INSS deve conceder o melhor benefício a que o Segurado fizer jus, cabendo ao Servidor orientar nesse sentido.

20. Assim, se há que falar em inércia, esta deve ser imputada ao INSS que descumpriu a sua função de reconhecer o direito a benefício mais vantajoso a que fazia jus o Segurado.

21. Cumpre, então, analisar a possibilidade de reconhecimento da decadência do exercício do direito de pleitear a revisão de benefício fundamentada no direito adquirido ao melhor benefício.

22. A Primeira Seção desta Corte, no julgamento do Recurso Especial Representativo da Controvérsia 1.326.114/SC, firmou o entendimento de que, embora a Lei 9.528/1997 não possa operar de maneira retroativa, a data de sua edição (28.6.1997) deve ser o marco inicial para a contagem do prazo decadencial para a revisão de benefícios concedidos antes de sua vigência.

23. Como bem pontua o Min. *Herman Benjamin*, por ato de concessão deve-se entender toda manifestação exarada pela Autarquia Previdenciária sobre o pedido administrativo de benefício previdenciário e as circunstâncias fático-jurídicas envolvidas no ato, como as relativas aos requisitos e aos critérios de cálculo do benefício, do que pode resultar o deferimento ou indeferimento do pleito.

24. Assim, fixou-se a orientação de que o prazo decadencial, elencado no art. 103 da Lei 8.213/1991, afeta o direito à revisão do ato de concessão do benefício, limitando-se à possibilidade de controle de legalidade do ato administrativo, não podendo atingir aquilo que não foi objeto de apreciação pela Administração, nem atingir o direito à concessão do benefício, ao estabelecer que *o direito ao benefício está incorporado ao patrimônio jurídico, não sendo possível que lei posterior imponha sua modificação ou extinção* (REsp 1.326.114/SC, Rel. Min. *Herman Benjamin*, DJe 13.5.2013).

25. Baseada nessas premissas esta Corte tem afastado a incidência do art. 103 da Lei 8.213/1991 em diversas hipóteses, como por exemplo, nas ações que cuidam de pedido de revisão envolvendo questões não analisadas pela Administração no momento do requerimento administrativo; revisões amparadas em tempo de serviço reconhecido posteriormente à concessão do benefício em ação trabalhista ou quando a revisão está fundada em atos posteriores ao ato de concessão do benefício, como no caso da revisão que busca a adequação do valor do benefício previdenciário aos tetos fixados pelas Emendas Constitucionais 20/1998 e 41/2003.

26. No caso dos autos, o reconhecimento do direito adquirido ao benefício mais vantajoso não pode, assim, ser interpretado como revisão do ato concessório do benefício previdenciário, se tal pleito não foi analisado no momento da concessão. Tal ação deve ser vista como um pleito de concessão, objetivando o benefício mais vantajoso já incorporado ao patrimônio jurídico do Segurado.

27. Não há que se falar em revisão do ato de concessão do benefício em gozo, mas do exame de uma nova concessão submetida a regramento legal totalmente diverso do aplicado, quando do deferimento do benefício em vigência.

28. Como visto, se o suporte de incidência do prazo decadencial previsto no *caput* do artigo 103 da Lei 8.213/1991 é o direito de revisão dos benefícios e não o direito à concessão do benefício previdenciário, não há que se falar em decadência da ação em que se busca o reconhecimento do direito adquirido a benefício mais vantajoso incorporado ao patrimônio jurídico do Segurado em momento anterior ao gozo do benefício em manutenção.

29. Impõe-se, assim, reconhecer que o Segurado tem a garantia de ver apreciado o pedido de reconhecimento do direito adquirido ao benefício mais vantajoso de acordo com a data em que preencheu os requisitos necessários à sua concessão, mesmo após os dez anos fixados na Lei de Benefícios, porque o *caput* do artigo 103 não se aplica a esse situação jurídica. Haverá, em verdade, com o cálculo do novo benefício, nova renda mensal inicial, consequência matemática da fórmula estipulada na lei revogada, que se quer ver executada de forma ultrativa.

30. No magistério do já citado Professor JOSÉ ANTÔNIO SAVARIS:

Essa revisão se dá a partir de um distinto fundamento, qual seja, o direito adquirido que se manifesta na incorporação da prestação previdenciária mais vantajosa ao patrimônio jurídico do beneficiário.

O que se pretende, então, é a substituição do benefício previdenciário em gozo por outro mais vantajoso - que pode ser da mesma espécie do anterior - com DIB (data de início do benefício) em momento anterior no tempo. Mas não é apenas o caso de retroação da DIB, pois podemos encontrar situações nas quais, em momento anterior, o segurado tinha direito a benefício de outra espécie mais vantajoso do que aquele que lhe foi concedido e lhe é mantido pelo INSS (Direito Processual Previdenciário. Curitiba: Alteridade, 6ª edição, 2016, p. 713).

31. Por fim, cabe colocar que não há que se falar em desequilíbrio financeiro atuarial com o reconhecimento de tal direito, vez que as contribuições para aquisição do direito ao benefício foram vertidas à época própria. Nem se poderia admitir que o argumento econômico alegado sem qualquer comprovação por parte da Autarquia pudesse servir como fundamento de negativa de um direito fundamental reconhecidamente incorporado ao patrimônio jurídico do indivíduo.

32. Propõe-se, assim, a fixação da seguinte tese: ***não incide o prazo decadencial, previsto no art. 103 da Lei 8.213/1991, para reconhecimento do direito adquirido ao benefício previdenciário mais vantajoso.***

33. Ante o exposto, com a devida vênua ao Ilustre relator, divirjo do entendimento apresentado, para conhecer do Recurso Especial do Segurado e lhe dar provimento, afastando a decadência reconhecida nas instâncias ordinárias. Determinando-se o retorno dos autos à origem para prosseguir no julgamento do feito.

34. É como voto.

VOTO-VOGAL

A Sra. Ministra Assusete Magalhães: A questão controvertida diz respeito à incidência, ou não, do prazo decadencial, previsto no art. 103, *caput*, da Lei 8.213/91, na hipótese em que o segurado busca o reconhecimento do direito adquirido ao melhor benefício, cujos requisitos foram reunidos em momento anterior ao benefício já concedido.

Não obstante os entendimentos divergentes, acompanho o voto do Relator, Ministro *Mauro Campbell Marques*.

Com efeito, reconheço que, uma vez reunidos os requisitos legais, o segurado adquire o direito ao benefício previdenciário, podendo requerê-lo a qualquer tempo, sem limite temporal, porquanto se trata de direito fundamental, assegurado constitucionalmente.

Porém, uma vez concedido o benefício – ainda que não tenha sido o melhor, ou o mais vantajoso –, nasce, para o beneficiário, novo direito, qual seja, o de pedir a revisão do ato de concessão, pedido que estará sujeito ao prazo decadencial de 10 (dez) anos, conforme expressamente previsto no art. 103, *caput*, da Lei 8.213/91.

Vale observar que o STF, no julgamento do RE 626.489/SE, sob o regime da repercussão geral, concluiu pela inexistência de prazo decadencial para a concessão inicial do benefício previdenciário, ou seja, para o segurado requerer o benefício previdenciário – que é direito fundamental, e, assim, não sujeito aos efeitos do prazo decadencial –, hipótese estranha à discussão e ao caso ora em análise, em que a pretensão não é o reconhecimento do direito de receber o benefício, pois já foi ele concedido, mas, antes, de revisar a sua renda mensal inicial, com fundamento no direito adquirido ao melhor benefício.

O STF examinou, especificamente, o direito adquirido ao melhor benefício, no julgamento do RE 630.501/RS, igualmente sob o rito da repercussão geral, concluindo que, também nesse caso, devem ser respeitadas a decadência do direito à revisão e a prescrição das parcelas já vencidas.

A propósito, o Ministro *Mauro Campbell Marques*, no seu voto, invocando referidos precedentes do STF, destacou que “o prazo decadencial incide sobre o conteúdo do ato administrativo: período básico de cálculo; salários de contribuição; salário de benefício; a incidência ou não do fator previdenciário sobre o cálculo; e a renda mensal inicial desse cálculo. Esses são os aspectos econômicos do cálculo do benefício. *O STF protege o núcleo do direito fundamental. Permite possa o direito fundamental ao benefício previdenciário ser exercido a qualquer tempo, sem que atribua qualquer consequência negativa à inércia do beneficiário.* Esses são os dizeres do próprio Ministro Roberto Barroso, Relator do RE 626.489/SE. *A decadência instituída pela MP 1.523-9/1997 atinge apenas a pretensão de rever benefício previdenciário, em outras palavras, a pretensão de discutir os componentes que formaram a graduação econômica do benefício já concedido. Todavia, o Supremo Tribunal Federal, no RE 630.501/RS, estipulou a decadência prevista no caput do art. 103, para reconhecimento de direito adquirido ao melhor benefício”.*

Asseverou o Relator, ainda, que, “conjugando os fundamentos contidos tanto no referido RE 630.501/RS com os recentes valores ressaltados na repercussão geral julgada pelo Supremo Tribunal Federal, no RE 626.489/SE, é possível afirmar que (...) *se há, realmente, um direito ao melhor benefício de aposentadoria, esse direito deve ser exercido em dez anos, porquanto o reconhecimento do direito adquirido ao melhor benefício equipara-se à revisão, quando já em manutenção na vida do trabalhador segurado uma aposentadoria. Hipótese distinta, que não se submete à decadência, é aquela em que o trabalhador ainda não recebe qualquer aposentadoria”.*

Realmente, em caso como o dos autos, em que o direito fundamental ao benefício previdenciário, garantido constitucionalmente, já foi exercido e concedido, pretendendo-se agora o reconhecimento do direito adquirido ao melhor benefício, quanto ao cálculo da renda mensal inicial, o que se quer, de fato, é a revisão do ato concessório do benefício, que, na forma dos aludidos precedentes do STF, sujeita-se ao prazo decadencial de dez anos, previsto no art. 103, *caput*, da Lei 8.213/91.

Nesse contexto, entendo que, também para esses casos, deve ser aplicado o entendimento firmado no julgamento do Tema 544/STJ, nos Recursos Especiais repetitivos 1.309.529/PR e 1.326.114/SC, no sentido de que “incide o prazo de decadência do art. 103 da Lei 8.213/1991, instituído pela Medida Provisória 1.523-9/1997, convertida na Lei 9.528/1997, *no direito de revisão* dos benefícios concedidos ou indeferidos anteriormente a esse preceito normativo, com termo *a quo* a contar da sua vigência”.

Com efeito, o voto do Relator, Ministro *Mauro Campbell Marques* – que, anteriormente, decidia em sentido diverso –, apoiou-se nas premissas fixadas pelo STF, nos aludidos Recursos Extraordinários 630.501/RS e 626.489/SE, de observância obrigatória, por julgados sob o regime da repercussão geral, pelo que não tenho dúvida em acompanhá-lo.

Em face do exposto, pedindo a mais respeitosa vênua àqueles que dele divergiram, acompanho o voto do Relator, Ministro *Mauro Campbell Marques*, inclusive no caso concreto, para conhecer e negar provimento ao Recurso Especial.

É como voto.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Regina Helena Costa: Trata-se, na origem, de ação ajuizada por *Achiles Romeu Perussolo*, beneficiário de aposentadoria por tempo de contribuição (DIB em 07.10.1991), objetivando o reconhecimento do direito adquirido ao cálculo do benefício com base na Lei n. 6.950/81, diploma vigente à época em que preencheu os requisitos legais para a concessão do benefício.

O Juízo de 1º grau julgou parcialmente procedente o pedido, nos seguintes termos (fls. 136/139e):

Por se cuidar de direito subjetivo já incorporado ao patrimônio do segurado, não pode a lei nova prejudicá-lo pelo fato de não ter sido exercido antes. Assim, é direito do segurado o recálculo da renda mensal inicial, consideradas as prestações vertidas até 02-07-89, dia imediatamente anterior ao do início da vigência da Lei 7.787/89, publicada em 03-07-89.

Quando entrou em vigor a Lei 7.787, em 02-07-89, o autor contava 35 anos, 05 meses e 08 dias de serviço, revelando-se, portanto, o direito à aposentadoria integral, com RMI de 100% do salário de benefício, pois preenchidos os requisitos para a sua concessão.

O tribunal de origem proveu parcialmente a apelação do INSS e a remessa necessária para reconhecer a prescrição quinquenal a contar do ajuizamento da demanda e fixar os consectários legais de acordo com os índices oficiais vigentes em cada período, consoante ementa que transcrevo (fls. 180/188e):

Previdenciário. Revisão. Decadência. Teto de contribuição de 20 salários mínimos de referência. Lei 6.950/81. Leis 7.787/89 e 7.789/89. Direito adquirido. Preenchimento dos requisitos. Possibilidade da aplicação do artigo 144 da Lei n. 8.213/91.

1. Os benefícios deferidos antes de 27 de junho de 1997 (data da edição da MP 1.523-9) não estão sujeitos a prazo decadencial.

2. Tendo a parte autora preenchido os requisitos para a concessão do benefício antes do advento da sistemática instituída pelas Leis 7.787/89 e 7.789/89, tem direito adquirido ao benefício calculado de acordo com a legislação anterior.

3. Reconhecido o direito adquirido ao cálculo da RMI em data anterior ao advento da sistemática instituída pelas Leis 7.787/89 e 7.789/89, o benefício teria sido concedido no denominado "buraco negro", de modo que aplicável em tese o disposto no artigo 144 da Lei 8.213/91.

4. Na aplicação do artigo 144 da Lei 8.213/91, ou se reconhece direito adquirido ao cálculo da RMI com base na legislação vigente antes das modificações legislativas, caso mais favorável ao segurado (o que é improvável), ou se reconhece o direito à incidência integral da Lei 8.213/91. Assim, não se cogita, com a aplicação do artigo 144 da lei 8.213/91, da possibilidade de a nova renda mensal a ser implantada a partir de junho de 1992 ser superior ao limite de salário-de-contribuição no referido mês (art. 144 c.c. art. 33 da Lei 8.213/91, na redação original).

5. Como a hipótese é de reconhecimento de direito adquirido, a RMI fictícia deverá ser apurada em 01/07/89, computando-se os salários-de-contribuição vertidos até junho/89, e utilizando-se o limitador do salário-de-benefício e da RMI vigente em julho/89. Obtida a RMI em 01/07/89, ela deverá ser atualizada com base nos índices aplicáveis ao reajustamento dos benefícios da previdência social até a DER, observados obviamente os efeitos do artigo 144 da Lei 8.213/91. Somente deverá ser aplicada proporcionalidade no primeiro reajuste posterior a julho/89 (art. 41, II, da Lei 8.213/91 - redação original), pois na DER o benefício, como reconhecido o direito adquirido em data anterior, em rigor já seria um benefício em manutenção.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fls. 202/206e).

A Autarquia Previdenciária interpôs recurso especial objetivando o reconhecimento da incidência do prazo decadencial para a revisão do ato de

concessão do benefício previdenciário, que restou sobrestado pelo Sr. Presidente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, com base no art. 543-C do Código de Processo Civil de 1973 (fl. 313e).

Após o julgamento do Tema 544/STJ, o Sr. Presidente do Tribunal *a quo* determinou a remessa dos autos à Turma Julgadora, para juízo de adequação, de acordo com os arts. 543-C, § 7º, II, do Código de Processo Civil de 1973 e 308, § 2º, do Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (fl. 326e).

Procedendo a novo julgamento da apelação interposta pelo INSS e da remessa necessária, a Turma Julgadora reconheceu a decadência, nos seguintes termos (fls. 344/345e):

Previdenciário. Decadência. Direito adquirido ao melhor benefício. Precedente da Terceira Seção. Ocorrência.

Nos termos do que decidido pela Terceira Seção nos Embargos Infringentes n. 0019058-93.2012.4.04.9999/SC, Rel. Desembargador Federal Rogerio Favreto e com ressalva de entendimento pessoal do Relator, incide a decadência no pedido de revisão de prestação previdenciária referente ao assim chamado "direito adquirido ao melhor benefício".

Opostos embargos de declaração pelo segurado, foram parcialmente providos, sem efeitos infringentes, para acrescer fundamentos ao acórdão embargado e dar por prequestionados os dispositivos legais e constitucionais apontados (fls. 372/373e):

Previdenciário e Processo Civil. Decadência. Embargos de declaração. Omissão, obscuridade e contradição. Não ocorrência. Prequestionamento.

A natureza reparadora dos embargos de declaração só permite a sua oposição contra sentença ou acórdão acoimado de obscuridade ou contradição, bem como nos casos de omissão do Juiz ou Tribunal. Não ocorrendo qualquer uma das hipóteses, descabe o manejo do recurso em apreço.

Prequestionam-se artigos de lei na intenção de evitar o não conhecimento de eventuais recursos a serem manejados nas Instâncias Superiores.

Com amparo no art. 105, III, *a* e *c*, da Constituição da República, além de divergência jurisprudencial, o segurado aponta ofensa aos dispositivos a seguir relacionados, alegando, em síntese, que:

I. Arts. 2º, 128, 165, 458 e 535, II, do Código de Processo Civil - nulidade do acórdão recorrido em face da ausência de manifestação a respeito das normas que fundamentam a tese do ora Recorrente;

II. Arts. 103 da Lei n. 8.213/91 e 6º, § 2º, da LINDB - "o Recorrente possui direito adquirido ao recálculo da sua Renda Mensal Inicial, pois quando do seu pedido de concessão a Autarquia Previdenciária não levou em consideração qual seria o momento para se conceder o melhor benefício, sendo certo concluir pela inaplicabilidade do prazo decadencial instituído pela MP 1.523-9/97, a este caso concreto, (...)"; e

III. Art. 127 do Código de Processo Civil - "(...) a Corte Regional aplicou, equivocadamente, um julgamento por equidade ao caso concreto, quando permitiu a incidência do instituto da decadência ao caso em comento, mesmo não estando frente a um caso de revisão e sim frente um caso de recálculo com concessão primária melhor.

Sem contrarrazões (fl. 450e), o recurso especial foi admitido (fls. 455/456e).

O Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 484/489e, pelo desprovimento do recurso especial.

À fl. 567e, o Ministro Relator Mauro Campbell Marques admitiu, como *amicus curiae*, o Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário - IBDP.

Na sessão do dia 13.06.2018, o Sr. Relator negou provimento ao recurso especial em análise, entendendo pela aplicação do prazo decadencial, previsto no art. 103 da Lei n. 8.213/91, ao pedido de revisão de benefício com base no direito adquirido ao melhor benefício.

Em 24.10.2018, o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho apresentou voto-
vista divergente, afastando a decadência no caso de reconhecimento de direito
adquirido ao benefício mais vantajoso.

Diante da divergência, solicitei vista dos autos para examiná-los com maior
detença.

É o relatório.

Por primeiro, consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão
realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da
publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, *in casu*,
aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

I. Admissibilidade do recurso especial

Consigno, inicialmente, que as questões federais debatidas se encontram
satisfatoriamente prequestionadas. Ademais, o Recurso Especial acha-se hígido

para julgamento, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade e ausentes questões prejudiciais a serem examinadas.

Convém assinalar, outrossim, que o exame da pretensão veiculada no Recurso Especial não demanda reexame fático-probatório, uma vez que todos os aspectos factuais e processuais estão clara e suficientemente delineados no acórdão recorrido.

Anote-se, ainda, que o acórdão impugnado dirimiu a controvérsia baseada em fundamentos infraconstitucionais.

II. Mérito Recursal

Cinge-se a controvérsia à análise da aplicação do instituto da decadência, previsto no art. 103 da Lei n. 8.213/91, ao direito do segurado ao cálculo da renda mensal inicial de seu benefício de acordo com as regras previstas em momento anterior à data de entrada do requerimento, quando preenchidos os requisitos para a aposentadoria.

O segurado que cumpriu os requisitos para o jubramento e continuou no mercado de trabalho possui, nos termos do art. 5º, XXXVI, da Constituição da República, direito adquirido à concessão do benefício de acordo com a lei vigente no momento do implemento das condições mínimas necessárias para a aposentadoria, independentemente da oportunidade em que realizado o requerimento administrativo junto à Autarquia Previdenciária.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB (Decreto n. 4.657/42 e alterações) igualmente trata da intangibilidade do direito adquirido:

Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

(...)

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem (destaque meu).

A Lei de Benefício da Previdência Social (Lei n. 8.213/91 e alterações), por seu turno, assegura o *direito ao melhor benefício* em seu art. 122, que estabelece:

Art. 122. Se mais vantajoso, fica assegurado o direito à aposentadoria, nas condições legalmente previstas na data do cumprimento de todos os requisitos necessários à obtenção do benefício, ao segurado que, tendo completado 35

anos de serviço, se homem, ou trinta anos, se mulher, optou por permanecer em atividade.

Nessa moldura, foi editado o Enunciado n. 5, do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS (DOU de 18.01.1994), segundo o qual “a Previdência Social deve conceder o melhor benefício a que o segurado fizer jus, cabendo ao servidor orientá-lo nesse sentido”.

Posteriormente, tal comando foi reproduzido no art. 687 da IN INSS/PRES n. 77/2015, com a seguinte redação “O INSS deve conceder o melhor benefício a que o segurado fizer jus, cabendo ao servidor orientar nesse sentido.”.

Por outro lado, a mesma Lei n. 8.213/91, em seu art. 103, *caput*, prescreve o prazo decadencial de dez anos para o segurado pleitear a revisão do ato de concessão do benefício:

Art. 103. É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a *revisão do ato de concessão de benefício*, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo (destaque meu).

Conforme se extrai da análise desse dispositivo, tal decadência consiste na extinção do direito de revisão do ato de concessão do benefício em manutenção pela inércia do titular que não o exerceu dentro do prazo legal, não atingindo o direito à concessão inicial do benefício previdenciário.

Sobre o tema, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 630.501/RS, submetido à repercussão geral, reconheceu o direito adquirido ao melhor benefício, em julgado assim ementado:

Aposentadoria. Proventos. Cálculo.

Cumpra observar o quadro mais favorável ao beneficiário, pouco importando o decesso remuneratório ocorrido em data posterior ao implemento das condições legais. Considerações sobre o instituto do direito adquirido, na voz abalizada da relatora – Ministra Ellen Gracie –, subscritas pela maioria.

(RE 630.501, Relator(a): Min. Ellen Gracie, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 21/02/2013, DJe-166 divulg 23/08/2013 public 26/08/2013 Repercussão Geral - Mérito Ement vol-02700-01 pp-00057).

Recentemente, reafirmou tal orientação:

Direito Previdenciário. Agravo interno em recurso extraordinário. Benefício mais vantajoso. Direito adquirido. Reconhecimento. Precedentes.

1. O acórdão do Tribunal de origem está alinhado à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que, *em reconhecimento do direito adquirido ao melhor benefício, ainda que sob a vigência de uma mesma lei, teria o segurado direito a eleger o benefício mais vantajoso*. Precedentes.

2. Nos termos do art. 85, § 11, do CPC/2015, fica majorado em 25% o valor da verba honorária fixada anteriormente, observados os limites legais do art. 85, §§ 2º e 3º, do CPC/2015.

3. Agravo interno a que se nega provimento.

(RE 1.156.918 AgR, Relator(a): Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 26/10/2018, Processo Eletrônico DJe-240 divulg 12/11/2018 public 13/11/2018, destaque meu).

No julgamento do RE 626.489/SE, por sua vez, concluiu o Supremo Tribunal Federal pela incidência do prazo decadencial para a *revisão do ato de concessão do benefício, ao mesmo tempo em que firmou o entendimento da inexistência de prazo decadencial para a concessão inicial do benefício previdenciário*:

Recurso extraordinário. Direito Previdenciário. Regime Geral de Previdência Social (RGPS). Revisão do ato de concessão de benefício. Decadência.

1. *O direito à previdência social constitui direito fundamental e, uma vez implementados os pressupostos de sua aquisição, não deve ser afetado pelo decurso do tempo. Como consequência, inexistente prazo decadencial para a concessão inicial do benefício previdenciário.*

2. É legítima, todavia, a instituição de prazo decadencial de dez anos para a revisão de benefício já concedido, com fundamento no princípio da segurança jurídica, no interesse em evitar a eternização dos litígios e na busca de equilíbrio financeiro e atuarial para o sistema previdenciário.

3. O prazo decadencial de dez anos, instituído pela Medida Provisória 1.523, de 28.06.1997, tem como termo inicial o dia 1º de agosto de 1997, por força de disposição nela expressamente prevista. Tal regra incide, inclusive, sobre benefícios concedidos anteriormente, sem que isso importe em retroatividade vedada pela Constituição.

4. Inexistente direito adquirido a regime jurídico não sujeito a decadência. 5. Recurso extraordinário conhecido e provido.

(RE 626.489, Relator(a): Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 16/10/2013, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-184 divulg 22/09/2014 public 23/09/2014, destaque meu).

Entendo que, o segurado, à evidência, não pode ser prejudicado pela aplicação de prazo decadencial no que tange ao direito de ter seu benefício

calculado de acordo com as regras vigentes no momento em que preencheu os requisitos mínimos para a concessão do benefício, independentemente do momento em que efetuado o requerimento administrativo, porquanto *constitui dever do INSS aplicar corretamente a lei previdenciária e conceder ao segurado o melhor benefício a que ele fizer jus, conforme orientação estampada em atos normativos da própria Autarquia Previdenciária.*

José Antonio Savaris, analisando o tema, ressalta a necessidade de aplicação do *distinguishing* nos casos em que se busca, com a retroação da DIB (data de início do benefício), uma RMI (renda mensal inicial) mais vantajosa, porquanto não se trata de revisão do ato de concessão do benefício, mas de garantir ao segurado o direito de ter a RMI calculada com base em novo PBC (período básico de cálculo), anterior à data de entrada do requerimento administrativo:

A tese da inoccorrência do prazo decadencial, nas hipóteses em que o ato de concessão não recusa expressamente uma circunstância favorável ao segurado, tem perfeita aplicação nos casos de violação, por omissão, do direito à posição previdenciária mais benéfica - direito ao melhor benefício.

Caso típico de ação de concessão do melhor benefício é aquele em que o segurado busca proteção social mais efetiva, mediante retroação do período de cálculo para momento anterior à data do requerimento administrativo, quando os pressupostos para sua concessão já se encontravam aperfeiçoados.

É importante destacar, quanto a esse problema, que a ação que busca a retroação da data de início do benefício não impugna os critérios de cálculo ou as demais circunstâncias analisadas pelo INSS. *Não se trata, a rigor, de revisão do ato de concessão do benefício. Antes, o que se pretende é o reconhecimento do direito adquirido ao melhor benefício incorporado anteriormente à DER (data de entrada do requerimento administrativo), com cálculo de nova renda mensal, sendo que apenas os efeitos financeiros - do benefício mais vantajoso - coincidem com a data do requerimento administrativo do benefício de que é titular o segurado (Direito Processual Previdenciário, 6ª ed. rev., atual. e ampl., Curitiba, Alteridade Editora, 2016, pp. 394, destaque meu).*

Ora, o ato de revisão de benefício implica novo cálculo da renda mensal inicial, utilizando-se os parâmetros vigentes na data de entrada do requerimento; já o *pedido de concessão de benefício com base no direito adquirido ao melhor benefício representa a concessão de novo benefício, uma vez que serão aplicados critérios vigentes em legislação não considerada no momento do cálculo do benefício em manutenção.*

Assim, possui o segurado o direito adquirido ao benefício de aposentadoria calculado de acordo com regras mais vantajosas, considerando-se todas as datas

de exercício possíveis desde o preenchimento dos requisitos mínimos para o jubramento.

No caso em exame, não existindo discussão a respeito da renda mensal mais vantajosa, por força do direito adquirido, quando da prolação do ato administrativo que apreciou o pedido de concessão da aposentadoria e preenchidos os requisitos necessários sob a égide de legislação mais benéfica, faz jus o segurado à percepção do melhor benefício, respeitada a prescrição quinquenal.

Posto isso, peço licença ao Exmo. Ministro Relator e acompanho a divergência inaugurada pelo Exmo. Min. Napoleão Nunes Maia Filho.

É o voto.