

REVISTA

do TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

ANO XXXIII - N. 152 - JANEIRO/MARÇO DE 2022 - ISSN 1982-1506



O regime jurídico e a função social do direito de laje

José Eduardo Melhen

Leonardo Estevam de Assis Zanini

Janaina Florinda Ferri Cintrão

Previdência social em tempos de crise: impactos da pandemia da Covid-19 no INSS

Eduardo França Do Monte Silva



A reunião de execuções fiscais

Fabiano Righi



Patrimônio cultural, violência e vaquejada

Fábio Wellington Ataíde Alves

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO

REVISTA

Diretor da Revista

Desembargador Federal Souza Ribeiro

Publicação Oficial

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

ISSN 1982-1506

Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região	São Paulo	Ano XXXIII	n. 152	p. 1-425	Jan./Mar.2022

Expediente

DIRETOR DA REVISTA: Desembargador Federal Souza Ribeiro

ASSESSORA: Simone de Alcantara Savazzoni

EQUIPE:

Renata Bataglia Garcia / Silvio Pires de Queiroz

Capa: Paulo Polimeno

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

Bimestral a partir de 2001.

Trimestral a partir de julho de 2012.

Repositório Oficial de Jurisprudência do TRF 3ª Região.

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

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

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

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

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

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



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

DESEMBARGADORES FEDERAIS⁽¹⁾

MARISA Ferreira dos SANTOS - 13/9/2002 - Presidente⁽²⁾
 ANTONIO Carlos CEDENHO - 15/6/2004 - Vice-Presidente⁽³⁾
 LUIZ de Lima STEFANINI - 06/10/2003 - Corregedor-Regional ⁽⁴⁾
 Paulo Octavio BAPTISTA PEREIRA - 04/8/95
 ANDRÉ NABARRETE Neto - 04/8/95
 MARLI Marques FERREIRA - 04/8/95
 NEWTON DE LUCCA - 27/6/96
 Otavio PEIXOTO JUNIOR - 21/5/97
 THEREZINHA Astolphi CAZERTA - 02/10/98
 MAIRAN Gonçalves MAIA Júnior - 27/1/99
 NERY da Costa JÚNIOR - 17/6/99
 Luís CARLOS Hiroki MUTA - 13/6/2002
 CONSUELO Yatsuda Moromizato YOSHIDA - 12/7/2002
 Luís Antonio JOHONSOM DI SALVO - 13/9/2002
 NELTON Agnaldo Moraes DOS SANTOS - 07/1/2003
 SÉRGIO do NASCIMENTO - 02/4/2003
 ANDRÉ Custódio NEKATSCHALOW - 21/5/2003
 Luís Paulo COTRIM GUIMARÃES - 06/10/2003
 JOSÉ Marcos LUNARDELLI - 01/7/2010
 DALDICE Maria SANTANA de Almeida - 22/12/2010
 FAUSTO Martin DE SANCTIS - 28/1/2011 ⁽⁵⁾
 PAULO Gustavo Guedes FONTES - 24/2/2012
 NINO Oliveira TOLDO - 24/4/2013
 MÔNICA Autran Machado NOBRE - 24/4/2013
 TORU YAMAMOTO - 04/10/2013
 MARCELO Mesquita SARAIVA - 04/10/2013
 Luiz Alberto de SOUZA RIBEIRO - 04/10/2013
 DAVID Diniz DANTAS - 04/10/2013
 MAURÍCIO Yukikazu KATO - 11/12/2014
 GILBERTO Rodrigues JORDAN - 11/12/2014
 HÉLIO Egidio de Matos NOGUEIRA - 11/12/2014
 PAULO Sérgio DOMINGUES - 11/12/2014
 WILSON ZAUHY Filho - 16/02/2016
 NELSON de Freitas PORFÍRIO Junior - 16/02/2016
 VALDECI DOS SANTOS - 16/02/2016
 CARLOS Eduardo DELGADO - 16/02/2016
 INÊS VIRGÍNIA Prado Soares - 16/03/2018
 José CARLOS FRANCISCO - 06/02/2020
 LEILA PAIVA Morrison - 21/12/2021

⁽¹⁾ Composição do TRF 3ª Região atualizada até 10/03/2022.

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

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

⁽⁴⁾ Não integra as Turmas.

⁽⁵⁾ Ouvidor-Geral da 3ª Região.

PRIMEIRA SEÇÃO

PRIMEIRA TURMA:

HÉLIO NOGUEIRA
WILSON ZAUHY
VALDECI DOS SANTOS - Presidente

SEGUNDA TURMA:

PEIXOTO JUNIOR
COTRIM GUIMARÃES - Presidente
CARLOS FRANCISCO

SEGUNDA SEÇÃO

TERCEIRA TURMA:

NERY JÚNIOR - Presidente
CARLOS MUTA
CONSUELO YOSHIDA
NELTON DOS SANTOS

QUARTA TURMA:

ANDRÉ NABARRETE
MARLI FERREIRA - Presidente
MÔNICA NOBRE
MARCELO SARAIVA

SEXTA TURMA:

MAIRAN MAIA
JOHONSOM DI SALVO - Presidente
SOUZA RIBEIRO
PAULO DOMINGUES

TERCEIRA SEÇÃO

SÉTIMA TURMA:

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

OITAVA TURMA:

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

NONA TURMA:

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

DÉCIMA TURMA:

BAPTISTA PEREIRA - Presidente
SÉRGIO NASCIMENTO
NELSON PORFÍRIO
LEILA PAIVA

QUARTA SEÇÃO

QUINTA TURMA:

ANDRÉ NEKATSCHALOW
PAULO FONTES
MAURÍCIO KATO - Presidente

DÉCIMA PRIMEIRA TURMA:

JOSÉ LUNARDELLI - Presidente
FAUSTO DE SANCTIS
NINO TOLDO

EX-DIRETORES DA REVISTA

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

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

Sumário

ARTIGOS DOUTRINÁRIOS

<i>O regime jurídico e a função social do direito de laje</i> José Eduardo Melhen Leonardo Estevam de Assis Zanini Janaina Florinda Ferri Cintrão	15
<i>Previdência social em tempos de crise: impactos da pandemia da Covid-19 no INSS</i> Eduardo França Do Monte Silva.....	33
<i>A reunião de execuções fiscais</i> Fabiano Righi.....	45
<i>Patrimônio cultural, violência e vaquejada</i> Fábio Wellington Ataíde Alves	61

JURISPRUDÊNCIA

DIREITO ADMINISTRATIVO

<i>Responsabilidade civil do Estado. Síndrome de Guillain Barré desenvolvida pós vacina de febre amarela. Nexó de causalidade demonstrado. Danos morais. Danos estéticos. Cabimento. Valor adequado.</i> ApCiv 0003514-55.2012.4.03.6002 Desembargador Federal Paulo Domingues	85
<i>Interrupção do fornecimento de energia elétrica. Impossibilidade. Lei nº 8.078/1990. Princípio da continuidade. Débitos em nome de terceiro. Obrigação de natureza pessoal.</i> ApelRemNec 0011706-22.2013.4.03.6105 Desembargador Federal André Nabarrete.....	93
<i>Ação Civil Pública. Regularização migratória. Emissão de vistos no Brasil quando já concedidos pelo Conselho Nacional de Imigração. Impossibilidade de retirada na repartição consular no exterior. Vulnerabilidade. Resolução CNI nº 09/1997. Possibilidade de concessão no Brasil. Excepcionalidade. Impossibilidade de restrição dos efeitos da sentença. Inconstitucionalidade do artigo 16 da Lei nº 7.347/85 Declarada pela Suprema Corte. RE 1101937. Repercussão geral reconhecida.</i> ApCiv 0004848-19.2015.4.03.6100 Desembargador Federal Nery Júnior.....	97

INCRA. Ocupação irregular de lote de assentamento. Permuta de lotes. Manutenção de posse. Ocupante beneficiária da reforma agrária. Cumprimento da função social da propriedade.

ApCiv 0002118-92.2016.4.03.6005

Desembargador Federal Cotrim Guimarães.....104

Servidor militar. Revisão de aposentadoria. Taífeiros. Leis nºs 6.880/1980 e 12.158/2009. Proventos calculados com superposição de graus hierárquicos. Ilegalidade. Revisão. Princípio de irredutibilidade da remuneração.

ApCiv 0016693-14.2016.4.03.6100

Desembargador Federal Peixoto Junior 109

Fornecimento de medicamento. Frabazyme (Betagalsidase). Autora portadora de Doença de Fabry. Imprescindibilidade para vida e saúde. Existência de registro na ANVISA. Atuação necessária do Poder Judiciário para salvaguardar direito fundamental. Ausência de violação ao princípio da separação dos poderes.

ApelRemNec 0021004-48.2016.4.03.6100

Desembargador Federal Souza Ribeiro 117

Transporte rodoviário interestadual de passageiros irregular. Agência Nacional de Transportes Terrestres. Fiscalização. Cabimento. Retenção do veículo e liberação condicionada a pagamento de multa/despesas de transbordo. Impossibilidade.

ApelRemNec 5014918-39.2017.4.03.6100

Desembargadora Federal Marli Ferreira 134

Auto de infração. Multa de trânsito. Alienação do veículo para terceiro em data anterior à autuação. Artigo 134 do CTB. Interpretação mitigada.

ApCiv 5021954-98.2018.4.03.6100

Desembargador Federal Nelson dos Santos.....140

Exercício irregular de atividades privativas de advocacia. Obrigatoriedade de registro de sociedade de advogados junto ao Conselho Seccional da OAB em cuja base territorial tiver sede, devendo prestar exclusivamente serviços de caráter jurídico. Lei nº 8.906/1994.

AI 5018154-24.2021.4.03.0000

Desembargadora Federal Mônica Nobre 144

DIREITO PENAL

Artigo 313-A do CP. Inépcia da denúncia. Inocorrência. Inserção de dados falsos. Materialidade e autoria comprovadas. Pedido recursal ministerial de condenação pelo delito de estelionato em concurso material com o crime de inserção de dados falsos. Impossibilidade. Aplicação do princípio da especialidade. Dosimetria.

ApCrim 0000715-53.2014.4.03.6104

Desembargador Federal Paulo Fontes 149

Receptação. Uso de documento falso. Dolo. Princípio da consunção. Absolvição. Dosimetria. Maus antecedentes. Confissão. Pena de multa. Proporcionalidade. Regime prisional.
ApCrim 0008259-43.2016.4.03.6130
Desembargador Federal Maurício Kato 157

Delito do artigo 171, § 3º, do CP. Fraude ao programa de aquisição de alimentos executado no município de Araraquara (SP). Dolo e vantagem indevida não demonstrados. Pedido subsidiário de condenação pela prática do delito do artigo 304 do CP. Ausência de entendimento quanto ao caráter ilícito do fato.
ApCrim 0005585-88.2017.4.03.6120
Desembargador Federal André Nekatschalow 171

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

Benefício cassado em razão de processo concessório envolver servidores denunciados por fraudes impetradas contra o INSS. Documentação hígida para o reconhecimento da especialidade. Benefício restabelecido. Desconstituído o procedimento em que se apurou indevido débito previdenciário.
ApCiv 0003477-98.2012.4.03.6108
Desembargadora Federal Leila Paiva 187

Aposentadoria por tempo de contribuição. Sentença “ultra petita” restringida de ofício. Reconhecimento de tempo de serviço urbano.
ApCiv 0016892-81.2013.4.03.9999
Desembargador Federal Newton De Lucca 205

Juízo de retratação. Tema 1.013 do STJ. Implantação de auxílio-doença ou de aposentadoria por invalidez, mediante decisão judicial. Recebimento conjunto das rendas do trabalho exercido no mesmo período. Benefício previdenciário pago retroativamente.
ApCiv 0007059-97.2017.4.03.9999
Desembargador Federal David Dantas 211

Ação Civil Pública. Benefícios por incapacidade. Auxílio-doença. Aposentadoria por invalidez. Benefício assistencial. Concessão administrativa. Revisão periódica. Novel legislação. Lei nº 13.457/2017. Ausência de interesse superveniente. Extinção. Benefícios concedidos judicialmente. Revisão. Alteração do quadro fático que ensejou a concessão. Verificação. Exposição de forma explícita, clara e congruente.
ApCiv 5000750-44.2018.4.03.6117
Desembargador Federal Carlos Delgado 213

Mandado de Segurança. Pensão militar. Aposentadoria por idade. Vedação à cumulação com mais de um benefício previdenciário. Lei nº 3.765/1960. Desistência. Decreto nº 3.048/1999. Possibilidade.
ApCiv 5009108-24.2019.4.03.6000
Desembargador Federal Nelson Porfírio 225

<i>Aposentadoria por idade híbrida. Coisa julgada. Apelação da parte autora improvida. ApCiv 6079202-11.2019.4.03.9999</i>	
Desembargador Federal Toru Yamamoto	229
<i>Aposentadoria por tempo de contribuição. Tempo de serviço comum urbano. Guarda-mirim. Não reconhecimento. Tempo de serviço especial. Vigilante. Periculosidade. Não preenchimento dos requisitos para a concessão do benefício. ApCiv 5004929-86.2020.4.03.6105</i>	
Desembargadora Federal Daldice Santana.....	235
<i>Ação Rescisória. Existência de manifesta violação à norma jurídica. Auxílio-acidente incabível na espécie. Aposentadoria por invalidez. Presença dos requisitos legais. Pedido na ação subjacente parcialmente procedente. AR 5011756-95.2020.4.03.0000</i>	
Desembargador Federal Gilberto Jordan	242
<i>Pensão por morte. Julgamento pelo órgão colegiado. Possibilidade. Filho inválido. Incapacidade após maioridade. Reconhecimento do direito. Precedentes do e. STJ e desta Corte. Condição de dependente configurada. Ag ApCiv 5226695-72.2020.4.03.9999</i>	
Desembargador Federal Sérgio Nascimento	259
<i>Auxílio-reclusão. Fuga. Perda da qualidade de segurado do recluso. Não ocorrência. Benefício devido. ApCiv 5271187-52.2020.4.03.9999</i>	
Juiz Federal Convocado Nilson Lopes.....	263
<i>Pensão por morte. Decisão monocrática. Agravo Interno (legal). Artigo 932 do novo CPC. Dependência econômica. Não incidência. Manutenção do julgado agravado. Ag ApCiv 5271811-04.2020.4.03.9999</i>	
Desembargador Federal Luiz Stefanini	267
<i>Benefício de prestação continuada. Perícia social. Quesitos complementares requeridos pelo INSS. Cerceamento de defesa. Preliminar acolhida. Conversão do julgamento em diligência. ApCiv 0000149-15.2021.4.03.9999</i>	
Juíza Federal Convocada Mônica Bonavina.....	274
<i>Ação Rescisória. Desaposentação. Violação à norma jurídica. Questão constitucional. Afastamento do óbice da Súmula nº 343 do STF. Aplicação do entendimento da Corte Constitucional. AR 5009545-52.2021.4.03.0000</i>	
Desembargadora Federal Vanessa Mello	278

Conflito Negativo de Competência. Justiça Federal do interior e Justiça Federal da capital. Benefício previdenciário. Súmula nº 689/STF. Incompetência relativa. Declaração de ofício. Súmula nº 33/STJ.

CCCiv 5025134-84.2021.4.03.0000

Desembargador Federal Baptista Pereira 283

Aposentadoria por invalidez. Cerceamento de defesa. Nulidade do laudo pericial. Insustentância da alegação. Ausência de incapacidade laborativa. Prestígio do laudo pericial judicial. Impossibilidade de concessão do benefício.

ApCiv 5070927-22.2021.4.03.9999

Desembargadora Federal Therezinha Cazerta 286

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Devolução para a Turma julgadora. Ausência de capacidade postulatória superveniente. Decisão anterior substituída. Interposição apenas de Recurso Especial contra o novo pronunciamento. Recurso Extraordinário prejudicado. Agravo Interno não provido.

Ag RE ApCiv 0016656-02.2007.4.03.6100

Desembargadora Federal Consuelo Yoshida 293

Ação para antecipação de garantia. Futuros Embargos à Execução Fiscal. Interesse do contribuinte. Honorários advocatícios na extinção do pleito cautelar. Impossibilidade. Causalidade. Inexistência. Discricionariedade dentro do prazo prescricional.

ApCiv 5005013-21.2018.4.03.6182

Desembargador Federal Carlos Francisco..... 296

Cumprimento de sentença. Ação coletiva. Sindicato. Acordo. Limitação subjetiva.

ApCiv 5005986-28.2018.4.03.6100

Desembargador Federal Valdeci dos Santos.....301

Incidente de desconconsideração da personalidade jurídica. Redirecionamento de Execução Fiscal. Manipulação fraudulenta de pessoa jurídica. Tema decidido em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Aplicabilidade imediata.

AI 5000024-83.2021.4.03.0000

Desembargador Federal Antonio Cedenho.....307

Cumprimento de sentença. Título exequendo com trânsito em julgado anterior ao acórdão do RE 870.947/SE pelo STF. Tema 810 STF. Temas 491/STJ e 492/STJ. Aplicação da Lei nº 11.960/2009. Honorários sucumbenciais devidos. Impugnação rejeitada.

AI 5001996-88.2021.4.03.0000

Desembargadora Federal Inês Virgínia 317

Entidade terceira. Ingresso na lide. Ilegitimidade. Lei nº 11.457/2007. Receita Federal do Brasil. Fiscalização, arrecadação, cobrança e recolhimento das contribuições impugnadas.

AI 5009840-89.2021.4.03.0000

Desembargador Federal Carlos Muta 323

DIREITO PROCESSUAL PENAL

“Habeas Corpus”. Prisão preventiva. Covid-19. Bronquite asmática. Ordem denegada.
HCCrim 5022447-37.2021.4.03.0000
Desembargador Federal Nino Toldo 329

“Habeas Corpus”. Prisão preventiva. Requisitos. Preenchimento. Crime de homicídio. Vigilante da CEF. Decisão fundamentada. Insuficiência das medidas cautelares diversas da prisão. Ilegalidade. Inexistência.
HCCrim 5027105-07.2021.4.03.0000
Desembargador Federal José Lunardelli 337

“Habeas Corpus”. Artigo 337-A do CP. Citação via aplicativo “whatsapp”. Validade. Prejuízo não demonstrado. Princípio do “pas de nullité sans grief”.
HCCrim 5030421-28.2021.4.03.0000
Desembargador Federal Fausto De Sanctis 346

DIREITO TRIBUTÁRIO

Direito aduaneiro. Apreensão de mercadoria desacompanhada de qualquer documentação relativa à exportação. Apelação improvida, diante do contexto fático e da prova dos autos que mostram a prática de uma variante do “delito de formiguinha”.
ApCiv 0000791-75.2017.4.03.6006
Desembargador Federal Johonsom Di Salvo 355

Juízo de retratação. Mandado de Segurança. Inexigibilidade de recolhimento da contribuição previdenciária. Salário maternidade. Observância à tese firmada pelo STF (Tema 72). Terço constitucional de férias. Observância à tese firmada pelo STF (Tema 985).
ApelRemNec 5015013-35.2018.4.03.6100
Desembargador Federal Hélio Nogueira 360

Mandado de Segurança. Lei nº 10.168/2000. “Royalties”. CIDE. IRRF. ISS dedução. Ausência de previsão legal. Impossibilidade.
ApCiv 5004752-74.2019.4.03.6100
Desembargador Federal Marcelo Saraiva 363

Execução Fiscal. Penhora sobre recebíveis de cartão de crédito. Equiparação à penhora sobre faturamento. Não esgotamento de diligências. Impossibilidade na espécie. Suspensão da tramitação dos processos que versem sobre o tema. Possibilidade de apreciação de medidas urgentes.
AI 5013491-32.2021.4.03.0000
Desembargador Federal Wilson Zauhy 373

SENTENÇAS

CEF. Casa lotérica. Estabelecimento da permissão administrativa para exploração dos serviços. Pleito de religação do sinal dos terminais. Reconvenção.

5001203-60.2019.4.03.6131

Juiz Federal Mauro Salles Ferreira Leite 379

Contrato de promessa de compra e venda de imóvel. CEF. Pleito de transferência do contrato de financiamento habitacional. Transferência. Ressarcimento de valores. Indenização por danos morais.

5003637-55.2019.4.03.6120

Juiz Federal Márcio Cristiano Ebert 387

Revisão de aposentadoria por invalidez. Constatação de indícios de simulação de processo trabalhista, mediante cruzamento de dados.

5000583-72.2020.4.03.6144

Juíza Federal Marilaine Almeida Santos..... 394

Ação civil de improbidade administrativa. Auditor Fiscal da Receita Federal. Aquisição de bens com valores desproporcionais à sua renda. Créditos e depósitos efetuados em sua conta bancária sem origem comprovada.

5020183-17.2020.4.03.6100

Juíza Federal Silvia Figueiredo Marques 403

Porto de São Sebastião. Desestatização. Certame licitatório de concessão. Consulta pública. Suspensão.

5000016-97.2022.4.03.6135

Juiz Federal Gustavo Catunda Mendes 406

SÚMULAS

Súmulas do TRF da 3ª Região 417

Súmulas da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região 423



Artigos Doutrinários

O regime jurídico e a função social do direito de laje



José Eduardo Melhen

Mestre e Doutor em Desenvolvimento Regional e Meio Ambiente. Pesquisador do Centro de Estudos em Democracia Ambiental da UFSCar. Procurador Municipal em Araraquara. Advogado. Professor Universitário.



Leonardo Estevam de Assis Zanini

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



Janaina Florinda Ferri Cintrão

Doutora em Sociologia pela UNESP. Professora do Programa de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) em Desenvolvimento Territorial e Meio Ambiente da Universidade de Araraquara.

RESUMO: O presente artigo examina o tratamento dado pelo Direito brasileiro ao direito de laje. A laje nasceu como um fenômeno social espontâneo no âmbito das favelas brasileiras de maneira precária e informal. A clandestinidade trazia insegurança jurídica decorrente da ausência de um endereço formal. Havia a necessidade de inserção dessas habitações no sistema formal de titulações para que se resgatasse a dignidade de tais indivíduos por meio de sua alocação na urbe e, também, para que se convertesse esse capital morto em ativos financeiros com o fito de incentivar o desenvolvimento econômico. O fato social da laje foi normatizado por meio da Medida Provisória nº 759/2016, posteriormente convertida na Lei nº 13.465/2017 e regulamentada pelo Decreto nº 9.310/2018, criando-se, assim, o direito real de laje, apto a dar visibilidade ao que sempre foi invisível. Considerando-se a pluralização das relações de pertencimento que emergem da Constituição Federal de 1988, o direito real de laje surge como um novo modelo de propriedade autônomo e totalmente desvinculado do solo.

PALAVRAS-CHAVE: Propriedade. Regularização Fundiária Urbana. Direito Real de Laje. Função Social. Políticas Públicas.

ABSTRACT: This article examines the treatment given by Brazilian law to slab law. The slab was born as a spontaneous social phenomenon in the scope of Brazilian favelas, in a precarious and informal way. Clandestineness brought legal uncertainty resulting from the absence of a formal address. There was a need to insert these habitations in the formal system of titles in order to rescue the dignity of such individuals through their allocation in the city and also to convert this dead capital into financial assets in order to encourage economic development. The social fact of the slab was standardized through Provisional Measure nº 759/2016, later converted into Law nº 13.465/2017 and regulated by Decree nº 9.310/2018, thus creating, the real slab right, so as to give visibility to what has always been invisible. Therefore, considering the pluralization of the relations of belonging that emerge from the Federal Constitution of 1988, the real right of slab appears as a new model of autonomous property and totally detached from the soil.

KEYWORDS: Property. Urban Land Regularization. Slab Law. Social Function. Public policy.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 O fato social da laje. 3 A regulamentação da laje no Direito brasileiro. 4 Perspectivas do direito real de laje. 5 Considerações finais. Referências.

1 Introdução

O Direito, por se tratar de um objeto cultural que traduz a realidade de um grupo em determinada época, vive em constante mutação para que atenda, perfeitamente, aos anseios da sociedade.

Nesse sentido, a propriedade contemporânea se tornou plural, fugindo da antiga

ligação visceral que mantinha com o Código Civil para se expressar de diversas maneiras no texto (ou a partir do texto) da Constituição Federal. Além de abandonar o caráter individualista de outrora, a propriedade atualmente rompe com o conceito clássico da tangibilidade ou de acessão ao solo.

Nessa pluralização, o fato social da laje constitui um modelo de propriedade no mínimo peculiar, desvinculado do solo e sem

qualquer atribuição de fração ideal (como ocorre no condomínio edilício). Ademais, em um país populoso (mais de 213 milhões de habitantes)¹ e com desigualdades regionais, sociais e econômicas, a questão habitacional sempre se mostrou preocupante.

O direito real de laje é um instituto tipicamente brasileiro que pode constituir, dessa forma, profícuo instrumento de inclusão social urbana, de implementação do direito de moradia previsto no artigo 6º da Constituição Federal e de acesso à propriedade.

De fato, a partir da explosão demográfica dos centros urbanos, muitas famílias procuraram soluções à margem da lei para resolver a questão fundiária, bem como a questão da moradia no âmbito urbano, instalando-se verdadeiras cidades ilegais². Dentro desse cenário, um dos grandes problemas resultantes do adensamento urbano é a questão do déficit habitacional, resultando disso o processo de favelização, especialmente pela insuficiência de recursos para adquirir um imóvel individual e regularizado.

À vista disso, o presente artigo propõe a discussão da laje, fato social presente no âmbito das comunidades populares, fruto da desenfredda urbanização brasileira, que criava muitos problemas jurídicos, até então não solucionados pelo ordenamento legal, mas acolhidos por um regramento paralelo. Assim sendo, considerando a discussão do fato social da laje e sua regulamentação pelo sistema jurídico brasileiro, propõe-se um estudo no qual a metodologia utilizada é descritiva e dedutiva, baseada fundamentalmente na investigação bibliográfica e legislativa.

2 O fato social da laje

Com a concentração urbana e o processo histórico de exclusão, os habitantes das favelas passaram a utilizar os espaços das lajes de coberturas como unidade autônoma. O fato social da laje, prática secular em nosso país, diverge, assim, da definição técnica da laje na Engenharia Civil.

Transmutação conceitual semelhante ocorreu, por coincidência, com o direito real de superfície, conforme informa José Guilherme Braga Teixeira:

A superfície, como direito real, não se confunde com o sentido etimológico do vocábulo que lhe deu a denominação, indicativo da face superior de uma coisa corpórea e composto da preposição *super* e do substantivo *facies*, ambos latinos. Esse sentido, que é o da linguagem comum, corresponde ao da geometria, no qual se entende a superfície como a parte exterior dos corpos, a extensão considerada com duas dimensões: largura e comprimento. O sentido de superfície como direito real implica, além do comprimento e da largura, a altura, pois é exatamente acima do solo que crescem as plantações e se erigem as construções³.

A laje, por seu turno:

[...] existe há muito tempo no plano da informalidade, é fruto da urbanização brasileira à margem dos padrões estabelecidos pela ordem jurídica, particularmente recorrente no âmbito das comunidades populares⁴.

1 IBGE. *Projeção da população do Brasil e das Unidades da Federação*. Rio de Janeiro, 2021. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/index.html>. Acesso em: 10 set. 2021.

2 LIMA, Marcio Kammer de. *Usucapião coletivo e desapropriação judicial: instrumentos de atuação da função social da propriedade*. Rio de Janeiro: GZ, 2009, p. 3.

3 TEIXEIRA, José Guilherme Braga. *O direito real de superfície*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 54-55.

4 ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito Civil: direito das coisas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 393.

Situações vitais e existenciais que levam as pessoas a buscar um abrigo seguro e exclusivo para si e para sua família contribuíram para que surgisse esse fato social⁵.

Como observa Cláudia Franco Corrêa:

Do significado técnico, adotado na engenharia e arquitetura, para os saberes locais em favelas, temos uma diferença que se complementa. Em tais localidades houve a apropriação do termo, empregando-se o termo *laje* para designar o espaço aéreo superior dos imóveis, mesmo que não haja a presença material de qualquer construção. Portanto, vender uma *laje* não significa a existência de qualquer construção sobre a *laje* fisicamente considerada. Muito comumente o que ocorre é a negociação do espaço aéreo delimitado nas dimensões de largura e comprimento do imóvel situado sob a *laje*. Trata-se da utilização do termo pelos moradores em favelas que se dele apropriam para resolver seus problemas, tendo em vista que, devido a pequenas extensões dos lotes habitacionais a utilização do concreto armado permitiu a única expansão viável: a vertical. Por isso é comum, ao passarmos por determinadas favelas, depararmos com o seguinte anúncio: “vende-se uma *laje*”⁶.

Do ponto de vista físico, a *laje* é um meio para superar, dentro da criatividade típica dos brasileiros⁷, a impossibilidade de

expansão horizontal das construções em tais áreas, não restando uma alternativa aos seus moradores senão verticalizar novas construções para garantir o acesso à moradia.



Fonte: <https://jornal.usp.br/>

Em pesquisa feita nos anos 1970 na comunidade de Jacarezinho (Rio de Janeiro/RJ), o sociólogo português Boaventura Sousa Santos verificou a existência de um direito local, à margem e sem qualquer respaldo no direito oficial, utilizado para a resolução de questões locais, especialmente porque o Estado era visto como um inimigo potencial⁸.

Títulos de propriedade sem validade perante o direito positivo eram reconhecidos perante a comunidade representada pela associação de moradores, a qual exercia função judiciária e registral⁹. É o chamado “Direito de Pasárgada”, nome escolhido para manter em sigilo o local onde o estudo foi desenvolvido, e que, de maneira propositada, era uma alusão

5 FERRAZ, Patrícia André de Camargo. *Direito de laje: teoria e prática* – nos termos da lei 13.465/17. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 17.

6 CORRÊA, Cláudia Franco. Direito real de laje: controvérsias entre efetividade e legalidade. In: LEITE, Luís Felipe Tegon Cerqueira; MENCIO, Mariana (Orgs.). *Regulização fundiária urbana: desafios e perspectivas para aplicação da lei nº 13.465/2017*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2019, p. 306.

7 AMARANTE, Fernanda Machado. O pluralismo jurídico e o direito de laje. *Revista Direito UNIFACS*, n. 148, out. 2012, p. 2. Disponível em: <http://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2334>. Acesso em: 10 set. 2021.

8 SANTOS, Boaventura de Sousa. Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada. In: SOUTO, Cláudio; FALCÃO, Joaquim (Orgs.). *Sociologia e direito: textos básicos para a disciplina da sociologia jurídica*. 2. ed. São Paulo: Pioneira, 2002, p. 87-90. MAGALHÃES, Alex Ferreira. *Sociologia do direito: o pluralismo jurídico em Boaventura de Sousa Santos*. Rio de Janeiro: UFRJ, 2013, p. 25.

9 FERRAZ, Patrícia André de Camargo. *Direito de laje: teoria e prática* – nos termos da lei 13.465/17. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 36.

à utopia de Manuel Bandeira¹⁰, cuja verdadeira identidade foi mantida em segredo até 2005.

Na favela do Jacarezinho, Boaventura Sousa Santos descobriu um direito alternativo e local, que convivia paralelamente (e muitas vezes contrariamente) ao direito oficial¹¹.

Esse “direito”, uma resposta da sociedade à passividade e à indiferença do Estado em não regular demandas sociais¹², valia apenas no território da favela e suas estruturas administrativas (especialmente registral), jurídica (exceto para questões criminais) e legislativa operavam por meio das associações locais¹³.

A dicotomia direito do morro (direito construído no meio social) *versus* direito do asfalto (direito legislado) demonstra o cenário de crise da concepção monista, que preconiza ser o Estado a única fonte criadora do Direito.

Fala-se então em pluralismo jurídico quando se admite que existam outros atores sociais e instituições como fontes jurídicas.

Assim:

Existe uma situação de pluralismo jurídico sempre que no mesmo espaço geopolítico vigoram (oficialmente ou não) mais de uma ordem jurídica. Esta pluralidade normativa pode ter uma fundamentação econômica, rática, profissional ou outra; pode corresponder a um período de ruptura social como, por exemplo, um período de transformação revolucionária; ou pode ainda resultar, como no caso de Pasárgada, da conformação específica do conflito de classes numa área determinada da reprodução social - neste caso, a habitação¹⁴.

O direito de laje nasceu, assim, da necessidade de desenvolver um diálogo entre o “direito de Pasárgada” e o “direito do asfalto”, especialmente porque as consequências decorrentes dessa situação fática ultrapassam os limites da favela com a possibilidade de encontrar óbices legais, a exemplo do princípio da taxatividade dos direitos reais, regra de natureza cogente, que não pode ser afastada por acordo entre as partes¹⁵.

Como adverte Patrícia André de Camargo Ferraz¹⁶, o não reconhecimento oficial do direito de laje representa um verdadeiro efeito colateral de fortalecimento de poderes paralelos ao Estado, como o do tráfico de drogas. Ricardo Lira salienta, nesse sentido, que há uma norma imposta por traficantes na favela da Rocinha impondo que “sobre a segunda laje não haja qualquer obstáculo

10 BANDEIRA, Manuel. *Libertinagem*. 2. ed. São Paulo: Global, 2013, p. 99-100.

11 KONZEN, Lucas Pizzolatto. Boas aventuras na Pasárgada: do pluralismo jurídico ou alternativas para uma ciência do direito pós-moderna? *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 5, 2006, p. 169-184. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/prisma/article/view/608>. Acesso em: 10 set. 2021, p. 173.

12 AMARANTE, Fernanda Machado. O pluralismo jurídico e o direito de laje. *Revista Direito UNIFACS*, n. 148, out. 2012, p. 21. Disponível em: <http://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2334>. Acesso em: 10 set. 2021.

13 MAGALHÃES, Alex Ferreira. *Sociologia do direito: o pluralismo jurídico em Boaventura de Sousa Santos*. Rio de Janeiro: UFRJ, 2013, p. 26. SANTOS, Boaventura de Sousa. O direito dos oprimidos: a construção e reprodução do direito em Pasárgada. In: MENESES, Maria Paula; NUNES, João Arriscado; AÑÓN, Carlos Lema Añón; BONET, Antoni Aguiló; GOMES, Nilma Lino Gomes (Orgs.). *Construindo as epistemologias do sul: Antologia essencial: Volume II: Para um pensamento alternativo de alternativas*. Buenos Aires: CLACSO, 2019, p. 42. Disponível em: www.jstor.org/stable/j.ctvt6rkm6.6. Acesso em: 10 set. 2021.

14 SANTOS, Boaventura de Sousa. Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada. In: SOUTO, Cláudio; FALCÃO, Joaquim (Orgs.). *Sociologia e direito: textos básicos para a disciplina da sociologia jurídica*. 2. ed. São Paulo: Pioneira, 2002, p. 87-88.

15 ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito Civil: direito das coisas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 16.

16 FERRAZ, Patrícia André de Camargo. *Direito de laje: teoria e prática – nos termos da lei 13.465/17*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 36.

que possa obstruir a fuga deles”¹⁷. Daí, pois, a necessidade de regulamentação legal (oficial) do instituto para mitigar, além de poderes paralelos, outras possíveis incertezas.

Partindo das premissas de que o Direito nasce do fato e ao fato se destina¹⁸ e de que, quando o Direito ignora a realidade, a realidade se vinga, ignorando o Direito (segundo teria afirmado o jurista francês Georges Ripert), conclui-se que o fato vem, há tempos, se vingando do Direito.

Deveras, a laje, enquanto direito do morro, representa uma verdadeira forma de resistência social, na medida em que:

[...] surgiu como uma manifestação contrária ao mercado imobiliário, principalmente da sociedade brasileira de baixo poder aquisitivo, que não possui mínimas condições de adquirir um imóvel formal¹⁹.

É, portanto, “[...] o triunfo do costume *contra legem*”²⁰.

De fato, é prática comum, em áreas favelizadas, que membros de uma família, pelos mais diversos motivos (desejo de proximidade, solidariedade, rateio de despesas etc.), autorizem, entre si, a edificação de uma moradia sobreposta em imóvel já existente. Essa situação (lajearia) é popularmente conhecida pela alcunha de “puxadinho”.

Situação interessante sobre a utilização desse tipo de edificações verticalizadas é o caso daquele que, pretendendo levantar recursos financeiros (para, por exemplo, reformar a construção térrea ou qualquer outro motivo), efetua a “venda” (em verdade, uma permissão onerosa) da laje para terceiros.

É recorrente, também, a compra e a venda de laje inexistente, que se dá:

[...] quando o futuro morador do terreno de superfície vende a sua laje sem que sua casa esteja pronta, ou sem, sequer, que sua laje esteja construída. Nesses casos o vendedor usa o dinheiro da venda da laje para construir ou dar acabamentoo à sua futura moradia²¹.

Havia, nessas situações, uma total precariedade, pois, até o ano de 2016, inexistia qualquer regulamentação legal da matéria. Essas irregularidades, em grande parte dos casos, se estendiam também às construções-base, que sequer possuíam titulação de propriedade. Essa situação gerava uma tensão entre uma questão de ordem fática (sobreposição de unidades imobiliárias de possuidores distintos) e outra de ordem jurídica (a regra *superficies solo cedit* e a acessoriedade das unidades imobiliárias em relação ao terreno)²².

Tudo isso gerava medo e instabilidade social, uma vez que, com o decorrer do tempo, a construção em questão se aprimorava, restando

17 LIRA, Ricardo César Pereira. O novo código civil, estatuto da cidade, direito de superfície. *Anais do EMERJ*. Rio de Janeiro, 2002, p. 151. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/anais_onovocodigocivil/anais_especial_2/Anais_Parte_II_revistaemerj_145.pdf. Acesso em: 10 set. 2021.

18 REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 188.

19 ANDRADE, Eric Santos. *A tutela do direito de laje no Brasil: análise da regulação da lei federal nº 13.465/2017 à luz do direito fundamental social de moradia digna*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 172.

20 LÔBO, Paulo. *Direito civil: coisas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, v. 4, p. 371.

21 CORRÊA, Cláudia Franco. Instrumentos de regularização fundiária nas favelas. In: AZEVEDO, Flávio de Oliveira; MELO, Marco Aurélio Bezerra de (Orgs.). *Direito imobiliário: estudos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 638.

22 LAGO, Ivan Jacopeti do. Direito real de laje. In: *36º Encontro Regional dos Oficiais de Registro de Imóveis*. São Paulo, SP, 2017. Disponível em: <https://www.irib.org.br/biblioteca/central-de-palestras/direito-real-de-laje-36-encontro>. Acesso em: 10 set. 2021.

[...] a insegurança de não haver o registro próprio como um direito para o titular do direito sobre a laje, e sobre esta incerteza seguiam as partes, através de brigas de famílias, divórcios, tentativas de transmissões a terceiros, locações²³.

Ante o secular desprezo do Poder Público a essa situação, tais problemas eram resolvidos à margem da lei pelos habitantes locais, por meio de regulamentações de fato, sem força jurídica, lavradas em associações de moradores ali constituídas.

A despeito da prática desses arranjos comunitários, prevalecia a situação fática de posse, sem qualquer efeito jurídico fora do âmbito da comunidade, um capital verdadeiro morto²⁴, uma mera expectativa de direito, um nada jurídico, um círculo vicioso de exclusão.

Por conseguinte, havia a necessidade de se criar

[...] um instrumento capaz de se adequar à realidade, de fácil compreensão popular e com plasticidade suficiente para se amoldar às diversas situações que as ocupações irregulares apresentavam²⁵.

3 A regulamentação da laje no Direito brasileiro

O fato da laje mereceu atenção do legislador no ano de 2016, com a edição da Medida Provisória nº 759/2016, posteriormente convertida, com diversas alterações, na Lei nº 13.465/2017 e regulamentada pelo Decreto nº

9.310/2018, para inserir a laje no rol de direitos reais do artigo 1.225 do Código Civil.

A normatização do fato da laje viabiliza a regularização de milhares de imóveis por todo o país, dando aos indivíduos segurança jurídica e estabilidade nas transmissões *inter vivos* ou *mortis causa*, contribuindo, desta forma, para a pacificação social²⁶.

Conceitua-se o direito de laje como:

[...] a nova lâmina de propriedade criada através da cessão, onerosa ou gratuita, da superfície superior ou inferior de uma construção (seja ela sobre o solo ou já em laje) por parte do proprietário (ou lajeário) da mesma, para que o titular do novo direito possa manter unidade autônoma da edificação original²⁷.

[...] possibilidade de criação de unidade imobiliária autônoma, com matrícula própria, para a superfície superior ou inferior da construção-base, sem atribuição de fração ideal de terreno ao titular ou participação proporcional em áreas já edificadas²⁸.

Como bem observado por Eduardo Cesar Silveira Marchi²⁹, o direito de laje é a maior inovação legislativa brasileira no campo dos direitos reais nos últimos cem anos. Entretanto, o autor ressalva que se trata, em verdade, de uma “reintrodução” do instituto no ordenamento jurídico brasileiro, pois as Ordenações Filipinas reconheciam, indiretamente

23 FARIAS, Cristiano Chaves; EL DEBS, Martha; DIAS, Wagner Inácio. *Direito de laje: do puxadinho à digna moradia*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 28.

24 SOTO, Hernando de. *O mistério do capital*. Trad. Zaida Maldonado. Rio de Janeiro: Record, 2001.

25 FERRAZ, Patrícia André de Camargo. *Direito de laje: teoria e prática – nos termos da lei 13.465/17*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 18.

26 FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direitos reais*. 16. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 685.

27 FARIAS, Cristiano Chaves; EL DEBS, Martha; DIAS, Wagner Inácio. *Direito de laje: do puxadinho à digna moradia*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 30.

28 COUTO, Marcelo de Rezende Campos Marinho. *Direito de laje* (Série Cadernos IRIB). São Paulo: IRIB, 2020, p. 14.

29 MARCHI, Eduardo Cesar Silveira. *Direito de laje: da admissão ampla da propriedade superficiária no Brasil*. São Paulo: YK, 2018, p. 11.

“[...] a possibilidade de separação horizontal da propriedade de uma casa entre ‘sobrado’ (1º andar) e o ‘sótão’ (pavimento subterrâneo ou térreo), sendo que o “sobrado”³⁰ significava “sobrado de laje”, em total coincidência com o atual instituto jurídico.

A Lei de Regularização Fundiária ultrapassou a Medida Provisória nº 759 ao ampliar a constituição da laje tanto de forma ascendente quanto descendente em relação à construção original, não importando se se trata de construção sobre o solo ou construção que já se fez em laje (art. 1.510-A do Código Civil)³¹.

A configuração jurídica da laje é, como adverte Marchi³², ao mesmo tempo simples e complexa. Simples porque constitui a divisão da propriedade imobiliária em planos horizontais (andares) quer no plano aéreo, quer no subsolo; complexa porque na divisão horizontal as leis da física não se coadunam bem com as exigências do direito (apoio, acessibilidade, natureza do espaço aéreo e do subsolo). É nesse contexto que a laje surge como uma revolução no Direito privado brasileiro, não apenas no que diz respeito à população menos favorecida (no caso da regularização fundiária de favelas), mas também no tocante a outros negócios do ponto de vista econômico.

Em relação à denominação, em que pese ao termo “laje” não se revestir de tecnicismo³³,

parece que a intenção da lei foi respeitar a origem do instituto, cuja normatização se deu para conceder roupagem jurídica aos arranjos praticados em comunidades populares para acesso à moradia³⁴. Assim sendo, a legislação denomina o instituto de forma que as pessoas comuns possam compreender com clareza e objetividade esse novo direito real³⁵.

Com respeito às opiniões divergentes, parece que as críticas à nomenclatura “laje” trazem implicitamente uma carga negativa, herança histórica de todo processo que culminou na criação dos aglomerados subnormais e na busca por essa alternativa de moradia.

Cumpra a observação de Milton Santos no sentido de que:

[...] em uma fase de transição, as estruturas vindas do passado, ainda que parcialmente renovadas, tenderão a continuar reproduzindo o todo tal como era na fase precedente. Todavia, se cada estrutura conhece seu próprio ritmo de mudança, a estrutura do espaço é a instância social de mais lenta metamorfose e adaptação. Por isso, ela poderá continuar, por muito tempo, a reproduzir o todo anterior, a situação que se deseja eliminar³⁶.

A opção pela terminologia “laje”, assim, parece deveras acertada³⁷, especialmente porque

30 *Ibidem*, p. 15.

31 FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direitos reais*. 16. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 684.

32 MARCHI, Eduardo Cesar Silveira. *Direito de laje: da admissão ampla da propriedade superficiária no Brasil*. São Paulo: YK, 2018, p. 12-13.

33 FARIAS, Cristiano Chaves; EL DEBS, Martha; DIAS, Wagner Inácio. *Direito de laje: do puxadinho à digna moradia*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 36. MARCHI, Eduardo Cesar Silveira. *Direito de laje: da admissão ampla da propriedade superficiária no Brasil*. São Paulo: YK, 2018, p. 11. MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito civil: coisas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 389. OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. *Direito real de laje*

à luz da Lei nº 13.465, de 2017: nova lei, nova hermenêutica. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa do Senado, jul. 2017 (Texto para Discussão nº 238), p. 5. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td238/view>. Acesso em: 10 dez. 2021. ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito Civil: direito das coisas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 393.

34 CORRÊA; MENEZES, 2016, p. 180.

35 FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direitos reais*. 16. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 686.

36 SANTOS, Milton. *Pensando o espaço do homem*. 5. ed. São Paulo: EDUSP, 2012, p. 75.

37 FARIAS, Cristiano Chaves; EL DEBS, Martha; DIAS,

observa o princípio da operabilidade, norma de regência do Código Civil, que pode (e deve) nortear todo o ordenamento jurídico brasileiro, por instrumentalizar a efetividade do Direito³⁸.

Seguindo tal espírito, o item 113 da Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 759/2016 diz que a norma foi criada para atender [...] “ao propósito de adequação do Direito à realidade brasileira”³⁹.

Muito se discutia, anteriormente à conversão da referida norma na Lei nº 13.465/2017, sobre a natureza jurídica da laje. Havia quem considerava que o direito de laje era um direito real sobre coisa própria, enquanto outros entendiam que se tratava de um direito real sobre coisa alheia.

Atualmente, essa discussão parece ter perdido a razão de ser, pois, a partir da redação definitiva do artigo 1510-A do Código Civil, tem-se que a laje é um direito real sobre coisa própria:

Art. 1510-A. O proprietário de uma construção-base poderá ceder a superfície superior ou inferior de sua construção a fim de que o titular da laje mantenha unidade distinta daquela originalmente construída sobre o solo.

No mesmo sentido, o § 9º do artigo 176 da Lei de Registros Públicos, também alterada pela Lei nº 13.465/2017, que dispõe:

Art. 176 - O Livro nº 2 - Registro Geral - será destinado, à matrícula dos imó-

veis e ao registro ou averbação dos atos relacionados no art. 167 e não atribuídos ao Livro nº 3.

[...]

§ 9º A instituição do direito real de laje ocorrerá por meio da abertura de uma matrícula própria no registro de imóveis e por meio da averbação desse fato na matrícula da construção-base e nas matrículas de lajes anteriores, com remissão recíproca. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017).

Desse modo, a laje é uma categoria nova de direito real sobre coisa própria, uma vez que constitui unidade distinta da construção-base, inclusive com acesso autônomo (§ 7º do art. 58 do Decreto nº 9.310/2018), gerando matrícula própria no Registro Imobiliário.

Nessa linha, a laje não se estabelece

[...] como um *mix* de propriedade comum e propriedade autônoma ou individual. Há uma propriedade individual com reflexos específicos sobre certas áreas, que servem a todo o conjunto, que terão manutenção custeada por todos os envolvidos⁴⁰. [lajeários e proprietários]

Considerando a realidade plural das propriedades:

[...] o Direito Real de Laje é uma espécie de Direito Real de Propriedade sobre um espaço tridimensional que se expande a partir da laje de uma construção-base em direção ascendente ou a partir do solo dessa construção em direção subterrânea. Esse espaço tridimensional formará um poliedro, geralmente um paralelepípedo ou um cubo. A figura geométrica dependerá da formatação da sua base de partida e também dos limites impostos no ato de instituição desse

Wagner Inácio. *Direito de laje: do puxadinho à digna moradia*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 35.

38 FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 60.

39 BRASIL. Ministério das Cidades. *Exposição de Motivos nº 00020/2016*. Brasília, DF, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Exm/Exm-MP%20759-16.pdf. Acesso em: 10 set. 2021.

40 FARIAS, Cristiano Chaves; EL DEBS, Martha; DIAS, Wagner Inácio. *Direito de laje: do puxadinho à digna moradia*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 42.

direito real e das regras urbanísticas. Teoricamente, esse espaço poderá corresponder a um poliedro em forma de pirâmide ou de cone, se isso for imposto no ato de instituição ou em regras urbanísticas. Esse espaço pode ser suspenso no ar quando o direito real for instituído sobre a laje do prédio existente no terreno ou pode ser subterrâneo quando o direito real for instituído no subsolo. Enfim, o Direito de Laje é um Direito Real de Propriedade e faculta ao seu titular todos os poderes inerentes à propriedade (usar, gozar e dispor), conforme art. 1.510-A, § 3º, do Código Civil. Ele terá, inclusive, uma matrícula própria no Registro de Imóveis, pois, conforme o princípio registral da unitariedade ou unicidade matricial, a cada imóvel deve corresponder apenas uma matrícula. Se o Direito Real de Laje fosse um direito real sobre coisa alheia, ele – por esse princípio registral – não poderia gerar uma matrícula própria⁴¹.



Fonte: <https://www.megajuridico.com/>

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal afirmam que a tridimensionalidade do direito real de laje supera o sentido apenas geométrico:

[...] porque calcada (i) em um desentranhamento da obviedade de vinculação ao solo, (ii) porque nascida dos mais diretos e gritantes anseios sociais, e (iii) porque possibilita um reconceber das titularidades muito além da dicotomia propriedade-limitação.

Aliás, a propriedade tridimensional no aspecto geométrico já havia sido reconhecida pelos condomínios edilícios, agora, alcança-se a real propriedade em três dimensões, apresentando-se como novo direito real sobre coisa própria [...]⁴².

Tem-se um novo modelo de propriedade dotado de autonomia e de perenidade⁴³, desvinculado da máxima romana *superficies solo cedit*⁴⁴ e que constitui um desafio aos dogmas tradicionais do Direito Civil, haja vista que se afasta das categorias jurídicas anteriormente disciplinadas⁴⁵.

A instituição do direito real de laje compreende dois requisitos: a) a existência de uma construção-base, a teor da leitura do

41 OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. *Direito real de laje à luz da Lei nº 13.465, de 2017*: nova lei, nova hermenêutica. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa do Senado, jul. 2017 (Texto para Discussão nº 238), p. 6. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td238/view>. Acesso em: 10 dez. 2021.

42 FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direitos reais*. 16. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 695.

43 COUTO, Marcelo de Rezende Campos Marinho. *Direito de laje* (Série Cadernos IRIB). São Paulo: IRIB, 2020, p. 17.

44 CANDIDO, Austréia Magalhães. Direito real de laje: uma jabuticaba jurídica? In: MARCHI, Eduardo Cesar Silveira; KÜMPPEL, Vitor Frederico; BORGARELLI, Bruno de Ávila (Orgs.). *Regularização fundiária urbana: estudos sobre a lei nº 13.465/2017*. São Paulo: YK, 2019, p. 187.

45 FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direitos reais*. 16. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 692. OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. *Direito real de laje à luz da Lei nº 13.465, de 2017*: nova lei, nova hermenêutica. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa do Senado, jul. 2017 (Texto para Discussão nº 238), p. 7. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td238/view>. Acesso em: 10 dez. 2021.

artigo 1.510-A do Código Civil e; b) a autonomia funcional da laje⁴⁶.

A primeira exigência demanda que a construção-base esteja regularmente averbada na matrícula do imóvel, pois ela é o meio de prova hábil a demonstrar a existência regular da edificação.

Questão polêmica levantada por Eduardo Cesar Silveira Marchi é a da desnecessidade de existência de uma construção-base para edificação da laje:

Ora, se o proprietário da construção-base é também o dono do solo, estaria ele – por hipótese – impedido, já antes de erigir a construção-base, de alienar a própria superfície, sem qualquer edificação?

[...]

Não parece, pois, de modo algum razoável impedir o proprietário do solo, desprovido de capital para edificação da construção-base, de transferir ao adquirente da superfície a possibilidade desse último, ele mesmo e não o dono do solo, com seus próprios meios, levantar a construção.

[...] parece-nos que a própria pré-existência de uma construção-base, como parece exigir a lei, não se mostraria, a rigor imprescindível, nem tampouco em termos físicos, ou seja, no âmbito da técnica da engenharia civil: imagine-se o caso, ainda que incomum, no qual a superfície ou laje superior se encontre apoiada não na construção-base, mas em duas construções contíguas ou vizinhas, pertencentes a outros donos ou ao próprio adquirente. Tal possibilidade, na técnica construtiva, é facilmente executável.

Nada impediria, assim, por consequência, nessa hipotética situação, que o dono remanescente da construção-base pudesse

demoli-la, restando o terreno sem qualquer edificação em contato com o solo, ou mesmo querendo, depois, reconstruir uma nova “construção-base” – tudo se realizando sem afetar a superfície superior já transferida (que não se apoiava na “construção-base”)⁴⁷.

Dentro da ideia de que a laje seria um novo modelo de propriedade, de caráter tridimensional, a hipótese levantada pelo autor se mostra plenamente viável e, também, se apresentaria bastante útil tanto ao proprietário do imóvel quanto ao lajeário.

No que toca à autonomia funcional, é preciso examinar a tramitação legal dos três instrumentos que cuidaram do direito real de laje.

Em um primeiro momento, a Medida Provisória nº 759/2016 determinava expressamente a exigência de autonomia funcional e acesso independente. Entretanto, tais exigências não foram reproduzidas por ocasião da conversão do texto da Medida Provisória na Lei nº 13.465/2017. Posteriormente, a regulamentação da Lei de Regularização Fundiária, por meio do Decreto nº 9.310/2018, restabeleceu apenas a exigência de acesso independente (art. 58, § 7º) nos seguintes termos:

Art. 58. [...]

§ 7º A constituição do direito real de laje na superfície superior ou inferior da construção-base, como unidade imobiliária autônoma, somente poderá ser admitida quando as unidades imobiliárias tiverem acessos independentes.

Parece que houve uma falta de comunicação entre o espírito e a letra da norma.

46 COUTO, Marcelo de Rezende Campos Marinho. *Direito de laje* (Série Cadernos IRIB). São Paulo: IRIB, 2020, p. 34.

47 MARCHI, Eduardo Cesar Silveira. O novo direito de laje entendido como propriedade superficiária. In: MARCHI, Eduardo Cesar Silveira; KÜMPEL, Vitor Frederico; BORGARELLI, Bruno de Ávila (Orgs.). *Regularização fundiária urbana: estudos sobre a lei nº 13.465/2017*. São Paulo: YK, 2019, p. 121-122.

Tanto a autonomia funcional quanto o acesso independente são exigências que guardam perfeita razoabilidade e proporcionalidade com o espírito de autonomia que cerca o direito real de laje. As dissonâncias apontadas entre a Medida Provisória, a Lei e o Decreto devem, portanto, ser conjugadas dentro dos aspectos fáticos e funcionais da laje, persistindo, nesse sentido, as exigências apontadas, pois “não há maior representação de independência que não seja por meio do acesso independente”⁴⁸.

A laje é instituto com peculiaridades que permitem dizer que é tipicamente brasileiro, com formatação praticamente inédita, dentro do perfil geométrico de uma propriedade tridimensional. Há institutos análogos, mas que não se confundem com a laje, senão vejamos.

A superfície consiste no

[...] direito real de construir ou plantar em terreno alheio, por prazo determinado; a propriedade da construção ou da plantação pertencente, em caráter resolúvel, ao superficiário (propriedade superficiária) distinta da propriedade do solo⁴⁹.

O direito real de superfície é um instituto jurídico praticamente sem utilização no Brasil. Sua instituição representa uma forma de onerar a propriedade de um terreno com um direito real limitado⁵⁰.

Na Alemanha, o direito real de superfície (*Erbbaurecht*) teve ampla utilização nas

demandas por moradia das classes sociais menos favorecidas, possibilitando a redução de custos em decorrência da desnecessidade de compra de terrenos para construir⁵¹.

A sobrelevação é uma espécie de superfície em segundo grau, onde o solo pertence a uma pessoa, a superfície a outra pessoa e a sobrelevação a um terceiro. É, como adverte Mello⁵², a concessão de uma coisa que já é superficiária (concessão derivada de uma propriedade superficiária). Também não se confunde com a laje, novo direito cuja autonomia e extensão é mais ampla⁵³.

Apesar do direito de sobrelevação ser muito utilizado em países europeus (Itália, Espanha, Portugal, Suíça etc.), a realidade brasileira é diversa, não parecendo que esse modelo seja utilizado, nesses países, para solucionar o déficit habitacional, como ocorre no Brasil⁵⁴.

Por essa razão, não parece adequado simplesmente importar modelos jurídicos aplicados em outra realidade social, cuja eficácia interna será bastante duvidosa⁵⁵.

Outrossim, a laje não se confunde com o condomínio edilício, pois cria uma relação mais complexa e densa entre a propriedade exclusiva e a propriedade comum⁵⁶.

Por derradeiro, o condomínio urbano simples diz respeito à propriedade horizon-

48 ANDRADE, Eric Santos. *A tutela do direito de laje no Brasil: análise da regulação da lei federal nº 13.465/2017 à luz do direito fundamental social de moradia digna*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 259.

49 TEIXEIRA, José Guilherme Braga. *O direito real de superfície*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 57.

50 ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. O direito de superfície na Alemanha e o seu caráter social. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 7, jan./mar. 2016, p. 72 e 79.

51 *Ibidem*, p. 75.

52 MELLO, Cleyson de Moraes. *Direito de laje*. Rio de Janeiro: Processo, 2020, p. 76.

53 ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito Civil: direito das coisas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 393.

54 MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito civil: coisas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 393-394.

55 CORRÊA, Cláudia Franco. *Controvérsias entre o direito de moradia em favelas e o direito de propriedade imobiliária na cidade do Rio de Janeiro: “O direito de Laje” em questão*. Rio de Janeiro: Topbooks, 2012, p. 237.

56 FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direitos reais*. 16. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 687.

tal em casas e cômodos (art. 69 da Lei nº 13.465/2017). É a popular “casa dos fundos”, instituto que também não se equipara à laje.



Fonte: www.lajescarioca.com.br

4 Perspectivas do direito real de laje

Tinha razão Eça de Queirós⁵⁷ quando afirmou que “a eterna repetição das coisas é a eterna repetição dos males”. Se admitirmos que a propriedade é uma mentalidade⁵⁸, perceberemos que a Lei de Regularização Fundiária só terá o condão de mudar o cenário dos aglomerados subnormais urbanos se houver um novo olhar sobre a questão subjacente à elaboração da norma. Em outras palavras, deve haver uma mentalidade prospectiva e otimista.

De toda sorte, o direito brasileiro já avançou bastante ao reconhecer e positivar uma questão que se encontrava jogada debaixo do tapete há mais de cem anos. A positivação da laje, por tudo o que se falou, é uma questão que, se bem trabalhada, poderá alterar o estado de coisas das favelas brasileiras.

Milton Santos foi emblemático ao afirmar que:

57 QUEIRÓS, Eça de. *A cidade e as serras*. São Paulo: Melhoramentos, 2012, p. 121.

58 GROSSI, Paolo. *História da propriedade e outros ensaios*. Trad. Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 31.

Até agora o espaço foi utilizado, em quase toda parte, como veículo do capital e instrumento da desigualdade social, mas uma função diametralmente oposta poderá ser-lhe encontrada. Acreditamos, aliás, ser impossível chegar a uma sociedade mais igualitária sem reformular a organização do seu espaço. [...] A mudança da estrutura espacial apresenta-se, pois, como um imperativo.

O objetivo a perseguir poderá ser resumido em duas grandes linhas de ação. Em primeiro lugar, será preciso dar a todos os homens o direito a um emprego e uma acessibilidade igual a todos os bens e serviços considerados essenciais. Em segundo lugar [...] precisa-se, igualmente, de uma política de ordenamento do espaço. Sua preocupação essencial deverá ser a eliminação das injunções que se criaram por meio de uma organização capitalista do espaço regional e urbano e que contribui para agravar ou perpetuar a separação dos homens em classes sociais⁵⁹.

É preciso, portanto, romper esse círculo vicioso. A ausência de ações públicas para reverter essa situação tornará letra morta a positivação do direito real de laje. O mesmo Estado que permitiu a criação da favela tem o dever de nela adentrar para transformá-la em uma cidade formal, extirpando dali todo estigma de segregação e a dominação de instituições paralelas, como as milícias e o tráfico de drogas.

Como observa Denis Lerrer Rosenfield:

[...] A tarefa estatal deveria consistir em fazer valer o direito de propriedade em seu sentido pleno nesses lugares em que as normas propriamente estatais não regem⁶⁰.

59 SANTOS, Milton. *Pensando o espaço do homem*. 5. ed. São Paulo: EDUSP, 2012, p. 74.

60 ROSENFELD, Denis Lerrer. *Reflexões sobre o direito à propriedade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 81.

Em locais onde o ordenamento estatal não tem eficácia, o direito real de laje não fará diferença, pois as regras urbanísticas, edificações e de posturas são, de fato, ditadas por esses grupos paralelos que regulam o acesso à moradia. Por esse motivo, a real finalidade da instalação das Unidades de Polícia Pacificadora nas comunidades não é erradicar, por completo, o tráfico de drogas (o que seria impossível), mas recuperar a área do domínio paralelo⁶¹.

No que concerne à eficácia da laje, algumas críticas foram apontadas quanto à exigência de regularidade formal da construção-base onde se edificou a laje. Em ponderação à Lei de Regularização Fundiária, Correia, Moura e Motta afirmam que:

A REURB viabilizou a constituição da laje somente sobre propriedades formais. Caso em que não havendo a propriedade formal, será impossível de reconhecer o direito de laje. Mais uma vez problemática das políticas de regularização fundiária no país, é crer que a moradia se resolve com a titulação de propriedade. A própria Constituição já deixa claro que não coaduna mais com esta visão. Condicionar a laje à pré-existência de uma propriedade é excluir do seu alcance seu próprio nascedouro (favelas e comunidades) marcado pela informalidade. [...] A REURB criou um “direito de laje dos ricos” onde somente quem tem a titulação do imóvel poderá instituir o direito real⁶².

No mesmo sentido, Austréia Magalhães Candido menciona que:

Mais uma vez, como fruto de nossa cultura política, os inúmeros conflitos relativos à crise habitacional foram julgados passíveis de resolução por meio de uma canetada, resultando na criação de institutos jurídicos desprovidos de conexão com a realidade.

O direito de laje representa esta visão limitada, uma vez que tem como pressuposto a regularidade da ocupação do edifício-base. Optou o legislador por uma regularização fundiária em sentido inverso, de cima para baixo, sem se atentar aos verdadeiros problemas que afetam a população das áreas que almejava alcançar⁶³.

Ainda, Cláudia Franco Corrêa aponta que:

[...] é justamente aí que reside a dificuldade de aplicabilidade do direito de laje da lei aos casos encontrados na realidade das favelas⁶⁴.

Não obstante a questão apontada pelos mencionados doutrinadores, parece que a mesma poderá ser superada por meio da aplicação do Enunciado nº 627 do CJF, o qual dispõe que: “O direito real de laje em terreno privado é passível de usucapião”.

A jurisprudência também já sinaliza reconhecer a possibilidade de usucapião da laje, tendo ocorrido, em 14 de julho de 2017, decisão pioneira nesse sentido no Juízo de

61 CASTRO, Paulo Rabello de. *Galo cantou: a conquista da propriedade pelos moradores do Cantagalo*. Rio de Janeiro: Record, 2011, p. 257.

62 CORREIA, Arícia Fernandes; MOURA, Emerson Affonso da Costa; MOTA, Mauricio Jorge Pereira. *Comentários à lei de regularização fundiária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 133.

63 CANDIDO, Austréia Magalhães. Direito real de laje: uma jabuticaba jurídica? In: MARCHI, Eduardo Cesar Silveira; KÜMPPEL, Vitor Frederico; BORGARELLI, Bruno de Ávila (Orgs.). *Regularização fundiária urbana: estudos sobre a lei nº 13.465/2017*. São Paulo: YK, 2019, p. 187-188.

64 CORRÊA, Cláudia Franco. Direito real de laje: controvérsias entre efetividade e legalidade. In: LEITE, Luís Felipe Tegen Cerqueira; MENCIO, Mariana (Orgs.). *Regularização fundiária urbana: desafios e perspectivas para aplicação da lei nº 13.465/2017*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2019, p. 310.

Direito da 26ª Vara Cível da Comarca de Recife/PE⁶⁵.

Considerando-se que em boa parte das favelas a construção-base se encontra irregular, melhor seria alterar o texto do Código Civil para regulamentar as situações de posse da laje, conforme sugestão de Marco Aurélio Bezerra de Melo e Cláudia Franco Corrêa⁶⁶.

Outra questão que poderia comprometer a eficácia social do direito real de laje é a determinação contida no artigo 1.510-B, do Código Civil:

Art. 1.510-B. É expressamente vedado ao titular da laje prejudicar com obras novas ou com falta de reparação a segurança, a linha arquitetônica ou o arranjo estético do edifício, observadas as posturas previstas em legislação local. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)

A respeito, Cláudia Franco Corrêa diz que o:

[...] dilema estaria no fato de a lei por menorizar formalidades inexistentes em favelas. Complexidades burocráticas que não ecoam em “comunidades”, como o exercício do direito de preferência quando o titular de uma laje quiser aliená-la. [...]

Ainda, merece destaque o disposto no art. 1.510-B do Código Civil, introduzido pela Lei nº 13.465 de 2017 no que se refere à vedação de que a nova edificação prejudique com obras novas

“a linha arquitetônica ou o arranjo estético do edifício”. Trata-se de vedação em descompasso com a realidade das comunidades nas quais o direito de laje é exercido na sua essência⁶⁷.

Discorda-se de tal opinião na medida em que o cumprimento da lei não pode representar um “dilema”. Ora, se o que se busca, com a Lei de Regularização Fundiária, é inserir a favela no âmbito da formalidade, reconhecendo que o local é uma cidade com movimento próprio, nada mais óbvio impor a adequação dela à lei.

Sem regras de posturas e outras exigências legais, o estado de coisas não irá se alterar. A favela continuará a ser uma “comunidade”, um mundo à parte, um local sem regras, onde prevalece a informalidade. Ao pensar dessa forma, o direito da laje será letra morta, prevalecendo apenas o fato da laje.

5 Considerações finais

A dinâmica da urbanização brasileira ocorreu de maneira desordenada, onde o crescimento da população foi inversamente proporcional ao acesso à moradia digna. Criou-se, dessa forma, um quadro perverso de exclusão social que culminou no surgimento das favelas.

Essas comunidades, totalmente precárias e despidas de políticas públicas adequadas, possuem ordens jurídicas paralelas a fim atender a demandas que, via de regra, deveriam ser de competência estatal. Seus habitantes permanecem, assim, submetidos a poderes locais que suprem os de um Estado omissivo que não os alcança por completo, criando uma espécie de “meio cidadão”.

65 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. 26ª Vara Cível da Comarca de Recife. *Processos nº 0027691-84.2013.8.17.0001 e 0071376-44.2013.8.17.0001*. Juiz Rafael de Menezes, j. 14 jul. 2017. Recife, PE, 2017. Disponível em: [https://www.irib.org.br/app/webroot/files/downloads/files/Senten%C3%A7a-Usucapi%C3%A3o-Extraordin%C3%A1rio-Procedente-Direito-de-laje\(2\).pdf](https://www.irib.org.br/app/webroot/files/downloads/files/Senten%C3%A7a-Usucapi%C3%A3o-Extraordin%C3%A1rio-Procedente-Direito-de-laje(2).pdf). Acesso em: 10 set. 2021.

66 MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito civil: coisas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 394-395.

67 CORRÊA, Cláudia Franco. Direito real de laje: controvérsias entre efetividade e legalidade. In: LEITE, Luís Felipe Tegon Cerqueira; MENCIO, Mariana (Orgs.). *Regularização fundiária urbana: desafios e perspectivas para aplicação da lei nº 13.465/2017*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2019, p. 310-311.

Nesse sentido, vários arranjos são criados, dentro da informalidade, para suprir a questão do direito fundamental à moradia. Nas mazelas habitacionais urbanas, a lógica espacial demanda a verticalização de moradias. No asfalto, erguem-se prédios; no morro, constroem-se lajes.

Com o agravamento contínuo do processo de favelização, veio à tona a questão fundiária, como forma de resgate da dignidade de seus habitantes e, também, em atendimento aos preceitos legais e constitucionais que dispunham sobre políticas públicas voltadas à função social da propriedade e à função social da cidade.

Após um silêncio histórico de muitas décadas, a laje foi objeto de positivação no final do ano de 2016, decorrendo disso questões ligadas à adequação e à efetividade da norma em face da realidade social dos aglomerados subnormais.

A laje, na forma como foi regulada, não encontra precedentes em outros países e, nesse sentido, é uma realidade tipicamente brasileira, com características próprias que não permitem analogia com o direito alienígena.

Tudo indica que o direito real de laje é um instituto prospectivo. A matéria de fundo, que culminou na normatização da laje, é secular e sua informalidade é praticamente cultural, razão pela qual não é possível imaginar que em um curto espaço haja uma solução para a questão fundiária das favelas.

É preciso, porém, mudar a mentalidade e abandonar o pessimismo quanto ao tema, afastando os receios e encarando os fatos com coragem. As cidades nunca serão perfeitas porque constituem, em última análise, um retrato social de seus habitantes, que não são perfeitos. Apesar disso, cumpre a tarefa de sempre buscar melhorá-las.

Deveras, a favela é um problema que não se restringe ao seu âmbito territorial e aos seus habitantes. É um problema de toda a sociedade, a qual deverá ser protagonista desse assunto, pois, do contrário, pagará um preço caro se as coisas permanecerem inalteradas.

Quanto à normatização da laje, apesar de haver várias críticas relacionadas à opção do legislador em priorizar a titulação da posse e não o acesso à moradia digna, essa parece ter sido uma escolha acertada. Nos países que garantem o acesso à propriedade aos seus cidadãos impera o verdadeiro espírito do Estado de Direito e a sociedade apresenta crescimento econômico e padrão de vida digno aos seus habitantes.

Por conseguinte, a regularização fundiária das favelas possibilitará que a precariedade da posse, que constitui um capital morto, seja substituída pela propriedade, dando visibilidade ao que era invisível, de modo a eliminar a dicotomia histórica entre morro e asfalto.

Referências

- AMARANTE, Fernanda Machado. O pluralismo jurídico e o direito de laje. *Revista Direito UNIFACS*, n. 148, out. 2012. Disponível em: <http://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2334>. Acesso em: 10 set. 2021.
- ANDRADE, Eric Santos. *A tutela do direito de laje no Brasil: análise da regulação da lei federal nº 13.465/2017 à luz do direito fundamental social de moradia digna*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.
- BANDEIRA, Manuel. *Libertinagem*. 2. ed. São Paulo: Global, 2013.
- BRASIL. Ministério das Cidades. *Exposição de Motivos nº 00020/2016*. Brasília, DF, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Exm/Exm-MP%20759-16.pdf. Acesso em: 10 set. 2021.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. 26ª Vara Cível da Comarca de Recife. *Processos nº 0027691-84.2013.8.17.0001 e 0071376-44.2013.8.17.0001*. Juiz Rafael de Menezes, j. 14 jul. 2017. Recife, PE, 2017. Disponível em: [https://www.irib.org.br/app/webroot/files/downloads/files/Senten%C3%A7a-Usucapi%C3%A3o-Extraordin%C3%A1rio-Procedente-Direito-de-laje\(2\).pdf](https://www.irib.org.br/app/webroot/files/downloads/files/Senten%C3%A7a-Usucapi%C3%A3o-Extraordin%C3%A1rio-Procedente-Direito-de-laje(2).pdf). Acesso em: 10 set. 2021.
- CANDIDO, Austréia Magalhães. Direito real de laje: uma jabuticaba jurídica? In: MARCHI, Eduardo Cesar Silveira; KÜMPEL, Vitor Frederico; BORGARELLI, Bruno de Ávila (Orgs.). *Regularização fundiária urbana: estudos sobre a lei nº 13.465/2017*. São Paulo: YK, 2019, p. 175-190.
- CASTRO, Paulo Rabello de. *Galo cantou: a conquista da propriedade pelos moradores do Cantagalo*. Rio de Janeiro: Record, 2011.
- CORRÊA, Cláudia Franco. *Controvérsias entre o direito de moradia em favelas e o direito de propriedade imobiliária na cidade do Rio de Janeiro: "O direito de Laje" em questão*. Rio de Janeiro: Topbooks, 2012.
- CORRÊA, Cláudia Franco. Direito real de laje: controvérsias entre efetividade e legalidade. In: LEITE, Luís Felipe Tegon Cerqueira; MENCIO, Mariana (Orgs.). *Regularização fundiária urbana: desafios e perspectivas para aplicação da lei nº 13.465/2017*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2019, p. 297-316.
- CORRÊA, Cláudia Franco. Instrumentos de regularização fundiária nas favelas. In: AZEVEDO, Flávio de Oliveira; MELO, Marco Aurélio Bezerra de (Orgs.). *Direito imobiliário: estudos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 630-646.
- CORREIA, Arícia Fernandes; MOURA, Emerson Affonso da Costa; MOTA, Mauricio Jorge Pereira. *Comentários à lei de regularização fundiária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- COUTO, Marcelo de Rezende Campos Marinho. *Direito de laje* (Série Cadernos IRIB). São Paulo: IRIB, 2020.
- FARIAS, Cristiano Chaves; EL DEBS, Martha; DIAS, Wagner Inácio. *Direito de laje: do puxadinho à digna moradia*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.
- FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direitos reais*. 16. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.
- FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.
- FERRAZ, Patrícia André de Camargo. *Direito de laje: teoria e prática – nos termos da lei 13.465/17*. São Paulo: Quartier Latin, 2018.
- GROSSI, Paolo. *História da propriedade e outros ensaios*. Trad. Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- IBGE. *Projeção da população do Brasil e das Unidades da Federação*. Rio de Janeiro, 2021. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/index.html>. Acesso em: 10 set. 2021.
- KONZEN, Lucas Pizzolatto. Boas aventuras na Pasárgada: do pluralismo jurídico ou alternativas para uma ciência do direito pós-moderna? *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 5, 2006, p. 169-184. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/prisma/article/view/608>. Acesso em: 10 set. 2021.
- LAGO, Ivan Jacopeti do. Direito real de laje. In: *36º Encontro Regional dos Oficiais de Registro de Imóveis*. São Paulo, SP, 2017. Disponível em: <https://www.irib.org.br/biblioteca/central-de-palestras/direito-real-de-laje-36-encontro>. Acesso em: 10 set. 2021.

LIMA, Marcio Kammer de. *Usucapião coletivo e desapropriação judicial: instrumentos de atuação da função social da propriedade*. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

LIRA, Ricardo César Pereira. O novo código civil, estatuto da cidade, direito de superfície. *Anais do EMERJ*. Rio de Janeiro, 2002, p. 145-157. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/anais_onovocodigocivil/anais_especial_2/Anais_Parte_II_revistaemerj_145.pdf. Acesso em: 10 set. 2021.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: coisas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, v. 4.

MAGALHÃES, Alex Ferreira. *Sociologia do direito: o pluralismo jurídico em Boaventura de Sousa Santos*. Rio de Janeiro: UFRJ, 2013.

MARCHI, Eduardo Cesar Silveira. *Direito de laje: da admissão ampla da propriedade superficiária no Brasil*. São Paulo: YK, 2018.

MARCHI, Eduardo Cesar Silveira. O novo direito de laje entendido como propriedade superficiária. In: MARCHI, Eduardo Cesar Silveira; KÜMPEL, Vitor Frederico; BORGARELLI, Bruno de Ávila (Orgs.). *Regularização fundiária urbana: estudos sobre a lei nº 13.465/2017*. São Paulo: YK, 2019, p. 111-173.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito civil: coisas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MELLO, Cleyson de Moraes. *Direito de laje*. Rio de Janeiro: Processo, 2020.

OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. *Direito real de laje à luz da Lei nº 13.465, de 2017: nova lei, nova hermenêutica*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa do Senado, jul. 2017 (Texto para Discussão nº 238). Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td238/view>. Acesso em: 10 dez. 2021.

QUEIRÓS, Eça de. *A cidade e as serras*. São Paulo: Melhoramentos, 2012.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

ROSENFELD, Danis Lerrer. *Reflexões sobre o direito à propriedade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada. In: SOUTO, Cláudio; FALCÃO, Joaquim (Orgs.). *Sociologia e direito: textos básicos para a disciplina da sociologia jurídica*. 2. ed. São Paulo: Pioneira, 2002, p. 87-95.

SANTOS, Boaventura de Sousa. O direito dos oprimidos: a construção e reprodução do direito em Pasárgada. In: MENESES, Maria Paula; NUNES, João Arriscado; AÑÓN, Carlos Lema Añón; BONET, Antoni Aguiló; GOMES, Nilma Lino Gomes (Orgs.). *Construindo as epistemologias do sul: Antologia essencial: Volume II: Para um pensamento alternativo de alternativas*. Buenos Aires: CLACSO, 2019, p. 33-58. Disponível em: www.jstor.org/stable/j.ctvt6rkm6.6. Acesso em: 10 set. 2021.

SANTOS, Milton. *Pensando o espaço do homem*. 5. ed. São Paulo: EDUSP, 2012.

SOTO, Hernando de. *O mistério do capital*. Trad. Zaida Maldonado. Rio de Janeiro: Record, 2001.

TEIXEIRA, José Guilherme Braga. *O direito real de superfície*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

WALZER, Michael. *Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito Civil: direito das coisas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. O direito de superfície na Alemanha e o seu caráter social. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 7, jan./mar. 2016, p. 61-81.

Previdência social em tempos de crise: impactos da pandemia da Covid-19 no INSS



Eduardo França do Monte Silva

Especializando em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ. Técnico do Seguro Social no Instituto Nacional do Seguro Social - INSS.

RESUMO: O objetivo do presente trabalho é analisar as consequências da crise econômica agravada pela pandemia da Covid-19 na previdência social brasileira. Para tanto, será estudada a relação entre a proteção previdenciária e o aumento do desemprego e do trabalho informal, especialmente no que tange às atividades executadas por meio de plataformas digitais. Por fim, serão apresentados dados estatísticos quanto à produtividade do INSS durante o período pandêmico.

PALAVRAS-CHAVE: Previdência. INSS. Crise. Pandemia. Covid-19.

ABSTRACT: The objective of this paper is to analyze the consequences of the economic crisis accentuated by the Covid-19 pandemic in the Brazilian Social Security. Therefore, it will study the relationship between the increase of unemployment and informal work rates, especially the digital labour platforms, and the social protection. Finally, it will present statistics relating to the productivity of INSS during the pandemic.

KEYWORDS: Social Security. INSS. Crisis. Pandemic. Covid-19.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A crise atual e a proteção previdenciária. 3 A pandemia da Covid-19 e os direitos sociais. 3.1 Uberização. 3.2 INSS digital: a vacina contra a paralisação em tempos de isolamento social. 4 Considerações finais. Referências.

1 Introdução

A previdência social moderna surgiu na Europa, ao final do século XIX, como resultado das consequências nefastas ocasionadas pela Revolução Industrial. Em outras palavras, o sistema securitário foi inaugurado em um contexto de crise. Mas isso não significa que se tratava de uma crise econômica, pois os países que foram pioneiros nesta área estavam com suas economias em franca expansão. Na verdade, a necessidade de proteção dos trabalhadores surgiu como resultado do desumano empobrecimento da recém-criada classe operária.

Ao longo de sua trajetória, a previdência social atravessou várias situações críticas que forçaram a sociedade a refletir sobre a real importância do sistema securitário para a manutenção do bem-estar social. Porém, enquanto a quebra da bolsa de Nova Iorque (1929) e a Segunda Guerra Mundial (1939-1945) criaram um ambiente propício ao fortalecimento dos direitos previdenciários e assistenciais como políticas públicas, a crise do petróleo durante a década de 1970 fomentou as teses neoliberais, que pregam a privatização da seguridade social.

Em relação ao Brasil, as recorrentes crises econômicas ocasionaram sucessivas reformas da previdência com o intuito de conter os gastos públicos. Se, por um lado, essas medidas tentam reduzir as despesas com o pagamento de benefícios; por outro, os altos índices de desemprego e de informalidade diminuem as contribuições previdenciárias, dificultando o equilíbrio financeiro do sistema.

Some-se a isso o fato de que a universalização de tecnologias, como os aparelhos celulares e a internet, possibilitou o surgimento de novas formas de trabalho, à semelhança das atividades executadas por meio de plataformas digitais. Essas modalidades de prestação de serviço, embora sejam uma saída para aqueles que estão sem nenhuma renda, estão longe de ser uma solução definitiva para

a já degradada classe trabalhadora, que tem reduzida a sua proteção previdenciária.

Como se não bastasse, a pandemia do novo coronavírus agravou todos os problemas já mencionados, acarretando o fechamento de várias empresas e inviabilizando a atividade de muitos autônomos. Em meio a esse cenário caótico, o papel do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) tem-se tornado cada vez mais relevante como forma de manutenção da renda, o que será exposto no decorrer deste artigo.

2 A crise atual e a proteção previdenciária

A revolução tecnológica, com a popularização dos computadores, dos *smartphones* e da própria internet, e o agravamento da crise econômica, que surpreendentemente se transformou em uma crise sanitária em decorrência da pandemia da Covid-19, têm causado modificações drásticas nas relações trabalhistas e previdenciárias. Infelizmente para pior.

Oficialmente, a economia brasileira se encontra em recessão desde o segundo trimestre de 2014¹. A desaceleração da economia combinada com o aumento do desemprego, a greve dos servidores do INSS e a massificação midiática sobre a reforma da previdência levaram o sistema securitário à beira de um colapso. Essa atmosfera desanimadora conduziu os cidadãos a uma busca desesperada por uma fonte de renda, em particular oriunda de um benefício previdenciário.

A taxa de desocupação cresceu vertiginosamente desde o início da crise econômica no Brasil. Enquanto o ano de 2014 se

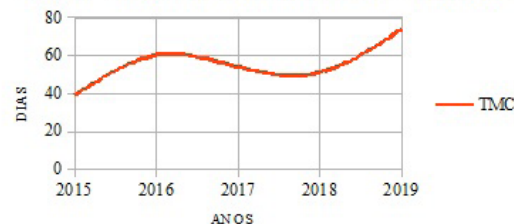
¹ BARBOSA FILHO, Fernando de Holanda. A crise econômica de 2014/2017. *Estudos Avançados*, [S. l.], v. 31, n. 89, p. 51-60, 2017. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/eav/article/view/132416>. Acesso em: 20 set. 2021.

encerrou com um índice na faixa de 6,5%, o contínuo aumento do número de pessoas sem trabalho levou a um pico do percentual no primeiro trimestre de 2017, chegando a 13,7%, e, após diversas oscilações nos anos seguintes, voltou a subir durante a pandemia do novo coronavírus, fechando o segundo trimestre de 2021 em 14,1%, o que corresponde a 14,4 milhões de pessoas². Evidentemente que, além do fato de estarem desprovidas de renda, estas pessoas, em sua grande maioria, deixam de contribuir para o regime geral de previdência social e, por conseguinte, ficam descobertas após o término do período de graça (interregno no qual um indivíduo mantém a qualidade de segurado independentemente de contribuição).

Além disso, também importa destacar a morosidade na concessão de benefícios previdenciários. Marco dessa situação foi a greve deflagrada pelos servidores do INSS em 07/07/2015, que teve duração de aproximadamente 80 dias, e resultou em 15 milhões de pessoas sem atendimento, de acordo com dados do sindicato da categoria³. O impacto pôde ser sentido nas estatísticas, com o aumento do tempo médio de concessão (TMC) do total de benefícios administrados pelo Regime Geral de Previdência Social (RGPS), representado no gráfico a seguir, baseado no Relatório de Gestão da Autarquia⁴.

Gráfico – Evolução do Tempo Médio de Concessão (TMC)

Gráfico 1 - Evolução do Tempo Médio de Concessão (TMC)



Fonte: INSS (2020)

Como se pode inferir do gráfico acima, houve um aumento significativo do TMC de 2015 para 2016. Esse índice, que mede o tempo de espera para processos com despacho favorável, representa o número de dias que o cidadão deve aguardar para ter seu benefício previdenciário concedido. Em 2015, o TMC era de 39 dias, e já em 2016 passou para 60 dias. É oportuno lembrar que o INSS tem o prazo de apenas 45 dias para efetuar o primeiro pagamento do benefício, contado a partir da apresentação dos documentos necessários por parte do requerente, nos termos do artigo 41-A, § 5º, da Lei nº 8.213/1991. A demora na prestação do serviço também viola o princípio da eficiência da Administração Pública, estampado no artigo 37 da Constituição Federal de 1988.

Impende ressaltar que as causas para a morosidade na análise dos processos administrativos previdenciários não são exclusivamente externas. Existem fatores institucionais que justificam essa situação, como a defasagem do quantitativo de pessoal. Em julho de 2019, no quadro de servidores do Instituto, havia mais de 19.000 cargos de técnicos e de analistas do Seguro Social vagos, e aproximadamente 4.721 servidores aposentáveis, ou seja, com todos os requisitos preenchidos para a jubilação⁵. A falta de concursos públi-

2 BARROS, Alerrandre. Desemprego recua para 14,1% no 2º tri, mas ainda atinge 14,4 milhões de pessoas. *Agência IBGE Notícias – Estatísticas sociais*, Rio de Janeiro, 31 ago. 2021. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/31480-desemprego-recua-para-14-1-no-2-tri-mas-ainda-atinge-14-4-milhoes-de-pessoas>. Acesso em: 17 set. 2021.

3 GREVE do INSS é encerrada na maior parte do país. *G1 Economia*, São Paulo, 25 set. 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/economia/noticia/2015/09/greve-do-inss-e-encerrada-na-maior-parte-do-pais.html>. Acesso em: 20 set. 2021.

4 INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL. *Relatório de gestão 2019*. Brasília: INSS, 2020.

5 MPF pede que INSS tenha quadro de servidores re-

cos para suprir esta demanda evidentemente torna a entidade desprovida de recursos humanos para atender a sociedade a contento.

Ademais, entre 2017 e 2019, a intensificação dos debates quanto às mudanças das regras para a aposentadoria provocou uma verdadeira corrida às agências da previdência social, já abarrotadas de processos pendentes de decisão.

De fato, os trâmites culminaram na mais recente reforma da previdência, materializada na Emenda Constitucional nº 103/2019, que trouxe uma profunda alteração na legislação previdenciária. Sob argumentos tanto demográficos (envelhecimento populacional, por exemplo) quanto financeiros (*deficit* orçamentário, por exemplo), a reforma foi aprovada pelo Congresso Nacional sem grandes dificuldades.

Neste ponto do trabalho, é conveniente tecer um breve comentário sobre as reformas da previdência durante a Constituição atual. Como muito bem sistematizado por Elyesley Silva do Nascimento, a primeira reforma, consubstanciada na Emenda Constitucional nº 20/1998, teve como principais alterações:

- a) a aposentadoria fundada no tempo de serviço passou a ser baseada no tempo de contribuição;
- b) passou-se a exigir tempo mínimo de exercício no serviço público e no cargo em que se deu a aposentadoria voluntária;
- c) retirada da expressão proventos integrais do texto constitucional;
- d) ocupantes exclusivamente de cargo em comissão e de cargo temporário passaram a ser beneficiários do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), e não do RPPS⁶.

composto imediatamente. *Notícias MPF*, Brasília, 01 ago. 2019. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/df/sala-de-imprensa/noticias-df/mpf-pede-que-inss-tenha-quadro-de-servidores-recomposto-imediatamente>. Acesso em: 20 set. 2021.

6 NASCIMENTO, Elyesley Silva do. *Lei nº 8.112/90*: esta-

Urge acrescentar também a criação do fator previdenciário pela Lei nº 9.876/1999, como decorrência direta dessa primeira etapa reformista, o qual, na prática, acabava sendo um redutor da renda das aposentadorias por tempo de contribuição. No que tange à segunda reforma, implementada por meio da Emenda Constitucional nº 41/2003, a qual abrangeu o regime próprio dos servidores públicos, o mesmo autor elencou como modificações de maior relevância:

- a) extinção da aposentadoria voluntária com proventos integrais;
- b) menção expressa ao caráter solidário do regime de previdência;
- c) inativos e pensionistas passaram a contribuir para o sistema;
- d) fim da paridade entre ativos e inativos;
- e) pensões que ultrapassarem determinado limite passam a sofrer um redutor;
- f) criação do regime de previdência complementar; e
- g) instituição do abono de permanência⁷.

No que diz respeito à última etapa da reforma previdenciária, pode-se afirmar que foi uma das mais profundas por ter sido tanto paramétrica quanto estrutural. A Emenda Constitucional nº 103/2019 logrou implantar alterações que há muito se tentava fazer, mas sem sucesso. Na realidade, questões como a da idade mínima obrigatória para a aposentação eram já debatidas por décadas. As inovações mais significativas foram:

- a) revogação da aposentadoria por tempo de contribuição e da aposentadoria por idade, sendo ambas substituídas pela aposentadoria programada, exceto nos casos do trabalhador rural e do garimpeiro, e da pessoa com deficiência;

- b) contribuições previdenciárias in-

tuto dos servidores públicos federais. Niterói, RJ: Impetus, 2014, p. 259-260.

7 *Ibidem*, p. 260.

feriores ao salário mínimo não poderão ser consideradas para quaisquer fins, sendo passíveis de complementação, de utilização ou de agrupamento;

c) redução do valor do benefício menos vantajoso no caso de acumulação de benefícios, a depender do caso;

d) valor da pensão por morte proporcional ao número de dependentes;

e) alteração das alíquotas contributivas, de modo que aqueles que têm menores salários contribuirão com um percentual menor, e os que têm maiores salário contribuirão com um percentual maior;

f) a aplicação do fator previdenciário ficou restrita às aposentadorias da pessoa com deficiência;

g) o mais complexo conjunto de regras de transição, a fim de proteger a expectativa de direito de quem já contribuía antes da Reforma.

Não obstante o alvo do neoliberalismo ser a privatização da previdência social sob o regime de capitalização⁸, conforme defendido no Consenso de Washington (1989), as reformas acima mencionadas não seguiram este viés. Ao contrário de outros países latino-americanos, tais como Argentina, Equador, Bolívia, Venezuela, Nicarágua, Colômbia, Chile, Peru, Uruguai, México, El Salvador, Costa Rica, República Dominicana e Panamá⁹, a seguridade social brasileira permanece pública e

financiada por meio do regime de repartição simples¹⁰, tendo a previdência privada caráter meramente complementar. No entanto, a privatização securitária ainda permanece na agenda de diversos políticos e de especialistas de renome, como forma de estancar a sangria orçamentária.

3 A pandemia da Covid-19 e os direitos sociais

Em dezembro de 2019, apareceram os primeiros casos de uma enfermidade até então desconhecida na cidade chinesa de Wuhan. A doença, que logo revelou ser uma nova variação do coronavírus, recebeu o nome de Covid-19, e se espalhou por diversos países em poucos meses. Em 11/03/2020, a Organização Mundial de Saúde (OMS) declarou oficialmente o estado de pandemia, e diversas medidas passaram a ser recomendadas enquanto a comunidade científica se debruçava na busca por uma vacina¹¹.

As medidas mais drásticas e impactantes na sociedade foram as de distanciamento e de isolamento social. Vários países determinaram o fechamento de fábricas, de comércios, de escolas e de todos os estabelecimentos onde pudesse ocorrer aglomeração de pessoas, salvo

8 O regime de capitalização, ou de pré-financiamento, é aquele através do qual cada segurado é responsável pelo custeio do seu próprio benefício. Para tanto, deverá formar, ao longo do período contributivo, uma reserva constituída por seus aportes e pelos respectivos rendimentos, de modo semelhante a uma caderneta de poupança.

9 MARCHESAN, Ricardo. Capitalização falhou em 60% dos países que mudaram Previdência, diz estudo. *UOL Economia*, São Paulo, 28 maio 2019. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2019/05/28/reforma-previdencia-capitalizacao-estudo-oit.htm>. Acesso em: 20 set. 2021.

10 O regime de repartição simples, ou orçamentário, pressupõe a formação de um pacto intergeracional, já que os benefícios dos inativos (geração passada) são pagos pelas contribuições dos segurados na ativa (geração presente), os quais, por seu turno, terão seus benefícios pagos por aqueles que posteriormente ingressarem no plano (geração futura). Nesse regime, não há formação de reservas, portanto.

11 RUFATO, Andrea Velasco; LIMA NETA, Avelina Alves. Pandemia de Covid-19: quais as medidas econômicas e de proteção social adotadas no mundo? In: MINISTÉRIO DA ECONOMIA. *Informe de Previdência Social*, Brasília, DF, v. 32, n. 3, mar. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/noticias-e-conteudo/publicacoes-previdencia/publicacoes-sobre-previdencia-social/informes/arquivos/informe-de-previdencia-marco-de-2020.pdf>. Acesso em: 17 set. 2021.

os serviços considerados essenciais. Consequentemente, milhões de empresas enfrentaram alto risco de falência, houve redução de empregos e a renda dos trabalhadores informais foi reduzida bruscamente¹².

3.1 Uberização

O desemprego em alta tem forçado muitas pessoas a aderirem ao trabalho informal. Segundo dados do IBGE, a taxa de informalidade no Brasil subiu para 40,6% da população ocupada no segundo trimestre de 2021¹³. Grande parte desse quantitativo é representada pelos motoristas de aplicativo, tendência que já vinha se firmando mesmo antes da pandemia, porém se intensificou durante a quarentena.

De acordo com a Organização Internacional do Trabalho (OIT), cerca de 1,6 milhão de trabalhadores informais foram afetados pelo distanciamento social em todo o mundo, sendo que, logo no primeiro mês da crise, tiveram a renda reduzida em 60%, configurando quadro ainda pior na África e na América Latina, onde a perda média chegou a 81%. A expectativa é de um acréscimo de 34% da taxa de pobreza relativa para essa categoria em países de renda média-alta, como é o caso do Brasil¹⁴.

¹² *Ibidem*.

¹³ PNAD contínua trimestral: desocupação recua em quatro das 27 UFs no segundo trimestre de 2021. *Agência IBGE Notícias - Estatísticas econômicas*, Rio de Janeiro, 31 ago. 2021. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/31486-pnad-continua-trimestral-de-socupacao-recua-em-quatro-das-27-ufs-no-2-trimestre-de-2021>. Acesso em: 17 set. 2021.

¹⁴ INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION – ILO. ILO Monitor: Covid-19 and the world of work. Third edition. Updated estimates and analysis. Geneva: ILO, 2020. *Apud* ISAAC SILVA, Pedro Henrique. O mundo do trabalho e a pandemia de Covid-19: um olhar sobre o setor informal. *Caderno de Administração*, v. 28, p. 66-70, 05 jun. 2020. Disponível em: <https://periodicos.uem.br/ojs/index.php/CadAdm/article/view/53586/751375150138>. Acesso em: 20 set. 2021.

Dentro desse grupo, se encontram os milhares de motoristas, de motociclistas e de ciclistas que, durante toda a pandemia, foram verdadeiras pontes que ligavam os diversos estabelecimentos, especialmente restaurantes, aos seus consumidores finais. Arriscaram diariamente suas vidas para que a maior parte da sociedade não se expusesse ao risco. Em que pese esta nobre função desempenhada em tempos de calamidade pública, a remuneração estava longe de ser minimamente satisfatória.

A uberização retrata bem o quanto as relações de trabalho estão mudando. O tema é controvertido na jurisprudência trabalhista, havendo alguns julgados reconhecendo o vínculo empregatício com as empresas-plataforma, e outros no sentido contrário.

Apenas a título de exemplo, em sua primeira análise sobre o assunto, a Quinta Turma do Tribunal Superior do Trabalho (TST) entendeu que não estaria configurada a relação de emprego, visto que o trabalhador poderia permanecer *off-line* quando assim desejasse, tendo total flexibilidade quanto aos horários de trabalho, além do fato de o motorista receber de 75% a 80% do valor pago pelo usuário, o que caracteriza uma parceria¹⁵.

Em contrapartida, na Terceira Turma da mesma Corte, em julgamento suspenso para vista, dos três ministros, dois (Maurício Godinho Delgado e Alberto Bresciani) já votaram a favor do vínculo empregatício com a Uber (RR – 100353-02.2017.5.01.0066). Dentre os argumentos utilizados pelos julgadores, destacam-se a permanente fiscalização do condutor por meio do algoritmo e o controle em tempo real por parte dos próprios clientes (subordinação sofisticada)¹⁶.

¹⁵ TST, Quinta Turma, RR 1000123-89.2017.5.02.0038, Relator Ministro Breno Medeiros, DJE 07/02/2020.

¹⁶ TST: Maioria da 3ª turma vê vínculo entre motorista e aplicativo. *Migalhas*, 15 dez. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/356651/tst-maioria-da-3-turma-ve-vinculo-entre-motorista-e-aplicativo>. Acesso em: 16 jan. 2022.

Sob o prisma do Direito Comparado, podem ser citados diversos julgados equiparando os obreiros por aplicativo aos empregados em geral, ou, pelo menos, garantindo-lhes os principais direitos trabalhistas. Neste diapasão, já se manifestaram alguns Tribunais na França, em Genebra, no Reino Unido, na Holanda e nos Estados Unidos¹⁷.

De fato, enquanto não houver uma regulamentação legal para essa nova modalidade de labor, o tema ficará a critério das convicções ideológicas de cada magistrado, em nítida afronta ao princípio da segurança jurídica. Aliás, é oportuno registrar que já está em tramitação na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 4.172/2020, que dispõe sobre a criação de um novo contrato de trabalho em plataformas digitais de transporte individual privado ou de entrega de mercadorias¹⁸.

Se ainda não há regulamentação trabalhista para o caso, o mesmo não se pode dizer no âmbito previdenciário. O Decreto nº 9.792/2019 estabelece que o motorista de transporte privado de passageiro pertence à categoria de contribuinte individual (autônomo), podendo inclusive se inscrever como microempreendedor individual (MEI), se for o caso. Vale destacar que o MEI tem alíquota de contribuição previdenciária de apenas 5% sobre o salário mínimo, muito mais acessível do que a normal de 20%. Essa informação deveria ser melhor divulgada para que a proteção previdenciária fosse estendida a todos os trabalhadores, atenuando, assim, os efeitos dramáticos que a precarização do trabalho tem ocasionado.

17 CARNEIRO, Juliana Dias; NEVES, Nathalia Caroline Fritz. O fenômeno da “uberização” das relações de emprego: análise de Direito Comparado. *Consultor Jurídico*, 29 out. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-29/opinio-fenomeno-uberizacao-re-lacoes-emprego>. Acesso em: 16 jan. 2022.

18 BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 4.172/2020*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2259942>. Acesso em: 23 jan. 2022.

Nessa linha, em uma pesquisa encomendada pela Uber ao Instituto Datafolha, motoristas e entregadores de aplicativos localizados em todas as regiões do país foram entrevistados sobre temas como flexibilidade de trabalho, autonomia e previdência social no período entre 13/08/2021 e 20/09/2021¹⁹.

De acordo com os dados coletados, 60% dos entrevistados são responsáveis financeiramente pela manutenção do cônjuge, e 63% possuem filhos. Entre as maiores preocupações de médio e de longo prazo indicadas, podem ser listadas: perda da renda em caso de doença (71%); perda da renda em virtude de acidente (65%); desamparo da família após o seu falecimento (50%); receio de nunca conseguir uma aposentadoria (41%); e falta de renda quando não puderem mais dirigir ou entregar por conta da idade avançada (39%). Note-se que todos esses temores se tratam, na verdade, de contingências ou de riscos sociais abrangidos por alguma espécie de benefício previdenciário (aposentadoria, pensão por morte ou auxílio por incapacidade temporária, por exemplo).

No que diz respeito à cobertura previdenciária, aproximadamente 54% dos participantes da pesquisa declararam não contribuir para o INSS, dos quais 43% tampouco estão protegidos por um regime de previdência privada.

Ademais, a enquête também demonstrou que, conquanto 78% dos trabalhadores por aplicativo conheçam a categoria de microempreendedor individual, tão somente 16% declararam contribuir nesta modalidade. Dentre os principais motivos para a não inscrição como MEI, foram mencionados: variabilidade da remuneração mensal (24%); falta de interesse (19%); alto custo da contribuição (17%); e não sabem como se inscrever (15%).

19 DATAFOLHA. Futuro do trabalho: motoristas e entregadores. *Uber*, São Paulo, 15 dez. 2021. Disponível em: <https://uber.app.box.com/v/745271-datafolha>. Acesso em: 17 jan. 2022.

Inobstante o baixo índice de filiados à Previdência Social, 77% dos entrevistados concordaram que motoristas e entregadores deveriam contribuir para terem acesso aos benefícios securitários, sendo que 85% se mostraram mais dispostos a recolherem para o INSS caso as plataformas também contribuíssem com os mesmos valores. O ideal seria que essas empresas efetuassem os recolhimentos de forma compulsória e os descontassem direto na fonte.

As estatísticas apresentadas alhures reforçam a tese de que os motoristas e entregadores de plataforma constituem uma classe extremamente desprotegida do ponto de vista previdenciário. Os dados coletados trouxeram à baila o fato de a grande maioria deles conhecer a categoria de MEI e ainda assim não aderir a esse regime simplificado e repleto de vantagens, evidenciando uma incompreensão quanto a esse instituto. Cabe ao Poder Público promover ações de divulgação e de estímulo à formalização desses trabalhadores, que se encontram em um verdadeiro limbo protetivo, ou elaborar uma legislação que melhor se adeque a essas novas formas de trabalho.

3.2 INSS Digital: a vacina contra a paralisação em tempos de isolamento social

Em janeiro de 2017, a previdência social estava inaugurando uma nova fase em sua história. Iniciava-se, na gerência-executiva de Mossoró/RN, um projeto-piloto chamado de INSS Digital. Fundamentado na Lei nº 8.539/2015, a empreitada tinha como principal inovação o processo eletrônico, substituindo os autos de papel, o que gerou maior transparência, economia, agilidade, sustentabilidade e comodidade para o cidadão. A experiência foi tão bem-sucedida que se espalhou rapidamente por todo o país.

Como desdobramento dessa primeira etapa de transformação digital, foi implantado o teletrabalho em setembro de 2019, com a possibilidade de servidores do INSS trabalharem exclusivamente em casa. Tal medida somente foi possível com a utilização do pro-

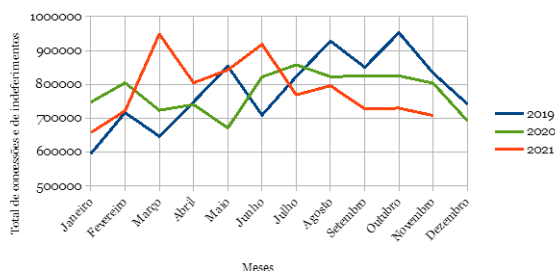
cesso eletrônico, que possibilita a realização de todos os atos de forma virtual. Isso provocou um aumento expressivo da produtividade individual, visto que o servidor em regime de teletrabalho tem uma meta mensal 30% superior à meta dos demais.

O fechamento de todas as unidades da previdência social em 23/03/2020, como medida de combate à pandemia do novo coronavírus, impossibilitou qualquer tipo de atendimento presencial. Mas, graças ao INSS Digital, e especialmente ao teletrabalho, os transtornos aos clientes puderam ser em parte minimizados.

Além dos servidores que já laboravam remotamente, muitos tiveram que aderir temporariamente ao programa em virtude do estado de calamidade pública. Essa situação gerou um aumento de profissionais dedicados exclusivamente à análise de benefícios e, ao contrário do que se poderia imaginar, não houve a suspensão da análise dos requerimentos, os quais continuaram a ser concedidos e indeferidos normalmente, conforme comprovam o gráfico e a tabela a seguir, elaborados com base nos boletins estatísticos da previdência social²⁰⁻²¹⁻²²:

- 20 SECRETARIA DE POLÍTICAS DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. *Boletim estatístico da previdência social*, Brasília, DF, v. 35, n. 12, dez. 2019. Disponível em: https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/acesso-a-informacao/dados-abertos/dados-abertos-previdencia/arquivos/beps122019_trab_final.pdf. Acesso em: 22 jan. 2022.
- 21 SECRETARIA DE POLÍTICAS DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. *Boletim estatístico da previdência social*, Brasília, DF, v. 25, n. 12, dez. 2020. Disponível em: https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/acesso-a-informacao/dados-abertos/dados-abertos-previdencia/arquivos/beps122020_final-1.pdf. Acesso em: 22 jan. 2022.
- 22 SECRETARIA DE POLÍTICAS DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. *Boletim estatístico da previdência social*, Brasília, DF, v. 26, n. 11, nov. 2021. Disponível em: https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/acesso-a-informacao/dados-abertos/dados-abertos-previdencia/previdencia-social-regime-geral-inss/arquivos/beps112021_final.pdf. Acesso em: 22 jan. 2022.

Gráfico – Quantidade mensal de benefícios concedidos e indeferidos pelo INSS



Fonte: Secretaria de Políticas de Previdência Social (2019, 2020 e 2021)

Tabela – Total de benefícios concluídos pelo INSS

Ano	Quantidade de benefícios (concedidos e indeferidos)
2019	9 391 559
2020	9 332 057
2021 (até novembro)	8 621 175

Fonte: Secretaria de Políticas de Previdência Social (2021)

Apesar das diversas vantagens indicadas, de fato, ainda não houve um incremento efetivo do número de benefícios concluídos (concedido e indeferidos) desde a implementação do regime de teletrabalho no INSS em 2019, consoante comprovam o gráfico e a tabela acima, mas, ao revés, verificou-se um declínio da produtividade global. Como possíveis causas deste fenômeno, podem-se mencionar o aumento de servidores que se aposentaram, notadamente por não se adaptarem ao *home office*, bem como o número de servidores que faleceram ou que gozaram licença médica em decorrência da pandemia do novo coronavírus. Contudo, essas especulações demandariam uma pesquisa específica, o que fugiria ao escopo do presente artigo.

4 Considerações finais

É inegável que as crises fazem parte da trajetória humana, tanto no âmbito individual quanto no coletivo. E elas são a própria razão de existir da previdência. Enfermidades, acidentes, desempregos, mortes e outros riscos sociais podem acontecer a qualquer momento na vida de uma pessoa. Portanto, é indispensável que ela esteja devidamente amparada de modo que, uma vez ocorrendo o infortúnio, ela não seja reduzida à miséria juntamente com a sua família.

Durante todo o período de pandemia, um imenso número de pessoas adoeceram, faleceram ou perderam seus empregos, e, se não fossem as prestações pagas pelo Poder Público através do auxílio por incapacidade temporária, da pensão por morte, do seguro-desemprego, da aposentadoria ou mesmo do benefício emergencial, milhões de brasileiros já estariam abaixo da linha da pobreza. O caráter humanitário dos direitos previdenciários e assistenciais mais uma vez se evidenciou.

O discurso neoliberal de privatização da previdência social não deve prevalecer, pois a experiência fracassou na maioria dos países latino-americanos que o adotaram. É necessário consolidar uma previdência social pública, forte e atuarialmente equilibrada, capaz de prover rendimentos dignos a quem dela dependa e, ao mesmo tempo, ser financeiramente sustentável.

Para isso, deve-se promover o aumento da arrecadação do RGPS através da disseminação do conhecimento previdenciário, além da criação de alíquotas mais acessíveis para as pessoas de baixa renda e do combate à sonegação fiscal. Embora imprevisíveis, as crises não impedem a adoção de estratégias a fim de reduzir a suas consequências, garantindo-se um mínimo de segurança nos momentos mais críticos da vida.

Referências

BARBOSA FILHO, Fernando de Holanda. A crise econômica de 2014/2017. *Estudos Avançados*, [S. l.], v. 31, n. 89, p. 51-60, 2017. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/eav/article/view/132416>. Acesso em: 20 set. 2021.

BARROS, Alerrandre. Desemprego recua para 14,1% no 2º tri, mas ainda atinge 14,4 milhões de pessoas. *Agência IBGE Notícias – Estatísticas sociais*, Rio de Janeiro, 31 ago. 2021. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/31480-desemprego-recua-para-14-1-no-2-tri-mas-ainda-atinge-14-4-milhoes-de-pessoas>. Acesso em: 17 set. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 4.172/2020*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2259942>. Acesso em: 23 jan. 2022.

CARNEIRO, Juliana Dias; NEVES, Nathalia Caroline Fritz. O fenômeno da “uberização” das relações de emprego: análise de Direito Comparado. *Consultor Jurídico*, 29 out. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-29/opinio-fenomeno-uberizacao-relacoes-emprego>. Acesso em: 16 jan. 2022.

DATAFOLHA. Futuro do trabalho: motoristas e entregadores. *Uber*, São Paulo, 15 dez. 2021. Disponível em: <https://uber.app.box.com/v/745271-datafolha>. Acesso em: 17 jan. 2022.

FAGNANI, Eduardo. Previdência social e desenvolvimento econômico. *Texto para Discussão*, Instituto de Economia da Unicamp, Campinas, n. 140, 2008. Disponível em: <https://www.eco.unicamp.br/images/arquivos/artigos/1770/textos140.pdf>. Acesso em: 20 set. 2021.

GREVE do INSS é encerrada na maior parte do país. *G1 Economia*, São Paulo, 25 set. 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/economia/noticia/2015/09/greve-do-inss-e-encerrada-na-maior-parte-do-pais.html>. Acesso em: 20 set. 2021.

INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL. *Relatório de gestão 2019*. Brasília: INSS, 2020.

ISAAC SILVA, Pedro Henrique. O mundo do trabalho e a pandemia de Covid-19: um olhar sobre o setor informal. *Caderno de Administração*, v. 28, p. 66-70, 05 jun. 2020. Disponível em: <https://periodicos.uem.br/ojs/index.php/CadAdm/article/view/53586/751375150138>. Acesso em: 20 set. 2021.

MARCHESAN, Ricardo. Capitalização falhou em 60% dos países que mudaram Previdência, diz estudo. *UOL Economia*, São Paulo, 28 maio 2019. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2019/05/28/reforma-previdencia-capitalizacao-estudo-oit.htm>. Acesso em: 20 set. 2021.

MPF pede que INSS tenha quadro de servidores recomposto imediatamente. *Notícias MPF*, Brasília, 01 ago. 2019. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/df/sala-de-imprensa/noticias-df/mpf-pede-que-inss-tenha-quadro-de-servidores-recomposto-imediatamente>. Acesso em: 20 set. 2021.

NASCIMENTO, Elyesley Silva do. *Lei nº 8.112/90: estatuto dos servidores públicos federais*. Niterói, RJ: Impetus, 2014.

PNAD contínua trimestral: desocupação recua em quatro das 27 UFs no segundo trimestre de 2021. *Agência IBGE Notícias - Estatísticas econômicas*, Rio de Janeiro, 31 ago. 2021. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/31486-pnad-continua-trimestral-desocupacao-recua-em-quatro-das-27-ufs-no-2-trimestre-de-2021>. Acesso em: 17 set. 2021.

RUFATO, Andrea Velasco; LIMA NETA, Avelina Alves. Pandemia de Covid-19: quais as medidas econômicas e de proteção social adotadas no mundo? In: MINISTÉRIO DA ECONOMIA. *Informe de Previdência Social*, Brasília, DF, v. 32, n. 3, mar. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/noticias-e-conteudo/publicacoes-previdencia/publicacoes-sobre-previdencia-social/informes/arquivos/informe-de-previdencia-marco-de-2020.pdf>. Acesso em: 17 set. 2021.

SECRETARIA DE POLÍTICAS DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. *Boletim estatístico da previdência social*, Brasília, DF, v. 35, n. 12, dez. 2019. Disponível em: https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/acesso-a-informacao/dados-abertos/dados-abertos-previdencia/arquivos/beps122019_trab_final.pdf. Acesso em: 22 jan. 2022.

SECRETARIA DE POLÍTICAS DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. *Boletim estatístico da previdência social*, Brasília, DF, v. 25, n. 12, dez. 2020. Disponível em: https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/aceso-a-informacao/dados-abertos/dados-abertos-previdencia/arquivos/beps122020_final-1.pdf. Acesso em: 22 jan. 2022.

SECRETARIA DE POLÍTICAS DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. *Boletim estatístico da previdência social*, Brasília, DF, v. 26, n. 11, nov. 2021. Disponível em: https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/aceso-a-informacao/dados-abertos/dados-abertos-previdencia/previdencia-social-regime-geral-inss/arquivos/beps112021_final.pdf. Acesso em: 22 jan. 2022.

TST: Maioria da 3ª turma vê vínculo entre motorista e aplicativo. *Migalhas*, 15 dez. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/356651/tst-maioria-da-3-turma-ve-vinculo-entre-motorista-e-aplicativo>. Acesso em: 16 jan. 2022.

A reunião de execuções fiscais



Fabiano Righi

Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo com especialização em Direito Público pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus. Oficial de Justiça Avaliador Federal lotado na CEUNI – Central Unificada de Mandados – Justiça Federal de 1ª Instância em São Paulo.

RESUMO: Este trabalho tem como objetivo demonstrar que a reunião de execuções fiscais apresenta vantagens e pode ser determinada de ofício pelo juiz.

PALAVRAS-CHAVE: Poder/dever de conduzir o processo. Razoável duração do processo. Política nacional de tratamento adequado dos conflitos.

RESUMEN: Este trabajo tiene como objetivo demostrar que la reunión de ejecuciones fiscales presenta ventajas y puede ser determinada de oficio por el juez.

PALABRAS CLAVE: Poder/deber de conducir el proceso. La razonable duración del proceso. Política nacional de tratamiento adecuado de los conflictos.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A orientação jurisprudencial. 3 A visão doutrinária. 4 O exercício do poder/dever de conduzir o processo. 5 Vantagens práticas da reunião de execuções fiscais. 6 Vantagens da reunião de execuções fiscais sob o ângulo teórico. 7 Conclusão. Referências.

1 Introdução

As leis não deveriam ser injustas, mas algumas são. Um exemplo emblemático delas é o Decreto-Lei nº 911/1969, que trata da alienação fiduciária em garantia.

A Constituição Federal de 1934 vedou totalmente a prisão civil por dívida nos seguintes termos:

Art. 113. [...]

30) Não haverá prisão por dívidas, multas ou custas.

No mesmo sentido, a Constituição Federal de 1946 também proibiu a prisão civil por dívida, autorizando, porém, a prisão do infiel depositário e do responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentar com seguinte redação:

Art. 141. [...]

§ 32 – Não haverá prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo o caso do depositário infiel e o de inadimplemento de obrigação alimentar, na forma da lei.

No que foi praticamente copiada pelo artigo 150, § 17, da Constituição de 1967.

Por sua vez, a Constituição Federal de 1988 reproduziu com outras palavras a mesma regra das constituições anteriores. Seu artigo 5º, inciso LXVII, recebeu a seguinte dicção:

Art. 5º. [...]

LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

Desafiando, portanto, essa tradição constitucional, o referido decreto-lei tratou de equiparar a figura do devedor-fiduciante à de

um depositário, num claro subterfúgio para contornar a vedação constitucional e legitimar sua prisão civil.

Essa injustiça perdurou de 1969 até 2010, quando a Súmula Vinculante nº 25 do Supremo Tribunal Federal (STF) finalmente firmou a tese de que:

É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.

Há situações em que a injustiça recai sobre um ou outro dispositivo de uma lei. É o caso do artigo 28 da Lei de Execução Fiscal (Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980), cujo conteúdo será abordado no presente artigo.

2 A orientação jurisprudencial

Estabelece o referido artigo da Lei de Execução Fiscal:

Art. 28 - O juiz, a requerimento das partes, poderá, por conveniência da unidade da garantia da execução, ordenar a reunião de processos contra o mesmo devedor.

A jurisprudência interpreta o dispositivo de modo literal, subordinando a decisão de reunião de processos ao requerimento prévio de qualquer uma das partes, em observância à tese firmada no tema repetitivo 392 do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. CUMULAÇÃO SUPERVENIENTE. REUNIÃO DE VÁRIAS EXECUÇÕES FISCAIS CONTRA O MESMO DEVEDOR. ART. 28 DA LEI 6.830/80. FACULDADE DO JUIZ.

1. A reunião de processos contra o mesmo devedor, por conveniência da unidade

de da garantia da execução, nos termos do art. 28 da Lei 6.830/80, é uma faculdade outorgada ao juiz, e não um dever. (Precedentes: REsp 1125387/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/09/2009, DJe 08/10/2009; AgRg no REsp 609.066/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/09/2006, DJ 19/10/2006; EDcl no AgRg no REsp 859.661/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/10/2007, DJ 16/10/2007; REsp 399657/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/02/2006, DJ 22/03/2006; AgRg no Ag 288.003/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/05/2000, DJ 01/08/2000; REsp 62.762/RS, Rel. Ministro ADHEMAR MACIEL, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/11/1996, DJ 16/12/1996)

2. O artigo 28, da lei 6.830/80, dispõe: “Art. 28 - o Juiz, a requerimento das partes, poderá, por conveniência da unidade da garantia da execução, ordenar a reunião de processos contra o mesmo devedor.”

3. A cumulação de demandas executivas é medida de economia processual, objetivando a prática de atos únicos que aproveitem a mais de um processo executivo, desde que preenchidos os requisitos previstos no art. 573 do CPC c/c art. 28, da Lei 6.830/80, quais sejam: (i) identidade das partes nos feitos a serem reunidos; (ii) *requerimento de pelo menos uma das partes* (Precedente: Resp 217948/SP, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ 02/05/2000); (iii) estarem os feitos em fases processuais análogas; (iv) competência do juízo. (destaque meu)

4. Outrossim, a Lei de Execução Fiscal impõe como condição à reunião de processos a conveniência da unidade da garantia, vale dizer, que haja penhoras sobre o mesmo bem efetuadas em execuções contra o mesmo devedor, vedando, dessa forma, a cumulação sucessiva de procedimentos executórios, de modo

que é defeso à Fazenda Pública requerer a distribuição de uma nova execução, embora contra o mesmo devedor, ao juízo da primeira.

5. Não obstante a possibilidade de reunião de processos, há que se distinguir duas situações, porquanto geradoras de efeitos diversos: (i) a cumulação inicial de pedidos (títulos executivos) em uma única execução fiscal, por aplicação subsidiária das regras dos arts. 292 e 576 do CPC, em que a petição inicial do executivo fiscal deve ser acompanhada das diversas certidões de dívida ativa; (ii) a cumulação superveniente, advinda da cumulação de várias ações executivas (reunião de processos), que vinham, até então, tramitando isoladamente, consoante previsão do art. 28, da Lei 6.830/80.

6. A cumulação de pedidos em executivo fiscal único revela-se um direito subjetivo do exequente, desde que atendidos os pressupostos legais. (Precedentes: REsp 1110488/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/08/2009, DJe 09/09/2009; REsp 988397/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/08/2008, DJe 01/09/2008; REsp 871.617/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/03/2008, DJe 14/04/2008)

7. Ao revés, a reunião de diversos processos executivos, pela dicção do art. 28, da LEF, ressoa como uma faculdade do órgão jurisdicional, não se tratando de regra cogente, máxime em face do necessário juízo de conveniência ou não da medida, o que é aferível casuisticamente.

8. O Sistema Processual Brasileiro, por seu turno, assimila esse poder judicial de avaliação da cumulação de ações, como se observa no litisconsórcio recusável *ope legis* (art. 46, parágrafo único do CPC) e na cumulação de pedidos (art. 292 e parágrafos do CPC).

9. *In casu*, restou assentada, no voto condutor do acórdão recorrido, a inobservância aos requisitos autorizadores

da cumulação de demandas executivas, *verbis*: “O julgador de piso fundamentou sua decisão no fato de que o número excessivo de executivos fiscais, em fases distintas, importará em tumulto no processamento dos mesmos, *verbis*: “Tendo em vista o número excessivo de executivos fiscais com fases distintas, conforme informação de fl. 37/44, indefiro o pedido de reunião dos feitos pela dificuldade que causaria ao processamento dos mesmos.” Não há qualquer demonstração, por parte da exequente, de que todas as ações se encontram na mesma fase procedimental, de modo que, em juízo de cognição sumária, se afigura correta a decisão do magistrado.”

10. Recurso Especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

Tese Jurídica

“A reunião de processos contra o mesmo devedor, por conveniência da unidade da garantia da execução, nos termos do art. 28 da Lei 6.830/80, é uma faculdade outorgada ao juiz, e não um dever”.

(STJ, REsp 1.158.766/RJ, Primeira Seção, Relator Ministro Luiz Fux, j. 08/09/2010, DJe 22/09/2010)

EXECUÇÃO FISCAL. APENSAMENTO DE VÁRIOS PROCESSOS. DESNECESSIDADE DO REQUERIMENTO SER FORMULADO POR AMBAS AS PARTES. FACULDADE QUE DEPENDE DE APENAS UMA DAS PARTES. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 28 DA LEI Nº 6.830/80 (LEI DE EXECUÇÃO FISCAL). RECURSO NÃO CONHECIDO.

1. Para o requerimento de apensamento de várias ações de execução fiscal, que tramitam contra um mesmo devedor, *a lei não exige que seja formulado por ambas, mas, sim, que ocorra por iniciativa de uma das partes.* (destaque meu)
2. Há de haver cautela na interpretação da letra da lei, para que não ocorra um exacerbado rigorismo interpretativo que afaste o hermeneuta do melhor processo de compreensão da vontade real do legislador.

3. Recurso não conhecido, por unanimidade.

(STJ, REsp 217.948/SP, Segunda Turma, Relator Ministro Franciulli Netto, j. 28/03/2000, DJ 02/05/2000, p. 134)



Fonte: www.direito2.com.br

No mesmo sentido, segue a jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais (TRFs) e também do Tribunal de Justiça de São Paulo:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. REUNIÃO DE EXECUÇÕES FISCAIS AJUIZADAS EM FACE DO MESMO DEVEDOR. OBRIGATORIEDADE DO PRÉVIO REQUERIMENTO DAS PARTES PARA REUNIÃO DOS PROCESSOS. ART. 28, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 6.830/80. FACULDADE DO JUIZ. IMPOSSIBILIDADE.

1. O egrégio Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 1.158.766/RJ, submetido ao regime do art. 543-C do Código de Processo Civil de 1973 e da Resolução nº 08/2008, reconheceu que *o art. 28 da Lei nº 6.830/80, conquanto constitua faculdade do juiz, não afasta a obrigatoriedade do prévio requerimento das partes para reunião dos processos.* (destaque meu)
2. Conflito negativo de competência conhecido para declarar competente o Juízo Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Amapá (suscitante).

(TRF 1ª Região, CC 0002832-45.2017.4.01.0000/AP, Quarta Seção, Relator Desembargador Federal Hercules Fajoses, j. 19/06/2019, e-DJF1 05/02/2020)

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. REUNIÃO DE AÇÕES.

- O artigo 28 da Lei 6830/80 faculta a reunião de execuções fiscais propostas contra o mesmo devedor, independentemente da conexão das causas, com o objetivo de preservar a unidade de garantia de todos os processos de execução entre as mesmas partes. Contudo, *essa reunião de processos é faculdade das partes, não podendo ser ordenada de ofício.* (destaque meu)

- Conflito acolhido, para julgar competente o Juízo Suscitado.

(TRF 2ª Região, CC 0004599-24.1999.4.02.0000/RJ, Segunda Turma, Relator Sergio Feltrin Correa, j. 03/08/1999, DJE 09/11/1999)

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL. CUMULAÇÃO DE TÍTULOS EXECUTIVOS EXTRAJUDICIAIS. DESMEMBRAMENTO. POSSIBILIDADE. JUÍZO NATURAL. GARANTIA.

A possibilidade de reunião de várias execuções fiscais propostas em razão do mesmo devedor, a despeito de atender a princípios processuais, tais como o da economia processual e da celeridade, é admissível desde que presente a compatibilidade com a referida providência.

Assim, nem sempre *a reunião dos processos é conveniente ou viável. Para tanto, a par do requerimento das partes, é indispensável que a elas não haja prejuízo, que as ações estejam na mesma fase processual, a fim de se evitar a ocorrência de tumulto processual, e que não constitua obstáculo à defesa do executado.* (destaque meu)

O e. Superior Tribunal de Justiça, julgando recurso sob o rito do art. 543-C do CPC/73, REsp. 1.158.766/RJ,

entendeu que, nos termos do art. 573 do CPC/73 (atualmente artigo 780), c/c art. 28 da Lei 6.830/80, a cumulação de várias execuções fiscais é uma faculdade outorgada ao juiz e não um dever.

No caso concreto, nada obstante seja possível que todas as inscrições sejam processadas perante o d. Juízo suscitante especializado em execuções fiscais, a executada requereu a redistribuição de apenas uma inscrição por prevenção àquele Juízo no qual tramita ação antecipatória de garantia distribuída anteriormente.

Portanto, assim como é possível a cumulação de títulos executivos extrajudiciais contra o mesmo devedor, desde que presentes as hipóteses legais, o desmembramento dos títulos para fins de encaminhamento ao Juízo competente também se mostra viável, mormente na hipótese dos autos em que a finalidade precípua é a garantia do juízo natural. Conflito negativo de competência procedente.

(TRF 3ª Região, CCCiv 5033514-33.2020.4.03.0000/SP, Segunda Seção, Relatora Desembargador Federal Marli Marques Ferreira, j. 08/04/2021, intimação via sistema 12/04/2021)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REAPRECIAÇÃO DETERMINADA PELO STJ. EFEITO INFRINGENTE RECONHECIDO. EXECUÇÃO FISCAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. REUNIÃO DE PROCESSOS EXECUTIVOS. ART. 28 DA LEI 6.830/80. NECESSIDADE DE REQUERIMENTO OU ANUÊNCIA DO EXEQUENTE.

1. Embora o STJ reconheça, em sua súmula 515 e na tese firmada no Tema 392, que *a reunião de execuções fiscais contra um mesmo devedor constitui faculdade do juiz, e não dever, não afasta a necessidade de requerimento do exequente ou, em caso de determinação de ofício, orientada por interesses de economia e celeridade processuais, anuência expressa ou tácita da parte exequente.* (destaque meu)

2. Embargos declaratórios providos em parte para sanar omissão, com efeito infringente e consequente provimento do agravo.

(TRF 4ª Região, AG 5021192-27.2015.4.04.0000/SC, Primeira Turma, Relator Alexandre Rossato da Silva Ávila, j. 18/12/2019, intimação eletrônica 18/12/2019)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. REUNIÃO DAS CDAs DE OFÍCIO. PEDIDO DE DESAPENSAMENTO. ART. 28 DA LEI 6830/80. REsp 1158766. AUSÊNCIA DE REQUERIMENTO DAS PARTES. FASE PROCESSUAL DISTINTA. RECURSO PROVIDO.

1. Agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto por HENRIQUE LAGE SALINEIRA DO NORDESTE S/A contra decisão do Juízo da 11ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte, que, entre outras coisas, indeferiu o pedido para que fosse feito o desapensamento das outras execuções fiscais.

2. Em suas razões recursais, a parte recorrente alega, em síntese, que, não obstante a reunião de execuções fiscais em face do mesmo devedor seja uma faculdade do Juiz (Súmula 515/STJ), devem, para tanto, estar preenchidos os seguintes requisitos: i) identidade das partes do feito a serem reunidos; ii) requerimento de pelo menos uma das partes; iii) feitos executórios em fases processuais análogas; iv) competência do juízo; e v) conveniência da unidade da garantia. Aduz, assim, que, não estando presente todos os requisitos, deve ser determinado o desapensamento da execução fiscal.

3. O Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do REsp 1158766, submetido à sistemática dos recursos repetitivos prevista no art. 543-C do CPC/1973, consolidou o entendimento no sentido de que a cumulação de demandas executivas é medida de economia processual, objetivando a prática

de atos únicos que aproveitem a mais de um processo executivo, desde que preenchidos os requisitos previstos no art. 573 do CPC/1973 c/c art. 28, da Lei 6.830/1980, quais sejam: (a) identidade das partes nos feitos a serem reunidos; (b) requerimento de pelo menos uma das partes; (c) estarem os feitos em fases processuais análogas; (d) competência do juízo.

4. Compulsando os autos, observa-se que não estão preenchidos os requisitos legais que autorizam a reunião dos feitos.

5. *In casu*, o processo “piloto”/principal escolhido foi a Execução Fiscal nº 0800101-09.2018.4.05.8403, proposta em 22 de março de 2018, sendo reunidos a ela os feitos executórios nºs 0806001-70.2018.4.05.8403 e 0800097-35.2019.4.05.8403.

6. Com efeito, há identidade de partes nas três execuções fiscais, porém inexistiu requerimento das partes no sentido da reunião dos feitos no PJE 0806001-70.2018.4.05.8403, *não podendo tal reunião resultar de um simples ato de ofício*, resultante de despacho inicial genérico proferido em 05/04/2018. (destaque meu)

7. Ademais, as execuções fiscais supra estão em fase processuais distintas, porquanto a primeira está na fase de manifestação sobre avaliação do bem penhorado, enquanto nos demais feitos ainda sequer foi concretizada a citação da executada.

8. Assim, apesar de no PJE 0800097-35.2019.4.05.8403 ter havido petição da exequente no sentido de reunião dos feitos (ID 4058403.4954209), a própria União justifica tal pedido com base na afirmação de que a execução fiscal piloto estaria em estágio bem mais avançado, estando, portanto, em fases processuais distintas. Nesta mesma petição, a exequente destaca que a reunião dos feitos deverá ser feita após processada a citação da parte executada, o que sequer ocorreu, tendo em vista devolução de AR negativo (ID5337566).

9. Dessa forma, dois fatores impedem reunião dos feitos, quais sejam a ausência de requerimento das partes no PJE 0806001-70.2018.4.05.8403, apesar de expressa disposição da LEF (art. 28), bem como a diferente fase processual em que se encontram as execuções fiscais, considerando a existência de parcelamento em curso e penhora de bens no processo piloto, e pendência de citação nos demais executivos.

10. Precedente desta Eg. Turma no sentido da impossibilidade de reunião dos processos na execução fiscal de ofício e em fases processuais distintas: (PROCESSO: 00009650520124058302, AC - Apelação Cível -, DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO BRAGA, 3ª Turma, JULGAMENTO: 10/09/2019, PUBLICAÇÃO:)

11. Agravo de instrumento provido. (TRF 5ª Região, AI 0806744-98.2020.4.05.0000/RN, Terceira Turma, Relator Desembargador Federal Rogério de Meneses Fialho Moreira, j. 24/09/2020, DJe 30/09/2020)

Agravo de instrumento. Execuções fiscais. Determinação, “ex officio”, de cancelamento da distribuição de execuções fiscais contra o mesmo devedor, bem como de reunião das certidões de dívida ativa em um só feito. Inadmissibilidade Hipótese do artigo 257 do Código de Processo Civil não configurada. *Reunião de processos contra um mesmo devedor. Necessidade de requerimento de uma das partes.* Inteligência do artigo 28 da Lei 6.830/80. Precedentes desta corte. Recurso provido. (destaque meu) (TJ/SP, AI 0090140-08.2008.8.26.0000, Décima Quarta Câmara de Direito Público, Relator Desembargador Geraldo Xavier, j. 23/10/2008, DJe 21/11/2008)

Com a máxima vênia, tais julgados estão ultrapassados e não refletem o atual estágio de desenvolvimento do Direito brasileiro, como se verá a seguir.

3 A visão doutrinária

Humberto Theodoro Júnior acompanha a mesma orientação da jurisprudência e ensina:

Essa reunião de processos é, outrossim, faculdade das partes, e não medida que se possa ordenar de ofício¹.

Em sentido contrário, posicionam-se José Alonso Beltrame, Régis Fernandes de Oliveira e Rui Stoco ao lecionarem:

[...] O dispositivo determina que a reunião se dê a requerimento das partes. Todavia, isto não obsta a que o Juiz, de ofício, determine a reunião².

Vale lembrar a lição de Ricardo Cunha Chimenti, Carlos Henrique Abrão, Manoel Álvares, Maury Ângelo Bottesini e Odmir Fernandes, segundo os quais:

[...] A reunião de processos contra o mesmo devedor é conhecida na linguagem forense como *apensamento*. O requerimento pode ser formulado por qualquer das partes, isoladamente, ou *determinado de ofício pelo juiz*³. (destaques original e meu, respectivamente)

Digno de nota também é o ensinamento de Rita Dias Nolasco e Victor Menezes Garcia. De acordo com eles:

- 1 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Lei de execução fiscal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 311.
- 2 BELTRAME, José Alonso *et al.* *O procedimento na cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública - Lei 6.830, de 22.09.1980*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 44.
- 3 CHIMENTI, Ricardo Cunha *et al.* *Lei de execução fiscal comentada e anotada: lei 6.830, de 22.09.1980: doutrina, prática, jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 278.

À primeira vista, o art. 28 da LEF não autorizaria a determinação do apensamento *ex officio* pelo Juízo processante do feito, na medida em que o referido dispositivo legal faz menção a “requerimento das partes”. Entretanto, o mesmo dispositivo expressa que o Juiz decidirá acerca do apensamento ou não, de acordo com a conveniência da unidade da garantia.

Desse modo, deve ser utilizada a Teoria dos Poderes Implícitos, postulado basilar de hermenêutica, consubstanciando a tese de que quando o Ordenamento Jurídico concede os fins, também outorga os meios.

Logo, se o *Ordenamento Jurídico* concede o fim, outorgando competência ao Juízo processante de velar pela unidade da garantia das execuções fiscais, podendo ou não determinar o apensamento dos feitos, também, *lhe outorga os meios de efetivar ou não tal apensamento independentemente de requerimento das partes*⁴. (destaque meu)

Dada a devida licença, não é possível concordar com o escólio do professor Humberto Theodoro Júnior, pois confere interpretação puramente literal ao texto da lei, desconectada dos princípios constitucionais da eficiência, da razoável duração do processo e da celeridade. Essa exegese não cabe mais. É o que será demonstrado em seguida.

4 O exercício do poder/dever de conduzir o processo

Sustenta-se aqui que, reconhecendo o juiz vantagens na reunião das execuções fiscais em termos de eficiência, celeridade, economia processuais e segurança jurídica, ele deve determinar a reunião dos processos de ofício.

Razoável duração do processo, segurança jurídica e eficiência são matérias de ordem pública, erigidas ao patamar constitucional. Não estão à disposição das partes, não podem sujeitar-se ao seu capricho.

A interpretação dada, atualmente, ao referido artigo 28 conduz a uma situação esdrúxula: havendo requerimento das partes, o magistrado deve decidir pela reunião ou não dos feitos segundo um juízo de conveniência. Não existindo tal requerimento, ele nada pode fazer ainda que as vantagens do apensamento lhe pareçam evidentes.

Deveras, consoante teor do artigo 4º do Código de Processo Civil/2015:

Art. 4º. As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

Se elas têm o direito, então, o Poder Judiciário tem o dever de prover-lhes isso. Esse é o preceito estampado no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal:

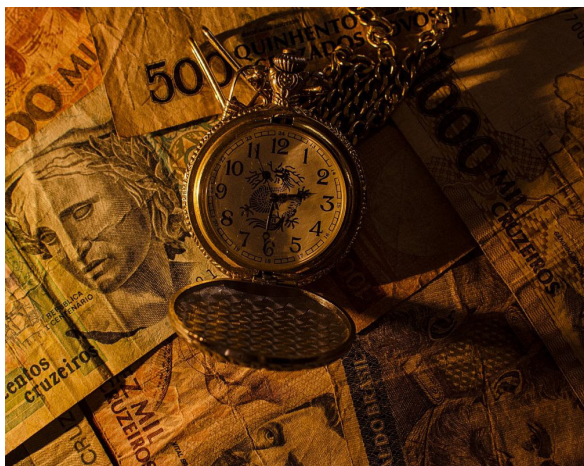
Art. 5º. [...] LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Se todos têm o direito à razoável duração do processo e aos meios que garantam a celeridade de sua tramitação, então, o Poder Judiciário deve viabilizá-los.

E, para tanto, o juiz necessita de instrumentos adequados. Um deles é a reunião dos processos.

O processo judicial eletrônico, já bastante difundido no Brasil, identifica automaticamente possíveis casos de prevenção. Certamente, a inteligência artificial será capaz de indicar também as várias execuções contra um mesmo devedor.

4 NOLASCO, Rita Dias; GARCIA, Victor Menezes. *Execução fiscal à luz da jurisprudência: Lei 6.830/1980 comentada artigo por artigo: De acordo com o novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 420.



Fonte: <https://cerizze.com/>

Excetuados os feitos em fases processuais distintas, o apensamento das execuções impõe-se.

Claro está que, se uma das execuções já houver sido sentenciada e a outra não, não devem ser reunidas.

Evidente que, se em uma delas, já tiverem sido opostos embargos e na outra não, não convém o apensamento, sob pena de tumulto processual.

Repita-se: a reunião de execuções fiscais só se justifica se existirem vantagens em termos de eficiência, celeridade, economia processuais e segurança jurídica, mas quem deve decidir se elas existem ou não, caso a caso, é o magistrado e não as partes.

Não se está a fazer apologia das decisões-surpresa. Ao contrário, às partes deve-se garantir a oportunidade de manifestação sobre todas as decisões judiciais.

Defende-se, porém, que, aferindo tais vantagens, o magistrado possa determinar a reunião dos feitos, mesmo que exequente ou executado não a requeiram.

Se, de um lado, as execuções reunidas ganham em celeridade e segurança jurídicas; de outro lado, nada perdem as partes, pois não há prejuízo à defesa. Restam contemplados, pois, os interesses do credor e do devedor.

Convém citar, por oportuno, a Súmula 515 do STJ, editada em 2014, e assim descrita:

Súmula 515. A reunião de execuções fiscais contra o mesmo devedor constitui faculdade do juiz.

Uma leitura rápida do enunciado pode suscitar interpretações distintas: a primeira indicaria que, sendo o juiz detentor da faculdade de determinar ou não a reunião de execuções fiscais, ele poderia fazê-lo num sentido ou noutro de ofício. A faculdade seria exclusivamente sua. A súmula nada menciona a respeito de requerimento prévio das partes.

A segunda interpretação apontaria na direção de uma faculdade eventual do magistrado, dependente do requerimento prévio de reunião dos processos feito pelas partes.

Prevalece a segunda interpretação, muito mais pelos precedentes que fundamentaram a edição da súmula e pela textualidade do artigo 28 do que propriamente pela dicção de seu enunciado.

A generalidade do enunciado talvez revele espírito de sobrevivência. Quiçá tenha sido redigido de maneira propositadamente lacônica, antevendo a possibilidade de superação de seus precedentes sem que isso implicasse a sua própria revogação.

5 Vantagens práticas da reunião de execuções fiscais

Sob o ângulo prático, a reunião de execuções apresenta inúmeras vantagens.

Em primeiro lugar, convém para que a garantia do juízo seja plena, real e não apenas formal. Explica-se: há devedores em face dos quais existem dezenas de execuções fiscais e, frequentemente, são penhorados os mesmos bens em várias execuções. Desse modo, tem-se a falsa impressão de que os juízos estão garantidos com as penhoras, mas isso não passa de ledó engano, pois os bens objetos das

repetidas constrições são sempre os mesmos. Limitam-se, quiçá, a garantir as execuções individualmente, mas não todas elas quando reunidas.

O efeito deletério é múltiplo, a começar pela ilusória garantia dos juízos.

Tome-se o exemplo hipotético de um devedor em face de quem haja dez execuções: podem-se expedir certidões positivas com efeito de negativas caso ele as tenha garantido com um único e mesmo bem, suficiente para cobrir as várias dívidas pulverizadas, mas não o valor total da dívida.

Como decorrência disso, o executado habilita-se a participar de processos licitatórios respaldado em uma suposta regularidade fiscal, que, de fato, não existe.

Também não será surpresa se nove das dez hipotéticas execuções fiscais restarem frustradas, caso o processo de uma delas se desenvolva de maneira expedita e alcance o leilão positivo mais rapidamente do que as outras.

Outra vantagem são a celeridade e a economia processuais.

Não raro, determinam-se diligências repetidas para cada uma das execuções contra o mesmo devedor.

Sendo várias as execuções, necessariamente haverá várias citações, penhoras, avaliações, embargos, intimações, reavaliações, substituições de penhora, leilões, depreciações etc.

A repetição indefinida de atos pode suscitar erros procedimentais, nulidades processuais diversas, irregularidades, além de representar desperdício de energia.

Não se descarta também a possibilidade de indesejadas decisões contraditórias ou conflitantes. Na Justiça Federal de São Paulo, por exemplo, são cerca de dez varas de execuções fiscais, cada qual com o respectivo juiz. Há, pois, o risco de os magistrados decidirem questões idênticas de maneira díspar.

Intrigante é o fato de que a exequente é sempre a mesma, isto é, a Procuradoria da Fazenda, ressalvada a dívida ativa não tributária, cujos exequentes são normalmente o INMETRO ou conselhos profissionais.

Ao insistir em atos de constrição por ela mesma requeridos em execuções anteriores e de resultado sabidamente negativo, ao reiterar obstinadamente postulações que já não tiveram efeito prático em processos prévios, a Procuradoria da Fazenda beira a imoralidade administrativa e impõe atraso no andamento de outras execuções com melhor prognóstico de sucesso.

Segundo o artigo 139 do Código de Processo Civil de 2015:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

[...]

II - velar pela duração razoável do processo;

III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias [...].

A reunião das execuções fiscais viabiliza tais incumbências. A pulverização dos feitos torna-as praticamente inexequíveis.

Há também a questão da penhora *on line* de dinheiro ou aplicação financeira. O entendimento dominante é de que, na hipótese de o devedor tributário, devidamente citado, não pagar nem apresentar bens à penhora no prazo legal, autorizado está o juiz a bloquear seus valores por meio do sistema SISBAJUD, isto é, um sistema eletrônico gerido pelo Banco Central, que torna indisponíveis ativos financeiros existentes em nome do executado.

Basicamente, esse entendimento decorre da combinação do artigo 185-A do Código Tributário Nacional com o artigo 854 do Código de Processo Civil de 2015.

O sucesso desse procedimento depende do efeito surpresa. A regra do referido artigo 854 é clara:

Art. 854. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou em aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, *sem dar ciência prévia do ato ao executado*, determinará às instituições financeiras, por meio de sistema eletrônico gerido pela autoridade supervisora do sistema financeiro nacional, que torne indisponíveis ativos financeiros existentes em nome do executado, limitando-se a indisponibilidade ao valor indicado na execução. (destaque meu)

Havendo múltiplas execuções, o tal “efeito surpresa” pode funcionar em relação ao primeiro processo que o venha a aplicar. É provável que, depois desse primitivo bloqueio financeiro, outros não ocorram, pois o executado, ciente da possibilidade de novas constrições, não deixará mais depósitos em instituições financeiras.

Existe, outrossim, o tema da indisponibilidade de bens e direitos prevista no mesmo artigo 185-A supracitado. Tal indisponibilidade pressupõe, tal como a penhora *on line* de ativos financeiros, a citação válida do executado e o não pagamento da dívida, nem a nomeação de bens à penhora no prazo legal. Depende, ainda, de mais um requisito, qual seja o esgotamento de diligências tendentes a encontrar bens penhoráveis em nome do executado, como, por exemplo, pesquisa de ativos financeiros pelo sistema SISBAJUD, de veículos pelo sistema RENAJUD e de imóveis pelo sistema ARISP. Restando infrutíferas tais pesquisas, aí sim, cabível é a decretação de indisponibilidade de bens e direitos do executado.

Trata-se, portanto, de procedimento complexo, trabalhoso. É a atitude extrema, somente justificável quando tudo o mais no sentido de encontrar bens penhoráveis tenha falhado. Por celeridade e economia processual, melhor que se o faça em um processo e não em dez.

E, de novo, o efeito surpresa é importante para que o devedor não frustre

as execuções alienando fraudulentamente seus bens. É essencial também para que a indisponibilidade se dê de maneira integral e expedita.

Se, de um lado, a pulverização das execuções prejudica os interesses do erário, de outro, malfere a dignidade do executado. Ninguém ganha.

Explica-se: sendo inúmeras as execuções fiscais contra o mesmo devedor, algumas tramitam com agilidade, enquanto outras se estendem por anos, décadas a fio.

O executado que não paga sua dívida a tempo carrega o peso de CPFs ou CNPJs protestados, vive assombrado com a possibilidade de um bloqueio de ativos financeiros ou de uma decretação de indisponibilidade de bens e direitos, não obtém crédito e não pode participar de processos licitatórios.

A título exemplificativo, vale indicar que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) estimou em nove anos e seis meses o tempo de tramitação de uma execução fiscal até a baixa final no TRF da 3ª Região no ano de 2019⁵.

Não se está aqui a dizer que o protesto, o bloqueio financeiro e a indisponibilidade de bens e direitos sejam um mal em si. Ao contrário, revelam-se medidas das mais eficazes para a recuperação de créditos tributários.

Entretanto, quando se prolongam indefinidamente, tornam-se desproporcionais, violam o princípio da duração razoável do processo, inviabilizam a vida profissional do executado e ofendem sua dignidade.

A par disso, a fragmentação das execuções fiscais afeta igualmente a função social da empresa.

5 CNJ. *Justiça em números 2020*: ano-base 2019. Brasília: CNJ, 2020, figura 116, p. 162. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmoros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2021.

Retomemos o exemplo do devedor em face de quem pendem dez execuções fiscais. Se, por hipótese, houver a penhora de dez por cento do faturamento da empresa em cada processo, as consequências iminentes são a falência, a frustração do credor e a perda dos empregos. Todos perdem, ninguém ganha.

Se, ao contrário, houver a reunião dos processos, pode o magistrado determinar atos de constrição patrimonial calculados de forma a preservar a continuidade da empresa, dos empregos e do pagamento da dívida, ainda que parcelado.

Sob o ângulo moral, a reunião dos feitos também tem vantagens.

Frequentemente, os oficiais de justiça deparam-se com o seguinte comentário: “O Sr. de novo? Já lhe disse uma dezena de vezes que o executado não funciona mais aqui e mudou-se para lugar incerto e ignorado” ou “O Sr. novamente? Já cansei de lhe informar que o automóvel indicado virou sucata há uma década”. Soa como desdouro ao Poder Judiciário e chacota ao oficial de justiça que retorna ao local dez vezes para obter sempre a mesma informação. Ademais, suscita desconfiança quanto à moralidade administrativa.

Casos há também em que a falência da executada foi decretada há anos, às vezes, décadas, não restam bens e tal fato é de conhecimento público e notório. O comentário, neste caso, é outro: “O Sr. não sabia?”.

A despeito da notoriedade do fato, os rituais do devido processo legal devem ser observados, um a um, ainda que se anteveja a improbabilidade de atividade satisfativa exitosa. Se, ao menos, se pudesse minimizar esse desperdício a uma única execução, em vez de repeti-lo dez vezes, estar-se-ia a imprimir um pouco mais de respeitabilidade ao Poder Judiciário.

6 Vantagens da reunião de execuções fiscais sob o ângulo teórico

Sob o ângulo teórico, a reunião das execuções, mais do que vantajosa, parece imperativa.

Explica-se: o artigo 8º do Código de Processo Civil de 2015 determina que:

Art. 8º. Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Dignidade da pessoa humana, proporcionalidade, razoabilidade, legalidade, publicidade e eficiência são princípios previstos de forma expressa ou implícita na Constituição.

Diferentemente do Código de Processo Civil de 1973, o Código de Processo Civil de 2015 os prevê de modo expresso.

A importância deles é tão grande que irradiam efeitos sobre todo o ordenamento jurídico, inclusive sobre a lei adjetiva, conforme visto.

Mais do que isso, eles imprimem uma nova maneira de os juízes interpretarem e aplicarem o Direito.

Até o advento do Código de Processo Civil de 2015, prevalecia a interpretação teleológica ou finalística inscrita no artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, segundo a qual

Art. 5º. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Com a chegada desse diploma adjetivo, a aplicação e interpretação judicial do ordenamento jurídico (como um todo e não só desta ou daquela lei) passam a ter um compromisso com os referidos princípios constitucionais, mais do que o puro e simples compromisso teleológico de antes.

Segundo o Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, princípio é:

[...] o que serve de base para alguma coisa; causa primeira, raiz, razão, [...] proposição elementar e fundamental que serve de base a uma ordem de conhecimentos⁶.

Se os princípios servem de base para a aplicação do ordenamento jurídico, então as leis devem ser interpretadas e aplicadas segundo aqueles e não o inverso.

Celso Antônio Bandeira de Mello adverte sobre a importância dos princípios:

[...] Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra⁷.



Fonte: www.olharjuridico.com.br

6 HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

7 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 748.

Ao estabelecer que “o juiz, a requerimento das partes, poderá, por conveniência da unidade da garantia da execução, ordenar a reunião de processos contra o mesmo devedor”, o artigo 28 da Lei de Execução Fiscal parece condicionar tal decisão à manifestação prévia das partes.

Pode ter sido assim em 1980, quando o referido dispositivo entrou em vigor, mas não mais nos dias de hoje.

Sobrevieram-lhe a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral do Código do Consumidor de 1990, a razoável duração do processo da Emenda Constitucional 45 de 2004, a política nacional de tratamento adequado dos conflitos da Resolução nº 125 do CNJ de 2010, a solução integral de mérito em prazo razoável do Código de Processo Civil de 2015, tudo a indicar um novo estágio de desenvolvimento do ordenamento jurídico brasileiro.

Defende-se, portanto, que a decisão judicial não está condicionada ao requerimento das partes, como parece fazer crer o dispositivo comentado. Levando-se em conta os princípios do Direito brasileiro, toda vez que o juiz identificar vantagens à razoável duração do processo, à segurança jurídica, à eficiência, à economia processual e à dignidade da pessoa humana decorrentes do apensamento dos feitos, deve determiná-lo de ofício.

Ademais, ainda a propósito da “razoável duração do processo”, podem-se tecer alguns comentários sobre o princípio da razoabilidade.

O artigo 2º, parágrafo único, inciso VI, da Lei nº 9.784/1999, oferece uma ideia do que seja razoabilidade. Eis a sua dicção:

Art. 2º - A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos ad-

ministrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

[...]

VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público.

Ora, aferindo vantagens concretas na reunião de execuções fiscais e determinando de ofício seu apensamento, o juiz não estará preterindo os interesses do exequente. Ao contrário, estes serão viabilizados, agilizados com uma resposta judicial mais rápida e efetiva. Tampouco serão menosprezados os direitos do executado. Não sofrerá prejuízo em sua defesa. A ele serão assegurados o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, porém, uma única vez e não dez. O interesse público de ver a solução dos conflitos também será contemplado de maneira mais rápida e eficiente, ainda que para os efeitos do reconhecimento e decretação da prescrição intercorrente por falta de bens ou não localização do devedor, nos termos do artigo 40 da Lei de Execução Fiscal.

Constata-se, portanto, a razoabilidade da reunião de execuções fiscais: a tutela executiva realiza-se de maneira mais expedita, o interesse público de ver solucionados os conflitos resta contemplado e o executado não sofre prejuízo em seu direito de defesa. Ou seja, o meio utilizado (reunião dos feitos) atinge os fins esperados (a razoável duração do processo) sem prejuízo aos sujeitos processuais.

Digna de nota também é a Resolução 125 do CNJ, de 29 de novembro de 2010.

Pela primeira vez na história jurídica brasileira, falou-se de uma política nacional de tratamento adequado dos conflitos e de acesso a uma ordem jurídica justa.

Até então, assegurava-se apenas o acesso ao judiciário ou a inafastabilidade da

jurisdição, prevista no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988.

Essa inovação exige uma postura mais ativa do juiz. Não deve se apegar a uma interpretação literal do artigo 28 em comento e deixar de determinar a reunião das execuções só porque as partes não o requereram. Não pode ficar à mercê da conveniência individualista destas. Reconhecendo vantagem na reunião dos feitos, assim deve agir o juiz de ofício.

Lembra-se que, segundo estatísticas do CNJ, no TRF da 3ª Região, no ano de 2019, restaram 1.803.630 execuções fiscais pendentes⁸, o que representa 59% do total de processos pendentes no 1º Grau⁹ e uma taxa de congestionamento na execução fiscal de 96%¹⁰. Isso significa que, naquele ano, de cada cem execuções fiscais que tramitaram, apenas quatro foram baixadas.

Acredita-se que a reunião de execuções fiscais poderia reduzir tais números a patamares mais aceitáveis.

A figura do juiz tradicional, que só age quando provocado, está ultrapassada.

Veja-se que o artigo 105 do Código de Processo Civil de 1973 tratava do tema “reunião de ações” como uma faculdade do juiz, nos seguintes termos:

Art. 105. Havendo conexão ou continência, o juiz, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, *pode ordenar a reunião* de ações propostas em separado, a fim de que sejam decididas simultaneamente. (destaque meu)

8 CNJ. *Justiça em números 2020*: ano-base 2019. Brasília: CNJ, 2020, figura 110, p. 157. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2021.

9 *Ibidem*, figura 111, p. 158.

10 *Ibidem*, figura 114, p. 160.

O Código de Processo Civil de 2015, por sua vez, revolucionou o tratamento da matéria ao estabelecer em seu artigo 55, § 3º:

Art. 55. [...]

§ 3º. *Serão reunidos* para julgamento conjunto os processos que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente, mesmo sem conexão entre eles. (destaque meu)

Ou seja, a partir do novel estatuto adjetivo civil, o juiz não tem mais a faculdade de reunir os processos conexos. Tem o dever de fazê-lo toda vez que haja risco de prolação de sentenças contraditórias, ainda que não haja conexão.

Voltando ao nosso caso hipotético de um devedor, em face de quem existem dez execuções fiscais, pergunta-se: há o risco de decisões conflitantes? Sim. Conforme mencionado acima, em São Paulo, a Justiça Federal conta com cerca de uma dezena de varas especializadas em execução fiscal igualmente competentes, isto é, vários magistrados que podem decidir de maneira díspar casos com as mesmas partes, o mesmo pedido, a mesma causa de pedir.

Vedar a decisão de reunião de feitos executivos fiscais, só porque as partes não o requereram, significa suscitar a prolação de decisões conflitantes ou contraditórias.

Mais do que isso, implica injustificável incoerência normativa: de um lado, há o dever de ofício de se reunirem os feitos que possam gerar risco de prolação de decisões contraditórias, mesmo sem conexão entre eles; de outro, veda-se a reunião de execuções fiscais de ofício, ainda que as partes, o pedido, a causa de pedir sejam os mesmos e exista o risco de decisões conflitantes.

Acredita-se que o artigo 28 da Lei de Execução Fiscal tenha sido revogado pelo artigo 55, § 3º, do Código de Processo Civil de 2015, que lhe é posterior e com ele incom-

patível, vez que o artigo 2º, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro determina que:

Art. 2º. [...]

§ 1º. A lei posterior revoga a anterior [...] quando seja com ela incompatível [...].

É, pois, perfeitamente defensável a tese da revogação.

Em nome da segurança jurídica, é imperioso que se autorizem os juízes a reunirem execuções de ofício.

7 Conclusão

Por tudo quanto exposto anteriormente, sustenta-se que o artigo 28 da Lei de Execução Fiscal e os precedentes da Súmula 515 do STJ estão superados e merecem a devida atualização. O referido artigo é de 1980 e a mencionada súmula, de 2014. Entretanto, o Código de Processo Civil de 2015 revolucionou a matéria ao estabelecer que, havendo possibilidade de decisões conflitantes, os feitos serão reunidos, havendo ou não conexão entre eles. Assim, é um dever do juiz fazê-lo independentemente do requerimento das partes.

Eficiência, celeridade, solução integral de mérito em prazo razoável são princípios jurídicos que se irradiam por todo o ordenamento e exigem do magistrado uma postura ativa. Para defendê-los, ele deve agir de ofício.

Modernizou-se o Direito e o mesmo espera-se em relação ao artigo 28 da Lei de Execução Fiscal e à Súmula nº 515 do STJ.

Da mesma forma que se superou a injusta equiparação feita pelo Decreto-Lei nº 911/1969 do devedor-fiduciante à figura de um depositário; espera-se, também, a superação da injusta interpretação dada pelos tribunais e por parte da doutrina ao tema da reunião de execuções fiscais.

Referências

BELTRAME, José Alonso *et al.* *O procedimento na cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública* - Lei 6.830, de 22.09.1980. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

CHIMENTI, Ricardo Cunha *et al.* *Lei de execução fiscal comentada e anotada: lei 6.830, de 22.09.1980: doutrina, prática, jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CNJ. *Justiça em números 2020: ano-base 2019*. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmoros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2021.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

NOLASCO, Rita Dias; GARCIA, Victor Menezes. *Execução fiscal à luz da jurisprudência: Lei 6.830/1980 comentada artigo por artigo: De acordo com o novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Lei de execução fiscal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

Patrimônio cultural, violência e vaquejada¹

Fábio Wellington Ataíde Alves



Doutorando em Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito Constitucional e Especialista em Direito e Cidadania pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Professor do Departamento de Propedêutica e Processo da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Professor da Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte (ESMARN). Professor da Pós-Graduação do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNIRN). Juiz de Direito no Rio Grande do Norte.

RESUMO: A exclusão cultural é um dos aspectos mais importantes na contemporaneidade para as sociedades industriais. A aplicação do princípio da não violência contra animais não pode desconsiderar aspectos do patrimônio cultural imaterial, tampouco implicar a criminalização de pessoas pelo modo de bem viver. A proibição da vaquejada é um tema cuja complexidade serve para pensar a compreensão da Constituição Cultural em contraste com o paradigma biocêntrico. Metodologicamente, utilizando-se de referenciais teóricos da teoria constitucional, bem como da análise de decisões judiciais das Cortes superiores, analisa-se o ambiente cultural da vaquejada como espaço-problema para questões que precipitam o *backlash* decorrente do atrito entre o paradigma antropocêntrico e biocêntrico. Em conclusão, o artigo pretende demonstrar que o objetivo de relações humanas sem violência não exclui a consideração do patrimônio cultural imaterial como marco característico de pacificação, cuja criminalização enseja verdadeiro aspecto de seletividade de direito penal do autor contra indivíduos em processo de luta por reconhecimento.

PALAVRAS-CHAVE: Patrimônio cultural imaterial. Não violência. Violência contra animais. Proteção ambiental. Abolicionismo.

¹ Artigo anteriormente publicado na *Revista Direito e Liberdade*, Natal/RN, v. 22, n. 3, set./dez. 2020, p. 133-153.

ABSTRACT: Cultural exclusion is one of the most important aspects in contemporary times for industrial societies. The application of the principle of non-violence against animals cannot disregard aspects of intangible cultural heritage, nor can it imply the criminalization of people for the way of living. The prohibition of vaquejada is a subject whose complexity serves to demonstrate the understanding of the Cultural Constitution in contrast to the biocentric paradigm. Methodologically, using theoretical references from constitutional theory, as well as from the analysis of judicial decisions of the higher courts, the cultural environment of vaquejada is analyzed as a problem space for issues that precipitate the backlash resulting from the friction between the anthropocentric and biocentric paradigm. In conclusion, the article aims to demonstrate that the objective of human relations without violence does not exclude the consideration of intangible cultural heritage as a characteristic landmark of pacification, the criminalization of which creates a true aspect of the criminal law's selectivity against individuals in the process of struggle for recognition.

KEYWORDS: Intangible cultural heritage. No violence. Violence against animals. Environmental Protection. Abolitionism.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A radicalização dos estudos culturais. 3 Participação cultural, conflito e reconhecimento. 4 Conclusão. Referências.

1 Introdução

Inimigos estão em toda parte, não se justificando deixar de pensar a cultura da violência que alimenta seus algozes e também a violência da cultura levada a cabo pelos aparatos de poder. Os *estudos culturais* contribuíram à formação de um paradigma que expõe a relação dos processos de luta por reconhecimento e politiza a pesquisa científica ao ponto de forçá-la a abandonar as abstrações teóricas. O desenvolvimento cultural da sociedade industrial deixa de fora muitos grupos, atingidos por carências, erros de reconhecimentos e mal compreendidos pelo sistema repressivo.

Nesse cenário, é preciso investigar espaços-problemas em que a relação de poder reprima indevidamente expressões culturais importantes para o reconhecimento. A vaquejada carrega essa problemática, tanto por ativar pautas ativistas ambientais pela sua proibição, em razão do princípio da não violência contra animais, como por

também impulsionar ativismos culturais que defendem sua proteção como parte da luta de reconhecimento identitário de grupo regional. Como assegurar a exigência de proteção constitucional da fauna e o livre exercício dos direitos culturais? A proibição de violência aos animais pode ser aceita por motivo de acesso aos bens culturais? A solução reducionista de proibição da vaquejada satisfaz o conceito de Constituição Cultural?

A saída para essa problemática depende previamente de uma contextualização dos bens culturais, entendendo a sua importância para a construção de uma sociedade pacífica, sem violência, não cabendo reduzir a defesa da não violência apenas pela proclamação irrestrita da abolição de práticas culturais contra animais.

Ainda que seja certa a meta política do Estado – em direção ao horizonte da aplicação irrestrita da não violência na proteção dos animais –, tal desiderato precisa de consideração no contexto do estágio da cultura de cada região, bem como do *backlash* resultante de

eventual postura que desmereça determinados reconhecimentos culturais.



Fonte: <https://encrypted-tbno.gstatic.com/>

2 A radicalização dos estudos culturais

É por inimigos que vibra o ódio como causa básica da violência física ou simbólica. Integra, no seu íntimo, o desejo de repetir o ataque, e não apenas afastar o estranho ou humilhá-lo, mesmo momentaneamente. Odiar implica não reconhecer, classificar e rebaixar alguém, mas também castigá-lo, fazer-lhe sofrer pela própria identidade, como que fosse uma vingança. Odiar é impingir um mal a quem quer que seja, mesmo contra quem nunca nos fez qualquer ameaça real². Na sociedade contemporânea não faltam grupos de *violência unilateral*, organizados para compelir ódio, sistematicamente, dentro de uma *cultura da maldade* na qual se inserem justificativas para muitas ações e práticas coletivas³, nas quais também se encontram implícitas a violência socialmente reconhecida como do “bem”, a exemplo dos ataques cibernéticos e linchamentos virtuais na internet.

² KAMBOUCHNER, Denis. *Há bons motivos para ser mau?* Trad. Eric Heneault. São Paulo: Alaúde, 2015, p. 30.

³ *Ibidem*, p. 44.

Não há dúvida de que o tema da *cultura da violência* abre-se como central para a teoria do conflito do Pós-Guerra, quando então as janelas para os *estudos culturais* se orientam para muitos objetos reflexivos a partir da problematização da violência humana e sua relação com valores, significados, organizações e interações de dominação. É nesse ambiente onde surgem os *cultural studies* na Inglaterra, com muitas vertentes de exploração e todas elas ligadas ao rompimento com as estruturadas de poder e dominação, o que dará à pesquisa científica um sentido diferente à lei penal; às estruturas de repressão e agências de políticas penais, como também integrará novos canais de expressão, como a indústria cultural, a comunicação de massa, a arte popular, a literatura e o cinema, fazendo perguntas sobre a relação de poder dos discursos desses meios legitimantes de comportamentos sociais marcados por violência. Os *estudos culturais* passam a descrever as práticas culturais cotidianas, ligando-as às estruturas mais amplas, com o propósito de viabilizar resistência em processos de luta por reconhecimento preparatório para transformações políticas profundas.

A pesquisa científica produzirá textos com novos sentidos, e a academia agora irá politizar-se a um ponto que grandes textos abstratos deixarão de ser consagrados como produtos da genialidade humana. A politização da teoria custará a vida da própria teoria como entidade autônoma à realidade. A academia dos teóricos culturais será um espaço-problema para si mesmo, sendo imprescindível considerar que os *estudos culturais* aparecem no âmbito da crise do conhecimento nas universidades europeias do Pós-Guerra, especialmente das ciências sociais, tomando as práticas culturais como um ponto de partida para pensar discursos de dominação e resistência⁴. Os estudos irão

⁴ GROSSBERG, Lawrence. El corazón de los estudios culturales: contextualidad, construccionismo y complejidad. *Tabula Rasa*, Bogotá, Colombia, n. 10, jan./jun. 2009, p.

assim descrever práticas culturais e relações cotidianas antes obscurecidas como parte de estruturas discursivas, revelando com isso espaços para resistência, luta e interferência reais nas estruturas de poder. A nova academia abandonará a definição de uma teoria geral da cultura e dos projetos universalistas, com explicações absolutas; totais; finais; completas; prontas ou acabadas. Substitui tudo isso por uma proposta muito mais aberta a vários campos de visões em que não existirá um único modelo ou paradigma teórico dominante no conhecimento⁵ e essa perspectiva será decisiva para repensar o contexto da violência urbana então crescente sem explicação aparente no Pós-Guerra.

A leitura radical dos *estudos culturais* coloca a compreensão da teoria do conflito em espaço pouco frequentado, como o cotidiano, as práticas artísticas e também desportivas, liberando-a para um método interdisciplinar poderoso e, de certo modo, carregado de incertezas e insegurança. O teórico radical perde a segurança dos paradigmas explicativos gerais para ganhar a liberdade política de não ficar preso aos modelos abstratos reducionistas, simplificadores dos conceitos teoricamente bem elaborados. A *complexização* das relações humanas será a pedra de toque da politização acadêmica ao nível de que desaparece o conforto das posições essencialistas, que tomam a prova da verdade da realidade a partir de sua própria existência. A verdade já não é o que aparece aos olhos simplesmente porque aparece aos olhos. Gramsci⁶ explica, nessa mesma linha, que muitos estudos filosóficos são “absolutamente estéreis”, produto único ou quase exclusivo de uma criação individual, cabendo assim medir a importância de uma teoria por sua eficácia prática, agindo

diretamente sobre a sociedade, e não justificando a submissão.

É dessa perspectiva interventiva funcional que os *estudos culturais* ocupar-se-ão para Grossberg⁷ de três elementos fundamentais: a *contextualidade*, o *construcionismo* e a *complexidade*. A *contextualização* implica, para o estudioso cultural, o local onde encontra o seu objeto; qual a prática que este demanda, problematizando a lei e os aparatos de repressão. A *criminologia cultural* irá se ater, por exemplo, ao contexto da raça, pobreza, etiquetamento e seletividade na interferência política na ação das agências repressivas. No âmbito dessa *contextualidade*, surge o conceito de *articulação*, que denota processos, muitas vezes invisíveis, de relação com discursos e agências de poder produzindo a realidade dominante.

No processo de *contextualização*, definição de objeto, ação prática e articulação dos elementos, cumpre-se a exigência de *desconstrução* das relações de poder, rompendo a lógica essencialista de que as coisas são como aparentam ser⁸ e desta parte atravessa-se o elemento da *complexidade*, segundo a qual a realidade não existe como se pensa ou se enxerga, mas, prescindindo de uma conclusão superficial, ou seja, alimenta-se por finas veias que constituem um tecido naturalmente difícil de explicação dos comportamentos humanos. Os *estudos culturais* põem-se a examinar práticas culturais e discurso em contextos reais da vida cotidiana negando qualquer ontologia da realidade ou argumento de autoridade filosófica, como algo estável ou comum a todos os indivíduos e essa forma de enfrentar o mundo alonga o papel do teórico a um nível de incerteza que

38. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/pdf/tara/n10/n10a02.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2020.

5 *Ibidem*, p. 41.

6 GRAMSCI, Antonio. *Cadernos do cárcere*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, v. 1, p. 249.

7 GROSSBERG, Lawrence. El corazón de los estudios culturales: contextualidad, construccionismo y complejidad. *Tabula Rasa*, Bogotá, Colombia, n. 10, jan./jun. 2009, p. 28. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/pdf/tara/n10/n10a02.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2020.

8 *Ibidem*, p. 31.

será com razão criticado pela eterna parcialidade e não acabamento, impondo reter que a cultura não existe como algo harmônico e livre de contradições, estando também conectada a estruturas de poder políticas, econômicas e sociais⁹.

O *paradigma cultural* não se prende a uma corrente de pensamento linear e problemas teóricos em abstrato, mas, como reforça Grossberg¹⁰, encontra-se vivaz nas teorias pós-modernas, marxistas, fenomenológicas, pragmáticas, pós-estruturais, feministas, pós-coloniais, raciais, *queer*, etc., aplicadas em contextos variados e necessários à extração de um conhecimento útil à estratégia política, sem lealdade a contratos teóricos com ninguém. Gramsci¹¹ critica duramente os teóricos modernos que acreditam no natural *progresso* do mundo, como se este caminhasse pelos seus próprios pés para um destino certo, e também condena os que afiançam o intelectual defensor da liberdade abstrata, no gabinete, como os que apenas consideram o passado sem se envolver com processos de luta no presente. O projeto dos *estudos culturais* será por menos texto e mais conhecimento estratégico no contexto da política. Mudar a orientação acadêmica do texto para a prática não proclama com isso o abandono do texto ou mesmo da teoria, mas se destina ao texto teórico um encargo com compromissos práticos manifestados na realidade presente, e não na cabeça ilustrada de um gênio.

Os contextos são espaço-problemas nos quais se notam as relações de força, ódio, desesperança e esperança, tornando-se assim o lugar de extração das perguntas necessárias a saber contra o que lutar¹². O futuro do planeta

torna-se um assunto central para os intelectuais dos anos 1960, fazendo todo sentido quando Erich Fromm¹³ pergunta no seu livro *La revolución de la esperanza: hacia una tecnología humanizada* que tipo de sociedade haverá nos anos 2000. Como não são estáticos, os espaços-problemas estão em constante transformação não somente no espaço, mas também no tempo, certamente apresentando-se muito diferente hoje do que imaginado por Fromm ou qualquer outro; sempre revelam novas descobertas e articulações de domínio e resistência, fazendo com que a própria prática de produzir textos na academia seja problematizada. Textos e práticas em espaços-problemas devem servir ao rompimento da sujeição em constante mudança¹⁴.

O impacto disso tudo sobre a teoria do conflito será devastador, porque o conhecimento será produzido a partir da lei problematizada, perdendo a isenção que tinha no positivismo para tornar-se um mecanismo de dominação e expressão de relação de poder, enquanto expressões culturais adquirem importância para comunicar sinais claros dos valores e crenças sociais. Da cultura de massa à marginal, nisso incluindo-se com destaque a literatura e o cinema, novos sentidos de expressão formarão a produção dos novos questionamentos a respeito dos mecanismos de dominação. Os textos culturais convertem-se em armas de resistência contra a *violência cultural*, entendida aqui como uma prática, tolerada ou até naturalizada, que camufla estruturas de opressão e falhas ou ausências no reconhecimento. Esse tipo de violência ino-

9 *Ibidem*, p. 26-34.

10 *Ibidem*, p. 35.

11 GRAMSCI, Antonio. *Cadernos do cárcere*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, v. 1, p. 448-449.

12 GROSSBERG, Lawrence. El corazón de los estudios culturales: contextualidad, construccionismo y complejidad. *Tabula Rasa*, Bogotá, Colombia, n. 10, jan./jun. 2009, p.

37. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/pdf/tara/n10/n10a02.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2020.

13 FROMM, Erich. *La revolución de la esperanza: hacia una tecnología humanizada*. México: Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 38.

14 GROSSBERG, Lawrence. El corazón de los estudios culturales: contextualidad, construccionismo y complejidad. *Tabula Rasa*, Bogotá, Colombia, n. 10, jan./jun. 2009, p.

43. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/pdf/tara/n10/n10a02.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2020.

cula crenças e discursos que permitem uma relação de troca entre opressão e submissão, limitando a liberdade, reduzindo pessoas a estereótipos, restringindo potencialidades humanas a contextos políticos que, embora possíveis de transformação, apresentam-se como essenciais à vida, o que determina lugares privilegiados para alguns em explicações simplistas e universalistas.

A *violência cultural* se oculta muito bem, mas, quando percebida, muito do que se identifica como *desvio* ou *desviante* sob a luz da criminologia tradicional deixa de sê-lo no *paradigma cultural* para adquirir cores de resistência e convocatória à mudança. A *criminologia cultural* traz muitos novos questionamentos para o sistema estatal de controle, depurando contextos de violência cultural que geram tipificações desviantes contra as pessoas erradas de sempre. Com um projeto ousado e muitas vezes indefinível, os *estudos culturais* não se apresentam com a bandeira de salvação do conhecimento ou da academia, tampouco levam consigo verdades eternas. Suas vantagens residem justamente nessa flexibilidade e adaptabilidade às condições temporais das transformações dos contextos nos quais se inserem.

Para compreender a *cultura da violência*, é importante entender o que Hall, Jefferson, Clarke e Roberts apontam sobre senso comum e universalização sobre as ideias do *desvio*, essencialmente demarcadas pelos diversos sentidos emprestados das classes dominantes e que se tornam perigosamente críticos em sociedades polarizadas e divididas, como as que se projetaram na Inglaterra dos anos 1960. No bojo da questão da violência, para visões tradicionais ou conservadoras, aparece a questão da disciplina, hierarquia social e autoridade, de onde nasce a família como instituição central para fornecer controles e socialização primária necessários à infusão dos valores de hierarquia e disciplina¹⁵.

Forma-se assim uma imagem geral a respeito da violência, especificamente demarcada pelo ponto de vista de um determinado grupo social, bem identificada na lei, no consenso social e nas decisões judiciais.

Nessa linha, a violência pode ser reconhecida como “normal”, durante “bebedeiras de final de semana”, ou “assunto privado”, quando se trata de violência doméstica. De outro lado, agressões sem justificativas ou não defensivas podem ser interpretadas como contrárias aos códigos morais. A violência contra alguns grupos sociais é aceitável e contra outros, como os dos idosos, é censurada¹⁶. A violência tange muitas complexidades, tanto atingindo bens materiais como culturais necessários à vida em sociedade, não permitindo uma teorização geral fácil, aparecendo em alguns contextos como “natural” e outros como “cruel”, evidentemente podendo variar entre as classes sociais pelos diversos elementos que influem sobre elas, tudo isso bem identificado na crueldade inadmissível das lutas esportivas entre seres humanos, que rendem milhões de espectadores nos mais diversos canais de transmissão.

O senso comum consiste em ideias que existem impassíveis de contestação, que se recebe na socialização e se dá continuidade sem nenhum questionamento, mas quando essa ideologia do senso comum começa a apresentar sinais de fragilidade, cria-se uma sensação de perda dentro de um contexto de descompromisso com uma ética de sacrifícios e afrouxamento dos controles familiares; gera-se uma ansiedade social que facilita o aparecimento de *bodes expiatórios* que reorientam o senso comum a um ponto de descarga das tensões¹⁷. O assaltante é um

CLARKE, John; ROBERTS, Brian. *Policing the crisis: mugging, the state, and law and order* (critical social studies). Londres: The Macmillan Press, 1982, p. 144.

16 *Ibidem*, p. 148.

17 *Ibidem*, p. 157.

15 HALL, Stuart; CRITCHER, Chas; JEFFERSON, Tony;

inimigo público generalizado nas cidades¹⁸ e existe uma origem conservadora na reação de *pânico moral* à sua violência. Fora do plano teórico da criminologia mais acadêmica, Hall, Jefferson, Clarke e Roberts apontam que a opinião pública produz as explicações para o pânico e ansiedade que o tema sugere de forma fragmentada e contraditória a partir do que o Judiciário decide, a mídia divulga e o público conjectura. O Judiciário apresenta uma justificativa imprecisa para o *desvio* de forma reducionista, deixando de fora várias camadas de reflexões, havendo na imprensa, segundo aqueles autores, uma tentativa de aprofundar mais, principalmente nas reportagens investigativas¹⁹.



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

No lado do público leigo, o *desvio* se desdobra em uma explicação conservadora e outra liberal progressiva. A primeira aponta o *desvio* como produto ancestral da luta espiritual entre o bem e o mal, tornando-se o criminoso a representação de quem fez a escolha de combater do lado maléfico, o que o torna inumano, uma ameaça em si à ordem social. A outra explicação retrata o *desviante* como quem não foi socializado adequadamente, sofreu falhas nos mecanismos de controle da própria sociedade, família e escola

principalmente. Pode dizer-se que a primeira explicação é a do velho testamento; e a segunda, do novo, em que o crime aparece como uma questão social²⁰. No novo testamento, o perdão é gracioso, independentemente de qualquer ação justificadora, sem limites. Deve ser dado setenta vezes sete (Mateus 18:21-22), porque somente é perdoado quem perdoar (Lucas 6:37).

3 Participação cultural, conflito e reconhecimento

Na contemporaneidade não dá para pensar a política de controle social sem integrar-se à *filosofia do reconhecimento*, porque, na sociedade multicultural, nenhum indivíduo ou grupo social é capaz de, por si só, obter o *reconhecimento*, sem a participação de outros indivíduos ou grupos sociais e, em muitos casos, isso depende de garantias mínimas asseguradas pelos Poderes do Estado. O *reconhecimento* é um direito fundamental para indivíduos e grupos culturais nas sociedades democráticas. Ele não existe em grupos hierarquizados em que os papéis sociais reservam a identidade de cada um. Em sociedades hierarquizadas – como explica Odair Camati²¹ –, o indivíduo só precisa pleitear o reconhecimento daquilo que a posição social hierarquizada permite. Como nas democracias, posições hierarquizadas não são preservadas, fica mais difícil para o indivíduo defender o seu *reconhecimento*, o que naturalmente o invoca a transacionar o seu *reconhecimento* com outros e, em muitos casos, será preciso lutar por isso, porque o *reconhecimento* aparece defeituoso, sem corresponder à identidade cultural de indivíduos ou coletividade²².

²⁰ *Ibidem*, p. 169.

²¹ CAMATI, Odair. Reconhecimento e identidade no pensamento político de Charles Taylor. In: DAMIANI, Suzana; HANSEL, Cláudia Maria; QUADROS, Maria Suelena Pereira de (Orgs.). *Cultura de paz: processo em construção*. Caxias do Sul: Educs, 2017, p. 61.

²² *Ibidem*, p. 62.

¹⁸ *Ibidem*, p. 161.

¹⁹ *Ibidem*, p. 165-167.

Nesse quadro, o reconhecimento nutre a identidade. Quando um falhar, o outro define. De acordo com Charles Taylor, no encontro entre dois indivíduos, com culturas distintas, o diálogo entre eles somente acontecerá de forma plena e pacífica se acontecer uma *ampliação dos horizontes*, cada um deixando os limites de suas próprias fronteiras. O entendimento mútuo, em sociedades multiculturais, requer, portanto, que a *pluralidade de horizontes* de visões pessoais e de compreensões, que cada um defende isoladamente, ceda à projeção de um horizonte cultural mais abrangente e global²³. Não deve haver *horizontes* superiores a outros e quando isso acontecer será por motivo de falha ou falta de reconhecimento. Indivíduos estigmatizados culturalmente, submetidos a processos de déficit de *reconhecimento*, incorporam essa falha a suas próprias identidades e ações sociais. Na dimensão dos conflitos sociais, a democracia carrega o encargo de que a *luta por reconhecimento* precisa acontecer em todos os espaços vitais da sociedade, no Estado, na família e em qualquer outro coletivo²⁴, sobretudo nos espaços-problema.

Na pauta da *luta por reconhecimento*, indivíduos vulneráveis estão em posição mais difícil para defender a sua identidade, de modo que grupos culturais mais vulneráveis precisam de tratamento diferenciado para que protejam suas posições quanto aos interesses relacionados a sua identidade. Ainda que a filosofia do *reconhecimento* não seja nenhuma novidade, ela transformou as lutas identitárias na sociedade pós-moderna, desde o transbordo de todos os aspectos da modernidade, notadamente exclusão e individualidade.

E como fica a posição do Judiciário diante dessas questões? Minimalistas defendem que se deixe o próprio mercado cultural regular os processos de luta entre os *horizon-*

tes pessoais, prevalecendo os mais resistentes em detrimento dos menos estáveis. O Estado deve intervir dos processos de *reconhecimento* ou agir como mediador absolutamente neutro? Não há como assegurar neutralidade. Uma Constituição repercute uma pluralidade de escolhas culturais mais fortes em favor de determinados grupos culturais e, como não existe nenhuma chance para se assegurar neutralidade máxima para o Estado, a este cabe intervir para equilibrar os processos de *luta por reconhecimento*, protegendo determinadas culturas em prol da diversidade, do diálogo, da convivência pacífica entre as diferenças e da suplantação da conflituosidade²⁵. A organização de violência unilateral relaciona-se diretamente com a falta de reconhecimento e de um ator como o Estado para garantir condições mínimas de luta.

Na teoria constitucional, esse debate se prolonga na definição do papel do Judiciário nas *democracias* para intervir com a finalidade de garantir condições mínimas de *reconhecimento* mútuo entre indivíduos e grupos sociais. O *constitucionalismo* identifica-se exatamente com as pautas progressivas de *reconhecimento*. Não tem sido fácil aceitar que um pequeno grupo de homens e mulheres não eleitos decidam no Judiciário em nome dessas pautas, muitas vezes em detrimento de leis escritas por outros homens e mulheres escolhidos democraticamente para o papel de redigir normas para a “maioria”, o que abre uma tensão entre *constitucionalismo* e *democracia*. No lado da *democracia*, predomina o entendimento da vontade geral e da cultura predominante, enquanto no das lutas identitárias do *constitucionalismo* desenvolve-se o da diversidade cultural e resistência ao poder tirânico da maioria.

O Judiciário pode impor políticas de reconhecimento refutadas por representantes escolhidos majoritariamente? Ordens jurídicas com falhas de reconhecimento

²³ *Ibidem*, p. 66.

²⁴ *Ibidem*, p. 68.

²⁵ *Ibidem*, p. 73.

justificam a intervenção judicial? Em meio a essas questões, a história constitucional dos Estados Unidos marcou-se por ativismos progressistas agindo para desapossar estruturas normativas conservadoras, como aconteceu em *Brown versus Bord Education* (1954) e em *Roe versus Wade* (1973). Mas quando se defende o ativismo, progressista ou conservador, entrega-se ao risco de *backlash* incontrolável, o que realça ainda mais a tensão entre *constitucionalismo* e *democracia*.

De forma ampla e diante desse quadro apresentado, Nimer Sultany aponta que o debate entre *constitucionalismo* e *democracia* divide-se entre os que defendem a unidade desses dois elementos e os que a rejeitam. Entre os defensores da unidade, democracia e constitucionalismos se complementam, de modo que o ativismo dos tribunais não implicaria nenhum paradoxo, cabendo, portanto, ao Judiciário o dever de controlar os abusos majoritários. Para esses autores, a tensão entre *democracia* e *constitucionalismo* não existe de fato ou, se de algum modo importa, pode ser conciliada. Para esses autores, a verdadeira democracia seria a constitucional, de maneira que o ativismo decorre justamente do poder de garantir a efetividade constitucional, não havendo, logo, como falar de um *constitucionalismo* sem *democracia*, tampouco de caráter antidemocrático do *judicial review*²⁶. Em oposição a isso, os teóricos que refutam a harmonia, entre esses dois elementos, também negam o ativismo.

A respeito da intervenção judicial nas democracias constitucionais, encaminham-se linhas de pesquisa que variam em torno das *democracias procedimentais*; do *republicanismo procedimental*; do *minimalismo* e do

constitucionalismo popular. Nenhuma dessas correntes advoga o fim completo do ativismo, mas apresenta maior ou menor defesa no poder dos tribunais para intervir nas políticas de reconhecimento. Os defensores da *democracia procedimentalista* focam apenas o núcleo formal consubstanciado nas eleições, cabendo o *judicial review* para proteger os mecanismos democráticos eleitorais. O movimento do *republicanismo procedimental* busca mais ativismo judiciário, enfatizando a participação social²⁷, enquanto os *minimalistas* procuram exatamente refrear o movimento ativista, contendo-o e afastando os tribunais de envolvimento com questões políticas. Por fim, o *constitucionalismo popular* questiona a exclusividade da interpretação constitucional apenas para os tribunais, invocando a participação popular nesse processo e assim limitando o papel dos juízes a temas mais específicos ou mesmo afastando por completo esse papel²⁸.

Nessa perspectiva da participação, Härbele²⁹ defende uma ligação entre cultura e liberdade para, em consequência disso, justificar um texto constitucional que não seja exclusividade da interpretação dos juízes, notadamente porque as leis também trazem, dentro de si, a expressão do desenvolvimento cultural. Para o autor, a liberdade é um direito fundamental de dimensão cultural que se projeta na democracia³⁰. Assim, toda liberdade torna-se liberdade cultural, e essa liberdade plural ocorre exatamente por meio de um projeto social educacional plural³¹ que abarque a liberdade cultural de cada um, da coletividade e das regiões culturalmente diferenciadas. Rejeita-se assim uma hermenêutica positivista em favor de uma que incorpore a

26 SULTANY, Nimer. The state of progressive constitutional theory. The paradox of constitutional democracy and the project of political justification. *Harvard Civil Rights-Civil liberties Law Review*, v. 47, 2012, p. 396. Disponível em <https://harvardcrcl.org/wp-content/uploads/sites/10/2009/06/Sultany.pdf>. Acesso em: 03 dez. 2019.

27 *Ibidem*, p. 408.

28 *Ibidem*, p. 411-422.

29 HÄRBELE, Peter. *Teoría de la constitución como ciencia de la cultura*. Trad. Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2000, p. 46.

30 *Ibidem*, p. 79.

31 *Ibidem*, p. 91.

defesa da cultura e aproxime o Estado desse propósito, porque a Constituição é a cultura em forma de texto e, desse modo, proteger bens culturais significa resguardar a própria ideia de Direito Constitucional Cultural. Nesse contexto, Härbele afirma que a Constituição não pode limitar-se a um documento legal como qualquer outro, cuja compreensão fique restrita ao saber de juristas especializados, profissionais das velhas regras e conhecidas técnicas de todo sempre, mas deve ser um meio para uso de qualquer cidadão, da família, escola, igreja e qualquer outro coletivo; a Constituição torna-se, dessa forma, espelho de herança e esperança cultural³².

O que se afirma aqui, sobre o rompimento com o saber técnico especializado, fundamenta uma prática abolicionista evidente que coincide com o direito penal constitucional cultural inteiramente diferente, que exige mudanças, rompimentos com os saberes técnicos especializados e os lugares-comuns das doutrinas institucionalizantes. Esse direito penal constitucional cultural abre-se sem dúvida às práticas de não violência e superação da criminalização da cultura e indiferença às falhas de reconhecimento.

A participação social, na vida cultural, tornou-se um direito fundamental inerente ao desenvolvimento da identidade e inclusão. Restrições à vida cultural determinam sinais de sociedades excludentes com falhas de reconhecimento que impedem a liberdade de expressão cultural nas práticas tradicionais mais diversas no âmbito de qualquer comunidade. O direito humano de *participação cultural* confirma o caráter democrático da sociedade, razão pela qual se tornou vital neste século que governos, sem prejuízo de indivíduos e comunidades, passem a estimular o patrimônio cultural de uma forma nova, agora não mais limitada à definição do que vem a ser cultura apenas pelo ditado dos juízes ou “parecer” de autoridades técnicas

especializadas detentoras dos códigos capazes de decifrar o “segredo da cultura”.

No século XIX, o *patrimônio cultural* vinculava-se a valores aristocráticos de uma classe artística singular, de onde se destacava a arte como um valor elevado, restrito a poucos, cabendo ao Estado um papel de guardião desses bens materiais, às vezes até sem permitir o conhecimento público, como pinturas, esculturas e arquitetura. No século XX, a cultura de massa amplia o sentido de cultura, mas agora perceptivelmente com menor “valor artístico”, se comparado ao período anterior. No século XXI, o conceito de produtor da cultura se estende ainda mais, tornando-se muito mais complexo e multifacetado, por ligar-se à função de coesão e integração social, abrangendo as ações mais distintas, desde expressões orais e eventos festivos até as tradições ou rituais sociais. O valor do *patrimônio cultural* não se limita a coisa e objetos de alto valor reconhecido por técnicos especializados, mas se difunde também para o que tem um valor variável no tempo, que não cabe em um pedestal de museu, de onde surge tanto a sua natural “fraqueza” como também a urgência de construção de canais de sua preservação pela ativação da participação social.

Nesse contexto, a ativação da participação alarga o objeto do *patrimônio cultural* das coisas para as pessoas e nessa nova virada acentua-se o seu caráter democrático, que investe sobre a base da sociedade, ocupando-se das identidades e diferenças sociais. Exercer esse patrimônio importa vivenciar – com livre arbítrio – as identidades e diversidades, alimentando a sua preservação como sujeito titular de um direito que o protege devotando-se a ele, num processo que cria *inclusão* e *coesão social*, e não como um mero beneficiário alienado de suas responsabilidades.

Como afirma Serena Baldin³³, o uso do

³² *Ibidem*, p. 145.

³³ BALDIN, Serena. I beni culturali immateriali e la partecipazione dela società nella loro salvaguardia: dalle convenzioni internazionali alla normativa in Italia e Spagna.

patrimônio cultural é um direito fundamental inerente à promoção do desenvolvimento sustentável, à qualidade de vida, à diversidade dos povos e à pacificação da sociedade, exatamente como está previsto no artigo 7º da Convenção-Quadro sobre o Valor do Patrimônio Cultural para as Sociedades, Tratado aberto à assinatura desde 2005 aos membros da União Europeia e outros Estados, que assegura o direito à participação do *patrimônio cultural*, o qual, como bem define o artigo 2º dessa Convenção, constitui um grupo de recursos herdados do passado e com os quais as pessoas se identificam como um reflexo e expressão de seus valores, crenças, conhecimentos e tradições em constante evolução.

Esse patrimônio resulta das interações entre pessoas e lugares ao longo da história, formando uma comunidade patrimonial que exerce, defende e transmite essa herança às gerações futuras, podendo assim dizer que existe uma *cultura democrática* ou uma *democracia cultural* da qual surgem direitos e também responsabilidades para indivíduos, comunidades e instituições, não sendo possível asseverar que o indivíduo só recebe vantagens para com esse patrimônio, de modo que ele também gera responsabilidades para indivíduos, governos e comunidades.

E, como tal, o *patrimônio cultural* é uma chave interpretativa que abre para a vida de uma enormidade de novos direitos coletivos de acesso à cultura e à educação de maneira geral³⁴, tornando-se assim um bem jurídico a ser protegido e que se conecta diretamente ao objetivo social de pacificação e aos pressupostos da *criminologia da não violência*. À medida que assegura reconhecimento mútuo e, conseqüentemente, *coesão* e fortalecimento das relações sociais numa perspectiva *democrática cultural* participativa, contribui para

a eliminação de ambientes culturalmente conflitivos.

No Brasil, a discussão do *patrimônio cultural*, no âmbito do constitucionalismo e da democracia, ficou bem clara na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.983/CE, j. 06/10/2016, que debateu a constitucionalidade da *vaguejada*, a partir da Lei Estadual do Ceará nº 15.299, de 8 de janeiro de 2013. O Ministério Público enfatizou na inicial que noutros casos nos quais houve ponderação entre a proteção de práticas culturais e a proteção do meio ambiente, como na *rinha de galo* (ADI 1.856/RJ, j. 26/05/2011) e na festa da *farra do boi* (RE 153.531/SC, j. 03/06/1997), prevaleceu o princípio ambiental, não havendo amparo constitucional para a crueldade animal em qualquer contexto cultural.

Diante da ponderação entre a exigência de proteção da fauna e flora (art. 225) e o livre exercício de direitos culturais (art. 215), o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu com uma maioria apertada, sem qualquer ampla discussão ou audiências públicas, que a proteção ambiental se sobreponha à proteção cultural. O relator, ministro Marco Aurélio, compreendeu a *vaguejada* como uma prática de crueldade aos animais, reforçando a sobreposição do conteúdo do artigo 225, VII, que veda as práticas que “submetam os animais à crueldade”, em detrimento do argumento de que o Estado tem o dever de proteger manifestações culturais, na forma do artigo 215, § 1º, do texto constitucional.

Em seu voto vencido, o ministro Edson Fachin ressaltou que o próprio Ministério Público reconheceu o caráter de tradição cultural da *vaguejada*, apontando as consequências culturais da declaração de inconstitucionalidade, como levar para ilegalidade milhares de pessoas, privando-as da ocupação profissional ou do lazer. Ao enfatizar os aspectos de uma sociedade aberta e culturalmente plural, afasta a comparação da *vaguejada* com a situação da prática da *farra do boi* e da

DPCE Online, n. 3, 2018, p. 594-595. Disponível em: <http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/553/534>. Acesso em: 18 jul. 2020.

34 *Ibidem*, p. 601-603.

rinha de galo. O ministro chama atenção para um olhar sobre a natureza rural e sertaneja da prática da *vaquejada*, estranha aos olhos da sociedade predominantemente urbana. A isso o ministro Gilmar Mendes, também vencido, acresceu que não seria o caso de declarar a atividade inconstitucional, mas regulamentá-la, fazendo-se inviável pretender que o animal seja mantido em “estado natural”, sem que tivesse que haver uma ampla interferência em muitas outras tradições culturais que empregam animais, como rodeios e corridas de cavalo. No caso da *vaquejada*, o ministro defendeu uma atuação minimalista da Corte, por meio de uma posição de autocontrole, *self restraint*, impedindo que se passasse de uma hora a outra a interferir em tradições imemoriais que remontam aos tempos do Brasil Colônia³⁵.

A decisão ativista que no final prevaleceu pela interferência no patrimônio cultural, declarando-se a inconstitucionalidade da *vaquejada*, provocou um efeito o *backlash* com significativas reações, exatamente por ter deixado de considerar os aspectos de reconhecimento das tradições culturais de um grupo de pessoas que se identificavam com ela. O *backlash* provocou mutações legislativas contrárias ao que havia proclamado a decisão do STF, em um movimento de reação semelhante ao que ocorreu depois da decisão ativista promovida em *Roe versus Wade* (1973), quando a Suprema Corte do Estados Unidos da América declarou a constitucionalidade do aborto inerente ao direito de privacidade. Nessa mesma resistência, com caráter de luta por *reconhecimento*, a Lei nº 13.364/2016 “elevou” o rodeio e a *vaquejada* à condição de manifestações da cultura nacional e de patrimônio cultural imaterial (art. 1º) e, já no ano seguinte, aprovou-se a Emenda

Constitucional (EC) nº 96, que alterou o § 7º do artigo 225 da Constituição Federal, para explicitar que “não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizam animais, desde que sejam manifestações culturais”.

Em 2017, o Fórum Nacional de Proteção e Defesa Animal (FNPDA) interpôs a ADI nº 5.728, questionando a constitucionalidade da EC nº 96/2017, ainda sem julgamento, mas já com parecer da Procuradoria-Geral da República (PGR) pela inconstitucionalidade em face da reiteração dos termos que levaram aos julgamentos dos casos da *rinha de galo* e da *farra do boi*. A PGR igualmente interpôs a ADI nº 5.772 para declarar a inconstitucionalidade da emenda, ainda sem julgamento.

Backlash é o termo utilizado para explicar reações negativas ou violentas diante de ações ou omissões de autoridades, principalmente as públicas³⁶. Nesse quadro, entra em discussão se decisões judiciais devem levar em consideração as suas repercussões, especialmente quando, em muitas hipóteses, podem gerar reações violentas por parte de grupos diretamente atingidos por elas, quebrando a estabilidade política. No entanto, o *backlash* não necessariamente pode ser apontado como uma consequência negativa às decisões judiciais, podendo, sim, converter-se como positiva, no sentido de que serve para construir coesões em torno de determinados modelos interpretativos e firmar a construção do que se espera da Constituição como documento formado de um substrato retirado da própria cultura e que compreenda os diversos modos de viver da sociedade³⁷. Dito isso, a reação ao caso da *vaquejada* deixa claro que juízes não são os únicos detentores da Constituição,

35 BRASIL. STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.983/CE*, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. 06/10/2016, DJe 26/04/2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4425243>. Acesso em: 18 jul. 2020.

36 CHUEIRI, Vera Karam de; MACEDO, José Arthur Castillo de. Teorias constitucionais progressistas, *backlash* e *vaquejada*. *Sequência*, Florianópolis, n. 80, dez. 2018, p. 126. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2018v39n80p123/38195>. Acesso em: 13 jul. 2020.

37 *Ibidem*, p. 140.

como também revela um ambiente de tensão constitucional e democrática que somente tem a enriquecer a definição dos papéis das Cortes, moldando o sentido constitucional para a definição de que sociedade se precisa para o futuro, especialmente com relação à definição sobre os horizontes de bem viver e diversidade, campos estes sensíveis à repressão e violência.

Em 2019, a Lei nº 13.873 substituiu na Lei nº 13.364/2016 a expressão que “elevava” o rodeio e a *vaquejada* a manifestações da cultura nacional e de patrimônio cultural imaterial, para “reconhecê-los”, além da prática do laço, como manifestações culturais nacionais, qualificando-as como bens de natureza imaterial integrantes do patrimônio cultural brasileiro. O *reconhecimento* operado na lei exprime um caráter declaratório de direitos culturais que independem de constituição legal, mas que apenas precisam ser aprovados pelo Estado como parte da identidade cultural nacional. Essa lei se relaciona com a lei espanhola nº 10/2015³⁸, que estipula, em sua sexta disposição final, a *tauromaquina* como patrimônio cultural imaterial, assim definido como as expressões orais; os espetáculos; os costumes sociais, festivos e rituais; o conhecimento relacionado com a natureza e o universo; o artesanato tradicional; a gastronomia; as paisagens naturais; as formas de socialização coletiva e organizacionais e as manifestações musicais (art. 2).

No final das contas – depois do *backlash* da decisão que declarou a inconstitucionalidade da *vaguejada* –, o êxito coube até o momento ao movimento cultural. A EC nº 96/2017 opôs resistência à falta de reconhecimento operada pelo STF, sendo esse caso uma evidência de que a inércia de reconhecimento pelo Judiciário produziu resultado exatamente

te contrário aos seus objetivos protetivos do meio ambiente, demonstrando-se que o exercício constitucional de decisões com déficit de reconhecimento cultural, ainda que com o propósito de proteger legítimos direitos fundamentais à proteção ambiental, podem gerar conflitos e movimentos de reação seguidos de mudanças legislativas expansivas com efeitos diversos do que se queria combater, muitas vezes abrindo espaços para reações sociais violentas e retomada de novos conflitos noutros campos da sociedade.

Mudanças culturais exigem leis e decisões judiciais, mas, segundo defendem os teóricos do *constitucionalismo minimalista*, alterações interpretativas mais localizadas no centro dos consensos e menos impactantes produzem melhores resultados a longo prazo. O fato é que nem sempre a solução minimalista é possível. Essa questão-problema apresenta-se porque, em alguns assuntos, a letargia judiciária defendida pelos constitucionalistas minimalistas não cabe em sociedades multiculturais, havendo casos – e não são poucos – em que a decisão deve ser dada justamente no ponto de rompimento do consenso. Se o estado de consenso não fosse rompido rescindindo a solução minimalista, nunca que a Suprema Corte estadunidense teria definido *Brown versus Board of Education*, em 1954, contrariando o modo de vida segregacionista do Sul do país³⁹.

Decisões judiciais nem sempre conseguem mudar padrões étnicos e culturais construídos lentamente e transferidos de geração para geração. Essa sensibilidade de *democracia cultural* foi percebida no Recurso Extraordinário (RE) nº 494.601/RS, relatado pelo ministro Edson Fachin em 2019, quando

38 ESPANHA. Lei nº 10/2015. BOE n. 126, de 27 de maio de 2015, p. 45285. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-5794>. Acesso em: 16 jul. 2020.

39 POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe rage: democratic constitutionalism and backlash. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, v. 42, 2007, p. 58. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1168&context=fss_papers. Acesso em: 03 dez. 2019.

o STF decidiu pela constitucionalidade dos sacrifícios de animais em rituais religiosos. Questionava-se a Lei do Estado do Rio Grande do Sul nº 11.915/2003, alterada pela Lei nº 12.131/2004 e regulamentada pelo Decreto nº 43.252/2004, o qual disciplinava que, “para o exercício de cultos religiosos, cuja liturgia provém de matriz africana, somente poderão ser utilizados animais destinados à alimentação humana, sem utilização de recursos de crueldade para a sua morte”.

Como apontam Robert Post e Reva Siegel⁴⁰, o *minimalismo constitucional*, ainda que tenha a função de evitar *backlash* contra ativismo, pode enfraquecer o papel do Judiciário, inclusive em situações de intervenções de políticas públicas. No entanto, em alguns contextos, a solução minimalista e de *self restraint* se justifica, o que não prevaleceu na decisão da proibição da *vaquejada*, mas, sim, no caso do emprego de animais em rituais religiosos com a afirmação dos valores culturais sobre os ambientais. O Judiciário pode ser um ator importante na construção de pautas de diálogos mais amplas, canalizando conflitos para espaços de disputas discursivas, necessários no constitucionalismo democrático.

No caso da *vaquejada*, o ativismo ambiental não somente conflita com o cultural, mas levanta uma perspectiva de não violência aderente às regras constitucionais e internacionais concretas e grandemente orientadas pelo princípio de proteção. Contudo, move-se contra uma perspectiva constitucional cultural, que abriga o respeito ao reconhecimento inerente à prática cultural. Evidente o conflito entre os horizontes de mundo antropocêntrico e biocêntrico. O espetáculo circense contra os animais de um horizonte que deve ser absolutamente abolido em uma perspectiva encaminhada pelos fundamentos biocêntricos, mas não é muito reiterar que, na luta por reconhecimento, indivíduos vulneráveis, em posição difícil de luta, precisam de tra-

tamento diferenciado para defenderem seus horizontes de interesses ameaçados. A ameaça de violência em um roubo não é uma questão simplesmente patrimonial. Trata-se de um conflito que coloca a vítima em condição de luta pela sua condição de pessoa, e não apenas por um bem patrimonial⁴¹.



Fonte: www.morenopetblog.com.br

A solução para a questão da crueldade contra os animais se resolve de uma forma direta que se sabe qual é: proibição da *vaquejada* e de todas as práticas culturais que utilizem de animais, mesmo que estejam relacionadas com atividades humanas essenciais, e inclusive conteste a indústria do mercado de carne animal em outro grau de análise. Mas esta solução sem desvios não pode ser conseguida aos saltos, sem um processo estrutural que abra uma intervenção do Estado em etapas bem espaçadas, ausente na decisão do STF na ADI nº 4.983/CE. Existem meios para isso, como a regulação da prática cultural com exclusão de determinados comportamentos, limitando o sofrimento animal. No horizonte antropocêntrico, a consideração do aspecto cultural da *vaquejada* dirige uma

40 *Ibidem*, p. 59.

41 HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003, p. 55.

perspectiva de diálogo cultural, com vistas à abolição gradual e, em certo ponto total, da violência contra animais. É de se reconhecer que a proibição pura e simples das violências contra animais exige um desenvolvimento da consciência dos horizontes biocêntricos, sem o que não haverá sucesso da meta política de superação de toda e qualquer violência contra seres vivos.

A singela alternativa de se levar uma prática cultural à criminalização pela proibição pura e simples não se trata de uma via fácil de trilhar quando objetos identitários se relacionam com o tema. Note-se o que ocorreu com o grafite. Difundido no Brasil a partir do século passado, tornou-se prática ilegal, equiparada à pichação, socialmente associada à subversão de grupos marginais. A Lei nº 9.605/1998 criminalizou a conduta de pichar, grafitar ou conspurcar, mesmo existindo o consentimento do proprietário do local, com a finalidade de proteger o patrimônio cultural e visual. Somente em 2011, a Lei nº 12.408/2011 descriminalizou o grafite consentido, mantendo-se a repressão às outras duas condutas, mas, sem que posturas municipais tenham promovido a sua regulamentação nos anos subsequentes. De modo geral, a prática perpetuou-se ligada às raízes marginais, destituída de políticas para proteção, acentuada pela rejeição de um diálogo com os grupos que a desempenham. Como explicam Costaldello e Bley⁴², os projetos de leis municipais que aumentam multas contra a pichação de prédios públicos somente agravam ainda mais os conflitos.

Direitos ambientais e culturais se fortaleceram no final do século passado na medida em que expandiram tensões em torno de, por

um lado, luta por reconhecimento identitário de minorias e, por outro, pautas mais globais de proteção ambiental. Inevitável concluir que a solução para o impasse dessa problemática não reside na simples proibição administrativa ou criminalização das condutas, como aconteceu com a vaquejada ou com o grafite, visto que tais resoluções podem ampliar os espaços de conflitos, na medida em que retiram as possibilidades de construções de outros canais de diálogos e de reconhecimento de minorias culturais em situação de luta por emancipação. A solução da decisão ambientalmente ativista de proibir a vaquejada interpretou os aspectos culturais do conflito de uma forma drasticamente neutra, abandonando o caminho da regulamentação e de estipulação de regras mais rigorosas para a prática cultural.

A proteção de bens culturais imateriais, também acobertada pelos mais diversos documentos internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 27, 1), o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (art. 15, 1) e a Convenção de Faro (art. 1º), endossa o direito de participação social na vida cultural e a defesa da identidade sem a definição de autoridades superiores especializadas ou centralizadas a definir o que é ou não cultura.

O patrimônio cultural no século XXI integra-se ao conceito de participação cultural como instrumento de inclusão e coesão social, uma vivência livre da diversidade e da identidade cultural. Com um objeto tão amplo, o patrimônio cultural consagra-se como direito fundamental inerente à diversidade e à convivência pacífica dos povos, relacionando-se intimamente com uma sociedade não violenta, mas que, de fato, precisa ainda dialogar com pontos incômodos dos programas socioambientais. A democracia cultural expressa na Constituição Federal tanto garante o exercício dos direitos culturais como atribui ao Estado o dever de proteger as manifestações culturais populares (art. 215, § 1º), inseridas no âmbito da democratização do acesso aos bens de cultura, conforme as EC nº 48/2005 e nº 71/2012.

42 COSTALDELLO, Angela Cassia; BLEY, Francisco Tapias Bergamaschi. A regulamentação legal do grafite: perspectivas e caminhos a partir de uma experiência prática em Curitiba. *PragMATIZES* - Revista Latino-Americana de Estudos em Cultura, p. 135-143, maio 2018, p. 10. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/pragmatizes/article/view/10481>. Acesso em: 13 jul. 2020

O dever do Estado de afirmar o meio ambiente equilibrado e a proteção à crueldade contra animais (art. 225 e § 1º, VII) não logrou os efeitos pretendidos no caso da ADI nº 4.983/CE, que proscreeu a vaquejada, forçando a reação da EC nº 96/2017, que expressamente desconsiderou como cruéis “as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal”, cabendo a lei específica regulamentar o bem-estar dos animais.

Voltando a enfrentar o conflito entre pautas ambientais e culturais, no RE nº 494.601/RS, relatado pelo ministro Edson Fachin em 2019, o STF declarou constitucional os sacrifícios de animais em rituais religiosos. Na Espanha, a Lei nº 18, de 12 de novembro de 2013, regulou a *tauromaquia* como patrimônio cultural digno de proteção⁴³, cabendo aos poderes públicos protegê-la, depois que a prática foi banida da Catalunha em 2011, tendo, em 2019, a Suprema Corte desse país proibido o massacre de animais na festa de *Toro de la Vega*, na cidade de Tordesilhas, vedação que não se repetiu na Índia no festival semelhante de Jallikattu, admitido pela Suprema Corte em 2020. Esses casos somente expõem a tensão que prevalece entre os assuntos culturais e a política de proteção ao meio ambiente, sem deixar de sugerir uma gama de outros problemas, como o que diz respeito ao uso cruel de tração animal por habitantes marginais nas periferias das grandes cidades ou no âmbito da economia rural familiar não industrial.

4 Conclusão

Na sociedade multicultural, o desenvolvimento da cultura do ódio conecta-se a temas

identitários e de déficit de reconhecimento. A vaquejada carrega um conteúdo simbólico de falta de reconhecimento como cultura imaterial, cuja proibição pelo STF ensejou uma reação legislativa emblemática, tornando a prática normativamente mais protegida.

Ampliar a estrutura de repressão estatal contra comportamentos culturais, que exprime processos de luta de reconhecimento, desmerece a compreensão da Constituição como um documento cultural. Impende pensar o parque de vaquejada como um espaço-problema que arrasta o saber científico para a teoria do conflito na prática, e não meramente na abstração teórica. Ainda que a imposição do princípio da não violência conclame a proibição absoluta contra qualquer violência animal, inclusive a decorrente das formas de abate, confinamento ou trabalho por tração, o paradigma cultural funciona como uma chave interpretativa para pensar a pacificação social de um ponto de vista conectado à *complexização* das relações humanas em jogo nessa questão das relações com os animais.

O princípio não violento por trás da proibição da vaquejada apresenta contradições difíceis, porque a sua compreensão ou solução depende de mais tolerância e menos repressão. Não se fala aqui dos rodeios ou das corridas de cavalo, esportes também violentos, tampouco dos métodos de morte de animais em frigoríficos industriais, temas contextualmente ligados a interesses econômicos de classes sociais mais fortes do ponto de vista do reconhecimento.

O *paradigma biocêntrico* que integra a base da justificativa da proibição da vaquejada também requer conformidade cultural, do contrário, o que essa proibição pura e simples realiza na vida prática é aumentar o grau de exclusão das comunidades rurais nordestinas que se identificam tradicionalmente com a prática em detrimento do *ethos* moderno global. Não há dúvidas a respeito da necessidade da meta do *paradigma biocêntrico* intimamente ligada a uma existência harmônica,

43 ESPANHA. Lei nº 18/2013. BOE n. 272, de 13 de nov. de 2013, p. 90737. Disponível em: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2013-11837. Acesso em: 16 jul. 2020.

sem qualquer tipo de violência animal, mas é preciso alcançar esses objetivos políticos sem criminalizar a cultura, isto é, sem adotar estratégias que em realidade recorram ao direito penal do autor.

A criminalização da cultura guarda em si um conteúdo de direito penal do autor que se aproxima da seletividade da lei penal presente nas estratégias de violência estatal contra determinados modos de bem viver, o que acentua a tensão entre constitucionalismo e democracia. Sem estabelecer critérios para a regulação da vaquejada, a decisão do STF na ADI nº 4.983/CE, que sequer foi precedida de audiências públicas, reduziu a complexidade do assunto a um objeto meramente ambiental,

sem lograr projetar uma proposta de transformação estrutural que compatibilizasse a proteção ambiental também à luz do paradigma cultural e de fato constrísse uma política de não violência eficaz.

Práticas culturais de pessoas, grupos sociais ou microrregiões, em situação de atraso econômico, devem ser enfrentadas com contenção da repressão, sobretudo para evitar que a resposta de controle se caracterize mera reação seletiva contra a identidade de indivíduos vulneráveis em processo de reconhecimento, que ainda não exerceram plenamente o direito fundamental cultural, primordial, em última análise, à pacificação da sociedade.

REFERÊNCIAS

BALDIN, Serena. I beni culturali immateriali e la partecipazione della società nella loro salvaguardia: dalle convenzioni internazionali alla normativa in Italia e Spagna. *DPCE Online*, n. 3 (2018): 593-616. Disponível em: <http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/553/534>. Acesso em: 18 jul. 2020.

BRASIL. Ceará. *Lei nº 15.299*, de 8 de janeiro de 2013. Regulamenta a vaquejada como prática desportiva e cultural no Estado do Ceará. Diário Oficial do Estado do Ceará: 15.1.2013. Disponível em: <https://www.al.ce.gov.br/legislativo/legislacao5/leis2013/15299.htm>. Acesso em: 18 jul. 2020.

BRASIL. STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.983/CE*, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. 06/10/2016, DJe 26/04/2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4425243>. Acesso em: 18 jul. 2020.

BRASIL. STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.728/DF*. Relator Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5208901>. Acesso em: 18 jul. 2020.

BRASIL. STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.772/DF*. Relator Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5259991>. Acesso em: 18 jul. 2020.

CAMATI, Odair. Reconhecimento e identidade no pensamento político de Charles Taylor. In: DAMIANI, Suzana; HANSEL, Cláudia Maria; QUADROS, Maria Suelena Pereira de (Orgs.). *Cultura de paz: processo em construção*. Caxias do Sul: Educus, 2017.

CHUEIRI, Vera Karam de; MACEDO, José Arthur Castillo de. Teorias constitucionais progressistas, backlash e vaquejada. *Sequência*, Florianópolis, n. 80, p. 123-150, dez. 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2018v39n80p123/38195>. Acesso em: 13 jul. 2020.

COSTALDELLO, Angela Cassia; BLEY, Francisco Tapias Bergamaschi. A regulamentação legal do grafite: perspectivas e caminhos a partir de uma experiência prática em Curitiba. *PragMATIZES - Revista Latino-Americana de Estudos em Cultura*, p. 135-143, maio 2018. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/pragmatizes/article/view/10481>. Acesso em: 13 jul. 2020.

ESPANHA. *Lei nº 18/2013*. BOE n. 272, 13 nov. 2013, p. 90737. Disponível em: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2013-11837. Acesso em: 16 jul. 2020.

ESPANHA. *Lei nº 10/2015*. BOE n. 126, 27 maio 2015, p. 45285. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-5794>. Acesso em: 16 jul. 2020.

FROMM, Erich. *La revolución de la esperanza: hacia una tecnología humanizada*. México: Fondo de Cultura Económica, 2007.

GRAMSCI, Antonio. *Cadernos do cárcere*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, v. 1.

GROSSBERG, Lawrence. El corazón de los estudios culturales: contextualidad, construccionismo y complejidad. *Tabula Rasa*, Bogotá, Colombia, n. 10, p. 13-48, jan./jun. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/pdf/tara/n10/n10a02.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2020.

HALL, Stuart; CRITCHER, Chas; JEFFERSON, Tony; CLARKE, John; ROBERTS, Brian. *Policing the crisis: mugging, the state, and law and order (critical social studies)*. Londres: The Macmillan Press, 1982.

HÄRBELE, Peter. *Teoría de la constitución como ciencia de la cultura*. Trad. Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2000.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003.

KAMBOUCHNER, Denis. *Há bons motivos para ser mau?* Trad. Eric Heneault. São Paulo: Alaúde, 2015. (Série Jovem Pensador).

POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe rage: democratic constitutionalism and backlash. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, v. 42, p. 373-433, 2007. Disponível em https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1168&context=fss_papers. Acesso em: 03 dez. 2019.

SULTANY, Nimer. The state of progressive constitutional theory. The paradox of constitutional democracy and the project of political justification. *Harvard Civil Rights-Civil liberties Law Review*, v. 47, p. 371-455, 2012. Disponível em <https://harvardcrcl.org/wp-content/uploads/sites/10/2009/06/Sultany.pdf>. Acesso em: 03 dez. 2019.



Jurisprudência

Direito Administrativo



Mazé Leite

APELAÇÃO CÍVEL
0003514-55.2012.4.03.6002

Apelante: UNIÃO FEDERAL
Apelada: JANAINA FERREIRA DE FARIAS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO DOMINGUES
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 21/01/2022

EMENTA

ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. SÍNDROME DE GUILLAIN BARRÉ DESENVOLVIDA PÓS VACINA DE FEBRE AMARELA. NEXO DE CAUSALIDADE DEMONSTRADO. DANOS MORAIS. DANOS ESTÉTICOS. CABIMENTO. VALOR ADEQUADO.

- A Constituição Federal de 1988 consagra a responsabilidade civil objetiva da Administração, sob a modalidade do risco administrativo.

- A análise do dispositivo em comento revela que a Carta Magna estabeleceu para todas as entidades estatais, bem como as prestadoras de serviços públicos a obrigação de indenizar o dano causado a terceiros por seus servidores, independentemente da prova de culpa no cometimento da lesão, na hipótese de conduta comissiva.

- Para que haja responsabilidade civil do Estado, devem ser demonstrados a conduta, o dano e o nexo de causalidade, não sendo necessário ao lesado comprovar a culpa da Administração Pública.

- A teoria do risco administrativo, que rege a responsabilidade civil do Estado, não se confunde, entretanto, com a teoria do risco integral, admitida, excepcionalmente, pelo ordenamento jurídico brasileiro, em casos, por exemplo, de responsabilidade por dano ambiental. Isso porque, o dever de indenizar do Estado poderá ser afastado, caso demonstrada a presença de alguma causa excludente de responsabilidade (caso fortuito, força maior, culpa exclusiva da vítima, ou ainda, culpa exclusiva de terceiro).

- As vacinas representam uma grande conquista da medicina e da saúde pública, porém podem causar, em alguns casos, reações adversas desde as mais inofensivas, até mesmo as mais graves que resultem em incapacidade ou morte. É certo que o dever de imunização em massa incumbe ao Estado, logo a ele compete, igualmente, amparar àqueles que venham a sofrer com efeitos colaterais dessas vacinas, ainda que em percentual mínimo.

- A responsabilidade civil do Estado por acidente de consumo decorrente de vacinação é objetiva, não havendo se falar em caso fortuito ou imprevisibilidade de reações adversas.

- O laudo pericial médico elaborado em 09/10/2014, complementado em 10/06/2015 atesta que a autora é portadora de Síndrome de Guillian Barré, com paralisia incompleta de membro superior esquerdo e de membros inferiores. Apresenta dano estético a ponto de causar constrangimento ou de impressionar negativamente o observador. Há incapacidade para atividades que demandem postura prolongada em

pé ou que demandem esforços físicos com membros inferiores. Mantém satisfatoriamente suas relações interpessoais com capacidade de compreensão e comunicação. Necessita da ajuda parcial de terceiros para algumas de suas necessidades básicas de higiene, alimentação e locomoção. Afirma que a condição atual da requerente é irreversível e que a síndrome de Guillain Barré se desenvolveu “em decorrência da vacina”.

- Não se conhece a causa específica da síndrome de Guillain Barré, também chamada de polirradiculoneuropatia idiopática aguda ou polirradiculopatia aguda imunomediada. No entanto, na maioria dos casos, duas ou três semanas antes, os portadores dessa síndrome manifestaram uma doença aguda provocada por vírus (citomegalovírus, Epstein Barr, da gripe e da hepatite, por exemplo) ou bactérias (especialmente *Campylobacter jejuni*). Cirurgias, vacinação, traumas, gravidez, linfomas, gastroenterite aguda e infecção das vias respiratórias altas podem ser consideradas outras causas possíveis da polineuropatia aguda.

- O restante do conjunto probatório trazido aos autos corrobora a conclusão da perícia médica judicial no sentido da existência de incapacidade da parte autora e confirma o nexo de causalidade entre a vacina e a síndrome desenvolvida pela autora.

- A União Federal não logrou trazer quaisquer elementos aptos a ilidir a prova produzida pelo autor e a conclusão da perícia judicial, limitando-se a afirmar, de forma genérica, que a síndrome foi desenvolvida em razão de “virose” precedente à internação da autora.

- Os sintomas de “virose” (diarreia, vômito e cefaleia) estão descritas como reações adversas de inúmeras vacinas e medicamentos. Inobstante a raridade dos casos, a Síndrome de Guillain Barré também está elencada na bula como causa adversa da vacina de febre amarela e indica investigação dos casos entre 1 a 30 dias após a aplicação da vacina, prazo muito próximo ao momento em que a autora foi diagnosticada com a patologia.

- Demonstrado que a vacina desencadeou o desenvolvimento da síndrome de Guillain Barré (reação pós vacina), aplicada em decorrência da Política Nacional de Vacinação deve a União Federal ressarcir os danos suportados pela autora.

- Para a fixação do montante a ser fixado a título de dano moral, deve o magistrado sopesar diversos fatores, dentre os quais a situação social, política e econômica dos envolvidos, as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral, a intensidade do sofrimento ou humilhação, o grau de dolo ou culpa.

- O montante fixado tanto a título de danos morais, R\$100.000,00 quanto ao dano estético R\$50.000,00 é adequado e está de acordo com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, razão pela qual deve ser mantida a sentença.

- Os honorários advocatícios, estes devem ser arbitrados em 10% do valor da condenação, em observância aos critérios estabelecidos pelo art. 85, §§s 1º e 2º, do CPC.

- O valor da condenação deverá ser atualizado monetariamente e acrescido de juros de mora pelos índices constantes do Manual de Orientação para a elaboração de Cálculos na Justiça Federal vigente à época da elaboração da conta.

- Sucumbência recursal. Aplicação da regra do §11 do artigo 85 do CPC/2015. Majoração dos honorários de advogado devidos à parte autora, no montante de 1% do valor ora fixado.

- Apelação da União Federal não provida. Apelação da parte autora parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao apelo da União Federal e deu parcial provimento ao apelo da parte autora para alterar a base de cálculo da verba honorária e os critérios de juros de mora e correção monetária, na forma explicitada, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de ação ordinária interposta por Janaina Ferreira de Farias em face da União Federal, Estado do Mato Grosso do Sul e Município de Itaporã objetivando a concessão de indenização por danos materiais, morais e estéticos sofridos em razão de supostamente ter adquirido a Síndrome de Guillain Barré após imunização contra Febre Amarela no Sistema Público de Saúde, em 2008.

A sentença proferida em 22/02/2018 (ID149194160 – fls.5) excluiu da lide por ilegitimidade passiva, nos termos do art.485, VI do CPC, o Estado de Mato Grosso do Sul e o Município de Itaporã, condenando o autor ao pagamento dos honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa, observada a gratuidade da justiça e julgou procedente o pedido condenando a União Federal a pagar em favor da autora indenização por danos morais no valor de R\$100.000,00 (cem mil reais), danos estéticos no importe de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais), acrescidos de juros de mora a partir do evento danoso e correção monetária a partir da sentença e danos materiais comprovados em R\$1.731,68 (mil setecentos e trinta e um reais e sessenta e oito centavos), corrigidos a partir do desembolso. Honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa. Dispensado o reexame necessário.

Apela a União Federal sustenta, em síntese, que não restou demonstrada a causalidade entre a vacina de febre amarela e a síndrome adquirida pela autora. Alega que decorreram mais de 30 dias da aplicação da vacina e o diagnóstico, sendo que a autora apresentou quadro precedente de “virose” esta sim largamente apontada como causa da síndrome de Guillain Barré. Ressalta que em razão do alto número de doses aplicadas em Programas Nacionais de Vacinação podem ocorrer reações adversas pontuais - e raramente ocorrem- situações que fogem do alcance do Estado, demonstra a hipótese de caso fortuito ou força maior. Inexistindo nexo de causalidade entre a vacina de febre amarela ministrada na apelada e a síndrome que contraiu não há se falar em ato ou omissão praticados pela União ou seus agentes a ensejar a indenização pleiteada. Subsidiariamente, requer a redução dos valores arbitrados a título de dano moral e estético.

A parte autora apela requer, em síntese, que a verba honorária seja fixado sobre o valor da condenação e alteração dos critérios de juros de mora e correção monetária.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta E. Corte.

É o relatório.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço dos recursos de apelação.

Cinge-se a controvérsia recursal acerca da configuração da responsabilidade civil do Estado decorrente de Síndrome de Guillain Barré desenvolvida após imunização contra febre amarela.

A Constituição Federal de 1988 consagra a responsabilidade civil objetiva da Administração, sob a modalidade do risco administrativo, nos seguintes termos:

“Art. 37.

§ 6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

A análise do dispositivo em comento revela que a Carta Magna estabeleceu para todas as entidades estatais, bem como as prestadoras de serviços públicos a obrigação de indenizar o dano causado a terceiros por seus servidores, independentemente da prova de culpa no cometimento da lesão, na hipótese de conduta comissiva.

Nesse contexto, para que haja responsabilidade civil do Estado, devem ser demonstrados a conduta, o dano e o nexo de causalidade, não sendo necessário ao lesado comprovar a culpa da Administração Pública.

A teoria do risco administrativo, que rege a responsabilidade civil do Estado, não se confunde, entretanto, com a teoria do risco integral, admitida, excepcionalmente, pelo ordenamento jurídico brasileiro, em casos, por exemplo, de responsabilidade por dano ambiental. Isso porque, o dever de indenizar do Estado poderá ser afastado, caso demonstrada a presença de alguma causa excludente de responsabilidade (caso fortuito, força maior, culpa exclusiva da vítima, ou ainda, culpa exclusiva de terceiro).

O artigo 927 do Código Civil, dispõe:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

No mesmo sentido dispõe o Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo de seu fornecimento;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi fornecido.

§ 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

As vacinas representam uma grande conquista da medicina e da saúde pública, porém podem causar, em alguns casos, reações adversas desde as mais inofensivas, até mesmo as mais graves que resultem em incapacidade ou morte. É certo que o dever de imunização em massa incumbe ao Estado, logo a ele compete, igualmente, amparar àqueles que venham a sofrer com efeitos colaterais dessas vacinas, ainda que em percentual mínimo.

Nesse contexto é objetiva a responsabilidade civil do Estado por acidente de consumo decorrente de vacinação, descabendo falar em caso fortuito ou imprevisibilidade de reações adversas.

Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. ACIDENTE DE CONSUMO. ART. 927, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL. ART. 14 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. CAMPANHA NACIONAL DE VACINAÇÃO DE IDOSOS CONTRA VÍRUS INFLUENZA-GRIPE. REAÇÃO VACINAL. DESENVOLVIMENTO DA SÍNDROME DE GUILLAIN-BARRÉ. CASO FORTUITO NÃO CONFIGURADO. DANO MORAL PRESUMIDO. INDENIZAÇÃO.

1. Hipótese em que o particular, ora recorrido, postulou a condenação solidária dos réus ao pagamento de indenização por danos morais, materiais e pensionamento mensal decorrentes do desenvolvimento da “Síndrome de Guillain-Barré” (SGB) após tomar dose de vacina contra o vírus influenza (gripe), atendendo à incitação publicitária da “Campanha Nacional de Vacinação de Idosos”.

2. Uma das mais extraordinárias conquistas da medicina moderna e da saúde pública, as vacinas representam uma bênção para todos, mas causam, em alguns, reações adversas que podem incapacitar e até levar à morte. Ao mesmo Estado a que se impõe o dever de imunizar em massa compete igualmente amparar os poucos que venham a sofrer com efeitos colaterais.

3. Com base no art. 927, parágrafo único, do Código Civil ou no art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, é objetiva a responsabilidade civil do Estado por acidente de consumo decorrente de vacinação, descabendo falar em caso fortuito ou imprevisibilidade de reações adversas.

4. Recurso Especial não provido. ..EMEN:

(RESP - RECURSO ESPECIAL - 1388197 2013.00.99928-9, HERMAN BENJAMIN, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:19/04/2017)

Estabelecidas essas premissas, cumpre analisar as circunstâncias fáticas no caso concreto.

Nesse caso é necessário examinar o nexo de causalidade, entre a aplicação da vacina e o desenvolvimento da Síndrome de Guillain Barré.

O laudo pericial médico elaborado em 09/10/2014 (id149194159), complementado em 10/06/2015 (ID149194159 – fls.72) atesta que a autora é portadora de Síndrome de Guillain Barré, com paralisia incompleta de membro superior esquerdo e de membros inferiores. Apresenta dano estético a ponto de causar constrangimento ou de impressionar negativamente o observador. Há incapacidade para atividades que demandem postura prolongada em pé ou que demandem esforços físicos com membros inferiores. Mantém satisfatoriamente suas relações interpessoais com capacidade de compreensão e comunicação. Necessita da ajuda parcial de terceiros para algumas de suas necessidades básicas de higiene, alimentação e locomoção. Afirma que a condição atual da requerente é irreversível e que a síndrome de Guillain Barré se desenvolveu “em decorrência da vacina”.

Conforme descrito no laudo, não se conhece a causa específica da síndrome de Guillain Barré, também chamada de polirradiculoneuropatia idiopática aguda ou polirradiculopatia

aguda imunomediada. No entanto, na maioria dos casos, duas ou três semanas antes, os portadores dessa síndrome manifestaram uma doença aguda provocada por vírus (citomegalovírus, Epstein Barr, da gripe e da hepatite, por exemplo) ou bactérias (especialmente *Campylobacter jejuni*). Acrescenta que cirurgias, *vacinação*, traumas, gravidez, linfomas, gastroenterite aguda e infecção das vias respiratórias altas podem ser consideradas outras causas possíveis da polineuropatia aguda.

O restante do conjunto probatório trazido aos autos (ID149194151 a 154 - prontuários e exames médicos) corrobora a conclusão da perícia médica judicial no sentido da existência de incapacidade da parte autora e confirma o nexo de causalidade entre a vacina e a síndrome desenvolvida pela autora.

Por sua vez, a União Federal não logrou trazer quaisquer elementos aptos a ilidir a prova produzida pelo autor e a conclusão da perícia judicial, limitando-se a afirmar, de forma genérica, que a síndrome foi desenvolvida em razão de “virose” precedente à internação da autora.

Observe-se que os sintomas de “virose” (diarreia, vômito e cefaleia) estão descritas como reações adversas de inúmeras vacinas e medicamentos. Inobstante a raridade dos casos, a Síndrome de Guillain Barré também está elencada na bula como causa adversa da vacina de febre amarela e indica investigação dos casos entre 1 a 30 dias após a aplicação da vacina, prazo muito próximo ao momento em que a autora foi diagnosticada com a patologia. (https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/fiscalizacao-e-monitoramento/farmacovigilancia/arquivos/manual_vigilancia_epidemiologica_eventos_vacinacao_4ed.pdf/view pesquisa realizada em 28/10/2021 – 17h27min).

Assim, demonstrado que a vacina desencadeou o desenvolvimento da síndrome de Guillain Barré (reação pós vacina), aplicada em decorrência da Política Nacional de Vacinação deve a União Federal ressarcir os danos suportados pela autora.

Quanto ao montante fixado a título de indenização pelos danos morais e estéticos causados à autora não merece reparos a sentença.

Para a fixação do montante a ser fixado a título de dano moral, deve o magistrado sopesar diversos fatores, dentre os quais a situação social, política e econômica dos envolvidos, as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral, a intensidade do sofrimento ou humilhação, o grau de dolo ou culpa.

O montante fixado tanto a título de danos morais, R\$100.000,00 quanto ao dano estético R\$50.000,00 é adequado e está de acordo com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, razão pela qual deve ser mantida a sentença.

Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. OCORRÊNCIA DE DANO ESTÉTICO E FUNCIONAL DE NATUREZA GRAVÍSSIMA E IRREVERSÍVEL, COMPROVADO NAS INSTÂNCIAS DE ORIGEM. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS CUMULADOS COM PENSÃO VITALÍCIA. CAMPANHA NACIONAL DE VACINAÇÃO CONTRA INFLUENZA PROMOVIDA PELA UNIÃO FEDERAL. INCAPACIDADE TOTAL DA VÍTIMA, POR EVENTO PÓS-VACINAL, VINCULADO AO ATO DA VACINAÇÃO E DELE DIRETAMENTE DECORRENTE. SÍNDROME DE GUILLAIN-BARRÉ. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ENTE PÚBLICO CLARAMENTE DEFINIDA. INÉRCIA PROCESSUAL DA UNIÃO: NÃO APELOU, NÃO CHAMOU NEM DENUNCIOU À LIDE O LABORATÓRIO FABRICANTE E A EMPRESA CONTRATANTE, NÃO AGRAVOU, NÃO RECORREU DA CONDENAÇÃO JUDICIAL QUE LHE FOI IMPOSTA, NEM SUSTENTOU ORALMENTE NESTE JULGAMENTO. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE PENSÃO VITALÍCIA. RESIGNAÇÃO DA

UNIÃO FEDERAL QUANTO AOS TERMOS DA CONDENAÇÃO. NÃO INTERPOSIÇÃO DE RECURSOS. ADEQUAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO À EXTENSÃO DO DANO CAUSADO. RECURSO ESPECIAL A QUE SE DÁ PROVIMENTO.

1. Consoante se depreende dos autos, a Recorrente, após ser vacinada em meados de maio de 2008, durante a Campanha Nacional de Vacinação contra a influenza promovida pela UNIÃO FEDERAL, foi acometida de polineuropatia desmilenizante inflamatória pós-vacinal, não havendo dúvidas acerca do nexo de causalidade entre a vacina e o dano que lhe fora causado; este ponto é pacífico, porque definido em termos conclusivos nas instâncias ordinárias.

2. Diante de tal quadro, encontra-se em condição paraplégica, necessitando de ajuda para realizar todas as atividades do seu dia a dia, inclusive beber água e se alimentar, impossibilitada de realizar as tarefas mais básicas do seu antigo cotidiano, como cuidar da sua filha, ainda em tenra idade infantil, exercer seu trabalho e realizar as demais atividades que antes faziam parte de sua vida, tendo manifestado quadro de depressão em razão dessa circunstância em que se encontra.

3. Reconhecida a responsabilidade civil do Ente Público, pelo Tribunal de origem, a UNIÃO FEDERAL ficou inerte: não apelou daquela decisão, não chamou nem denunciou à lide o Laboratório fabricante e a Empresa contratante, não agravou bem como não recorreu da condenação judicial que lhe foi imposta, pois se resignou com a rejeição de seguimento aos seus Recursos Extraordinário e Especial; como também não sustentou oralmente em sua defesa neste julgamento. Com efeito, somente a parte Autora recorreu a esta Corte, postulando o aumento do valor da indenização por danos morais e a implantação de pensão vitalícia, que não fora reconhecida pelo Tribunal Sergipano.

4. O art. 950 do Código Civil dispõe que se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

5. Conforme jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, a vítima do evento danoso, que sofre redução parcial e permanente da sua capacidade laborativa, tem direito ao pensionamento previsto no dispositivo legal acima transcrito, independentemente da existência de capacidade para o exercício de outras atividades, em razão do maior sacrifício para a realização do serviço (AgRg no AREsp. 636.383/GO, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe 10.9.2015); REsp. 1.344.962/DF, Rel. Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, DJe 2.9.2015; REsp. 1.292.728/SC, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 2.10.2013; EDcl no REsp. 1.269.274/RS, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 13.3.2013).

6. Nas hipóteses em que se verificar patenteada a desproporcionalidade entre a indenização e a extensão do dano causado, é permitido afastar-se a incidência da Súmula 7 desta Corte para adequação do respectivo quantum.

7. Dessa forma, considerando-se as peculiaridades do caso concreto, mormente o grau de ofensa causada à honra da Recorrente, altera-se a indenização por dano moral de R\$ 50.000,00 para o valor de R\$ 100.000,00, atentando-se especialmente para o princípio da equidade e para os valores indenizatórios que esta Corte Superior tem arbitrado em casos de evidente menor gravidade.

8. Conforme precedentes desta Corte, já se fixou indenização de 50 salários mínimos por inscrição indevida em órgãos de proteção ao crédito ou protesto indevido de títulos (AgRg no REsp. 1.526.457/SC, Rel. Min. MARCO BUZZI, DJe 2.9.2015); 50 salários mínimos por devolução indevida de cheques, protesto incabível e outras situações assemelhadas (AgRg no AREsp. 599.516/SP, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe 28.8.2015); R\$ 50.000,00 por extravio de bagagem em viagem internacional (AgRg no AREsp. 280.284/BA, Rel. Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUERVA, DJe 14.2.2014); R\$ 25.000,00 por prisão ilegal (AgRg no AREsp. 677.188/CE, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 27.5.2015).

9. Apesar da estranheza pelo fato de não haver a UNIÃO FEDERAL interposto recursos contra a denegação dos seus Apelos Raros, descabe, nesta Corte, suprir essa omissão ou apreciar de ofício a eventualidade da justeza de sua resignação com a condenação, como se o Recurso Especial funcionasse à maneira de uma Remessa Oficial; sem embargo, nada impede que a UNIÃO FEDERAL possa acionar quem quer que seja para se ressarcir de prejuízo acaso tido por indevido (Ação Regressiva), se for o caso.

10. Recurso Especial da vítima do dano a que se dá provimento para determinar a concessão de pensão vitalícia a ser fixada em liquidação de sentença e alterar o valor da indenização por danos morais de R\$ 50.000,00 para R\$ 100.000,00. ..EMEN:

(RESP - RECURSO ESPECIAL - 1514775 2015.00.26515-0, NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:10/11/2016)

Assim, não merece reparos a sentença neste aspecto.

Quanto aos honorários advocatícios, estes devem ser arbitrados em 10% do valor da condenação, em observância aos critérios estabelecidos pelo art. 85, §§s 1º e 2º, do CPC.

No que tange aos critérios de atualização do débito, o valor da condenação deverá ser atualizado monetariamente e acrescido de juros de mora pelos índices constantes do Manual de Orientação para a elaboração de Cálculos na Justiça Federal vigente à época da elaboração da conta.

Considerando o não provimento do recurso da União Federal, de rigor a aplicação da regra do §11 do artigo 85 do CPC/2015, pelo que determino, a título de sucumbência recursal, a majoração dos honorários de advogado devidos à parte autora, no montante de 1% do valor ora fixado.

Ante o exposto, nego provimento ao apelo da União Federal e dou parcial provimento ao apelo da parte autora para alterar a base de cálculo da verba honorária e os critérios de juros de mora e correção monetária, na forma explicitada.

É o voto.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA

0011706-22.2013.4.03.6105

Apelante: COMPANHIA PIRATININGA DE FORÇA E LUZ

Apelada: MIX PLAST INJEÇÃO E PINTURA EM PEÇAS TERMOPLÁSTICAS EIRELI - ME

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NABARRETE

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 10/01/2022

EMENTA

ADMINISTRATIVO. REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. INTERRUÇÃO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 8.078/90. PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE. DÉBITOS EM NOME DE TERCEIRO. OBRIGAÇÃO DE NATUREZA PESSOAL. REEXAME E RECURSO DESPROVIDOS.

- Embora o artigo 6º, § 3º, inciso II, da Lei nº 8.987/95 determine que o não pagamento da conta regular permita a suspensão, afigura-se abusivo o ato impugnado, uma vez que o fornecimento de energia elétrica constitui serviço público essencial, o qual se submete ao princípio da continuidade e não pode ser interrompido pela concessionária como forma de coação ao consumidor ao pagamento de eventuais débitos pretéritos, unilateralmente apurados pela concessionária. Precedentes.

- Os débitos relativos aos serviços de fornecimento de energia elétrica, são de natureza pessoal, ou seja, de quem efetivamente obteve a prestação do serviço, não se caracterizando como obrigação de natureza *propter rem*, pois não se vinculam à titularidade do imóvel.

- Remessa oficial e apelação desprovidas.

ACÓRDÃO

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

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

RELATÓRIO

Remessa oficial e apelação interposta pela Companhia Piratininga De Força e Luz – CPFL contra sentença que, em sede de mandado de segurança, concedeu a ordem para determinar que autoridade impetrada procedesse à religação da energia elétrica no imóvel da impetrante, ao entendimento de que é ilegítimo o corte no fornecimento de serviços públicos essenciais quando a inadimplência do usuário decorrer de débitos pretéritos (Id 97084683, p. 124/131).

Aduz (Id 97084683, p. 134/147) que:

a) a legislação setorial de energia elétrica (Lei nº 8.987/95, Decreto nº 41.019/57 e Resolução ANEEL nº 414/10) permite o corte de energia em casos em que o consumidor é inadimplente, para que as concessionárias de energia não sofram grandes prejuízos e para manter a isonomia entre os consumidores;

b) ao adquirir a unidade consumidora, a apelada passou a ser o responsável pelos débitos não quitados, motivo pelo qual o fornecimento de energia foi suspenso;

c) o contrato mantido entre concessionária e o usuário é de natureza eminentemente privada, no qual cada parte se obrigou a adimplir determinada prestação, isto é, a disponibilização de energia elétrica e o pagamento da tarifa correspondente, na forma do artigo 20 da Portaria ANEEL nº 466/97;

d) as obrigações provenientes do contrato de fornecimento de energia elétrica ficam adstritas ao imóvel (*propter rem*), de modo que o proprietário ou possuidor é responsável pelo adimplemento.

Em contrarrazões (Id 97084683, p. 168/198), o apelado requer a manutenção da sentença.

O parecer ministerial é no sentido de que sejam desprovidos o reexame e o recurso (Id 97084683, p. 203/207).

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

VOTO

I - Dos fatos

Mandado de segurança impetrado por *Mix Plast Injeção e Pintura Em Peças Termoplásticas EIRELI – ME* contra ato praticado pelo Diretor da *Companhia Piratininga De Força e Luz – CPFL*, com vista o restabelecimento do fornecimento de energia elétrica, o qual foi interrompido em virtude de débitos pretéritos do antigo locatário.

II – Do fornecimento de energia elétrica

Busca a impetrante no presente *mandamus* o restabelecimento do fornecimento de energia elétrica, o qual foi interrompido em virtude de débitos pretéritos do antigo locatário.

A Lei nº 8.078/90, que dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências, em seu artigo 42, assim estabelece:

Art. 42. Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça.

Por sua vez, estabelece o artigo 22 da mesma norma:

Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Nesse contexto, embora o artigo 6º, § 3º, inciso II, da Lei nº 8.987/95 determine que o não pagamento da conta regular permita a suspensão, afigura-se abusivo a ato impugnado,

uma vez que o fornecimento de energia elétrica constitui serviço público essencial, o qual se submete ao princípio da continuidade e não pode ser interrompido pela concessionária como forma de coação ao consumidor ao pagamento de eventuais débitos pretéritos, unilateralmente apurados pela concessionária. Nesse sentido já decidiu o STJ:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA POR INADIMPLÊNCIA DE CONTAS. PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DO SERVIÇO DE ENERGIA ELÉTRICA. IMPOSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO DE SERVIÇO ESSENCIAL POR DÉBITO PRETÉRITO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PEDIDO DE REDUÇÃO. AUSÊNCIA DE DESPROPORCIONALIDADE OU ILEGALIDADE.

1. *A Corte de origem julgou a lide em consonância com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça segundo o qual, por se tratar de serviço essencial, é vedado o corte no fornecimento do serviço de energia elétrica quando se tratar de inadimplemento de débito antigo.*

2. A alteração do valor fixado a título de honorários advocatícios, em regra, escapa ao controle do STJ, admitindo-se excepcionalmente a intervenção do STJ, nas hipóteses em que a quantia estipulada revela-se irrisória ou exagerada. Precedentes. No caso dos autos, os honorários foram fixados em R\$ 1.000,00 (um mil reais), pelo que não se verifica nenhuma desproporcionalidade ou ilegalidade.

3. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

(REsp 1658348/GO, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 16.05.2017, destaquei).

As questões das eventuais dívidas devem ser decididas em ação própria, ou renegociadas, vedado qualquer tipo de constrangimento ou ameaça ao usuário, nos termos da normatização destacada (Lei nº 8.078/90).

Ademais, como se constata dos autos (Id 97084683, p. 35/37), as contas de luz não pagas compreendem período anterior à celebração do contrato de aluguel firmado pela impetrante (Id 140953316, p. 28/33). Assim, o fornecimento de energia elétrica não pode ser suspenso em razão de débitos concernentes ao antigo consumidor, até porque a obrigação de pagamento pelo serviço tem natureza pessoal, e não *propter rem*. Nesse sentido já decidiu o STJ:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE FORNECIMENTO DE ÁGUA E ESGOTO. PAGAMENTO DO DÉBITO DE CONSUMO. OBRIGAÇÃO PESSOAL. EXISTÊNCIA DE CONTRATO DE LOCAÇÃO NÃO INFORMADO À CONCESSIONÁRIA. RESPONSABILIDADE DO PROPRIETÁRIO DO IMÓVEL.

1. *A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que os débitos relativos aos serviços essenciais, tais como água/esgoto e energia elétrica, são de natureza pessoal, ou seja, de quem efetivamente obteve a prestação do serviço, não se caracterizando como obrigação de natureza propter rem, pois não se vinculam à titularidade do imóvel.* Precedentes: AgRg no AREsp 45.073/MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 15/02/2017; AgRg no AREsp 829.901/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 11/05/2016; AgRg no AREsp 592.870/SP, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 21/11/2014; AgRg no REsp 1.320.974/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 18/08/2014; AgRg no REsp 1.444.530/SP, Rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 16/05/2014.

(...)

5. Agravo conhecido para negar provimento ao recurso especial.

(AREsp 1557116/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 05.12.2019, DJe 10.12.2019, destaquei).

Destarte, nos termos da jurisprudência aludida e da legislação pertinente, não merece reparos o provimento de primeiro grau de jurisdição. As alegações relativas aos artigos 175, parágrafo único, inciso III, alínea “a”, da CF, 20 da Portaria ANEEL nº 466/97, 140, §3º, inciso II, 170, 172 e 173 da Resolução ANEEL nº 414/2010, 14, inciso I, da Lei nº 9.427/96 não se afiguram aptas a infirmar o entendimento explicitado.

III – Do dispositivo

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial e à apelação.

É como voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0004848-19.2015.4.03.6100

Apelante: UNIÃO FEDERAL
Apelada: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JÚNIOR
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 23/01/2022

EMENTA

DIREITO ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REGULARIZAÇÃO MIGRATÓRIA. EMISSÃO DE VISTOS NO BRASIL QUANDO JÁ CONCEDIDOS PELO CONSELHO NACIONAL DE IMIGRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE RETIRADA NA REPARTIÇÃO CONSULAR NO EXTERIOR. VULNERABILIDADE. RESOLUÇÃO CNI nº 09/1997. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO NO BRASIL. EXCEPCIONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO DOS EFEITOS DA SENTENÇA. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 16 DA LEI N. 7.347/85 DECLARADA PELA SUPREMA CORTE. RE 1101937. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. SENTENÇA MANTIDA. REMESSA OFICIAL E APELO IMPROVIDOS.

01. O cerne da controvérsia diz respeito à aferição da legalidade da exigência, do Conselho Nacional de Imigração (CNI), quanto à indicação de repartição consular no exterior para a retirada de visto de estrangeiro, a quem teve concedida a sua permanência em território brasileiro, após regular processo administrativo.

02. Depreende-se da inicial, que o pedido principal está atrelado à formalização e retirada de visto, por estrangeiro, após regular procedimento administrativo que deferiu o respectivo documento. Como bem pontuado pelo representante do órgão ministerial, a demanda versa sobre a efetivação de direito fundamental e não à competência do ato estatal de soberania na concessão ou não do visto.

03. Sobre a questão de fundo, a Resolução Normativa nº 09/1997, expedida pelo Conselho Nacional de Imigração, estabelece que os vistos de que trata o artigo 4º da Lei nº 6.815/80 (lei vigente ao tempo da prolação da r. sentença) poderão ser concedidos no exterior, através das Missões Diplomáticas, Repartições Consulares, Vice-Consulados e, quando autorizados pela Secretaria de Estado das Relações Exteriores, pelos Consulados honorários. Sendo assim, os vistos poderão, excepcionalmente, ser concedidos no Brasil, a critério da autoridade competente, nos moldes do art. 2º

04. Com efeito, a exigência da retirada de visto permanente concedido em outro país para que usufrua do documento em território nacional afigura-se desproporcional. Precedente desta Corte: *TRF-3 - Ap: 00030661420164036141 SP, Relator: JUIZ CONVOCADO LEONEL FERREIRA, Data de Julgamento: 13/12/2018, SEXTA TURMA, Data de Publicação: e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/01/2019.*

05. No que pertine aos limites territoriais da decisão, tampouco assiste razão ao recorrente. A questão foi, recentemente, apreciada pelo Pleno do STF, por ocasião do julgamento do RE 1101937, com repercussão geral reconhecida, o qual declarou a inconstitucionalidade do art. 16 da Lei nº 7.347/85 e consignou a impossibilidade de restrição dos efeitos da sentença, proferida em feitos coletivos, aos limites da competência territorial do órgão prolator.

06. Sentença mantida. Remessa necessária e apelação improvidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à remessa necessária, tida por submetida, e ao apelo da União Federal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de remessa necessária, tida por submetida, e apelação interposta pela União Federal em face de sentença, que julgou procedente, em parte, os pedidos formulados na inicial, para condenar a ré a possibilitar a retirada de vistos de permanência, já concedidos pelo Conselho Nacional de Imigração a estrangeiros, em repartição competente no Brasil.

A presente ação civil pública foi proposta pela Defensoria Pública da União (DPU) em face da União Federal, objetivando a imposição de obrigação de fazer, consistente na emissão de vistos no Brasil, quando já concedido estes (vistos) pelo Conselho Nacional de Imigração (CNIg), diante da impossibilidade dos tutelados se dirigirem à repartição consular no exterior.

Sustenta que diversos estrangeiros que ingressam em território nacional, muitas vezes de forma irregular, solicitam a expedição de visto para permanência no Brasil através do Conselho Nacional de Imigração (CNIg).

Alega que, após o deferimento da expedição do visto, esta entidade pública solicita ao estrangeiro que informe em qual repartição consultar (em território estrangeiro) deseja retirar o documento.

Defende que seus assistidos, “em muitos casos, senão na totalidade”, não reúnem condições financeiras para sair do país e obter o referido visto, bem como que, tendo em vista a sua irregularidade formal, sequer conseguiram ingressar no Estado indicado como repartição consular desejada para retirada do visto.

Em primeira instância, o MPF opinou pelo provimento da presente ação civil pública (fls. 158/174, ID 90108083).

Regularmente processado o feito, sobreveio sentença que julgou procedente, em parte, os pedidos formulados na inicial, nos termos do art. 487, I do CPC/15, para condenar a ré a possibilitar a retirada de vistos de permanência, já concedidos pelo Conselho Nacional de Imigração a estrangeiros, em repartição competente no Brasil.

A r. sentença concedeu a tutela específica, nos termos do art. 497 do CPC/15, e determinou o cumprimento desta decisão, em todo o território nacional, independentemente do trânsito em julgado, dentro de 30 (trinta) dias, a partir da intimação da ré, sob pena de imposição da multa cominatória, no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais), por dia de descumprimento, nos termos do art. 536, §1º do CPC/15.

O juízo sentenciante ressaltou que: “o valor de eventuais multas ominadas será destinado ao Fundo de Modernização da Defensoria Pública da União, nos termos do art. 13 da Lei nº 7.347/1985, cc. art. 4º, inciso XXXI, da Lei Complementar nº 80/1994, devendo, se for o caso, ser exigido em ação autônoma, devidamente instruída com prova das violações ao comando da presente decisão”.

Sem condenação ao pagamento de custas e honorários advocatícios, nos termos do art. 18 da Lei nº 7.347/1985 e da Súmula 421 do STJ.

Irresignada, apela a União Federal, pugnando pela reforma da r. sentença, sob os seguintes fundamentos:

a) preliminarmente, a impossibilidade jurídica do pedido, “em razão de ser inviável a substituição do juízo da Administração pelo Estado-juiz, com fundamento no princípio da separação dos poderes constituídos do Estado, previsto no artigo 2º da Constituição Federal”, tendo em vista que “a concessão de visto insere-se no rol de matérias de competência exclusiva do Poder Executivo”, de modo que o objetivo desta ação levaria à “interferência indevida do Judiciário em assunto privativo da Administração”;

b) no mérito, reitera os argumentos lançados em sede de preliminar, com fundamento no regime legal de admissão de imigrantes em território nacional, previsto no Estatuto do Estrangeiro, defendendo que os critérios de entrada, estada ou permanência de estrangeiro, no país, são analisados, caso a caso, pela Administração, discricionariamente e o ato administrativo de concessão se afigura um ato de império, da competência exclusiva do Poder Executivo;

c) a equivocada interpretação, pela r. sentença, da Resolução Normativa nº 09, de 10/11/1997, do Conselho Nacional de Imigração (CNI);

d) a indevida atribuição de efeitos nacionais à sentença proferida em ação civil pública;

e) a ilegal condenação da União à multa por descumprimento de obrigação de fazer e sua destinação ao Fundo de Modernização da Defensoria Pública da União.

Assim requer o provimento do apelo, com a reforma da r. sentença.

Com contrarrazões da parte autora (fls. 12, ID 90107770), subiram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal opinou pelo conhecimento e não provimento do recurso (ID 90107770, fls. 15/27).

É o relatório.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

VOTO

Inicialmente, cumpre asseverar submeter-se ao duplo grau de jurisdição obrigatório a sentença que conclui pela carência da ação ou improcedência do pedido ou de parte do pedido deduzido em sede de ação civil pública, por força da aplicação analógica da regra contida no art. 19 da Lei nº 4.717/65. Nesse sentido, destaco os seguintes precedentes do C. Superior Tribunal de Justiça: *AgInt no REsp 1379659/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 18/04/2017; REsp 1.108.542/SC, Rel. Ministro Castro Meira, j. 19.5.2009, DJe 29.5.2009.*

O cerne da controvérsia diz respeito à aferição da exigência do Conselho Nacional de Imigração (CNI) de indicação de repartição consular no exterior para a retirada de visto de estrangeiro, a quem teve concedida a sua permanência em território brasileiro, após regular processo administrativo.

A r. sentença não merece reparos. Vejamos.

No que pertine à preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, verifico que o fundamento jurídico, correlato ao princípio da separação dos poderes, previsto no artigo 2º da Constituição Federal, se confunde com o mérito da demanda, motivo pelo qual serão analisados em conjunto.

Passo ao exame do mérito.

Destaco, inicialmente, não se tratar o presente caso de interferência indevida do Judiciário na esfera de discricionariedade da Administração Pública, tampouco na aferição do mérito administrativo do ato de concessão de vistos à imigrantes em situação irregular em território brasileiro.

Depreende-se da inicial, que o pedido principal está atrelado à formalização e retirada de visto, por estrangeiro, após regular procedimento administrativo que deferiu o respectivo documento.

Como bem pontuado pelo representante do órgão ministerial, a demanda versa sobre a efetivação de direito fundamental e não à competência do ato estatal de soberania na concessão ou não do visto (ID 90107770, fl. 19):

“O escopo da ação interposta pela Defensoria Pública cinge-se sobre a necessidade de que o Estado propicie meios efetivos de conceder a devida documentação a quem de direito, possibilitando a materialização da regularização migratória. Trata-se, pois, de questão atinente à efetivação do direito e não à competência do ato de soberania estatal, como quer fazer crer a União Federal”.

Sobre a questão de fundo, a Resolução Normativa nº 09/1997, expedida pelo Conselho Nacional de Imigração, estabelece que os vistos de que trata o artigo 4º da Lei nº 6.815/80 (lei vigente ao tempo da prolação da r. sentença) poderão ser concedidos no exterior, através das Missões Diplomáticas, Repartições Consulares, Vice-Consulados e, quando autorizados pela Secretaria de Estado das Relações Exteriores, pelos Consulados honorários. Confira-se:

“Art. 1º - Os vistos que tratam o art. 4º, itens I a VII da Lei nº 6.815 de 19 de agosto de 1980 poderão ser concedidos no exterior, pelas Missões diplomáticas, Repartições consulares, Vice-consulados e, quando autorizados pela Secretaria de Estado das Relações Exteriores, pelos Consulados honorários.

Parágrafo único - No caso de suspensão de relações diplomáticas e consulares, os vistos de entrada no Brasil poderão ser concedidos por Missão diplomática ou Repartição consular do país encarregado dos interesses brasileiros”.

Sendo assim, os vistos poderão, excepcionalmente, ser concedidos no Brasil, a critério da autoridade competente, nos moldes do art. 2º, *in verbis*:

“Art. 2º - Excepcionalmente, a critério da Secretaria de Estado das Relações Exteriores, os vistos referidos no art. 1º poderão ser concedidos no Brasil.

Parágrafo único. Na hipótese deste artigo, deverão ser observadas as restrições de natureza sanitária estabelecidas pelo Ministério da Saúde”.

Com efeito, a exigência da retirada de visto permanente concedido em outro país para que usufrua do documento em território nacional afigura-se desproporcional.

Nesse sentido, colho o seguinte precedente jurisprudencial:

“AÇÃO ORDINÁRIA - CONCESSÃO DE VISTO DE ESTUDANTE - EXIGÊNCIA DE RETIRADA NO ESTRANGEIRO - AUSÊNCIA DE RAZOABILIDADE - APELAÇÃO PROVIDA.

1. A Resolução Normativa nº 09/1.997: Art. 1º - Os vistos que tratam o art. 4º, itens I a VII da Lei nº 6.815 de 19 de agosto de 1980 poderão ser concedidos no exterior, pelas Missões diplomáticas, Repartições consulares, Vice-consulados e, quando autorizados pela Secretaria

de Estado das Relações Exteriores, pelos Consulados honorários. Parágrafo único - No caso de suspensão de relações diplomáticas e consulares, os vistos de entrada no Brasil poderão ser concedidos por Missão diplomática ou Repartição consular do país encarregado dos interesses brasileiros. Art. 2º - Excepcionalmente, a critério da Secretaria de Estado das Relações Exteriores, os vistos referidos no art. 1º poderão ser concedidos no Brasil.

2. A retirada de visto permanente concedido em outro país para que usufrua do documento em território nacional é exigência desproporcional da Administração. Precedentes

3. A verba honorária deve ser fixada em 10% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, § 2º, do Código de Processo Civil.

4. Recurso provido.”

(TRF-3 - Ap: 00030661420164036141 SP, Relator: JUIZ CONVOCADO LEONEL FERREIRA, Data de Julgamento: 13/12/2018, SEXTA TURMA, Data de Publicação: e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/01/2019)

No que pertine aos limites territoriais da decisão, tampouco assiste razão ao recorrente.

Ao analisar a regra prevista no art. 16 da Lei nº 7.347/85, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Recurso Especial Repetitivo (REsp nº 1.243.887/PR), consignou ser indevida a limitação, aprioristicamente, da eficácia das decisões proferidas em ações civis públicas coletivas ao território da competência do órgão judicante. Confira-se:

“DIREITO PROCESSUAL. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (ART. 543-C, CPC). DIREITOS METAINDIVIDUAIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. APADECO X BANESTADO. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. EXECUÇÃO/LIQUIDAÇÃO INDIVIDUAL. FORO COMPETENTE. ALCANCE OBJETIVO E SUBJETIVO DOS EFEITOS DA SENTENÇA COLETIVA. LIMITAÇÃO TERRITORIAL. IMPROPRIEDADE. REVISÃO JURISPRUDENCIAL. LIMITAÇÃO AOS ASSOCIADOS. INVIABILIDADE. OFENSA À COISA JULGADA.

1. Para efeitos do art. 543-C do CPC:

1.1. A liquidação e a execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva pode ser ajuizada no foro do domicílio do beneficiário, porquanto os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo (arts. 468, 472 e 474, CPC e 93 e 103, CDC).

1.2. A sentença genérica proferida na ação civil coletiva ajuizada pela Apadeco, que condenou o Banestado ao pagamento dos chamados expurgos inflacionários sobre cadernetas de poupança, dispôs que seus efeitos alcançariam todos os poupadores da instituição financeira do Estado do Paraná. Por isso descabe a alteração do seu alcance em sede de liquidação/execução individual, sob pena de vulneração da coisa julgada. Assim, não se aplica ao caso a limitação contida no art. 2º-A, *caput*, da Lei n. 9.494/97.

2. Ressalva de fundamentação do Ministro Teori Albino Zavascki.

3. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido”.

(REsp 1243887/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/10/2011, DJe 12/12/2011)

Recentemente, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 1101937, com repercussão geral reconhecida, consignou a impossibilidade de restrição dos efeitos da sentença, proferida em feitos coletivos, aos limites da competência territorial do órgão prolator.

Ainda, o STF declarou a inconstitucionalidade do art. 16 da Lei nº 7.347/85, com redação dada pela Lei nº 9.494/97, “cuja finalidade foi ostensivamente restringir os efeitos condenatórios

de demandas coletivas, limitando o rol dos beneficiários da decisão por meio de um critério territorial de competência, acarretando grave prejuízo ao necessário tratamento isonômico de todos perante a Justiça, bem como à total incidência do Princípio da Eficiência na prestação da atividade jurisdicional”.

Colho, por oportuno, a ementa do julgado:

“CONSTITUCIONAL E PROCESSO CIVIL. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 16 DA LEI 7.347/1985, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 9.494/1997. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO DOS EFEITOS DA SENTENÇA AOS LIMITES DA COMPETÊNCIA TERRITORIAL DO ÓRGÃO PROLATOR. REPERCUSSÃO GERAL. RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS DESPROVIDOS.

1. A Constituição Federal de 1988 ampliou a proteção aos interesses difusos e coletivos, não somente constitucionalizando-os, mas também prevendo importantes instrumentos para garantir sua pela efetividade.
2. O sistema processual coletivo brasileiro, direcionado à pacificação social no tocante a litígios meta individuais, atingiu status constitucional em 1988, quando houve importante fortalecimento na defesa dos interesses difusos e coletivos, decorrente de uma natural necessidade de efetiva proteção a uma nova gama de direitos resultante do reconhecimento dos denominados direitos humanos de terceira geração ou dimensão, também conhecidos como direitos de solidariedade ou fraternidade.
3. Necessidade de absoluto respeito e observância aos princípios da igualdade, da eficiência, da segurança jurídica e da efetiva tutela jurisdicional.
4. Inconstitucionalidade do artigo 16 da LACP, com a redação da Lei 9.494/1997, cuja finalidade foi ostensivamente restringir os efeitos condenatórios de demandas coletivas, limitando o rol dos beneficiários da decisão por meio de um critério territorial de competência, acarretando grave prejuízo ao necessário tratamento isonômico de todos perante a Justiça, bem como à total incidência do Princípio da Eficiência na prestação da atividade jurisdicional.
5. RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS DESPROVIDOS, com a fixação da seguinte tese de repercussão geral: “I - É inconstitucional a redação do art. 16 da Lei 7.347/1985, alterada pela Lei 9.494/1997, sendo reprimada sua redação original. II - Em se tratando de ação civil pública de efeitos nacionais ou regionais, a competência deve observar o art. 93, II, da Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor). III - Ajuizadas múltiplas ações civis públicas de âmbito nacional ou regional e fixada a competência nos termos do item II, firma-se a prevenção do juízo que primeiro conheceu de uma delas, para o julgamento de todas as demandas conexas”. (RE 1101937, Relator (a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 08/04/2021, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-113 DIVULG 11-06-2021 PUBLIC 14-06-2021)

Desse modo, a manutenção da r. sentença é medida que se impõe, restando apta a produzir efeitos em todos o território nacional.

Por fim, cumpre mencionar que as *astreintes* perfazem instrumento processual de cunho coercitivo, a cargo do juiz, sem convolar-se em meio de satisfação ressarcitória ou como sucedâneo de pedido de reparação. Nesse sentido, os seguintes precedentes do STJ: AgInt no AREsp 1553557 / PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, QUARTA TURMA, j. 10/03/2020, DJe 17/03/2020; REsp 1324029/MG, Rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva, TERCEIRA TURMA, J. 16/06/2016, DJe 29/06/2016.

Assim, deve prevalecer a multa de R\$ 500,00, fixada na origem, para o caso de descumprimento da sentença, eis que razoável, encontrando respaldo no art. 536, §1º do CPC/15 (art. 461 do CPC/73).

Sem condenação em honorários, a teor do disposto no art. 18 da Lei nº 7.347/1985 e do Enunciado da Súmula 421 do STJ.

Ante o exposto, nego provimento à remessa necessária, tida por submetida, e ao apelo da União Federal.

É COMO VOTO.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

APELAÇÃO CÍVEL

0002118-92.2016.4.03.6005

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA - INCRA

Apelada: VIDAVIDA CARNEIRO

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 15/12/2021

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. MANUTENÇÃO DE POSSE. INCRA. OCUPAÇÃO IRREGULAR DE LOTE DE ASSENTAMENTO. PERMUTA DE LOTES. OCUPANTE BENEFICIÁRIA DA REFORMA AGRÁRIA. CUMPRIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. RECURSO DESPROVIDO.

1. A questão que se coloca nos autos da presente apelação é a de se saber se o ocupante exerce a posse regular da área rural objeto da lide ou se, ao revés, tal ocupação é irregular, devendo ela se retirar do imóvel. A apelante afirma que exerce posse regular sobre o imóvel, fazendo com que o lote cumpra a sua função social.

2. O art. 21 da Lei nº 8.629/93, dispõe que os beneficiários da reforma agrária assumirão o compromisso de cultivar o imóvel direta e pessoalmente, ou através de seu núcleo familiar e o de não ceder o uso do bem a terceiros, a qualquer título, pelo prazo de dez anos.

3. No caso, observo que o lote nº 269 do Projeto de Assentamento Dorcelina Folador foi originalmente destinado à autora, em 24/10/2001. Ocorre que, em vistoria realizada em 13/05/2011, o INCRA tomou conhecimento de que a beneficiária havia passado irregularmente o lote ao sr. Jair Everaldo Rios.

4. Os documentos juntados aos autos demonstram a autora cadastrou-se no programa de assentamento em 2000, tendo o lote sido transmitido ao sr. Nilton de Jesus Souza, adquirente do lote nº 126 do Assentamento Itamarati I em permuta ao lote de que era beneficiária. Em seguida, o sr. Nilton, que passou a residir no lote nº 269, cedeu a área ao sr. Jair Everaldo Rios, que, finalmente, cedeu ao sr. Jelson Barbane de Oliveira.

5. Embora a ocupação do lote nº 126 pela autora tenha se dado de forma irregular, haja vista que sem anuência do INCRA, verifica-se, conforme Mandado de Constatação (ID 125858166 – Págs. 59/62), que a apelada o utiliza para fins de moradia e subsistência, havendo no local produção de soja (12 hectares), pastagem, criação de gado, porcos, galinhas e patos, plantação de mandioca e horta.

6. Assim, entendo que a irregularidade da ocupação não pode se sobrepor ao fato de que a apelada preenche os requisitos para ser beneficiária do lote e que dá a devida função social à propriedade.

7. Nesse diapasão, a Lei nº 13.465/2017 incluiu o artigo 26-B da Lei nº 8.629/93, prevendo a possibilidade de regularização de ocupações em lotes da reforma agrária, até mesmo de ofício, pelo INCRA, desde que cumpridas as condições estipuladas nos incisos I a IV de seu §1º.

8. Ressalte-se que, embora a Lei nº 13.465/2017 seja posterior aos fatos aqui tratados, a inclusão do referido artigo denota a intenção do legislador, ante a realidade social do país e os objetivos da reforma agrária, de não obstar a possibilidade de pessoas que já exploram adequadamente os lotes fazerem parte do público da reforma agrária.
9. Indeferir o pedido iria de encontro ao objetivo da reforma agrária e traria enormes prejuízo à autora, que tem mantido a exploração do lote nos termos almejados pelo projeto de assentamento, cumprindo, desta forma, a função social exigida pela Carta Magna.
10. Apelação desprovida, com majoração honorária.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Segunda Turma decidiu, por unanimidade, negar provimento à apelação, majorando em 1% os honorários fixados pelo Juízo *a quo* a título de condenação da apelante, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator):

Trata-se de recurso de apelação, em ação de manutenção de posse, com pedido liminar, ajuizada por *VIDAVINA CARNEIRO* em face do *INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZACAO E REFORMA AGRARIA – INCRA*, aduzindo ser possuidora do lote nº 126, do Assentamento Itamarati I, objetivando a regularização de imóvel em seu nome, ou, alternativamente, sua conservação no lote nº 269 do Assentamento Dorcelina Folador, ambos em Ponta Porã/MS.

A sentença (ID 125858176), integrada pelos aclaratórios (ID 125858183) e por decisão (ID 125858186), julgou *procedente* o pedido, extinguindo o feito com resolução de mérito, nos termos do artigo 487, I, do CPC, para que a autora seja mantida na posse da parcela nº 126 do Projeto de Assentamento Itamarati I, em Ponta Porã/MS, e, em razão da natureza dúplice das ações possessórias, julgou *improcedente* o pedido formulado na contestação.

Condenou a parte ré ao pagamento de honorários advocatícios, arbitrados no mínimo previsto no §3º do artigo 85 do CPC, de acordo com o inciso correspondente ao valor da condenação/proveito econômico, devendo observância ao disposto no § 4º, II e § 5º, por ocasião da apuração do montante a ser pago. Sem custas (art. 4º, II, da Lei 9.289/96). Sentença não sujeita a remessa necessária.

Apelou o réu (ID 125858189), aduzindo que a autora fez transferências do lote que ocupava e ocupou outro lote sem anuência do INCRA, o que configura a ocupação irregular do bem, não devendo ser a autora mantida na posse.

Com contrarrazões (ID 125858196), subiram os autos a esta E. Corte.

O Ministério Público Federal, em segundo grau de jurisdição, opinou pelo desprovimento do recurso de apelação do INCRA (ID 182567759).

É o relatório.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator):

Inicialmente, recebo a apelação apenas em seu efeito devolutivo.

A questão que se coloca nos autos da presente apelação é a de se saber se o ocupante exerce a posse regular da área rural objeto da lide ou se, ao revés, tal ocupação é irregular, devendo ela se retirar do imóvel. A apelante afirma que exerce posse regular sobre o imóvel, fazendo com que o lote cumpra a sua função social.

Trata-se de Ação de Manutenção de Posse com pedido de liminar ajuizada por Vidavina Carneiro contra o INCRA objetivando a concessão de provimento jurisdicional para garantir a manutenção na posse do Lote nº 126, Grupo 05, do Projeto de Assentamento Itamarati I, Ponta Porã/MS.

Afirmou a Autora na petição inicial, em breve síntese, que no ano de 2001 foi titular originária do Lote nº 269 do Assentamento Dorcelina Folador, mas fez uma permuta com o lote 126 do PA Itamarati I, sem autorização do INCRA.

O artigo 64, III do Decreto 59.428/66 traz os seguintes requisitos para fins de autorização de assentamento em áreas incluídas no programa de reforma agrária:

“Art 64. As parcelas em projetos e colonização federal serão atribuídas a pessoas que, sendo maiores de 21 e menores de 60 anos, preencham as seguintes condições:

III - Comprometam-se a residir com sua família na parcela, explorando-a direta e pessoalmente”.

Por seu turno, o art. 21 da Lei nº 8.629/93, dispõe que os beneficiários da reforma agrária assumirão o compromisso de cultivar o imóvel direta e pessoalmente, ou através de seu núcleo familiar e o de não ceder o uso do bem a terceiros, a qualquer título, pelo prazo de dez anos, *in verbis*:

Art. 21. Nos instrumentos que conferem o título de domínio ou concessão de uso, os beneficiários da reforma agrária assumirão, obrigatoriamente, o compromisso de cultivar o imóvel direta e pessoalmente, ou através de seu núcleo familiar, mesmo que através de cooperativas, e o de não ceder o seu uso a terceiros, a qualquer título, pelo prazo de 10 (dez) anos.

Outrossim, a vedação de os possuidores assentados negociarem o título de domínio ou a concessão de uso dos lotes a terceiros sem a autorização do INCRA e em período inferior a 10 (dez) anos está expressamente determinada pela Constituição Federal, em seu art. 189, *in verbis*:

Art. 189. Os beneficiários da distribuição de imóveis rurais pela reforma agrária receberão títulos de domínio ou de concessão de uso, inegociáveis pelo prazo de dez anos.

No caso, observo que o lote nº 269 do Projeto de Assentamento Dorcelina Folador foi originalmente destinado à autora, em 24/10/2001. Ocorre que, em vistoria realizada em 13/05/2011, o INCRA tomou conhecimento de que a beneficiária havia passado irregularmente o lote ao sr. Jair Everaldo Rios.

Os documentos juntados aos autos demonstram a autora cadastrou-se no programa de assentamento em 2000, tendo o lote sido transmitido ao sr. Nilton de Jesus Souza, adquirente

do lote nº 126 do Assentamento Itamarati I em permuta ao lote de que a autora era beneficiária. Em seguida, o sr. Nilton, que passou a residir no lote nº 269, cedeu a área ao sr. Jair Everaldo Rios, que, finalmente, cedeu ao sr. Jelson Barbane de Oliveira.

Embora a ocupação do lote nº 126 pela autora tenha se dado de forma irregular, haja vista que sem anuência do INCRA, verifica-se, conforme Mandado de Constatação (ID 125858166 – Págs. 59/62), que a apelada o utiliza para fins de moradia e subsistência, havendo no local produção de soja (12 hectares), pastagem, criação de gado, porcos, galinhas e patos, plantação de mandioca e horta.

Consta, outrossim, no mesmo documento, que no local existe uma casa de alvenaria, estando o imóvel em boas condições, onde foram feitas algumas benfeitorias, sendo o atual local de residência dos apelados e de seus filhos Daniel Carneiro, que estuda na escola do assentamento, e Altamiro Carneiro.

Assim, entendo que a irregularidade da ocupação não pode se sobrepor ao fato de que a apelada preenche os requisitos para ser beneficiária do lote e que dá a devida função social à propriedade.

Nesse diapasão, a Lei nº 13.465/2017 incluiu o artigo 26-B da Lei nº 8.629/93, prevenindo a possibilidade de regularização de ocupações em lotes da reforma agrária, até mesmo de ofício, pelo INCRA, desde que cumpridas as condições estipuladas nos incisos I a IV de seu §1º. Confira-se:

“Art. 26-B. A ocupação de lote sem autorização do Incra em área objeto de projeto de assentamento criado há, no mínimo, dois anos, contados a partir de 22 de dezembro de 2016, poderá ser regularizada pelo Incra, observadas as vedações constantes do art. 20 desta Lei. § 1º A regularização poderá ser processada a pedido do interessado ou mediante atuação, de ofício, do Incra, desde que atendidas, cumulativamente, as seguintes condições:

I - ocupação e exploração da parcela pelo interessado há, no mínimo, um ano, contado a partir de 22 de dezembro de 2016;

II - inexistência de candidatos excedentes interessados na parcela elencados na lista de selecionados de que trata o § 3º do art. 19 desta Lei para o projeto de assentamento;

III - observância pelo interessado dos requisitos de elegibilidade para ser beneficiário da reforma agrária; e

IV - quitação ou assunção pelo interessado, até a data de assinatura de novo contrato de concessão de uso, dos débitos relativos ao crédito de instalação reembolsável concedido ao beneficiário original.

§ 2º Atendidos os requisitos de que trata o § 1º deste artigo, o Incra celebrará contrato de concessão de uso nos termos do § 2º do art. 18 desta Lei.”

Ressalte-se que, embora a Lei nº 13.465/2017 seja posterior aos fatos aqui tratados, a inclusão do referido artigo denota a intenção do legislador, ante a realidade social do país e os objetivos da reforma agrária, de não obstar a possibilidade de pessoas que já exploram adequadamente os lotes fazerem parte do público da reforma agrária.

Desse modo, na singular situação retratada nestes autos, perfilho do entendimento exarado pelo Ministério Público Federal no sentido de que se a apelada, *“há aproximadamente 15 anos, ocupa de boa-fé e mantém produtivo, junto com sua família, lote de projeto de assentamento, cumprindo a função social da propriedade rural, deve subsistir a sentença que julgou procedente o pedido de manutenção de posse”*, devendo prevalecer os direitos à moradia e sobrevivência digna da família, ainda que irregularmente assentada.

Indeferir o pedido iria de encontro ao objetivo da reforma agrária e traria enormes prejuízo à autora, que tem mantido a exploração do lote nos termos almejados pelo projeto de assentamento, cumprindo, desta forma, a função social exigida pela Carta Magna.

Por derradeiro, nos termos do § 11º do art. 85 do CPC/15, a majoração dos honorários é uma imposição na hipótese de se negar provimento ou rejeitar recurso interposto de decisão que já havia fixado honorários advocatícios sucumbenciais, respeitando-se os limites do § 2º do art. 85 do CPC.

Sobre o tema cabe destacar manifestação do C. STJ:

[...] 3. O § 11 do art. 85 Código de Processo Civil de 2015 tem dupla funcionalidade, devendo atender à justa remuneração do patrono pelo trabalho adicional na fase recursal e inibir recursos provenientes de decisões condenatórias antecedentes. (AgInt no AREsp 370.579/RJ, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/06/2016, DJe 30/06/2016)

Assim, à luz do disposto nos §§2º e 11º do art. 85 do NCPC, devem ser majorados em 1% os honorários fixados anteriormente.

Diante do exposto, *nego provimento* ao recurso, majorando em 1% os honorários fixados pelo Juízo *a quo* a título de condenação da apelante.

É como voto.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

APELAÇÃO CÍVEL

0016693-14.2016.4.03.6100

Apelante: UNIÃO FEDERAL
Apelado: CARLOS ALBERTO DO NASCIMENTO ROCHA
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 17/01/2022

EMENTA

SERVIDOR MILITAR. REVISÃO DE APOSENTADORIA. TAIFEIROS. LEIS 6.880/1980 E 12.158/2009.

1. Alegação de decadência afastada. Precedentes.
2. Proventos de aposentadoria de militar calculados com superposição de graus hierárquicos que se revestem de ilegalidade, sua revisão não violando o princípio de irredutibilidade da remuneração. Precedentes.
3. Apelação provida. Ação julgada improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Segunda Turma decidiu, por unanimidade, dar provimento ao recurso para reforma da sentença no tocante ao reconhecimento da decadência e, com amparo no art. 1.013, § 4º, do CPC, julgar improcedente a ação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de ação ordinária ajuizada por militar inativo objetivando a manutenção do pagamento simultâneo das vantagens pecuniárias oriundas da aplicação da Lei nº 6.880/80 com as decorrentes da aplicação da Lei nº 12.158/2009.

Às fls. 141/145-verso, foi proferida sentença julgando procedente a ação para “*em razão do reconhecimento da decadência do direito da Administração: i. anular o ato administrativo que visa a redução de proventos do autor com a requalificação de sua graduação, impondo-se a parte ré o reconhecimento da legalidade da concessão de acesso à graduação superior; ii. Declarar legítimo o benefício assegurado ao autor, previsto na Lei 12.158/09, afastando a nova interpretação emitida por meio do 2º Despacho nº 297/COJAER/1170 e Parecer nº 418/2012/COJAER/CGU/AGU, mantendo a percepção dos respectivos proventos na inatividade remunerada de acordo com a graduação adquirida*”.

Apela a União às fls. 148-158-verso, sustentando, em síntese, a inoccorrência de decadência e a legalidade da medida de revisão dos proventos do autor.

Com contrarrazões subiram os autos.

É o relatório.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

VOTO

Debate-se nos autos sobre a possibilidade de manutenção do pagamento simultâneo das vantagens pecuniárias oriundas da aplicação do art. 50, inc. II, da Lei nº 6.880/80 com as vantagens pecuniárias decorrentes da aplicação das disposições da Lei nº 12.158/2009.

A sentença proferida julgou procedente a ação, concluindo sua prolatora pela decadência do direito da Administração de revisão do ato, bem como ser quadro de alteração de interpretação e que a situação do autor não se enquadra na nova interpretação dada pela parte ré.

Assim entendeu-se na sentença, conclusão com a qual, porém, não me ponho de acordo.

Ao início, deve ser afastada a decretação de decadência, a revisão tendo iniciado mediante Portaria COMGEP nº 1.471-T/AJU, de 25 de junho de 2015, o ato sendo praticado antes de expirado o prazo previsto, sendo este o critério determinante e não providências de notificação do servidor.

Neste sentido vem julgando este E. Tribunal:

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. APELAÇÃO. SERVIDOR MILITAR. TAIFEIRO. ACESSO À GRADUAÇÃO SUPERIOR. LEI Nº 12.158/2009. ATO REVISIONAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DECADÊNCIA OU PRESCRIÇÃO AFASTADA. LEGALIDADE.

- O caso dos autos não cuida de mudança de interpretação (quando então deveriam ser preservados os atos e decisões administrativas tomadas pela válida interpretação anterior), mas de ilegalidade de acesso à graduação superior adquirida no âmbito militar, razão pelo qual é dever da administração pública rever o ato irregular, nos termos da Súmula 473 do E.STF. E, partindo dessa linha jurídica, não há decadência ou prescrição quanto à revisão dos proventos sub judice, porque o ato de revisão de proventos foi feito dentro do prazo previsto no art. 53 e seguintes da Lei nº 9.784/1999, e demais aplicáveis. Ademais, o termo final do prazo quinquenal previsto no art. 54, §2º da Lei nº 9.784/1999 não é exatamente o ato concreto de revisão do benefício, mas “qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato” irregular.

- A Lei nº 6.880/1980 e a Lei nº 12.158/2009 concederam promoção à graduação superior no momento da passagem do militar à inatividade. Ocorre que, o benefício concedido pela Lei nº 12.158/2009 não pode ser cumulado com a remuneração no grau hierárquico superior previsto na redação originária do art. 50, II, §1º, “c”, da Lei 6.880/1980, porque esse último benefício foi extinto desde 29/12/2000, data-limite para o preenchimento dos requisitos da transferência à inatividade em grau superior àquele ocupado na ativa, conforme art. 34 da MP nº 2215-10/2001 (cujos efeitos se projetam por força do art. 2º da Emenda Constitucional nº 32/2001).

- A pretensão do militar não pode prosperar sob pena de ilegalidade e de ofensa à isonomia, razão pela qual estão corretas as providências de revisão do ato administrativo irregular, assim como a cessação dos correspondentes pagamentos indevidos, de modo que o acesso às graduações superiores àquela em que ocorreu a inatividade será sempre limitada à última graduação do Quadro de Taifeiros da Aeronáutica - QTA, de Suboficial, consoante o art. 1º, §1º, da Lei nº 12.158/2009. - Não há ofensa à segurança jurídica porque não há direito adquirido e nem garantia à irredutibilidade de vencimentos obtidos por ato irregular, e nem violação à confiança legítima (já que essa exige previsão normativa válida que crie expectativa digna de proteção).

- Apelação desprovida.

(TRF 3ª Região, 2ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5001252-05.2016.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal LUIZ PAULO COTRIM GUIMARAES, julgado em 22/07/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 27/07/2020);

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIDOR MILITAR. REVISÃO DE VENCIMENTOS. DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA. SOBREPOSIÇÃO DE GRAUS HIERÁRQUICOS. ACUMULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO. RECURSO IMPROVIDO.

- A possibilidade de a Administração rever de ofício seus atos é matéria incontroversa, estando sumulada pelo Supremo Tribunal Federal (Súmula 473). No plano normativo, todavia, o tema continuava em aberto, até sobrevir a edição da Lei n. 9.784, de 29/01/1999, a qual, em seus artigos 53 e 54, deu disciplina legal à matéria. Destarte, a Administração tem prazo de 05 (cinco) anos para proceder à revisão, contados da data em que foram praticados, decorrido o qual será o ato convalidado, não cabendo reavaliações, face à superveniência ipso facto da coisa julgada administrativa ou preclusão das vias de impugnação interna, salvo se houver intervenção do TCU conforme precedente do STF (MS n.24781, Relatora Ministra ELLEN GRACIE, redator p/ o acórdão Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, j. 02/03/2011, DJE 09/06/2011).

- Em face das recentes decisões emanadas do STJ, assentando-se em jurisprudência consolidada daquele tribunal e do STF no sentido de que o ato de aposentadoria constitui ato administrativo complexo que se aperfeiçoa somente com o registro perante o TCU, tem-se que o marco inicial do prazo decadencial para Administração rever os atos de aposentadoria opera-se com a manifestação final do Tribunal de Contas. - Nesta linha, o STJ fixa que somente a partir da manifestação da Corte de Contas aferindo a legalidade do ato, para fins de registro, tem início a fluência do prazo decadencial de 05 (cinco) anos previsto no art. 54 da Lei n. 9784/1999, para que a Administração Pública reveja o ato de concessão de aposentadoria (AgRg no RESP n. 1506932, Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, 2ª Turma, DJE 14/04/2015).

- Não se olvide que há interpretações no sentido de que tal entendimento somente se aplica ao ato de concessão inicial de aposentadoria e pensão, não à hipótese revisão do próprio ato após mais de cinco anos do recebimento dos proventos pelo administrado. - *O agravante alega que deve ser reconhecida a ocorrência de decadência no caso dos autos, diante da promoção a Suboficial com efeitos financeiros a partir de 01.07.2010. Sua comunicação formal acerca da revisão só teria ocorrido, segundo alega, em 06.07.2016. Contudo, na realidade, há de se considerar que os procedimentos de revisão se iniciaram com a Portaria n. 1.471-T/AJU, de 25/06/2015, publicada no Boletim de Comando da Aeronáutica n. 121, de 01/07/2015, ocorrendo a ciência de todos os interessados muito antes de passados 05 anos do primeiro pagamento a maior. Além disso, o primeiro pagamento a maior ocorreu apenas em outubro de 2010, conforme informado pelo próprio agravante. Assim, no caso dos autos, não se pode falar em decadência do direito de a Administração Militar revisar o benefício do agravante, motivo pelo qual rejeita-se a preliminar.*

- O art. 1º da Lei 12.158/2009 assegurou, na inatividade, o acesso às graduações superiores aos militares oriundos do Quadro de Taifeiros da Aeronáutica - QTA, na reserva remunerada, reformados ou no serviço ativo, cujo ingresso no referido quadro tenha ocorrido até a data de 31/12/1992.

- Nos termos da redação originária do artigo 50, II, da Lei n. 6880/1980 (anterior à MP n. 2215-10/2001) o militar que se transferir até 29/12/2000 para a reserva remunerada, como é o caso dos autos, faz jus à “percepção de remuneração correspondente ao grau hierárquico superior ou melhoria da mesma quando, ao ser transferido para a inatividade, contar mais de 30 (trinta) anos de serviço”.

- Tanto a Lei n. 12.158/2009 como a previsão existente na redação originária do artigo 50, II, da Lei n. 6.880/1980 concedem promoção à graduação superior no momento da passagem à inatividade. Entretanto, inexistente amparo legal para a sobreposição de graus hierárquicos, e nem mesmo seria razoável supor legítima a dupla promoção a tais militares. O agravante, quando da edição da Lei n. 12.158/2009, já havia passado à situação de inativo em grau hierárquico superior ao que detinha na ativa.

- Entender de forma diversa é admitir que aos Taifeiros da Aeronáutica sejam garantidas vantagens previdenciárias não concedidas aos demais militares, o que fere frontalmente o princípio da isonomia, pelo que correta a decisão da Administração Militar de promover a revisão da percepção de proventos na graduação de Segundo-Tenente para de Suboficial nestes casos. - Ao obter o benefício concedido pela Lei n. 12.158 /2009 - que passou a produzir efeitos financeiros a partir de 01/07/2010, o militar reformado não carrega consigo, cumulativamente, o direito à percepção de remuneração no grau hierárquico superior previsto na redação originária do artigo 50, II, c/c §1º, c, da Lei n. 6.880/1980, porque esse benefício foi extinto a contar de 29/12/2000, data-limite para o preenchimento dos requisitos da transferência à inatividade em grau superior àquele ocupado na ativa, conforme artigo 34 da MP n. 2215-10/2001.

- Não se admite a acumulação pretendida pelo agravante, traduzida no recebimento de remuneração correspondente ao grau hierárquico superior, com base na redação originária do artigo 50, II, da Lei n. 6.880/1980, cumulada com promoção a Suboficial, nos termos da Lei n. 12.158/2009, restando facultada ao militar a opção pelo benefício que melhor lhe aprouver.

- O servidor público, civil ou militar, não possui direito adquirido a regime jurídico, sendo-lhe assegurada tão somente a irredutibilidade de vencimentos.

- A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que não ofende o princípio da irredutibilidade de vencimentos a supressão de vantagem paga a servidores públicos em desacordo com a legislação”(RE 638418 AgR, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 18/12/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-029 DIVULG 11-02-2014 PUBLIC 12-02-2014). - Matéria preliminar rejeitada. Agravo de instrumento improvido.” (TRF 3ª Região, 2ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5026664-94.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal JOSE CARLOS FRANCISCO, julgado em 06/08/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 10/08/2020);

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. SERVIDOR MILITAR INATIVO. PERCEPÇÃO DE BENEFÍCIOS CUMULATIVOS. QUADRO TAIFEIROS. PROVENTOS DE SEGUNDO TENENTE. IMPOSSIBILIDADE. LEIS 6.880/1980 E 12.158/2009. REVISÃO DE ATO ADMINISTRATIVO. RECURSO NÃO PROVIDO

1- Não restou configurada a decadência do direito da Administração Militar de revisar o ato que concedeu segunda promoção na inatividade ao apelante, porquanto não decorrido lapso temporal superior a cinco anos entre a efetiva promoção e seus efeitos financeiros e a deflagração de processo administrativo de revisão.

2- Sobreposição de graus hierárquicos. O art. 1º da Lei 12.158/2009 assegurou, na inatividade, o acesso às graduações superiores aos militares oriundos do Quadro de Taifeiros da Aeronáutica - QTA, na reserva remunerada, reformados ou no serviço ativo, cujo ingresso no referido Quadro tenha ocorrido até a data de 31/12/1992. Nos termos da redação originária do artigo 50, II, da Lei n. 6.880/1980 (anterior à MP n. 2215-10/2001) o militar que se transferir até 29/12/2000 para a reserva remunerada, faz jus à “percepção de remuneração correspondente ao grau hierárquico superior ou melhoria da mesma quando, ao ser transferido para a inatividade, contar mais de 30 (trinta) anos de serviço”. Ambas as normas concedem promoção à graduação superior no momento da passagem à inatividade.

3. Ao obter o benefício concedido pela Lei n. 12.158 /2009 - que passou a produzir efeitos financeiros a partir de 01/07/2010, o militar reformado não carrega consigo, cumulativamente, o direito à percepção de remuneração no grau hierárquico superior previsto na redação originária do artigo 50, II, c/c §1º, c, da Lei n. 6.880/1980, porque esse benefício foi extinto a contar de 29/12/2000, data-limite para o preenchimento dos requisitos da transferência à inatividade em grau superior àquele ocupado na ativa, conforme artigo 34 da MP n. 2215-10/2001.

4. Entender de forma diversa é admitir que aos Taifeiros da Aeronáutica sejam garantidas vantagens previdenciárias não concedidas aos demais militares, o que fere frontalmente o

princípio da isonomia, pelo que correta a decisão da Administração Militar de promover a revisão da percepção de proventos na graduação de Segundo-Tenente pelo apelado.

5. Inexiste violação ao princípio da proteção à confiança legítima ou da segurança jurídica, pois a anulação do ato administrativo possui eficácia *ex nunc*.

6. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que não ofende o princípio da irredutibilidade de vencimentos a supressão de vantagem paga a servidores públicos em desacordo com a legislação”(RE 638418 AgR)

7. Recurso não provido.

(TRF 3ª Região, 1ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 0016630-86.2016.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal HELIO EGYDIO DE MATOS NOGUEIRA, julgado em 15/06/2020, Intimação via sistema DATA: 17/06/2020);

“CIVIL. PROCESSO CIVIL. MILITAR. REVISÃO DA GRADUAÇÃO DE MILITAR DA RESERVA REMUNERADA. DECADÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. PROMOÇÃO A SEGUNDO TENENTE. SUPERPOSIÇÃO DE GRAUS HIERÁRQUICOS. IMPOSSIBILIDADE. APELAÇÃO PROVIDA.

1. Inicialmente, não há de se falar em decadência do direito de revisão. Isto porque, o primeiro pagamento decorrente da Lei nº 12.158/09 se deu em agosto de 2010, iniciando-se nesta data o prazo decadencial do direito de revisão, nos termos do artigo 54, § 1º, da Lei nº 9.784/99.

2. Assim, dos documentos juntados aos autos, verifica-se que não transcorreram mais de 05 (cinco) anos entre o primeiro pagamento (agosto de 2010) e o início do procedimento administrativo de revisão de aposentadoria (julho de 2015).

3. No caso concreto o autor pertencia, quando na ativa, ao Quadro de Taifeiros da Aeronáutica, o qual passou a auferir, quando transferido para reserva, remuneração correspondente ao grau hierárquico imediatamente superior, qual seja de Segundo Sargento, nos termos do art. 108, V, e do art. 110, ambos da Lei nº 6.880/90.

4. Posteriormente, com o advento da Lei nº 12.158/09, a autoridade impetrada conferiu ao impetrante o acesso às graduações superiores mediante a aplicação da referida Lei, de modo que o militar passou a receber remuneração/soldo de Segundo Tenente.

5. Neste contexto, resta demonstrada a irregularidade na implementação das melhorias conferidas ao impetrante, importando em violação ao previsto no artigo 1º, § 1º, da Lei nº 12.158/09, que limitou o acesso às graduações superiores à última graduação do QTA, qual seja, a de Suboficial.

6. Apelação a que se dá provimento.”

(TRF 3ª Região, 1ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000454-10.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal GISELLE DE AMARO E FRANCA, julgado em 01/06/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 03/06/2020).

Afastado o reconhecimento da decadência e estando o feito em condições de imediato julgamento, cabe a apreciação por esta Corte do postulado na inicial, nos termos do § 4º do artigo 1.013 do Código de Processo Civil.

No tocante ao mérito da revisão, a jurisprudência desta Corte já decidiu que não é possível o pagamento simultâneo das vantagens pecuniárias instituídas pelo art. 50, inc. II, da Lei n. 6.880/80 (ou art. 34 da Medida Provisória nº 2.215-10, de 31.8.2001) com as previstas na Lei n. 12.158/2009.

Neste sentido:

“ADMINISTRATIVO. MILITAR. REVISÃO DA GRADUAÇÃO DE MILITAR DA RESERVA REMUNERADA. VIOLAÇÃO AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. TAIFEIRO MOR. INATIVIDADE. PROMOÇÃO A SUBOFICIAL. LEI 12.158/2009. PROMO-

ÇÃO A 2º TENENTE. IMPOSSIBILIDADE. SUPERPOSIÇÃO DE GRAUS HIERÁRQUICOS. REDUÇÃO DE VENCIMENTOS. NÃO CARACTERIZAÇÃO. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. O comando da Aeronáutica, ao constatar que o Militar da reserva remunerada integrante do Quadro de Taifeiros da Aeronáutica - QTA passou a receber proventos correspondentes à graduação de 2º Tenente, comunicou a ele que haveria adequação dos valores à patente de Suboficial.

2. A adequação foi necessária por estar o Militar percebendo proventos em quantia superior à devida e em desconformidade com a previsão legal.

3. A impossibilidade de melhoria da remuneração do Militar decorre do disposto na Lei 6.880/80, em sua redação original, que implicou na promoção à graduação superior a de Taifeiro, ou seja, a de 3º Sargento, já incidente quando de sua inatividade.

4. Nova melhoria de proventos correspondente à graduação superior equivalente à de 2º Sargento caracteriza ilegal superposição de graus hierárquicos, não sendo aplicável, portanto, ao caso dos autos, o disposto na Lei 12.158/09.

5. No caso dos autos não ocorreu nem decadência nem prescrição, eis que se debate nestes autos a validade ou não de ato administrativo que nem sequer chegou a ser levado a cabo pela Administração, tendo em vista a concessão de antecipação de tutela favorável ao autor, decisão válida desde 08/8/2016 até a prolação da sentença que a revogou, em 10/4/2017. Não ultrapassados, pois, os 05 (cinco) anos da Lei n. 9.784/99 nem os do Decreto n. 20.910/32.

6. A adequação de atos administrativos à legislação de regência não constitui ofensa ao princípio da irredutibilidade de vencimentos, mas mera supressão de vantagem indevida paga em desacordo com a lei. Precedente do E. STF.

7. Sentença mantida. Apelação desprovida. Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a E. 2ª Turma do C. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, NEGAR PROVIMENTO à apelação da parte autora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.”

(Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2262330 0016899-28.2016.4.03.6100, DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA RIBEIRO, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:15/02/2018 ..FONTE_REPUBLICACAO.);

“DIREITO ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. TAIFERO. INATIVIDADE. REVISÃO DE APOSENTADORIA CONCEDIDA COM SUPERPOSIÇÃO DE GRADUAÇÕES HIERÁRQUICAS SUPERIORES (SEGUNDO TENENTE). CABIMENTO. AUTOTUTELA DA ADMINISTRAÇÃO. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO À IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS. DECADÊNCIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. A Administração Pública por anos pagou os proventos de aposentadoria ao impetrante - taifeiro - com fulcro na Lei n. 12.158/2009 e observância dos vencimentos de Segundo Tenente, sem se aperceber, entretanto, do fato de que a Lei n. 6.880/1980 também garante ao militar acesso às graduações superiores, ex vi de seu art. 50, inc. II, na redação anterior à MP n. 2.215-10/2001.

2. A jurisprudência desta Egrégia Corte Regional já analisou a questão por vezes e considerou que de fato essa situação traduz ilegal superposição de graus hierárquicos, o que permitiria à Administração Pública, no exercício de sua prerrogativa à autotutela, readequar os valores pagos a título de aposentadoria, sem que isso caracterize inadmissível redução de vencimentos.

3. De mais a mais, também não comporta guarida a alegação de configuração da decadência na espécie. O impetrante afirma que a decadência se operou porque recebeu a aposentadoria com superposição de graduações hierárquicas superiores desde agosto de 2010, ao passo que a notificação que lhe foi repassada foi providenciada apenas em 2016.

4. Contudo, esquece-se o impetrante que a primeira providência adotada pela Administração no sentido de afastar a ilegalidade não foi a notificação que lhe foi encaminhada, mas sim

a publicação da Portaria COMGEP n. 1.471-T/AJU, de 25 de junho de 2015, pelo Boletim do Comando da Aeronáutica n. 121, de 01 de julho de 2015. Ora, entre o pagamento da aposentadoria com superposição de gradações hierárquicas, ilegalidade combatida pela Administração Pública por intermédio de sua prerrogativa inerente à autotutela, com início em agosto de 2010, e a publicação da Portaria que afastava a ilegalidade, em julho de 2015, não decorreram mais de cinco anos, com o que fica afastada a alegação de decadência. Precedentes. Além do mais, o prazo decadencial só teria curso, no caso em análise, após a manifestação do Tribunal de Contas, dado que o ato administrativo de aposentadoria, por ser complexo, exige a manifestação da Administração e do Tribunal de Contas para que se perfectibilize. No caso dos autos, sequer há notícia de decisão do TCU sobre a aposentadoria do impetrante, não se podendo falar em decadência.

5. Recurso de apelação a que se nega provimento. Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao recurso de apelação interposto, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.”

(Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 368991 0003000-15.2016.4.03.6115, DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ZAUHY, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:14/11/2018 ..FONTE_REPUBLICACAO:.);

“APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. MILITAR. REVISÃO DA GRADUAÇÃO DE MILITAR DA RESERVA REMUNERADA. DECADÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. PROMOÇÃO A SEGUNDO TENENTE. SUPERPOSIÇÃO DE GRAUS HIERÁRQUICOS. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

1. Inicialmente, não há de se falar em decadência do direito de revisão. Isto porque, o primeiro pagamento decorrente da Lei nº 12.158/09 se deu em agosto de 2010, iniciando-se nesta data o prazo decadencial do direito de revisão, nos termos do artigo 54, § 1º, da Lei nº 9.784/99. O processo administrativo de revisão, por sua vez, teve início em 01/07/2015, com a publicação da Portaria COMGEP nº 1.471-T/AJU, cientificando os interessados acerca do procedimento, em prazo inferior a cinco anos, restando afastada a alegação.

2. No caso concreto, a parte impetrante pertencia, quando na ativa, ao Quadro de Taisfeiros da Aeronáutica e, por força do disposto na Medida Provisória nº 2.215-10, de 31 de agosto de 2001, passou a auferir remuneração correspondente ao grau hierárquico imediatamente superior, qual seja, de Terceiro Sargento. Posteriormente, com o advento da Lei nº 12.158/09, a autoridade impetrada conferiu ao impetrante o acesso às graduações superiores, de modo que o militar passou a receber remuneração/soldo de Segundo Tenente, graduação superior ao de Suboficial. Neste contexto, resta demonstrada a irregularidade na implementação das melhorias conferidas ao impetrante, importando em violação ao previsto no artigo 1º, § 1º, da Lei nº 12.158/09, que limitou o acesso às graduações superiores à última graduação do QTA, qual seja, a de Suboficial.

3. Apelação a que se nega provimento. Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.”

(Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 369627 0003003-67.2016.4.03.6115, DESEMBARGADOR FEDERAL VALDECI DOS SANTOS, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/09/2018 ..FONTE_REPUBLICACAO:.);

Por fim, no tocante à suposta irredutibilidade dos proventos, é pacífico o entendimento da jurisprudência no sentido de que não há direito adquirido a remuneração em razão de interpretação errônea da lei:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. LEI 10.486/02 DO DISTRITO FEDERAL. GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO DE NATUREZA ESPECIAL. NATUREZA DA VANTAGEM. SÚMULA 280/STF. SUPRESSÃO. VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 279. OFENSA AO PRINCÍPIO DA IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES.

1. *A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido de que não ofende o princípio da irredutibilidade de vencimentos a supressão de vantagem paga a servidores públicos em desacordo com a legislação.*

2. Agravo regimental a que se nega provimento.”

(RE 638418 AgR, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 18/12/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-029 DIVULG 11-02-2014 PUBLIC 12-02-2014)

A situação que se verifica, portanto, é de integral improcedência do pedido, revogando-se a antecipação dos efeitos da tutela concedida em primeira instância, também invertidos os ônus da sucumbência.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para reforma da sentença no tocante ao reconhecimento da decadência e, com amparo no art. 1.013, § 4º, do CPC, julgo improcedente a ação, nos termos *supra*.

É como voto.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA

0021004-48.2016.4.03.6100

Apelante: UNIÃO FEDERAL

Apelada: IVANIR APARECIDA MARCONDES DOS SANTOS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA RIBEIRO

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 21/01/2022

EMENTA

ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. FRABAZYME (BETAGALSIDASE). AUTORA PORTADORA DE DOENÇA DE FABRY. IMPRESCINDIBILIDADE PARA VIDA E SAÚDE. EXISTÊNCIA DE REGISTRO NA ANVISA. ATUAÇÃO NECESSÁRIA DO PODER JUDICIÁRIO PARA SALVAGUARDAR DIREITO FUNDAMENTAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. REEXAME NECESSÁRIO DESPROVIDO. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

1. Os direitos fundamentais do cidadão à vida e à saúde são direitos subjetivos inatos à pessoa humana, irrenunciáveis, indisponíveis e inalienáveis, constitucionalmente protegidos, cujo fundamento, em um Estado Democrático de Direito, que reserva especial proteção à dignidade da pessoa humana, há de superar quaisquer espécies de restrições legais.

2. É assente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça no sentido de ser obrigação inafastável do Estado assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação necessária à cura, controle ou abrandamento de suas enfermidades, mormente as mais graves, bem como de haver responsabilidade solidária entre os entes federativos no exercício desse *munus* constitucional. Precedentes.

3. A jurisprudência se assentou no sentido de que, havendo conflito entre o direito fundamental à vida (art. 5º, Constituição Federal) e à saúde (art. 6º, Constituição Federal) do cidadão hipossuficiente e eventual custo financeiro imposto ao Poder Público, deve ser dada prioridade àqueles, pois o Sistema Único de Saúde - SUS - deve prover os meios para se fornecer medicação e tratamentos que sejam necessários a preservação da vida, saúde e dignidade do paciente sem condições financeiras para custeio pessoal ou familiar, segundo prescrição médica. Precedentes.

4. Respeitada a orientação do CNJ, o óbice referente à inexistência de registro do medicamento pleiteado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, restou superado em precedente do Supremo Tribunal Federal, consulte-se: STF, SS nº 4316/RO, Rel. Min. Cezar Peluso (Presidente), j. em 10.6.2011, p. em 13.6.2011, bem como pelo fato de que o medicamento possui o devido registro na ANVISA.

5. O E. Superior Tribunal de Justiça que, no julgamento do REsp 1.657.156/RJ, submetido à sistemática dos recursos repetitivos, estabeleceu os requisitos para a concessão judicial de medicamentos não previstos pelo SUS. No caso, a demanda foi distribuída em momento anterior ao marco temporal previsto no REsp 1.657.156/RJ (publicação do acórdão em 04/05/2018), devendo, portanto, restar demonstrada “a *imprescindibilidade do medicamento*”.

6. Os documentos dos autos são conclusivos ao atestarem que a autora é portadora de Doença de Fabry, sendo o medicamento por ela requerido, FRABAZYME (BETA-GALSIDASE), registrado na ANVISA, o único eficaz para conter o agravamento da moléstia e aumentar sua expectativa de vida.
7. O fato do medicamento não se encontrar incorporado à lista de dispensação do SUS, resta superado pelo relatório do médico que assiste a autora, corroborado pelo laudo pericial, os quais, são concludentes sobre a necessidade da medicação para o tratamento da autora, para obstar, inclusive, futura insuficiência renal, inclusive com necessidade de transplante, bem como sobre a inexistência de alternativas terapêuticas fornecidas pelo SUS, que fornece apenas tratamento paliativos de suporte, destinados ao alívio dos sintomas.
8. Patente, portanto, a imprescindibilidade do fármaco para assegurar ao autor/apelado o cumprimento do direito fundamental à saúde (CF, art. 6º e 196) e, consequentemente, ao princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III).
9. Honorários advocatícios, fixados na sentença, reduzidos.
10. Reexame necessário desprovido. Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO ao reexame necessário e DEU PARCIAL PROVIMENTO à apelação da União Federal, apenas reduzir os honorários advocatícios, mantendo, no mais, a r. sentença recorrida, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA RIBEIRO (Relator):

Trata-se de ação ordinária, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, ajuizada por IVANIR APARECIDA MARCONDES DOS SANTOS contra a UNIÃO FEDERAL, objetivando compelir a ré ao fornecimento (custeio) do medicamento FABRAZYME® 35mg (Betagalsidase), indispensável ao tratamento da enfermidade que a acomete, na forma da prescrição médica e pelo tempo necessário ao tratamento.

Sustenta a postulante ser portadora da Doença de Fabry (CID R75.2), caracterizada pela deficiência de alfa-GALactosidade, esclarecendo tratar-se doença rara, genética e hereditária, crônica e progressiva que pode evoluir para um quadro de insuficiência renal, doença cardíaca e acidente vascular cerebral, sendo que, sem o tratamento sua expectativa de vida é reduzida em 15 (quinze) anos

Anotou que, no seu caso, o diagnóstico ocorreu tardiamente, quando a doença já passara a gerar dores agudas e fadiga, com piora aos pequenos esforços e diante desse quadro o médico que a assiste recomendou o de tratamento com reposição enzimática, com o fármaco postulado, a fim de evitar o agravamento do estado clínico, por insuficiência renal, e até mesmo eventual necessidade de transplante, inclusive com risco de óbito.

Consignou que a medicação indicada é, atualmente, o único tratamento disponível com eficácia comprovada para a doença que a acomete, anotando que, embora tenha buscado seu

fornecimento junto ao sistema de Saúde, este lhe foi negado ao argumento de que não estava disponível diante de seu alto custo. Afirmou, contudo, não possuir condições de arcar com a aquisição do mencionado fármaco, cujo custo mensal foi estimado em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Ressaltou fazer jus ao tratamento gratuito de sua saúde, sendo dever do Estado garantir o fornecimento de medicamentos àqueles que não possuem condições, destacando que fármaco pleiteado já possui registro na ANVISA desde 2005 e, embora não tenha sido incorporado à lista do SUS, apresenta melhora comprovada do comprometimento do organismo causado pela citada moléstia, impedindo a piora do quadro clínico já apresentado pela paciente.

Requeru, ainda, a concessão da gratuidade da justiça, atribuindo à causa o valor de R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) (Id 155512509 Volume 01 parte A, fls. 04/42).

Pela decisão de fls. 120/123 (mesmo Id), o MM. Juízo *a quo* concedeu à requerente os benefícios da assistência judiciária gratuita, postergando a apreciação do pedido liminar.

Citada a União Federal ofertou contestação, aduzindo, em suma, sua ilegitimidade passiva, e, no mérito, a improcedência do pedido, visto não ser padronizado para fornecimento pelo SUS, o qual dispõe de alternativas terapêuticas seguras, eficazes e de qualidade para tratamento da enfermidade que acomete a requerente.

Consignou, ainda, tratar-se o fármaco em questão de medicamento órfão, que, entretanto, não significa seja eficaz e seguro, podendo, inclusive, provocar resultados negativos.

Destacou também que a prestação de saúde deve observar a “reserva do possível”, diante da insuficiência dos recursos disponíveis, que exige o estabelecimento de critério igualitário na prestação dos serviços nessa área, bem como a necessidade de realização de perícia médica, salientando, contudo, que a doença da autora é incurável. Ao final, pugnou pela a improcedência do pleito (Id 155512509 Volume 01 parte A, fls. 130/147).

Na sequência, sobreveio decisão que rejeitou a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* suscitada pela União, deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, a fim de que o medicamento fosse fornecido à autora no prazo de 10 dias, determinando, ainda, a realização de perícia médica (fls. 155/166, do mesmo Id).

Manifestação da autora sobre a contestação (fls. 238/251).

Juntado o laudo médico pericial (Id 155512510 Volume 01 parte B, fls. 07/20), a autora manifestou sua concordância com a conclusão do perito judicial (Id 155512511 Volume 02, fls. 06/07), enquanto a União pugnou pela realização de nova perícia, por profissional graduado em farmácia e bioquímica, contestando a eficácia e segurança do medicamento pleiteado (fls. 23/34, do mesmo Id).

A r. sentença recorrida, proferida em 18/11/2020, indeferiu o pleito de realização de nova prova pericial e produção de prova oral, e, no mérito, julgou procedente o pedido, nos termos do art. 487, inc. I, do NCPD, para determinar que a ré fornecesse o medicamento Batagalsidase (Fabrazyme) à parte autora, por prazo indeterminado, de forma gratuita e ininterrupta, na quantidade e periodicidade descritas no receituário e relatório médico juntados nos autos ou de acordo com o receituário médico mais atual. Determinou, ainda, que a autora fornecesse relatório e pedido médico atualizados, de três em três meses, bem como exames atualizados, de seis em seis meses, diretamente ao Ministério da Saúde, com indicação da evolução da doença, do tratamento e da permanência da necessidade da medicação pleiteada. Ao fim, condenou a parte ré ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, § 3º, do CPC, submetendo a sentença ao reexame necessário (Id 155512525).

A União Federal apelou, aduzindo, em síntese, ausência de evidências científicas sobre a eficácia da medicação pleiteada, além do alto custo da medicação, destacando a necessidade de privilegiar o tratamento fornecido pelo SUS, cuja exceção abrange somente nos casos em que comprovada a ineficácia da política pública disponibilizada para o caso concreto, sendo indispensável, ainda, o preenchimento dos critérios estabelecidos pelo Eg. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.657.156/RJ para o fornecimento de medicamentos não incorporados ao SUS.

Assinalou também que em se tratando demanda na qual se busca o fornecimento medicamento ou tratamento médico, a verba honorária deve ser estabelecida mediante apreciação equitativa.

Ao fim, requereu a reforma da sentença, para julgar improcedente o pedido, ou, alternativamente, a redução dos honorários advocatícios, para fixa-los na forma do art. 85, § 8º, do CPC/2015 (Id 155512529).

Com contrarrazões, pelo desprovimento do recurso (Id 155512634), subiram os autos a este Tribunal.

É o relatório.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA RIBEIRO (Relator): Cinge-se a controvérsia à possibilidade de condenar a União Federal, ao fornecimento do medicamento Betagalsidase (Fabrazyme® 35mg) à autora, portadora de Doença de Fabry, nas doses e pelo tempo prescritos pelo médico que a assiste.

Destaco, inicialmente, que o fármaco pleiteado pela autora possui registro na ANVISA, sob nº 1832603310014, que concedeu autorização para comercialização aludido medicamento no país, 10/06/2019, não se encontrando, contudo, incorporado à listagem de dispensação do Sistema Único de Saúde – SUS.

Quanto à questão de fundo, anoto que à luz da Constituição Federal os direitos fundamentais do cidadão à vida e à saúde são direitos subjetivos inatos à pessoa humana, irrenunciáveis, indisponíveis e inalienáveis, constitucionalmente protegidos, cujo fundamento, em um Estado Democrático de Direito, que reserva especial proteção à dignidade da pessoa humana, há de superar quaisquer espécies de restrições legais.

Nessa seara, impende registrar ainda que é assente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça no sentido de ser obrigação inafastável do Estado assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação necessária à cura, controle ou abrandamento de suas enfermidades, mormente as mais graves, bem como de haver responsabilidade solidária entre os entes federativos no exercício desse *múnus* constitucional. A título exemplificativo, citem-se os seguintes precedentes: RE 724.292 AgR, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 09/04/2013, Acórdão Eletrônico DJe-078 Divulg 25/04/2013 Public 26/04/2013; RE 716.777 AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 09/04/2013, Processo Eletrônico DJe-091 Divulg 15/05/2013 Public 16/05/2013; ARE 650.359 AgR, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 07/02/2012, Acórdão Eletrônico DJe-051 Divulg 09/03/2012 Public 12/03/2012; AgRg no REsp 1016847/SC, Rel. Min. CASTRO MEIRA, Segunda Turma, julgado em 17/09/2013, DJe 07/10/2013; AgRg

no AREsp 351.683/CE, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, Primeira Turma, julgado em 03/09/2013, DJe 10/09/2013; AgRg no AREsp 316.095/SP, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, julgado em 16/05/2013, DJe 22/05/2013.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados:

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - SUS - OFENSA AO ART. 535 DO CPC - INEXISTÊNCIA - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS - HONORÁRIOS DEVIDOS PELO ESTADO À DEFENSORIA PÚBLICA - JURISPRUDÊNCIA REVISTA PELA PRIMEIRA SEÇÃO - RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Em nosso sistema processual, o juiz não está adstrito aos fundamentos legais apontados pelas partes. Exige-se, apenas, que a decisão seja fundamentada, aplicando o magistrado ao caso concreto a legislação considerada pertinente. Inocorrência de violação ao art. 535 do CPC.

2. *O funcionamento do Sistema Único de Saúde - SUS é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que, qualquer dessas entidades têm legitimidade ad causam para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros.*

3. A Primeira Seção, julgando o REsp 596.836/RS por afetação da Segunda Turma, em decisão datada de 14/04/2004 e publicada em 02/08/2004, uniformizou o entendimento, no sentido de que a Defensoria Pública é órgão do Estado, motivo pelo qual não pode recolher honorários sucumbenciais decorrentes de condenação contra a Fazenda em causa patrocinada por Defensor Público.

4. Ressalva de entendimento pessoal.

5. Recurso especial parcialmente provido.”

(STJ, REsp 527.356/RS, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJU de 15/08/05, p. 239)

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente.”

(STF, RE 855178 RG/SE, Relator Ministro LUIZ FUX, julgado em 05/03/2015, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-050 DIVULG 13-03-2015 PUBLIC 16-03-2015)

Por seu turno, a Lei nº 8.080/1990, dispõe que o Sistema Único de Saúde - SUS é constituído pelo conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, estabelecendo as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, bem como para a organização e funcionamento dos serviços correspondentes. Confira-se:

“(…).

Art. 2. A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º. O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

(…).

Art. 7º. As ações e serviços público de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

- I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;
 - II - integralidade de assistência entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema.
- (...).”

Portanto, a ordem jurídica brasileira assegura a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil o direito à vida, no qual se inclui o direito a assistência integral à saúde, atribuindo ao Estado, considerado o conjunto das pessoas políticas, quais sejam, União, Estados, Municípios e/ou Distrito Federal, o dever jurídico de providenciar o que for necessário a que tal assistência se dê sem maiores percalços, obedecidos os princípios e as diretrizes traçadas em nível constitucional e reafirmadas na legislação infraconstitucional.

Insta observar que a Constituição Federal atribuiu ao Poder Público a competência para regulamentação, execução e fiscalização da política de prevenção e assistência à saúde, com a instituição de serviços públicos de atendimento à população e ações nessa área. Não obstante, é inafastável a função do Poder Judiciário de atuar no controle da atividade administrativa, visando assegurar a efetividade dos bens jurídicos protegidos pela Constituição Federal, dentre eles a igualdade, a dignidade da pessoa humana e o direito à vida.

Colaciona-se elucidativa decisão do Supremo Tribunal Federal acerca do direito fundamental à saúde, *in verbis*:

“PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA.

- O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.

- O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. **A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE.**

- O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES.

- O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, *caput*, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.”

(STF, AgRg no RE 271.286-8/RS, Segunda Turma, Relator Ministro CELSO DE MELLO, j. 12/09/2000, DJ 24/11/2000, p. 101)

Vê-se, portanto, a existência de um plexo normativo que visa concretizar o comando constitucional de tutela ao direito à prestação efetiva e adequada das ações e serviços de saúde. Com efeito, o direito à vida, direito fundamental assegurado pela Constituição Federal, deve se sobrepôr quando confrontado com qualquer outro, não sendo plausível qualquer tentativa de escusa por parte do Estado, seja sob o frágil argumento de alto custo de dispêndio monetário ou a falta de previsão orçamentária para tanto ou, ainda, sob o argumento de ser mero financiador e gestor do SUS e não executor de suas atividades, não podendo propiciar a concessão de tratamento e medicamento aos necessitados.

Nesse diapasão, a jurisprudência se assentou no sentido de que, havendo conflito entre o direito fundamental à vida (art. 5º, Constituição Federal) e à saúde (art. 6º, Constituição Federal) do cidadão hipossuficiente e eventual custo financeiro imposto ao Poder Público, deve ser dada prioridade àqueles, pois o Sistema Único de Saúde - SUS - deve prover os meios para se fornecer medicação e tratamentos que sejam necessários a preservação da vida, saúde e dignidade do paciente sem condições financeiras para custeio pessoal ou familiar, segundo prescrição médica. Senão, veja-se:

“DIREITO CONSTITUCIONAL. SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. SOLIDARIEDADE DOS ENTES FEDERATIVOS. PRECEDENTES. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 13.8.2008.

A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido da responsabilidade solidária dos entes federativos quanto ao fornecimento de medicamentos pelo Estado, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um deles União, Estados, Distrito Federal ou Municípios.

Agravo regimental conhecido e não provido.”

(STF, AgReg no RE com Ag-ARE 738.729/RS, Primeira Turma, Relatora Ministra ROSA WEBER, j. 25/6/2013, DJe 14/08/2013)

Esse entendimento foi reafirmado pelo Plenário da Suprema Corte no julgamento da Suspensão de Segurança nº 3.355-AgR/RN, de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, julgado em 17/03/2010 e publicado no DJe de 3/4/2010, cujo acórdão restou assim ementado:

“Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento.”

Nesse mesmo sentido julgado do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

“ADMINISTRATIVO - CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS - POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS - DIREITO À SAÚDE - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - MANIFESTA NECESSIDADE - OBRIGAÇÃO DO PODER PÚBLICO - AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES - NÃO Oponibilidade da Reserva do Possível ao Mínimo Existencial.

1. Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de fundamental importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais.

2. Tratando-se de direito fundamental, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal.

3. *In casu*, não há empecilho jurídico para que a ação, que visa a assegurar o fornecimento de medicamentos, seja dirigida contra o município, tendo em vista a consolidada jurisprudência desta Corte, no sentido de que “o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que qualquer dessas entidades têm legitimidade *ad causam* para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros” (REsp 771.537/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 3.10.2005).

Agravo regimental improvido.”

(AGRESP 1.136.549, Segunda Turma, Relator Ministro HUMBERTO MARTINS, DJe 21/06/2010)

Cumpra consignar, ademais, que se encontra firmada a interpretação constitucional no sentido da supremacia da garantia de tutela à saúde do cidadão hipossuficiente sobre eventual custo imposto ao Poder Público, porquanto é dever do Estado prover os meios para o fornecimento de medicamentos e tratamento que sejam necessários a pacientes sem condições financeiras de custeio.

Nesse sentido, colho alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal: AI-AgR 553.712, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, sessão de 19/05/09; AI-AgR 604949, Rel. Min. EROS GRAU, DJU 24/11/06; RE-AgR 271.286, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJU 24/11/00; RE-AgR 255.627, Rel. Min. NELSON JOBIM, DJU 23/02/01; RE-AgR 273.042, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, DJU 21/09/01.

Destaque-se que o presente caso não se caracteriza como intromissão do Poder Judiciário, uma vez que aqui apenas se determina seja cumprido o comando constitucional que assegura o direito à vida. A propósito, entendimento desta Turma julgadora:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO NECESSÁRIO AO TRATAMENTO DE SAÚDE (CARCINOMA EPIDERMÓIDE). RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. DIREITO CONSTITUCIONAL À VIDA E À SAÚDE. AGRAVO IMPROVIDO.

1. É certo que a saúde é um direito social (art. 6º) decorrente do direito à vida (art. 5º), disciplinado no artigo 196 e seguintes da Constituição Federal. Com efeito, é insofismável a ilação segundo a qual cabe ao Poder Público obrigatoriamente a garantia da saúde mediante a execução de política de prevenção e assistência à saúde, com a disponibilização dos serviços

públicos de atendimento à população, que nos termos constitucionais foram delegados ao Poder Executivo no âmbito da competência para desempenhar os serviços e as ações da saúde.

2. *A responsabilidade pelo fornecimento do medicamento de que necessita a autora decorre do direito fundamental dela à vida e a uma existência digna, do que um dos apanágios é a saúde, cuja preservação também é atribuída aos poderes públicos executivos da União, dos Estados e dos Municípios, todos eles solidários nessa obrigação.*

3. Como integrante do Sistema Único de Saúde (SUS), a União e os entes que a coadjuvam têm o dever de disponibilizar os recursos necessários para o fornecimento do medicamento para a autora, pois através de prova pericial restou configurada a necessidade dela (portadora de moléstia grave, que não possui disponibilidade financeira para custear o seu tratamento) de ver atendida a sua pretensão posto ser a pretensão legítima e constitucionalmente garantida.

4. *Negar ao agravado o medicamento necessário ao tratamento médico pretendido implica desrespeito as normas constitucionais que garantem o direito à saúde e à vida; mais: ofende a moral administrativa (art. 37 da Constituição), pois o dinheiro e a conveniência dos detentores temporários do Poder não sobreleva os direitos fundamentais. Mais ainda: é uma afronta também ao art. 230 da Magna Carta, que impõe ao Estado amparar as pessoas idosas “defendendo sua dignidade e bem-estar”.*

5. Cabe ao Poder Público, obrigatoriamente, zelar pela saúde de todos, disponibilizando, àqueles que precisarem de prestações atinentes à saúde pública, os meios necessários à sua obtenção.

6. *Enfim, calha recordar que ao decidir sobre tratamentos de saúde e fornecimento de remédios o Poder Judiciário não está se investindo da função de co-gestor do Poder Executivo, ao contrário do que o apelante frisa; está tão somente determinando que se cumpra o comando constitucional que assegura o direito maior que é a vida, está assegurando o respeito que cada cidadão merece dos detentores temporários do Poder Público, está fazendo recordar a verdade sublime que o Estado existe para o cidadão, e não o contrário.*

7. Na verdade o Judiciário está dando efetividade ao art. 6º, inc. I, “d”, da Lei nº. 8.080/90 que insere no âmbito da competência do SUS a assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica.

8. Agravado de instrumento a que se nega provimento.”

(TRF3, AI 0009630-70.2014.4.03.0000, Sexta Turma, Relator Desembargador Federal JOHNSOM DI SALVO, j. 26/02/2015, e-DJF3 Judicial 1 06/03/2015)

Consigne-se, ainda, que respeitada a orientação do CNJ (Resolução nº 31, de 30/03/2010), o óbice referente à inexistência de registro do medicamento não se verifica, uma vez que, além de superado em precedente da Suprema Corte, no julgamento da SS 4.316/RO, de relatoria do então Presidente, Ministro Cezar Peluzo, em 10/06/2011, publicado em 13/06/2011, o medicamento cujo fornecimento de pretende – “Beta-agalsidase” (Fabrazymed@35mg) -, possui registro na Anvisa (nº 1832603310014), desde 10/06/2019, quando foi concedida autorização para sua comercialização no país.

Anote-se que, este tem sido o posicionamento desta Corte Regional, consoante ementas a seguir transcritas:

“DIREITOS CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO ORDINÁRIA ONDE CIDADÃ BUSCA A CONDENAÇÃO DOS ENTES FEDERATIVOS A FORNECER-LHE MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO (SOLIRIS), NÃO INCLUÍDO NA RELAÇÃO NACIONAL DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS/RENAME E NÃO APROVADO PELA ANVISA, DESTINADO AO TRATAMENTO DE MOLÉSTIA GRAVE (HEMOGLOBINÚRIA PAROXÍSTICA NOTURNA - HPN) - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA (COM ANTECIPAÇÃO DE TUTELA E FIXAÇÃO DE ASTREINTES) MANTIDA - SUPREMACIA DO DIREITO

CONSTITUCIONAL À SAÚDE (APANÁGIO DA DIGNIDADE HUMANA), QUE DEVE SER ZELADO EM NÍVEL DO SUS POR TODOS OS ENTES DA FEDERAÇÃO (SOLIDARIEDADE), EM RELAÇÃO AO QUAL NÃO PODEM SER OPOSTAS A BUROCRACIA DO PODER PÚBLICO E NEM AS QUESTÕES ORÇAMENTÁRIAS - É CORRETO O DESEMPENHO DO PODER JUDICIÁRIO (ART. 5º, XXXV, DA CF) EM ASSEGURAR TAL DIREITO, QUE EMERGE DA MAGNA CARTA E DA LEI Nº 8.080/90 - MATÉRIA PRELIMINAR REPELIDA - APELAÇÕES E REMESSA OFICIAL DESPROVIDAS.

1. A saúde é um direito social (art. 6º) decorrente do direito à vida (art. 5º), disciplinado no artigo 196 e seguintes da Constituição Federal, e sua prestação em natureza ampla é preconizada na Lei nº 8.080/90 que regulamentou o art. 198 da Constituição (SUS). Diante disso, é insofismável a ilação segundo a qual cabe ao Poder Público obrigatoriamente a garantia da saúde mediante a execução de política de prevenção e assistência à saúde, com a disponibilização de amplos serviços de atendimento à população, envolvendo prevenção, de doenças, vacinações, tratamentos (internações, inclusive) e prestação de remédios.

(...)

3. Cidadão acometida de Hemoglobinúria Paroxística Noturna - HPN. Trata-se da chamada doença de Marchiafava e Michelli, uma rara anemia hemolítica crônica de início insidioso e curso crônico, ocasionada por um defeito na membrana dos eritrócitos (proteína protetora). Quando o quadro evolui uma das maiores complicações é a trombose, sendo que os dois locais mais preocupantes são nas veias supra-hepáticas e no sistema nervoso central. Outros possíveis problemas incluem as crises dolorosas abdominais (de etiologia ainda incerta) e as infecções recorrentes, pois ocorre a destruição dos glóbulos vermelhos. Medicação pretendida: "SOLIRIS" (nome comercial), que tem como princípio ativo a substância ECULIZUMABE, é aprovado para o combate contra a doença na União Européia e nos Estados Unidos da América, conforme decisões da European Medicines Agency - EMA e Food and Drug Administration- FDA, que aprovaram o medicamento desde, respectivamente, 20.06.2007 e 16.03.2007. Fármaco que não foi aprovado pela ANVISA e não consta do RENAME; mesma situação que acontece no Canadá e na Escócia.

4. Na medida em que dificilmente se pode falar que o controle da indústria farmacêutica no Brasil é superior ao exercido pela European Medicines Agency - EMA e pela Food and Drug Administration- FDA, sobra apenas uma desculpa para a negativa governamental em incluir o "SOLIRIS" no âmbito da ANVISA: o medicamento é caro! Ainda: o parecer Nº 1.201/2011-AGU/CONJUR-Ministério da Saúde/HRP destaca que o SUS tem uma terapêutica adequada para o combate da doença, Transplante de células Tronco Hematopoieticas (TCTHa); sucede que o Relator consultou a PORTARIA Nº 931 DE 2 DE MAIO DE 2006, do Ministro da Saúde, que aprova o Regulamento Técnico para Transplante de Células-Tronco Hematopoieticas e, no meio de uma gigantesca burocracia destinada a regular tais transplantes, não conseguiu localizar a alegada "indicação" de que o SUS pode custear esse difícil procedimento em favor de quem porta Hemoglobinúria Paroxística Noturna - HPN.

(...)

6. Calha recordar que ao decidir sobre tratamentos de saúde e fornecimento de remédios o Poder Judiciário não está se investindo da função de co-gestor do Poder Executivo, ao contrário do que os apelantes frisam; está tão somente determinando que se cumpra o comando constitucional que assegura o direito maior que é a vida, está assegurando o respeito que cada cidadão merece dos detentores temporários do Poder Público, está fazendo recordar a verdade sublime que o Estado existe para o cidadão, e não o contrário. Na verdade o Judiciário está dando efetividade ao art. 6º, inc. I, "d", da Lei nº 8.080/90 que insere no âmbito da competência do SUS a assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica.

7. A recomendação nº 31 do CNJ foi atendida na decisão de fls. 88, posteriormente homologada pelo despacho de fls. 251, de modo que não há que se falar em descumprimento da recomendação; ademais, uma recomendação de órgão administrativo, por mais venerável e

importante que seja, como é o caso do CNJ, não pode impedir que a jurisdição seja prestada a quem a reclama, sob pena de afronta ao art. 5º, XXXV da Constituição.

8. A matéria aqui tratada já foi objeto de apreciação pela Presidência do Supremo Tribunal Federal em sede de dois pedidos de suspensão de segurança (ns. 4316 e 4304), tendo o então Min. Cesar Peluso repellido a mesma ladainha que aqui assoma: o valor da droga e a ausência de registro na ANVISA.

9. Corretas a antecipação de tutela com fixação de astreintes, bem como a imposição de honorária (módica)."

(APELREEX 0008456-68.2010.4.03.6110, Sexta Turma, Relator Relator Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO, j. 06/06/2013, e-DJF3 Judicial 1 14/06/2013)

"AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE RITO ORDINÁRIO - TUTELA PROVISÓRIA - ART. 300, CPC - MEDICAMENTO NÃO REGISTRADO - POSSIBILIDADE - DIREITO À VIDA, À DIGNIDADE HUMANA - ART. 5º, CF - RECURSO PROVIDO.

1. Cuida-se em essência de agravo de instrumento interposto para reformar decisão sobre pedido de tutela provisória.

2. O Código de Processo Civil de 2015 conferiu nova roupagem às tutelas provisórias, determinando sua instrumentalidade, sempre acessórias a uma tutela cognitiva ou executiva, podendo ser antecedente ou incidente (artigo 295) ao processo principal.

3. No caso das tutelas provisórias de urgência, requerem-se, para sua concessão, elementos que evidenciem a probabilidade do direito, perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo e a ausência de perigo de irreversibilidade da decisão. 4. Pleiteia o agravante, menor acometido por doença grave, denominada Deficiência da Lipase Ácida Lisossômica", também conhecida como "Deficiência de LAL (LAL-D), o medicamento Kanuma® (Sebelipase Alfa), não incluído nas listas do Sistema Único de Saúde e sem registro na ANVISA.

5. O fornecimento gratuito de medicamentos deve atingir toda a medicação necessária ao tratamento dos necessitados, significando que não só são devidos os remédios padronizados pelo Ministério da Saúde, como todos aqueles que porventura sejam necessários às particularidades de cada paciente e que, sob a óptica de princípios constitucionais, como os da dignidade humana, do direito à saúde, da assistência social e da solidariedade, infere-se a lesão grave e de difícil reparação que se mostra, na verdade, na expectativa de vida do paciente, ou ainda na sua qualidade de vida, autorizando a antecipação dos efeitos da tutela nos autos de origem.

6. O direito ao medicamento pleiteado decorre de garantias constitucionais, como os direitos à vida (art. 5º, *caput*, CF) e à saúde (arts. 6º e 196, CF), entre outros, competindo a todos os entes federativos o seu fornecimento.

7. Compulsando os autos, verifica-se que há prova da necessidade do tratamento, bem como da deficiência física do agravante e receituário prescrevendo o tratamento, nos exatos termos do pedido (fls. 59/156).

8. Presentes os requisitos autorizadores da tutela de urgência, nos termos do art. 300, CPC, diante probabilidade do direito alegada, bem como o perigo de dano, frente ao possível agravamento da doença.

9. O sobrestamento determinado em sede do REsp 1.657.156 - RJ, não tem o condão de obstar o deferimento da antecipação da tutela nestes autos, porquanto naqueles restou consignado, em 31/5/2017: "torna-se patente que a suspensão do processamento dos processos pendentes, determinada no art. 1.037, II, do CPC/2015, não impede que os Juízos concedam, em qualquer fase do processo, tutela provisória de urgência, desde que satisfeitos os requisitos contidos no art. 300 do CPC/2015, e deem cumprimento àquelas que já foram deferidas."

10. Agravo de instrumento provido."

(AI 0018539-33.2016.403.0000, Terceira Turma, Relator Desembargador Federal NERY JUNIOR, e-DJF3 Judicial 1 01/09/2017)

Outrossim, destaco que o E. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.657.156/RJ, submetido à sistemática dos recursos repetitivos, estabeleceu os requisitos para a concessão judicial de medicamentos não incorporados ao Sistema Único de Saúde - SUS, nos seguintes termos:

“ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. TEMA 106. JULGAMENTO SOB O RITO DO ART. 1.036 DO CPC/2015. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO CONSTANTES DOS ATOS NORMATIVOS DO SUS. POSSIBILIDADE. CARÁTER EXCEPCIONAL. REQUISITOS CUMULATIVOS PARA O FORNECIMENTO.

1. Caso dos autos: A ora recorrida, conforme consta do receituário e do laudo médico (fls. 14-15, e-STJ), é portadora de glaucoma crônico bilateral (CID 440.1), necessitando fazer uso contínuo de medicamentos (colírios: azorga 5 ml, glaub 5 ml e optive 15 ml), na forma prescrita por médico em atendimento pelo Sistema Único de Saúde - SUS. A Corte de origem entendeu que foi devidamente demonstrada a necessidade da ora recorrida em receber a medicação pleiteada, bem como a ausência de condições financeiras para aquisição dos medicamentos.

2. Alegações da recorrente: Destacou-se que a assistência farmacêutica estatal apenas pode ser prestada por intermédio da entrega de medicamentos prescritos em conformidade com os Protocolos Clínicos incorporados ao SUS ou, na hipótese de inexistência de protocolo, com o fornecimento de medicamentos constantes em listas editadas pelos entes públicos. Subsidiariamente, pede que seja reconhecida a possibilidade de substituição do medicamento pleiteado por outros já padronizados e disponibilizados.

3. *Tese afetada: Obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS (Tema 106).* Trata-se, portanto, exclusivamente do fornecimento de medicamento, previsto no inciso I do art. 19-M da Lei n. 8.080/1990, não se analisando os casos de outras alternativas terapêuticas.

4. *TESE PARA FINS DO ART. 1.036 DO CPC/2015 A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: (i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; (iii) existência de registro na ANVISA do medicamento.*

5. Recurso especial do Estado do Rio de Janeiro não provido. Acórdão submetido à sistemática do art. 1.036 do CPC/2015.”

(REsp 1.657.156/RJ, Primeira Seção, Relator Ministro BENEDITO GONÇALVES, julgado em 25/04/2018, DJe 04/05/2018) (g. n.)

Opostos embargos de declaração em face do supracitado acórdão, a Corte Superior modulou os efeitos da decisão, da seguinte forma:

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. UNIÃO. RECURSO ESPECIAL JULGADO SOB A SISTEMÁTICA DOS RECURSOS REPETITIVOS. TEMA 106. OBRIGATORIEDADE DO PODER PÚBLICO DE FORNECER MEDICAMENTOS NÃO INCORPORADOS EM ATOS NORMATIVOS DO SUS. ART. 1.022 DO CPC/2015. VÍCIOS NÃO CONFIGURADOS. NECESSIDADE DE ESCLARECIMENTO.

(...)

4. Necessário, ainda, realizar os seguintes esclarecimentos, agora quanto à modulação dos efeitos: (a) os requisitos cumulativos estabelecidos são aplicáveis a todos os processos distribuídos na primeira instância a partir de 4/5/2018; (b) quanto aos processos pendentes,

com distribuição anterior à 4/5/2018, é exigível o requisito que se encontrava sedimentado na jurisprudência do STJ: a demonstração da imprescindibilidade do medicamento. 5. Embargos de declaração rejeitados.

(...)

TESE FIXADA: A tese fixada no julgamento repetitivo passa a ser: *A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos:* i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência.

Modula-se os efeitos do presente repetitivo de forma que os requisitos acima elencados sejam exigidos de forma cumulativa somente quanto aos processos distribuídos a partir da data da publicação do acórdão embargado, ou seja, 4/5/2018.”

(EDcl no REsp 1.657.156/RJ, Primeira Seção, Relator Ministro Benedito Gonçalves, julgado em 12/09/2018, DJe 21/09/2018) (g.n.)

Cumprir destacar, ainda, que o Supremo Tribunal Federal decidiu em 11/03/2020, por maioria, no âmbito do RE 566.471 (Tema 6 da Repercussão Geral, de relatoria do Ministro Marco Aurélio), relativo à obrigatoriedade do Estado fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para aquisição, que o Estado não é obrigado a fornecer medicamentos de alto custo solicitados judicialmente, quando não estiverem previstos na relação do Programa de dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional, do Sistema Único de Saúde - SUS, ressalvadas situações excepcionais, as quais serão definidas na formulação da tese. Entretanto, conforme Notícia veiculada no sítio eletrônico da Suprema Corte, nas mesma data (11/03/2020), a tese “vencedora entendeu que, nos casos de remédios de alto custo não disponíveis no sistema, o Estado pode ser obrigado a fornecê-los, desde que comprovadas a extrema necessidade do medicamento e a incapacidade financeira do paciente e de sua família para sua aquisição.”

Pois bem. Na hipótese dos autos, a ação foi distribuída em 23/09/2016 (Id 155512509 Volume 01 parte A, fls. 01 e 03), tratando-se, portanto, de demanda anterior ao marco temporal estabelecido no REsp 1.657.156/RJ retro assinalado (publicação do acórdão em 04/05/2018), devendo se aplicar, no que diz respeito ao que deve ser demonstrado pela parte demandante, o entendimento até então vigente, no sentido de que basta “a demonstração da imprescindibilidade do medicamento.”

E, no caso em testilha, resta sobejamente provada a gravidade da doença que acomete a postulante, constatando-se inclusive grave risco de óbito, em decorrência das complicações decorrentes da aludida enfermidade. Nesse aspecto, o relatório da médica que acompanha a requerente, datado de 23/05/2016, traça um panorama claro da patologia que a afeta, do estado clínico da autora, bem como da necessidade do fármaco pleiteado, a fim de reduzir a velocidade de progressão da doença, e as complicações graves e incapacitantes dela advindas. Nesse aspecto, a profissional que assiste a autora, assinalou que (Id 155512509 Volume 01 parte A, fls. 54/55):

“RELATÓRIO MÉDICO

(...)

A paciente Ivanir Aparecida Marcondes dos Santos foi diagnosticado (sic) a partir do diagnóstico de um familiar próximo, através de investigação familiar. A paciente confirmou ser porta-

dora da Doença de Fabry através da realização da genotipagem do gene da alfa-galactosidase A que mostrou mutação patológica no exon 1:p.R49P e Heterozigose.

O paciente apresenta dor grave e formigamento em extremidade que fazem com ela leva à qualidade de vida prejudicada. Neste caso, o paciente tem um familiar que evoluiu com insuficiência renal e necessidade de transplante renal desde a juventude. Também há histórico de outros familiares que faleceram prematuramente, de causa desconhecida, antes dos 40 anos. Em decorrência da confirmação diagnóstica e da história natural da doença e, considerando que a mutação que o paciente apresenta é uma mutação que prediz uma doença grave, solicito considerar a possibilidade de incluir este paciente no tratamento com reposição enzimática utilizando betagalsidase (...).”

Quanto as características da moléstia, a médica da autora destacou tratar-se de “doença de caráter progressivo” que, “se não tratada”, apresenta “evolução natural para maiores complicações vasculares como acidente vascular cerebral e/ou infarto agudo do miocárdio.”

Além disso, aludida profissional ressaltou o não cabimento de outras opções terapêuticas, no caso, informando que: “A doença de Fabry é uma doença geneticamente determinada, ligada ao cromossomo X, de caráter progressivo, na qual a atividade da enzima alfa galactosidase A é ausente ou insuficiente para prevenir o acúmulo de globotriaosilceramida nas células, particularmente nos rins, coração e sistema nervoso. Antes da terapia de reposição enzimática, o único tratamento disponível era paliativo. Fabrazyme é a enzima beta algasidase recombinante humana, que provou diminuir o acúmulo de substrato nas células podendo interferir positivamente na progressão da doença.”

Ressaltou, ainda que “ao ser esta uma condição progressiva, quanto maior tempo transcorrer, maior é o depósito de substrato dentro das células, causando dano potencialmente irreversível”, daí a necessidade “de início imediato de tratamento com reposição enzimática”, para “diminuir a velocidade de progressão da doença, diminuindo os riscos de complicações graves e incapacitantes, as quais podem ser deflagradas a qualquer momento.”

Como se vê, a situação apresentada no citado laudo médico afigura-se grave, ensejando risco de morte da autora pela possibilidade de agravamento da doença que poderá acarretar-lhe insuficiência renal e, ainda, sérios distúrbios cardiológicos e neuro-cerebrais.

Ademais, conforme se constata do laudo da perícia médica, a prescrição do medicamento em questão foi ratificada pelo perito judicial, que, a par de descrever a enfermidade que acomete a autora, apontando as causas e fatores que contribuem para o comprometimento de órgãos como coração, rins, cérebro e pele, podendo, inclusive, levar à morte do paciente diante de suas graves manifestações, considerou que, no caso da postulante, está presente a necessidade na utilização do fármaco prescrito – *Fabrazyme* –, para deter o agravamento da doença e preservar a vida da postulante, destacando que “No caso em discussão, já são observadas alterações cardiológicas, como hipertrofia moderada e alteração do relaxamento do ventrículo esquerdo e renais, com presença de microalbuminúria.” (Id 155512510 Volume 01 parte B, fls. 07/20).

Nesse contexto, evidencia-se a singularidade e a indispensabilidade do tratamento com o uso do medicamento em questão, considerando, inclusive, que as terapias alternativas disponibilizadas pelo SUS para a enfermidade da postulante, considerada pelo próprio Ministério da Saúde, como doença rara, se constituem apenas de medidas paliativas e de suporte, destinados somente ao alívio dos sintomas, tais como, dores, sintomas gastrintestinais, antiagregante plaquetário, doenças psiquiátricas, hipertensão arterial, dislipidemia, transplante renal, etc., conforme Nota Técnica de 11/02/2019, emitida pela Secretaria Executiva de Gestão de Demandas Judiciais em Saúde do Ministério da Saúde (Id 155512530).

Ademais, conquanto a presente demanda tenha sido ajuizada anteriormente ao julgamento do REsp 1.657.156/RJ pelo Eg. Superior Tribunal de Justiça, restou comprovada também a incapacidade financeira da postulante para arcar com os custos da medicação, cuja estimativa anual atingiu o montante de R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais).

Quanto ao fato do medicamento não se encontrar incorporado à lista de dispensação do SUS, entendo que o relatório do médica da autora que, à vista do agravamento da doença, com piora do seu quadro de saúde, concluiu pela necessidade de utilização de terapia enzimática para frear o avanço da doença, corroborado pelo laudo médico pericial, configura situação excepcional que permite o fornecimento, por decisão judicial, do medicamento de alto custo pleiteado, embora a diretriz do Supremo Tribunal Federal estabelecida na decisão proferida em 11/03/2010, no julgamento do RE 566.471, no sentido de que o Estado não é obrigado a fornecer medicamentos de alto custo solicitados judicialmente, quando não estiverem previstos na relação de fornecimento do SUS, ainda esteja pendente de aprovação da tese pela Corte Suprema.

Deste modo, negar à parte agravada o tratamento ora requerido, implicaria cercear os direitos constitucionais basilares à vida e saúde da autora.

Ademais, não se pode perder de foco que o caso dos autos se qualifica pela preservação do direito à vida e à saúde, motivo pelo qual não se pode aceitar a inércia ou a omissão do Estado quanto ao tratamento efetivo da doença, ainda que seja apenas para a agravada adquirir qualidade de vida.

Como é bem de ver, existe efetivamente a possibilidade de tratamento com chance de, ao menos, impedir a progressão da doença através do medicamento indicado (Fibrazyme), que já está aprovado pela ANVISA.

Enfim, existindo, no país, recursos adequados que garantam a plena eficácia do direito à vida e à saúde da agravante, não pode o Estado ficar omissos ou inerte ante um caso pontual que demande a sua efetiva ação.

Nesse mesmo sentido, julgados assim ementados:

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO. FABRAZYME (BETAGALSIDASE). DOENÇA DE FABRY. NECESSIDADE DEMONSTRADA. DIREITO À SAÚDE. DEVERO DO ESTADO. INVERSÃO DO ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. APELAÇÃO PROVIDA.

1. No caso em apreço, há relatórios, prescrições e exames médicos que comprovam ser o autor portador da doença de Fabry, enfermidade genética, de caráter hereditário, que causa a deficiência ou a ausência da enzima alfa-galactosidase no organismo de seus portadores, evoluindo para o comprometimento e falência de diversos órgãos, com potencial de leva-los à morte.

2. Evidencia-se a singularidade e indispensabilidade do tratamento com o fármaco Fabrazyme (betagalsidase), haja vista que se trata de uma nova medicação destinada à reposição enzimática e que, no momento, se apresenta como única opção terapêutica ao tratamento da Doença de Fabry.

3. Considerando, assim, o alto custo do referido medicamento e não tendo o autor condições de custeá-lo, negar-lhe o fornecimento pretendido implicaria desrespeito às normas constitucionais que garantem o direito à saúde e à vida.

4. Em circunstâncias tão especiais, de perigo de vida ou à saúde, deve o Poder Público primar pelo direito subjetivo essencial relacionado à dignidade da pessoa humana, previsto e tutelado pela Constituição Federal.

5. A jurisprudência é pacífica no sentido de ser obrigação inafastável do Estado assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação necessária à cura, controle

ou abrandamento de suas moléstias, sobretudo às mais graves, como a do caso em comento. Precedentes.

6. De rigor, portanto, a condenação da união ao fornecimento do medicamento Fabrazyme (betagalsidase) ao autor, na quantidade e periodicidade estipuladas na prescrição médica.

7. Inversão do ônus da sucumbência.

8. Apelação provida.”

(TRF3, ApCiv 5001469-14.2017.403.6100/SP, Terceira Turma, Relator Desembargador Federal Nilton dos Santos, j. 02/04/2020, e-DJF3 Judicial 1 06/04/2020)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO RITO ORDINÁRIO. CONCESSÃO DE MEDICAMENTO REPLAGAL. PORTADORA DE ENFERMIDADE DOENÇA DE FABRY. COMPROVAÇÃO DE QUE O MEDICAMENTO É O ÚNICO TRATAMENTO.

1 - Agravo de instrumento em face de decisão em ação de rito ordinário visando o fornecimento do medicamento Agalsidase Alfa (Replagal), nas quantidades e prazo recomendados, de acordo com a prescrição médica.

2- Os direitos fundamentais do homem à vida e à saúde estão expressamente previstos no Texto Maior. Na mesma esteira, a Lei nº 8.080/90 assegurou o acesso universal e igualitário aos serviços de saúde, bem como a integralidade da assistência.

3 - É de rigor observar que compete aos gestores do SUS zelar pela dignidade de seus usuários, assegurando-lhes o direito à saúde e o direito à vida, previstos no Texto Maior.

4 - A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 1.657.156/RJ, de relatoria do e. Ministro Benedito Gonçalves, fixou os seguintes requisitos para concessão de medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS: (i) Comprovação por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; (iii) existência de registro na ANVISA do medicamento.

5 - A agravante é portadora de doença de Fabry, a condição de hipossuficiência é comprovada, até em razão do alto custo do medicamento e o registro na Anvisa também está demonstrado.

6 - A perita médica nomeada nos autos originários reforça a eficácia do medicamento.

7 - A Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde informou que o SUS disponibiliza medicamentos paliativos para amenizar os sintomas da doença, mas não oferece tratamento para retardar a sua evolução.

8 - Diante a ausência de tratamento da enfermidade pelo SUS, bem como em razão da comprovação de que o medicamento em questão pode beneficiar o tratamento da doença e aumentar a expectativa de vida, deve ser determinado o fornecimento da medicação requerida, na forma como prescrita no pedido médico, no prazo de 15 (quinze) dias, a contar da ciência desta decisão, sob pena de imposição de multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

9 - Agravo de Instrumento PROVIDO.”

(TRF3, AI 5020000-81.2018.403.0000/SP, Sexta Turma, Relatora Desembargadora Federal Consuelo Yoshida, j. 10/05/2019, e-DJF3 Judicial 1 20/05/2019)

Patente, portanto, a imprescindibilidade do referido medicamento, para assegurar à postulante o cumprimento do direito fundamental à saúde (CF, art. 6º e 196) e, consequentemente, ao princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III).

Por conseguinte, de rigor a manutenção da r. sentença recorrida, em relação à procedência do pedido de fornecimento do fármaco pleiteado.

Contudo, no que se refere aos honorários advocatícios estabelecidos em face da ré, merece reforma o *decisum* impugnado.

Deveras, o MM. Juízo *a quo* estabeleceu a verba honorária a ser suportada pela União Federal sobre o valor atualizado da causa atualizado, nos termos do art. 85, § 3º, do CPC/2015.

No entanto, nas ações relativas ao fornecimento de medicamentos e tratamentos de saúde, a fixação de honorários a serem pagos pelo vencido, deve observar o disposto no art. 85, § 8º, do Novo Código de Processo Civil, que assim dispõe:

“Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.
(...)”

§ 8º Nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do § 2º.
(...)”

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem acolhendo esse posicionamento, consoante ementa do seguinte julgado

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. EQUIDADE. REEXAME DOS FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE.

1. O Plenário do STJ decidiu que, “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” (Enunciado Administrativo n. 3).

2. À luz do disposto no art. 85, § 8º, do CPC/2015, “nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do § 2º”.

3. Nas ações em que se busca o fornecimento de medicação gratuita e de forma contínua pelo Estado, para fins de tratamento de saúde, o Superior Tribunal de Justiça tem admitido o arbitramento dos honorários de sucumbência por apreciação equitativa, tendo em vista que o proveito econômico obtido, em regra, é inestimável.

4. Na instância especial, a revisão do juízo de equidade para a fixação da verba honorária somente é admitida nos casos em que o valor arbitrado é irrisório ou exorbitante, circunstância que não se vislumbra nos autos.

5. Agravo interno desprovido.”

(AgInt no AREsp 1.234.388/SP, Primeira Turma, Relator Ministro GURGEL DE FARIA, DJe 05/02/2019)

Nessa esteira, tendo em vista que o pedido de fornecimento de medicamento tem como objeto finalístico o direito à saúde, bem de valor inestimável, e, atendendo, ainda, o disposto nos incs. I a IV, do § 2º, do supracitado dispositivo legal, fixo a verba honorária a ser paga pela apelante, ao advogado da parte autora, em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Ante o exposto, *NEGO PROVIMENTO* ao reexame necessário e *DOU PARCIAL PROVIMENTO* à apelação da União Federal, apenas reduzir os honorários advocatícios, mantendo, no mais, a r. sentença recorrida, nos termos da fundamentação supra.

É o voto.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA

5014918-39.2017.4.03.6100

Apelante: AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES - ANTT

Apelada: MORENA TUR - AGÊNCIA DE VIAGENS, TURISMO E PASSAGENS EIRELI - EPP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 02/02/2022

EMENTA

ADMINISTRATIVO. TRANSPORTE RODOVIÁRIO INTERESTADUAL DE PASSAGEIROS IRREGULAR. AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES. FISCALIZAÇÃO. CABIMENTO. RETENÇÃO DO VEÍCULO E LIBERAÇÃO CONDICIONADA A PAGAMENTO DE MULTA/DESPESAS DE TRANSBORDO. IMPOSSIBILIDADE. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL NÃO PROVIDAS.

1. Nos termos de entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, sob regime disposto no artigo 543-C, do CPC, e aplicável à espécie, a liberação do veículo retido por transporte irregular de passageiros, ainda que com esteio na legislação de regência, não está condicionada ao pagamento de multas e despesas. (Resp 1.144.810/MG, Relator Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Seção, julgado em 10/03/2010, DJe 18/03/2010.)

2. O entendimento do e. STJ é o mesmo quando a autuação por transporte irregular de passageiros é realizada pela ANTT. Isso porque é ilegal condicionar a liberação de veículo autuado pela prática de transporte irregular de passageiros ao pagamento de transbordo, haja vista se tratar de penalidade prevista apenas na Resolução ANTT nº 4.287/2014, norma essa que extrapola sua competência regulamentar fixada pela Lei nº 10.233/01.

3. As despesas de transbordo devem ser buscadas pelos procedimentos legais regulares, pois não se admite a apreensão do veículo como meio coercitivo para pagamento desses valores. Ou seja, nada impede que as empresas que prestaram os serviços, seja de guincho ou de transporte, ajuízem ações contra o ora apelado buscando reaver os valores despendidos. Entretanto, o veículo não pode ser retido pela falta de pagamento das referidas despesas, por se configurar meio coercitivo para pagamento. Precedentes.

4. Apelação e remessa oficial não providas.

ACÓRDÃO

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

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora):

Trata-se de mandado de segurança impetrado por MORENA TUR – AGÊNCIA DE VIAGENS, TURISMO E PASSAGENS EIRELI – EPP em face da AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES – ANTT, pretendendo a liberação de veículo de sua propriedade (placas BXC 0025-MS), objeto de apreensão por transporte de passageiros sem autorização do poder público.

A impetrante narra ser empresa de transporte em regime de fretamento cadastrada na ANTT, e que em 12/09/2017 foi autuada no Município de Três Lagoas/MS, por suposto transporte clandestino, quando conduzia 22 passageiros de ônibus de São Paulo para a Bolívia.

Afirma que, na ocasião, os passageiros foram desembarcados e transbordados para Campo Grande/MS, de onde seguiram em linha comercial para a fronteira (Corumbá/MS). Já o veículo foi apreendido e removido por guincho para Bataguassu/MS.

O MM. Juiz *a quo* deferiu a liminar, não como requerida, mas para determinar que após a comprovação do depósito judicial e da retificação do valor atribuído à causa, a autoridade coatora providenciasse a liberação do veículo apreendido de propriedade da impetrante (ID 153977640).

Ao agravo de instrumento interposto pela impetrante foi dado provimento (ID 153977657).

A autoridade coatora apresentou informações em ID 153977665. Afirma que por ter a impetrante se negado a arcar por despesas de transbordo, com vistas a que os passageiros chegassem aos seus destinos finais, não há que se falar em ilegalidade do ato fiscalizatório, mesmo porque esses dispêndios só devem ser debitados a quem deu causa, no caso, a empresa autuada.

Sobreveio sentença de ID 153977672 que, confirmando a liminar anteriormente deferida, concedeu a segurança para determinar que a autoridade coatora providenciasse a liberação do veículo apreendido por meio do termo de apreensão nº 12092017BXC0025/URSP-SP, auto de infração nº 3017453, placas BXC 0025-MS, Renavam 612635201, Cor cinza, de propriedade da impetrante, independente do pagamento das despesas com transbordo, guincho, diária, e quaisquer outros ônus decorrentes da apreensão.

Sentença submetida ao reexame necessário.

Inconformada, apela a impetrada.

Requer a reforma da r. sentença, reproduzindo, em síntese, os argumentos de sua inicial.

Declara que a liberação do veículo apreendido pela ANTT não está condicionada ao pagamento de multas, mas tão somente à comprovação do pagamento das despesas decorrentes da ação de transporte não autorizado e necessárias para a efetiva conclusão da viagem aos passageiros, conforme previsto no Art. 3º da Resolução ANTT nº 4.287/14.

Sustenta ainda que a apreensão do veículo realizada pela ANTT ocorreu dentro dos ditames legais, uma vez que o ato foi devidamente motivado.

Por fim, defende a inaplicabilidade da Súmula 510/STJ ao caso, ao argumento de que a ANTT utiliza fundamento jurídico diverso do Código de Trânsito Brasileiro.

A apelada apresentou contrarrazões em ID 153977687.

O MPF manifestou-se em ID 154638628 pelo regular prosseguimento do feito.

Subiram os autos a este Tribunal.

É o relatório.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora):

A controvérsia debatida nestes autos cinge-se ao pagamento de despesas de transbordo por ocasião da apreensão de veículo.

Dos documentos acostados aos autos, depreende-se que a impetrante foi autuada, de acordo com o Auto de Infração nº 3017453, pela ANTT, “*por executar serviços de transporte rodoviário interestadual ou internacional de passageiros sem prévia autorização*”, sendo apreendido seu veículo (ID 153977634).

Foi ainda acostado o Termo de Apreensão/Remoção/Transbordo nº 12092017BXC0025/URSP-SP, no qual consta que para liberação do veículo, o infrator deveria apresentar comprovante de pagamento do serviço realizado, além de 22 bilhetes de passagem para Campo Grande/MS para Corumbá/MS.

A questão atinente à retenção de veículos condicionada ao pagamento de multas e valores de transbordo já se encontra largamente pacificada junto ao E. Superior Tribunal de Justiça, inclusive em sede repetitiva, nos termos do disposto no artigo 543-C, do Código de Processo Civil, conforme arestos que colho, *verbis*:

ADMINISTRATIVO. TRANSPORTE IRREGULAR DE PASSAGEIROS. RETENÇÃO DO VEÍCULO. LIBERAÇÃO.

1. A liberação do veículo retido por transporte irregular de passageiros, com base no art. 231, VIII, do Código de Trânsito Brasileiro, não está condicionada ao pagamento de multas e despesas.
2. Recurso especial improvido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC. (REsp 1144810/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/03/2010, DJe 18/03/2010)

“ADMINISTRATIVO. TRANSPORTE RODOVIÁRIO INTERESTADUAL DE PASSAGEIROS. IRREGULARIDADE. VIOLAÇÃO AO ART. 1.022 DO CPC/2015. INOCORRÊNCIA. APREENSÃO DO VEÍCULO. LIBERAÇÃO CONDICIONADA AO PAGAMENTO DAS DESPESAS DE TRANSBORDO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Não há ofensa ao art. 1.022 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução.
2. Ademais, a irrisignação não prospera, porque o acórdão recorrido está em conformidade com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça de que a liberação do veículo retido por transporte irregular de passageiros não está condicionada ao pagamento de multas e despesas com transbordo. REsp 1.750.606/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 27/11/2018; AgInt no AREsp 1.371.903/SP, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 13/5/2019; AgInt no AREsp 456.169/DF, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 25/11/2016.
3. Recurso Especial não provido. (REsp 1824362/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/08/2019, DJe 11/10/2019) _destaquei

Ressalto que o entendimento do e. STJ é o mesmo quando a autuação por transporte irregular de passageiros é realizada pela ANTT.

Aduz a apelante que a liberação do veículo apreendido pela ANTT não está condicionada ao pagamento de multas, mas tão somente à comprovação do pagamento das despesas decorrentes da ação de transporte não autorizado e necessárias para a efetiva conclusão da viagem aos passageiros, conforme previsto no Art. 3º da Resolução ANTT nº 4.287/14.

Assim, defende que a apreensão do veículo realizada ocorreu dentro dos ditames legais. Contudo, razão não lhe assiste.

Isso porque é ilegal condicionar a liberação de veículo autuado pela prática de transporte irregular de passageiros ao pagamento de transbordo, haja vista se tratar de penalidade prevista apenas na Resolução ANTT nº 4.287/2014. Vejamos.

A liberação do veículo retido por transporte irregular de passageiros, com base no art. 231, VIII, do Código de Trânsito Brasileiro, não está subordinada ao pagamento de multas e despesa.

O art. 78-A, da Lei nº 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 Infra-Estrutura de Transportes, estabelece que as infrações a Lei e o descumprimento dos deveres estabelecidos no contrato de concessão, no termo de permissão e na autorização sujeitará o responsável às sanções de advertência, multa, suspensão, cassação, declaração de inidoneidade e perdimento do veículo.

Desta forma, a penalidade de pagamento de multas e demais encargos como condição à liberação de veículo apreendido no transporte irregular de passageiros não possui previsão legal, tendo sido instituída exclusivamente em ato regulamentar da ANTT.

Como se vê, as normas que preveem o pagamento de encargos/ despesas com transbordo para liberação do veículo desbordam dos limites da lei, razão pela qual a sentença deve ser mantida.

Anote-se, inclusive, a existência da Súmula STJ nº 510, que declara que *“A liberação de veículo retido apenas por transporte irregular de passageiros não está condicionada ao pagamento de multas e despesas”*.

Oportuno trazer excerto da r. sentença, ora recorrida, que agrego como razões de decidir:

“(…) Isso porque, segundo entendimento firmado pelo STJ, “O transporte de passageiros, sem a devida autorização, configura infração de trânsito que impõe somente a pena de multa e, como medida administrativa, a mera retenção do veículo até que se resolva a irregularidade, e não a sua apreensão, que abrange o recolhimento do bem ao depósito do órgão de trânsito” (AINTARESP 201304203106).

No termo de apreensão/remoção/transbordo nº 12092017BXC0025/URSP-SP (id 2608334 - Pág. 2), consta que o veículo foi apreendido por ter sido flagrado sendo utilizado na prática de transporte remunerado interestadual de passageiros sem autorização do poder concedente (transporte clandestino) e que “para liberação do veículo infrator deverá apresentar comprovante de pagamento do serviço realizado, além de 22 bilhetes de passageiros de Campo Grande para Corumbá/MS”.

A exigência de comprovação do pagamento das despesas de transbordo dos passageiros, como condição para a liberação de veículo retido, nos termos do artigo 1º, § 6º, da Resolução ANTT nº 233/03, extrapola a função regulamentar da norma, ou seja, não possui amparo legal, bem como contraria o conteúdo da súmula 510 do C. STJ. (..)”

Nesta Corte, a questão também já tratada, conforme se infere dos julgados:

ACÇÃO ORDINÁRIA. ANTT. TRANSPORTE INTERESTADUAL DE PASSAGEIROS. APREENSÃO DE VEÍCULO. LIBERAÇÃO CONDICIONADA A PAGAMENTO DE MULTA E TRANSBORDO. RESOLUÇÃO ANTT 233/2003. ILEGALIDADE. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL IMPROVIDAS.

- No caso concreto, o ônibus pertencente à apelada foi retido quando realizava o transporte de passageiros em viagem entre Irecê/BA e São Paulo/SP, sem prévia autorização ou permissão.

- *O auto de infração foi regularmente lavrado e o veículo apreendido nos termos dos §§ 4º, 5º e 6º, do artigo 1º, da Resolução ANTT nº 233/2003.*

- *Em que pese a legalidade da fiscalização, a retenção do veículo, como meio de obrigação para o pagamento das multas e despesas, não encontra amparo nas Leis Federais nº 8.987/95 ou 10.233/2001. Precedentes jurisprudenciais.*

- A apreensão é ilegítima, sendo certo que a União dispõe de meios legais para a cobrança dos valores devidos pela empresa.

- Apelação e remessa oficial improvidas.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 0003393-48.2009.4.03.6126, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 09/08/2021, DJEN DATA: 18/08/2021)_destaquei

DIREITO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. TRANSPORTE RODOVIÁRIO INTERESTADUAL DE PASSAGEIROS. AUTUAÇÃO POR AGENTE DA AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTE TERRESTRE - ANTT. APREENSÃO DE VEÍCULO. LIBERAÇÃO CONDICIONADA AO PAGAMENTO DA MULTA E DO TRANSBORDO. DECRETO Nº 2.521/1998. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DE APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO DESPROVIDOS. 1 - De início, deve ser afastada a alegação de incompetência do juízo, posto que o auto de infração foi lavrado pela autoridade da ANTT com sede em São Paulo/SP, que prestou as devidas informações (id 80497320 e 80501491).

2 - O condicionamento da liberação dos veículos ao pagamento das despesas com o transbordo se encontra fundamentado nos parágrafos 4º e 5º do art. 1º da Resolução nº 233/2003 e nos parágrafos 4º e 5º do art. 2º da Resolução nº 3.075/2009, e ambas trazem como embasamento a Lei nº 10.233/2001, que, contudo, não traz a possibilidade de apreensão de veículo dentre as penalidades previstas aos infratores.

3 - *Sobre o tema, a Primeira Seção do STJ, quando do julgamento do REsp n. 1.144.810/MG, sob o rito do art. 543-C do CPC/1973 (representativo de controvérsia), firmou o entendimento de que é ilegal o condicionamento da liberação do automóvel ao prévio pagamento de multas e despesas com transbordo, com fulcro no art. 231, VIII do CTB, por ausência de previsão legal.*

4 - Portanto, as penalidades previstas no Decreto n. 2.521/98 são ilegítimas, de modo que deve ser afastada a medida de apreensão de veículo, mediante a exigência do pagamento prévio da taxa de transbordo como condição para liberá-lo, quando atuado pela prática de transporte rodoviário interestadual de passageiros sem autorização.

5 - Constata-se que a liberação do veículo retido por transporte irregular de passageiros, com base no art. 231, VIII, do Código de Trânsito Brasileiro, não está condicionada ao pagamento de multas e despesa.

6 - Assim, as medidas de apreensão e, posterior, exigência de comprovação do pagamento das despesas de transbordo dos passageiros, como condição para a liberação de veículo retido ou apreendido, nos termos do artigo 3º, da Resolução ANTT nº 4.287/2014, e do artigo 1º, § 6º, da Resolução ANTT nº 233/03, não possuem amparo legal.

7 - Recurso de apelação e reexame necessário desprovidos.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 5026114-

69.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 18/12/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 22/12/2020) _destaquei

As despesas de transbordo devem ser buscadas pelos procedimentos legais regulares, pois não se admite a apreensão do veículo como meio coercitivo para pagamento desses valores.

Ou seja, nada impede que as empresas que prestaram os serviços, seja de guincho ou de transporte, ajuízem ações contra o ora apelado buscando reaver os valores despendidos. Entretanto, o veículo não pode ser retido pela falta de pagamento das referidas despesas, por se configurar meio coercitivo para pagamento.

Esclareço não haver qualquer discussão com relação à competência/atribuição da ANTT para fiscalizar e aplicar medidas para coibir a prática de serviços de transporte de passageiros não concedidos, permitidos ou autorizados, mas apenas que não deve ser condicionada a liberação de veículos ao pagamento de multas e despesas.

Ante o exposto, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

É como voto.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL

5021954-98.2018.4.03.6100

Apelante: AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES - ANTT
 Apelada: TRANSPORTADORA TURÍSTICA AUTÊNTICA LTDA - ME
 Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS
 Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 21/01/2022

EMENTA

ADMINISTRATIVO. AUTO DE INFRAÇÃO. MULTA DE TRÂNSITO. ALIENAÇÃO DO VEÍCULO PARA TERCEIRO EM DATA ANTERIOR À AUTUAÇÃO. ARTIGO 134 DO CTB. INTERPRETAÇÃO MITIGADA. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. Trata-se de ação ajuizada com o fito de obter a anulação do auto de infração nº 2378102, lavrado com fundamento no artigo 1º da Lei 10.233/2001 c/c artigo 1º, IV, alínea “a” da Resolução ANTT nº 233/2003.
2. O artigo 134 do Código de Trânsito Brasileiro dispõe que, no caso de transferência de propriedade de veículo, deve o antigo proprietário encaminhar ao órgão de trânsito, dentro do prazo legal, o comprovante de transferência de propriedade, sob pena de se responsabilizar solidariamente pelas penalidades impostas.
3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, por seu turno, é firme no sentido de que a regra prevista no artigo 134 do Código de Trânsito Brasileiro sofre mitigação quando ficarem comprovadas nos autos que as infrações foram cometidas após a aquisição de veículo por terceiro, ainda que não ocorra a transferência, afastando-se, assim, a responsabilidade do antigo proprietário. Precedentes.
4. Verifica-se que a parte autora transferiu a propriedade do veículo para terceiro em data anterior à infração, de modo que o auto de infração deve ser anulado.
5. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

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

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de ação proposta por *Transportadora Turística Autêntica Ltda* em face da *Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT*, objetivando a anulação do auto de infração nº 2378102, lavrado com fundamento no artigo 1º da Lei 10.233/2001 c/c artigo 1º, IV, alínea “a” da Resolução ANTT nº 233/2003.

A tutela antecipada foi indeferida (ID 125608253).

Ao final, a MM. Juíza *a quo* julgou procedente o pedido para desconstituir a multa aplicada pela Agência Nacional de Transportes Terrestres, no importe de R\$ 7.428,32, discutida

no processo administrativo nº 50510.019272/2014-13. A ré foi condenada ao pagamento de honorários advocatícios fixados em R\$ 1.000,00 (mil reais), nos termos do artigo 85, § 8º, do Código de Processo Civil (ID 125608263).

A ANTT apelou, sustentando, em síntese, que a presunção de legitimidade/veracidade do ato administrativo não foi afastada pela parte autora, o que impõe a manutenção do auto de infração.

Com contrarrazões, vieram os autos a este Tribunal.

É o relatório.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Nilton dos Santos (Relator): Trata-se de ação ajuizada com o fito de obter a anulação do auto de infração nº 2378102, lavrado com fundamento no artigo 1º da Lei 10.233/2001 c/c artigo 1º, IV, alínea “a” da Resolução ANTT nº 233/2003.

Extraí-se dos autos que a parte autora foi autuada em 14.06.2014, por executar serviço de transporte rodoviário interestadual ou internacional de passageiros, sem prévia autorização ou permissão, no entanto, alega que tal infração teria sido cometida em data posterior à alienação do bem a Edvania Dantes Leite.

O artigo 134 do Código de Trânsito Brasileiro dispõe que, no caso de transferência de propriedade de veículo, deve o antigo proprietário encaminhar ao órgão de trânsito, dentro do prazo legal, o comprovante de transferência de propriedade, sob pena de se responsabilizar solidariamente pelas penalidades impostas.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, por seu turno, é firme no sentido de que a regra prevista no artigo 134 do Código de Trânsito Brasileiro sofre mitigação quando ficarem comprovadas nos autos que as infrações foram cometidas após a aquisição de veículo por terceiro, ainda que não ocorra a transferência, afastando-se, assim, a responsabilidade do antigo proprietário. Veja-se:

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. INFRAÇÃO DE TRÂNSITO. IMPOSIÇÃO DE MULTA. OBRIGAÇÃO PELA TRANSFERÊNCIA DO VEÍCULO. ARTIGO 134 DO CTB. INTERPRETAÇÃO MITIGADA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. No caso dos autos, houve comprovação de que as infrações impugnadas foram cometidas em datas posteriores à venda do veículo, embora a transferência junto ao órgão competente não tenha sido feita no mesmo momento.

2. A despeito da previsão expressa do artigo 134 do Código de Trânsito Brasileiro no sentido de serem solidariamente responsáveis o antigo e o atual proprietário de veículo com multas pendentes, esta Corte Superior firmou o entendimento de que sua interpretação deve ser mitigada.

3. *Comprovado nos autos que a infração ocorreu em data posterior à da efetiva transferência da propriedade do veículo, fica afastada a responsabilidade do antigo proprietário, independente da comunicação ao órgão de trânsito competente.*

4. Agravo interno não provido”. ..EMEN: (AIRES - AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL - 1791704 2019.00.08235-4, BENEDITO GONÇALVES, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:04/12/2019 ..DTPB:) (grifei)

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. ALIENAÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. MULTAS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO ALIENANTE. INTERPRETAÇÃO DO ART. 134 DO CTB. RELATIVIZAÇÃO.

1. Hipótese em que o Tribunal local consignou: “É certo que o requerente logrou comprovar a venda do veículo a outrem e a respectiva tradição, bem como a comunicação de transferência de propriedade do bem, todavia tal comunicação apenas se deu quando há muito ultrapassado o prazo previsto no artigo 134 do Código de Trânsito Brasileiro, haja vista que a venda do veículo se deu em 07 de fevereiro de 2010 e a comunicação apenas foi protocolada em 19 de abril de 2010, ato que se revela ineficaz perante o Poder Público em relação às autuações lavradas em data anterior àquela em que protocolada a comunicação de transferência do veículo” (fl. 206, e-STJ).

2. *Consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a regra prevista no art. 134 do CTB sofre mitigação quando ficarem comprovadas nos autos que as infrações foram cometidas após a aquisição de veículo por terceiro, ainda que não ocorra a transferência afastando a responsabilidade do antigo proprietário.* Nesse sentido: AgRg no AREsp 811.908/RS, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 29.2.2016; REsp 1.659.667/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 16.6.2017; AgInt no AREsp 429.718/RS, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 21.8.2017; AgRg no AREsp 174.090/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 29.6.2012.

3. Recurso Especial provido”. ..EMEN:

(RESP - RECURSO ESPECIAL - 1685225 2017.01.82417-8, HERMAN BENJAMIN, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:09/10/2017 ..DTPB:) (grifei)

Os precedentes desta Corte Regional seguem a linha do mesmo entendimento:

“AÇÃO ANULATÓRIA. AUTO DE INFRAÇÃO ADUANEIRO. VEÍCULO ABANDONADO EM FRONTEIRA CONTENDO MERCADORIAS OBJETO DE DESCAMINHO. AUTOR QUE VENDEU O VEÍCULO ANTES DA INFRAÇÃO, SEM TRANSFERÊNCIA DA PROPRIEDADE NO DETRAN. PROVA DOCUMENTAL E TESTEMUNHAL A FAVOR DO AUTOR. PEDIDO PROCEDENTE. APELAÇÃO DA UNIÃO DESPROVIDA.

- A legislação (Lei nº 9.503/97) exige a transferência da propriedade e emissão de novo Certificado de Registro de Veículo quando da venda de qualquer automóvel.

- *No caso concreto, o autor alega ter efetuado a venda em 26 de maio de 2005, assinando o respectivo DUT, porém o novo proprietário não teria efetuado a transferência perante o órgão de trânsito, o que ocasionou a permanência do nome deste como proprietário, indevidamente.*

- *É certo que não consta nos autos cópia do DUT, pois o autor não manteve consigo a xerocópia. Porém, juntou prova documental e testemunhal suficiente de que o veículo não era mais seu, por ocasião da infração aduaneira, ocorrida em setembro de 2006.*

- Não há como se reconhecer a higidez da multa por mera suposição de que o apelado permanecia na propriedade do veículo, mais ainda se há provas de que houve a venda do bem.

- Por derradeiro, a fixação dos honorários advocatícios observou o disposto no art. 85 do NCPC, e levando-se em conta não provimento do recurso de apelação, de rigor a aplicação da regra do § 11 do artigo 85 do CPC/2015, pelo que determino, a título de sucumbência recursal, a majoração dos honorários advocatícios em 1%, sobre o valor do proveito econômico obtido, nos termos do art. 85, § 3º, I.

- *Apelação improvida”.*

(ApCiv 0005085-85.2013.4.03.6112, DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:27/08/2019.) (grifei)

“ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO. INFRAÇÃO DE TRÂNSITO. VENDA DO VEÍCULO. VERBA HONORÁRIA. INTERPRETAÇÃO DO ART. 134 DO CTB. RELATIVIZAÇÃO. PRECEDENTES. APELAÇÃO PROVIDA.

I - *Comprovada a transferência da propriedade do veículo, afasta-se a responsabilidade do antigo proprietário pelas infrações cometidas após a alienação, mitigando-se, assim, o comando do art. 134 do Código de Trânsito Brasileiro. Precedentes do STJ.*

II - Na espécie, o apelante demonstrou por meio da r. sentença exarada pelo Juiz do Juizado Especial Cível a efetiva transferência inclusive com trânsito em julgado do processo nº 0013320-20.2013.8.26.0566 (sentença anexa fls. 18/19) e também o bloqueio junto ao Órgão de Trânsito do Estado de São Paulo (fl. 24), tendo sido aplicadas multas de trânsito em data posterior à efetiva alienação, mitigando, assim, a regra do artigo 134 do Código de Trânsito Brasileiro, não se cogitando em solidariedade entre o antigo proprietário e o comprador, conforme jurisprudência consolidada.

III - Como se observa, cabe a reforma da sentença para julgar procedente a presente ação com a inversão da verba honorária, devendo a União Federal ser condenada ao pagamento de R\$ 500,00 (quinhentos reais), nos termos do artigo 20, §4º do Código de Processo Civil vigente à época da r. sentença.

IV - *Apelação provida”.*

(ApCiv 0000626-60.2015.4.03.6115, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 22/08/2018.) (grifei)

No caso em apreço, verifica-se que a autora transferiu a propriedade do veículo para Edvania Dantes Leite, na data de 17.02.2014, antes, portanto, da infração, conforme Inclusão de Comunicação de Venda realizada em 10.04.2014, junto ao Detran (ID 125608252 - Pág. 21), de modo que o auto de infração deve ser anulado.

Diante do exposto, *NEGO PROVIMENTO* à apelação.

É como voto.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO

5018154-24.2021.4.03.0000

Agravante: INSTITUTO DE DEFESA DOS BRASILEIROS - IDEBRAS

Agravada: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SECÇÃO DE SÃO PAULO

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 12/01/2022

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXERCÍCIO IRREGULAR DE ATIVIDADES PRIVATIVAS DE ADVOCACIA. OBRIGATORIEDADE DE REGISTRO DE SOCIEDADE DE ADVOGADOS JUNTO AO CONSELHO SECCIONAL DA OAB EM CUJA BASE TERRITORIAL TIVER SEDE, DEVENDO PRESTAR EXCLUSIVAMENTE SERVIÇOS DE CARÁTER JURÍDICO. LEI Nº 8.906/94. AGRAVO INTERNO PREJUDICADO. AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO PROVIDO.

- A IDEBRAS – INSTITUTO DE DEFESA DOS BRASILEIROS ajuizou o presente agravo de instrumento contra a decisão (autos nº 5002558-03.2021.4.03.6110) que, em sede de ação civil pública, deferiu parcialmente a tutela *“para determinar à Ré a suspensão de todas as atividades privativas da advocacia, previstas pela Lei n. 8.906/1994, no prazo de 05 (cinco) dias”*.

- Inicialmente, resulta prejudicado o agravo interno interposto contra a decisão singular que examinou o pedido de antecipação da tutela recursal, por força do julgamento deste recurso, vez que as questões apontadas pelo agravante também são objeto deste voto, o qual apreciado pelo colegiado supre o comando inserto no art. 1.021 §2º do CPC.

- Nos termos do Parágrafo Único do artigo 995 do Novo Código de Processo Civil, a eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação e se ficar demonstrada a probabilidade de provimento de recurso. Todavia, o recurso não merece provimento.

- Como citado, as agravadas (OAB Sorocaba e a OAB São Paulo), nos autos originários, em um dos pedidos, requerem a suspensão imediata das atividades jurídicas prestadas pela agravante.

- Nesse sentido, o estatuto da OAB (Lei nº 8.906/94) prevê a obrigatoriedade de registro de sociedade de advogados junto ao Conselho Seccional da OAB em cuja base territorial tiver sede, devendo prestar exclusivamente serviços de caráter jurídico.

- Portanto, resta vedada a prestação de serviços jurídicos por sociedades sem o devido registro na Ordem dos Advogados do Brasil.

- Como demonstrado na ação pública nº 002558-03.2021.4.03.6110, em análise inicial, uma das atividades econômicas da agravante, inseridas no CNPJ junto à Receita Federal, prevê a prestação de serviços jurídicos.

- A associação agravante divulgava, em jornal próprio, serviços de assessoria jurídica nas áreas de direito previdenciário, habitacional e demais temas de relevância coletiva.

- Restou ratificado o exercício de atividades privativas da advocacia pela associação agravante, embora não inscrita na OAB, bem como o angariamento e captação de causas, constituindo infração disciplinar, nos termos da Lei nº 8.906/94.

- Por fim, não há que se falar em nulidade da decisão que rejeitou os embargos de declaração, como o intuito de esclarecer a real extensão da tutela antecipada deferida, na medida em que a decisão é suficientemente clara, determinado a “suspensão de todas as atividades privativas da advocacia, previstas pela Lei nº 8.906/1994”.
- Ausente, assim, o *fumus boni juris* a amparar o pedido do agravante, dispensando-se a análise do *periculum in mora*.
- Agravado interno prejudicado. Agravado de instrumento não provido.

ACÓRDÃO

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

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por IDEBRAS – INSTITUTO DE DEFESA DOS BRASILEIROS, contra a decisão (autos nº 5002558-03.2021.4.03.6110) que, em sede de ação civil pública, deferiu parcialmente a tutela “*para determinar à Ré a suspensão de todas as atividades privativas da advocacia, previstas pela Lei n. 8.906/1994, no prazo de 05 (cinco) dias*”.

O agravante sustenta que, nos autos de origem, a OAB Sorocaba e a OAB São Paulo o acusaram da prática do exercício ilegal da advocacia, baseado em fatos completamente distorcidos. Todavia, como vem sendo demonstrado naqueles autos, ele nunca prestou ou teve a intenção de prestar serviços jurídicos aos seus associados ou a quem quer que seja.

Afirma que age apenas para informar e conscientizar os diversos moradores dos imóveis do MINHA CASA MINHA VIDA que vêm encontrando diversos problemas de construção nos imóveis.

Entende que a decisão que rejeitou os embargos de declaração em primeira instância deve ser anulada, sobretudo para esclarecer a real extensão da tutela antecipada deferida.

Pede, também, que seja assegurado seu direito constitucional a livre manifestação do pensamento (CF, art. 5º, inc. IV), permitindo, assim, que continue informando a população, sem prévia autorização ou censura da OAB, que pode exigir os reparos dos vícios/defeitos de construção de seus imóveis, bem como divulgar o convênio que celebrou com o INSS e iniciar os trabalhos na sua sede para atender os seus associados.

Foi indeferido o efeito suspensivo pleiteado.

Com contrarrazões.

É o relatório.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

VOTO

Inicialmente, resulta prejudicado o agravo interno interposto contra a decisão singular que examinou o pedido de antecipação da tutela recursal, por força do julgamento deste recurso, vez que as questões apontadas pelo agravante também são objeto deste voto, o qual apreciado pelo colegiado supre o comando inserto no art. 1.021, §2º, do Código de Processo Civil.

Pois bem.

Nos termos do Parágrafo Único do artigo 995 do Novo Código de Processo Civil, a eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação e se ficar demonstrada a probabilidade de provimento de recurso.

Todavia, o recurso não merece provimento.

Como citado, as agravadas (OAB Sorocaba e a OAB São Paulo), nos autos originários, em um dos pedidos, requerem a suspensão imediata das atividades jurídicas prestadas pela agravante.

Nesse sentido, o estatuto da OAB (Lei nº 8.906/94) prevê a obrigatoriedade de registro de sociedade de advogados junto ao Conselho Seccional da OAB em cuja base territorial tiver sede, devendo prestar exclusivamente serviços de caráter jurídico.

Portanto, resta vedada a prestação de serviços jurídicos por sociedades sem o devido registro na Ordem dos Advogados do Brasil.

Como demonstrado na ação pública nº 002558-03.2021.4.03.6110, em análise inicial, uma das atividades econômicas da agravante, inseridas no CNPJ junto à Receita Federal, prevê a prestação de serviços jurídicos.

A associação agravante divulgava, em jornal próprio, serviços de assessoria jurídica nas áreas de direito previdenciário, habitacional e demais temas de relevância coletiva.

Restou ratificado o exercício de atividades privativas da advocacia pela associação agravante, embora não inscrita na OAB, bem como o angariamento e captação de causas, constituindo infração disciplinar, nos termos da Lei nº 8.906/94.

Por fim, não há que se falar em nulidade da decisão que rejeitou os embargos de declaração, como o intuito de esclarecer a real extensão da tutela antecipada deferida, na medida em que a decisão é suficientemente clara, determinado a “suspensão de todas as atividades privativas da advocacia, previstas pela Lei nº 8.906/1994”.

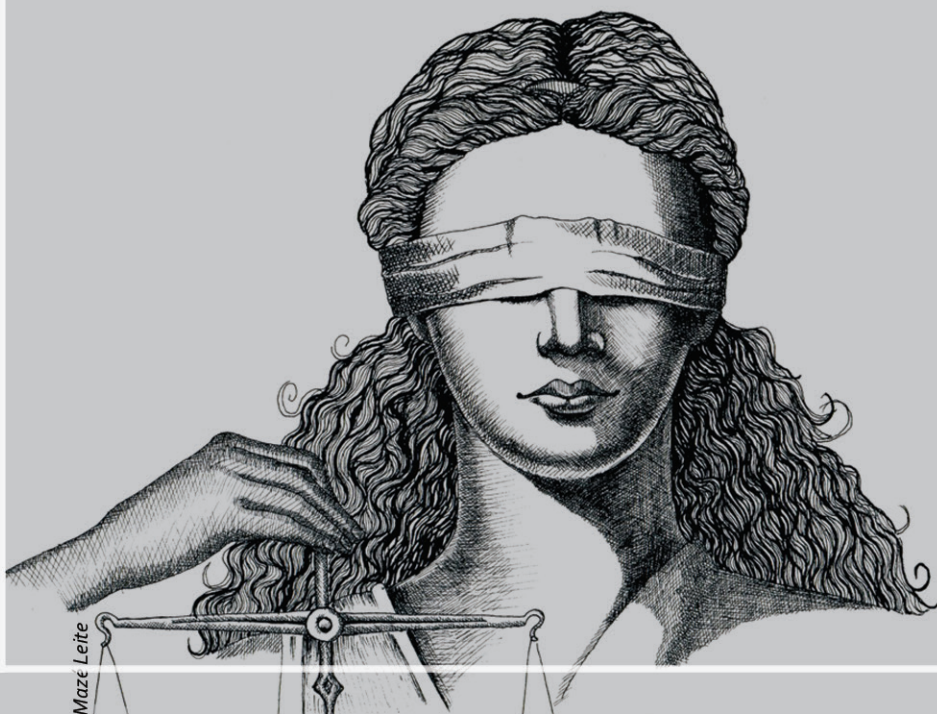
Ausente, assim, o *fumus boni juris* a amparar o pedido do agravante, dispensando-se a análise do *periculum in mora*.

Ante o exposto, julgo prejudicado o agravo interno e nego provimento ao recurso, consoante fundamentação.

É como voto.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

Direito Penal



APELAÇÃO CRIMINAL

0000715-53.2014.4.03.6104

Apelantes: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, Nanci Cristina Dias da Silva

Apelados: OS MESMOS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL Paulo Fontes

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 02/02/2022

EMENTA

PROCESSO PENAL. ART. 313-A DO CÓDIGO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA PRELIMINARE REJEITADA. INSERÇÃO DE DADOS FALSOS. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. PEDIDO RECURSAL MINISTERIAL DE CONDENAÇÃO PELO DELITO DE ESTELIONATO EM CONCURSO MATERIAL COM O CRIME DE INSERÇÃO DE DADOS FALSOS. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. DOSIMETRIA.

1. A denúncia descreve de forma clara e suficiente a conduta delituosa, apontando as circunstâncias necessárias à configuração do delito, a materialidade delitiva e os indícios de autoria, viabilizando ao acusado o exercício da ampla defesa, atendendo ao disposto no art. 41, do Código de Processo Penal. Preliminar rejeitada.

2. Materialidade e autoria comprovados pelo conjunto probatório.

3. É de responsabilidade do servidor zelar pela correta utilização de códigos de acesso a ele conferidos pela Administração Pública, arcando com as consequências do mau uso da senha por terceiros.

4. Diante do conjunto probatório produzido nos autos é evidente que a conduta da ré se amolda ao tipo penal do artigo 313-A do Código Penal, e, com base no princípio da especialidade, não cabe a condenação da denunciada pelo cometimento do crime de estelionato previdenciário, como pretende a acusação, já que no caso, o tipo penal do artigo 313-A do CP visa coibir um ardil específico, a inserção de dados falsos em sistema informatizado do INSS.

5. Dosimetria. Pena mantida. No tocante à personalidade da denunciada, o magistrado bem consignou que não há antecedentes a serem considerados para majorar a pena-base, nos moldes da Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça.

6. Considerando que não podem ser utilizados como antecedentes criminais as condenações antes do trânsito em julgado, os mesmos também não podem ser considerados na avaliação da personalidade da ré.

7. A indicada audácia no cometimento do delito configura elementar do tipo penal, ínsita ao elemento subjetivo do tipo e, portanto, não pode ser considerada para fins de aumento da pena. De igual maneira, o intento de obtenção de vantagem indevida constitui elemento do próprio tipo penal.

8. O prejuízo à autarquia previdenciária não se afigura de grande monta e, de igual forma, não justifica o aumento da pena-base.

9. Recurso da acusação desprovido. Recurso da defesa desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Turma, por unanimidade, decidiu, rejeitar a preliminar arguida e negar provimento às apelações da defesa e do Ministério Público Federal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de apelações criminais interpostas pelo Ministério Público Federal e por NANCY CRISTINA DIAS DA SILVA contra a sentença proferida pelo Juízo Federal da 5ª Vara de Santos/SP, que condenou a acusada à pena de 02 (dois) anos de reclusão, em regime inicial aberto, bem como ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

A pena privativa de liberdade foi substituída por duas penas restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade ou a entidades filantrópicas ou assistenciais pelo prazo da condenação e prestação pecuniária no valor de 01 (um) salário-mínimo (fls.433/438).

O apelo ministerial objetiva: (i) a condenação da denunciada pelo cometimento do delito descrito no artigo 171, §3º, do Código Penal, em continuidade delitiva e concurso material com o crime descrito no artigo 313-A do Código Penal; (ii) a majoração da pena-base aplicada ao delito definido no artigo 313-A do Código Penal para 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, bem como a fixação de pena pela prática dos vinte e dois delitos previstos no artigo 171, §3º, do Código Penal superior a 03 (três) anos de reclusão, ante as circunstâncias judiciais negativas (fls.440/444).

Contraminuta defensiva às fls.461/468.

Em sede de razões recursais, a defesa invoca preliminar de inépcia da denúncia, ao argumento de que ausente de descrição de fatos individualizados e determinados.

No mérito, postula a absolvição da ré por insuficiência probatória, “ex vi” do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal (fls.476/495).

Parecer da Procuradoria Regional da República em prol de ser desprovida a apelação defensiva e parcialmente provida a apelação interposta pelo Ministério Público Federal apenas para majorar-se a pena-base (fls.509/520).

É o relatório.

À revisão, nos termos regimentais.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

VOTO

Do caso dos autos. por NANCY CRISTINA DIAS DA SILVA foi denunciada pela prática do crime previsto no artigo 313-A, do Código Penal.

Narra a denúncia (fls.98/101) o que segue:

“(...) Consta do presente inquérito policial que a denunciada obteve para si e para outrem, perante a Agência da Previdência Social de Cubatão/SP, no período compreendido entre 30

de maio de 2008 a 31 de março de 2010, vantagem ilícita no valor de R\$ 8.920,86 (oito mil, novecentos e vinte reais e oitenta e seis centavos) em prejuízo do Instituto Nacional do Seguro Social, utilizando-se de meio fraudulento.

Segundo se apurou, na época dos fatos, Julinda foi apresentada por uma vizinha a uma pessoa de nome Valdir, que se apresentou como um despachante do INSS, o qual lhe informou que teria direito a aposentadoria por possuir mais de 60 anos, e, em virtude disso, solicitou seus documentos, guias e carteiras de trabalho para dar entrada no pedido de concessão do benefício. Por isto, Valdir cobrou a quantia de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), a ser paga em dez parcelas, pelos serviços prestados (fls.10).

Contudo, nos documentos de Julinda apresentados perante INSS foram realizadas verdadeiras montagens, como bem se observa por sua CTPS acostada às fls.13/14 do apenso, que apesar de expedida somente em 1969, continha anotações em seu bojo de contribuições sindicais realizadas a partir do ano de 1967, conforme bem apontado no relatório de fls.78/81.

Depreende-se do teor de fl.64 do apenso que Nanci foi responsável por formatar e habilitar o benefício de Julinda, haja vista sua matrícula nº 0941918 constar no sistema de concessão do benefício. Vale destacar que o registro de solicitação de agendamento no Sistema de Agendamento Eletrônico em nome de Julinda, de acordo com o procedimento normal, foi realizado somente em 30/05/2008 pelo procurador Valdir (fl.03), malgrado constar à fl.02 do apenso comprovante de agendamento para atendimento no dia 20/05/2008.

Em razão das adulterações realizadas mediante a inserção de dados falsos no sistema informatizado do INSS e da consideração fraudulenta de períodos pela denunciada, foi atingido o tempo de contribuição mínimo previsto na legislação previdenciária, de sorte que o benefício foi concedido.

Valdir foi assassinado em 13 de julho de 2009 de acordo com reportagem colacionada à fl.76 do apenso, fato que foi amplamente veiculado nos meios de comunicação social.

Em consequência da conduta da denunciada, o benefício se manteve ativo pelo período de 30 de maio de 2008 a 31 de março de 2010, causando um prejuízo de R\$8.920,86 (oito mil, novecentos e vinte reais e oitenta e seis centavos) – valor atualizado até 01/07/2010 – aos cofres do INSS.

Após a devida análise pelo INSS, as irregularidades foram constatadas, oportunidade em que, descontados os períodos fraudulentamente inseridos, constatou-se que Julinda não fazia jus ao benefício.

Cabe ressaltar que, devido a condutas da mesma natureza praticadas pela denunciada e por outros servidores, foi instaurado o processo administrativo disciplinar nº 35664.000207-2009-0, o qual culminou com a demissão de vários servidores, a bem do serviço público, inclusive com a demissão da denunciada, conforme publicação no DOU de 29 de junho de 2012 (fl.77).

A denúncia foi recebida em 10 de fevereiro de 2014 (fl.136).

Após regular instrução, foi proferida a r. sentença recorrida que condenou a acusada à pena de 02 (dois) anos de reclusão, em regime inicial aberto, bem como ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, reprimenda corporal substituída por duas penas restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade ou a entidades filantrópicas ou assistenciais pelo prazo da condenação e prestação pecuniária no valor de 01 (um) salário-mínimo (fls.433/438).

Da preliminar de inépcia da denúncia. A defesa aduz que a denúncia não especifica exatamente as circunstâncias que envolvem a ação delitiva, impossibilitando a defesa.

A instauração válida do processo pressupõe, nos termos do que prevê o artigo 41 do Código de Processo Penal, o oferecimento de denúncia ou queixa com exposição clara do fato

criminoso, a qualificação do acusado, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

Destarte, suficientes para o recebimento da denúncia/queixa os indícios da autoria e as provas da materialidade, requisitos de admissibilidade devidamente preenchidos na hipótese.

Com efeito, a denúncia aponta claramente que a vantagem indevida decorreu do recebimento de benefício previdenciário de aposentadoria por tempo de contribuição, que se manteve ativo no período de 30/05/2008 a 31/03/2010.

Descreve, com detalhes, que Valdir foi contratado pela segurada Julinda Francisca de Jesus e recebeu a documentação para que intermediasse a concessão de benefício previdenciário junto ao INSS, e que, para isso, foram inseridos no sistema, pela servidora do INSS, a acusada Nanci, informações fictas para que fosse possível conceder a aposentadoria por tempo de contribuição da segurada Julinda Francisca de Jesus, tendo recebido para si e para outrem vantagem ilícita para prática deste ato de ofício.

Como se observa, a conduta da ré foi descrita na denúncia de forma clara e suficiente, o que permitiu o exercício, em plenitude, da ampla defesa.

Ademais, a sentença condenatória já foi prolatada no presente processo, restando preclusa a alegação de inépcia da denúncia, conforme precedentes desta Corte:

“PENAL - PROCESSUAL PENAL - CRIME DE RESPONSABILIDADE - EX-PREFEITO - ART. 1º, INC. I, DO DECRETO-LEI Nº 201/67 - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL - SÚMULA Nº 208 DO E. S.T.J. - APLICAÇÃO - DENÚNCIA APTA - PRECLUSÃO OPERADA - REPUTAÇÃO ILIBADA E RESPONSABILIDADE - PENA CORRETA - PRESCRIÇÃO QUE SE AFASTA - COAUTORIA EM CRIME DE RESPONSABILIDADE PARA PREFEITO E VEREADOR - POSSIBILIDADE - PROVAS SUFICIENTES - IMPOSIÇÃO DE MEDIDA DE SEGURANÇA - ABSOLVIÇÃO IMPRÓPRIA - PRESCRIÇÃO - PENA MÁXIMA EM ABSTRACTO - PRECEDENTES - COMPROVAÇÃO DA ACUSAÇÃO - SENTENÇA MANTIDA - IMPROVIMENTO DOS RECURSOS.

(...).

6. Ainda quanto ao tema da inépcia da denúncia, a questão restou preclusa com a superação da instrução processual e a prolação da sentença condenatória, nos termos do disposto no art. 569 do Código de Processo Penal. Desse modo, por qualquer prisma que se analise a questão arguida, impende seja rejeitada. (...).”

(TRF3 - Tribunal Regional Federal da 3ª Região - ACR - APELAÇÃO CRIMINAL - 22817 - Processo nº 00062407720004036113 - Órgão Julgador: Quinta Turma - Relator: Des. Fed. Luiz Stefanini, julgado em 14/10/2013).

“PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. PRELIMINAR DE INVALIDADE DE DOCUMENTO: REJEITADA. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA APÓS A SENTENÇA CONDENATÓRIA: PRECLUSÃO. CRIME SOCIETÁRIO: MITIGAÇÃO DOS REQUISITOS DA INICIAL ACUSATÓRIA. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO DEMONSTRADOS APENAS COM RELAÇÃO A UM DOS RÉUS. MAUS ANTECEDENTES: APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 444 DO STJ. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. DESTINAÇÃO DA PENA DE PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA.

(...).

3. Descabimento da alegação de inépcia da denúncia após a prolação da sentença condenatória, em razão da preclusão da matéria. Precedentes. (...).” (TRF3 - Tribunal Regional Federal da 3ª Região - ACR - APELAÇÃO CRIMINAL - 39831 - Processo nº 00027617820064036109 - Órgão Julgador: Primeira Turma - Relator: Juiz Conv. Márcio Mesquita, julgado em 16/07/2013).

Diante disso, rejeito a preliminar arguida.

Passo ao exame do mérito.

Da materialidade delitiva. A materialidade do delito restou robustamente demonstrada pelas Peças Informativas nº 1.34.012.000596/2010-55 e procedimento administrativo instaurado pelo INSS nº 35664.000207-2009-0 (Apenso I), que apurou as irregularidades do benefício previdenciário concedido, bem como pelo Relatório de Apuração, que apontam os indícios de irregularidade e a conclusão de análises promovidas, resultando um recebimento indevido no valor total de R\$8.920,86 (oito mil, novecentos e vinte reais e oitenta e seis centavos) – valor atualizado até 01/07/2010, bem como pelo depoimento extrajudicial da segurada e judicial da testemunha de acusação.

De acordo com o relatório conclusivo do Setor de Monitoramento de Benefícios da Gerência Executiva do INSS em Santos/SP, as irregularidades constantes no referido benefício previdenciário consistiram na inserção de vínculo empregatício com a empresa “Fábrica Metalúrgica de Lustres Ltda” no período de 01/05/1967 a 30/12/1971, com anotações na CTPS de contribuição sindical e férias para os anos de 1967 a 1970 com a finalidade de atingir o tempo mínimo para a concessão de benefício de aposentadoria por idade à segurada, sendo que a carteira profissional foi emitida em 17/03/1969, aproximadamente dois anos após o apontado registro de admissão da segurada (fls.78/81 do Apenso I).

Comprovada a materialidade, passo ao exame da autoria.

Da autoria delitiva. A acusação objetiva a condenação da denunciada pela prática do crime definido no artigo 171, §3º, do Código Penal, em continuidade delitiva e concurso material com o delito definido no artigo 313-A do Código Penal, enquanto a defesa pugna pela absolvição por ausência de provas.

Não assiste razão a ambos.

De acordo com a exordial acusatória, Nanci Cristina Dias da Silva, servidora do INSS à época dos fatos, foi responsável pela concessão irregular de benefício de aposentadoria por tempo de contribuição em favor de Julinda Francisca de Jesus (NB nº 41/144.520.040-3) que, por sua vez, valeu-se da intermediação de Waldir Eurico Henkels para obter a prestação previdenciária, ignorando a fraude cometida no requerimento e concessão do benefício.

Waldir foi assassinado em 13 de julho de 2009, como se depreende da reportagem de fl.76 do Apenso I.

A prática delituosa perpetrada pela acusada consiste na inserção de dados falsos no sistema informatizado do INSS, com a finalidade de obter indevida vantagem para si e para outrem, que, no caso, é o titular do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição nº 41/144.520.040-3.

As informações falsas foram inseridas no sistema previdenciário quanto a alguns períodos de recolhimento de contribuições sindicais realizadas a partir do ano de 1967, visando ao preenchimento do requisito tempo de contribuição para a obtenção do benefício previdenciário, sendo que a CTPS da segurada foi expedida em 1969 (fls.13/14).

O conjunto probatório demonstra que a acusada, na condição de servidora da autarquia previdenciária, inseriu dados falsos no sistema do INSS, nele formatando e habilitando o benefício indevido - a matrícula da acusada de nº 0941918 consta no sistema de concessão do citado benefício (fls.58/60).

O benefício fraudulento foi concedido no período de 30/05/2008 a 31/03/2010, resultando prejuízo ao INSS na cifra de R\$8.920,86 (oito mil, novecentos e vinte reais e oitenta e seis centavos).

Deveras, a segurada Julinda Francisca de Jesus, ouvida na peça indiciária, disse que em meados de abril ou maio de 2008 foi apresentada por uma vizinha, já falecida, a uma pessoa denominada Waldir que, segundo sua vizinha, era despachante do INSS, o qual lhe informou que teria direito a aposentadoria por possuir mais de 60 anos. Entregou os documentos (guias e carteiras de trabalho) para Waldir para dar entrada no pedido de concessão do benefício. Waldir cobrou o valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), a ser pago em dez parcelas, pelos serviços prestados. Antes de terminar o pagamento, soube que Waldir foi assassinado (fls.10/11).

Almir Lopes Farias, servidor do INSS, ouvido em Juízo, esclareceu que soube dos acontecimentos a partir de março de 2010, quando convocado a depor num processo administrativo que fazia parte a servidora Nanci. Relatou que também foi condenado administrativamente à pena de 05 (cinco) dias de multa, que já foi paga em novembro de 2012, em virtude de ter habilitado alguns processos a pedido da ré, que os deu seguimento. Afirmou que protocolou alguns processos de concessão de benefícios a rogo da acusada. Disse lembrar do nome da beneficiária Julinda, mas não se recordar do processo relativo à segurada Julinda, acreditando que não o habilitou. Não tem conhecimento de que a acusada tenha respondido a outro processo administrativo além do que originou esta ação penal, bem como dos fatos narrados na inicial acusatória (ID 164453967).

O depoimento da testemunha de defesa José Raimundo de Souza não elucidou os fatos, uma vez que relativo à conduta social da denunciada (ID 164453968).

Em seu interrogatório judicial, a denunciada negou a autoria delitiva. Disse que trabalhou no INSS no período de 1984 a 2012. Foi exonerada em 2012. Ocupava o cargo de agente operacional, trabalhando no setor de manutenção de benefícios (ID 164453971).

A assertiva defensiva no sentido de que a denunciada disse ter ciência de que suas senhas foram utilizadas no período em que gozava férias e, portanto, a mera indicação da matrícula funcional na concessão do benefício não é prova suficiente da autoria, não vinga.

Ora, é de responsabilidade do servidor zelar pela correta utilização de códigos de acesso a ele conferidos pela Administração Pública, arcando com as consequências do mau uso da senha por terceiros.

Noutro vértice, restou claro que a denunciada, na condição de servidora do INSS e responsável pela formatação do benefício previdenciário, possuía plena ciência da falsidade constante nos documentos que instruíram o requerimento administrativo e, corolário, de que a requerente Julinda não possuía os requisitos necessários para a obtenção da aposentadoria pleiteada.

De acordo com o relatório conclusivo da autarquia previdenciária, houve agendamento para atendimento de Julinda, no dia 20/05/2008. No entanto, o pedido de aposentadoria foi protocolizado na Agência do INSS de Cubatão somente no dia 30/05/2008, pelo procurador Waldir Eurico Henkels, sendo que a ré não procedeu ao cadastro do procurador no sistema do INSS, conforme exigência normativa (§3º do artigo 398 da IN 20/2007).

As irregularidades constantes no referido benefício previdenciário consistiram na inserção de vínculo empregatício com a empresa “Fábrica Metalúrgica de Lustres Ltda” no período de 01/05/1967 a 30/12/1971, sem comprovação, porquanto não foi apresentada cópia da folha de registro, apenas anotações de contribuição sindical e férias no período de 1967 a 1970 e opção pelo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço-FGTS em 1967 (fls.14 e 15 do Apenso).

Constatou-se que, excluindo o citado período, a beneficiária não possuía, quando do ingresso do requerimento administrativo, o tempo mínimo legalmente exigido para a concessão da aposentadoria.

Saliente-se que a ré deixou de analisar os elementos constantes na cópia da carteira profissional que instrui o pedido de benefício previdenciário indicativos da fraude: a carteira de trabalho foi emitida em 17/03/1969 (fl.13 do Apenso), dois anos após a admissão da beneficiária na empresa “Fábrica Metalúrgica de Lustres Ltda”, denotando o fito delitivo e não mero erro funcional.

Diante do conjunto probatório produzido nos autos é evidente que a conduta da ré se amolda ao tipo penal do artigo 313-A do Código Penal, e, com base no princípio da especialidade, não cabe a condenação da denunciada pelo cometimento do crime de estelionato previdenciário, como pretende a acusação, já que no caso, o tipo penal do artigo 313-A do CP visa coibir um artil específico, a inserção de dados falsos em sistema informatizado do INSS.

Nesse sentido:

“PENAL. INSERÇÃO DE DADOS IDEOLOGICAMENTE FALSOS EM SISTEMA INFORMATIZADO DO INSS. OBTENÇÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO FRAUDULENTO. CÓDIGO PENAL, ARTIGO 313-A. (...). PRETENDIDA DESCLASSIFICAÇÃO DO FATO (...). 3. Por força do princípio da especialidade, a conduta que se amolda com exatidão à previsão do artigo 313-A do Código Penal não pode ser desclassificada para a do artigo 299 e tampouco para a do artigo 171 do Código Penal (...). (TRF da 3ª Região, ACr n. 2003.61.81.009769-4, Rel. Des. Fed. Nilton dos Santos, j. 06.09.11)”.

Destarte, é de ser mantida a condenação da acusada pelo cometimento do crime descrito no artigo 313-A do Código Penal.

Da dosimetria da pena. A pena da denunciada restou concretizada em 02 (dois) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa.

1ª fase.

Na primeira fase, a pena-base foi acertadamente fixada no mínimo legal: 02 (dois) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa.

2ª fase.

Na segunda fase, ausentes circunstâncias atenuantes ou agravantes.

3ª fase.

Na terceira fase, à míngua de causas de diminuição ou de aumento, a pena restou definitiva em 02 (dois) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

O Ministério Público Federal postula a majoração da pena-base em decorrência da personalidade da acusada, voltada para a prática delitiva, bem como das circunstâncias e consequências do crime, consubstanciadas na audácia da acusada em lesar o INSS em detrimento de inúmeros beneficiários que realmente teriam direito aos benefícios e na lesão causada à autarquia previdenciária.

O pedido não prospera.

No tocante à personalidade da denunciada, o magistrado bem consignou que não há antecedentes a serem considerados para majorar a pena-base, nos moldes da Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça.

Considerando que não podem ser utilizados como antecedentes criminais as condenações antes do trânsito em julgado, os mesmos também não podem ser considerados na avaliação da personalidade da ré.

A indicada audácia no cometimento do delito configura elementar do tipo penal, ínsita ao elemento subjetivo do tipo e, portanto, não pode ser considerada para fins de aumento da pena.

De igual maneira, o intento de obtenção de vantagem indevida constitui elemento do próprio tipo penal.

O prejuízo à autarquia previdenciária não se afigura de grande monta e, de igual forma, não justifica o aumento da pena-base.

Mantido o regime inicial aberto (artigo 33, § 2º, alínea “c”, do Código Penal), bem como a substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, nos termos estabelecidos no édito condenatório.

Ante o exposto, *rejeito* a preliminar arguida e *nego provimento* às apelações da defesa e do Ministério Público Federal.

É o voto.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL

0008259-43.2016.4.03.6130

Apelante: EDUARDO DE OLIVEIRA ALENCAR
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - PR/SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAURÍCIO KATO
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 02/02/2022

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ARTIGOS 180 DO CÓDIGO PENAL. ARTIGO 304 C.C. ARTIGO 297 DO CÓDIGO PENAL. RECEPÇÃO. USO DE DOCUMENTO FALSO. DOLO. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. ABSOLVIÇÃO. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES. CONFISSÃO. PENA DE MULTA. PROPORCIONALIDADE. REGIME PRISIONAL.

1. A forma suspeita de aquisição do bem, assim como a discrepância entre o seu valor real e o preço por ele adquirido e a sua natureza apontam a ausência de dúvida sobre o dolo necessário para a prática dos delitos dos artigos 180, *caput* e 304 c. c. o artigo 297, todos do Código Penal.
2. Quando o delito de uso de documento falso afigura-se como crime-meio empregado para a consecução do crime de receptação, há a absorção de uma infração pela outra devido a relação de meio e fim ou de necessidade estabelecida entre ambos.
3. Se as declarações prestadas pelo réu também serviram de fundamento para a sentença condenatória incide a atenuante da confissão, na medida em que a lei não condiciona a redução da pena a qualquer condição (Súmula nº 545 do Superior Tribunal de Justiça).
4. A pena de multa deve ser readequada quando há desproporcionalidade com a pena corporal, já que a doutrina e jurisprudência majoritárias orientam que o cômputo de ambas deve observar o mesmo critério.
5. Se as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal foram avaliadas de forma desfavorável ao réu, a sanção corporal fixada em concreto não é o critério determinante para fixação do regime prisional.
6. Apelação da defesa provida em parte.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Turma, pelo voto médio do relator, de ofício, aplicou o princípio da consunção e absolveu o réu Eduardo de Oliveira Alencar da imputação relativa ao crime do art. 304 c.c art. 297, ambos do Código Penal, assim como reconheceu a incidência da atenuante da confissão, bem como deu parcial provimento à apelação da defesa para reduzir a pena de multa, do que resultaram as penas definitivas de 1 (um) ano de reclusão, em regime inicial semiaberto e pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos pela prática do delito do art. 180, *caput*, do Código Penal, vencido o Des. Fed. André Nekatschalow, que DE OFÍCIO, reconhecia a incidência da atenuante da confissão e DAVA PARCIAL PROVIMENTO à apelação de Eduardo de Oliveira Alencar para reduzir a pena de multa e fixar a pena definitiva

pelo crime do art. 180, caput, do Código Penal, em 1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa, e a pena pelo crime do art. 304 c. c. o art. 297, ambos do Código Penal, em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa, tornando a pena final em 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 21 (vinte e um) dias-multa mantidos no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, mantido o regime inicial semiaberto e a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, bem como o Des. Fed. Paulo Fontes que, DE OFÍCIO, aplicava o princípio da consunção e absolveia o réu Eduardo de Oliveira Alencar da imputação relativa ao crime do art. 304 c.c art. 297, ambos do Código Penal, assim como reconhecia a incidência da atenuante da confissão, bem como dava parcial provimento à apelação da defesa para reduzir a pena de multa, do que resultaram as penas definitivas de 1 (um) ano de reclusão, em regime inicial aberto e pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos pela prática do delito do art. 180, caput, do Código Penal, em regime inicial aberto e permitia a substituição por 2 restritivas de direito, consistentes em prestação de serviços pelo prazo da pena corporal e 02 (dois) salários mínimos de prestação pecuniária., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta pela Defensoria Pública da União em favor de *Eduardo de Oliveira Alencar* contra a sentença (id. 143886282) que o condenou pela prática dos crimes do art. 180, *caput* e art. 304 c.c art. 297, todos do Código Penal, à pena privativa de liberdade total de 3 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, além do pagamento de 120 (cento e vinte) dias-multa, no valor diário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Em razões recursais (id. 143886286), a defesa pede a absolvição do réu em relação aos dois delitos, com fundamento na ausência de dolo. Sustenta, subsidiariamente, a desclassificação para o crime de receptação culposa. Requer, por fim, a redução das penas-base para o mínimo legal e o afastamento da agravante prevista no artigo 61, II, “b” do Código Penal relativamente ao crime de uso de documento falso, assim como a modificação do regime prisional, a substituição da pena corporal por restritivas de direito e a correção da proporcionalidade da multa.

Com contrarrazões do Ministério Público Federal (id. 143886290), os autos vieram a esta Corte Regional.

A Procuradoria Regional da República manifestou-se pelo desprovimento do recurso (id. 143908371).

É o relatório.

À revisão, nos termos do Regimento Interno desta Corte Regional.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

VOTO

Consta dos autos que *Eduardo de Oliveira Alencar* foi denunciado pela prática do crime do art. 180, *caput*, do Código Penal, porque, no dia 19 de outubro de 2011, por volta das 15h15,

na Rodovia Regis Bitencourt, Km 299, no município de Itapequerica da Serra/SP, conduziu, em proveito próprio, o veículo Fiat/Doblô, placas FQA-6050/SP, chassi 9BD119107A1067465, o qual ele sabia ser produto de crime. Na mesma data, também praticou o delito do art. 304 c.c art. 297, ambos do Código Penal, porque, nas mesmas circunstâncias de tempo e lugar, fez uso de documento público falsificado, consistente em Certificado de Registro de Licenciamento de Veículo.

Narra a denúncia que, no dia 20 de setembro de 2011, o automóvel conduzido pelo denunciado (Fiat/Doblô, placas FQA-6050/SP, chassi 9BD119107A1067465) foi roubado por indivíduos não identificados na cidade de Taboão da Serra/SP, conforme Boletim de Ocorrência nº 8405/11. Posteriormente, o denunciado teria recebido o mencionado veículo, em circunstâncias não esclarecidas e ciente da sua procedência espúria, o conduziu pela BR-116, quando o utilitário já estava com placas “frias” (EUJ-7522/SP), referente a outro veículo semelhante com situação regular.

Consta ainda da denúncia, que o veículo foi abordado pelos policiais rodoviários federais que, ao consultarem a sua placa não constataram irregularidade alguma, porém descobriram no sistema que se tratava de produto de furto/roubo devido à numeração do chassi. Nesta mesma oportunidade, o denunciado apresentou aos policiais um CRLV falsificado, o qual continha a numeração verdadeira do chassi do Fiat/Doblô roubado, mas o número das placas frias, tudo com o objetivo de tentar enganar a fiscalização e a descoberta da origem criminosa do veículo (id. 143886216).

Em decisão id. 143886217, foi determinada a remessa dos autos para a Justiça Federal.

Após regular processamento do feito, sobreveio sentença que condenou o réu *Eduardo de Oliveira Alencar* pela prática do crime do art. 180, *caput* e art. 304 c.c art. 297, todos do Código Penal, à pena privativa de liberdade total de 3 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, além do pagamento de 120 (cento e vinte) dias-multa, no valor diário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Passo à análise das razões recursais.

De início, observo que a *materialidade* e a *autoria delitiva* não foram objeto de impugnação específica das partes e restaram devidamente comprovadas pelo conjunto probatório acostado aos autos.

Com efeito, a *materialidade* do crime de receptação (art. 180, CP) está demonstrada pelos seguintes elementos: a) Auto de Prisão e Flagrante (id. 143886215); b) Boletim de Ocorrência nº 5179/2011, relacionado ao crime de receptação ocorrido em 19.10.2011 (id. 143886215); c) Auto de Exibição e Apreensão (id. 143886215); d) Cadastro de Veículos do DETRAN, com informação do roubo automóvel localizado na posse do acusado (id. 143886216); e) Boletim de Ocorrência nº 8405/2011, com dados do evento que culminou no roubo do Fiat/Doblô em 20.09.2011, na cidade de Taboão da Serra/SP e f) Laudo nº 10.418/11, com conclusão de que a placa do veículo EUJ-7522 apresentava rompimento dos cabos de fixação do lacre (id. 143886217).

Tais provas foram devidamente corroboradas pelas declarações de *Flavio Roberto Pedroso Alves* (vítima do roubo do Fiat/Doblô) e também pelos depoimentos policiais e judiciais prestados à Justiça Estadual paulista dos Policiais Rodoviários Federais *André Luiz Viana* e *José Carlos Pereira de Souza Junior*, todos no sentido de que o automóvel Fiat/Doblô foi objeto de roubo por indivíduos não identificados na data de 20.09.2011, na cidade de Taboão da Serra/SP e, posteriormente, foi localizado na posse do réu ao ser parado em fiscalização de rotina no dia 19.10.2011, no município de Itapequerica da Serra/SP, sendo apreendido devido à constatação de que a placa nele usada pertencia a outro veículo e o número do seu chassi correspondia ao carro roubado (id. 143886216).

Em nova audiência, agora realizada no âmbito da justiça federal, o policial *José Carlos Pereira Junior* não se recordou de muitos detalhes da ocorrência. Declarou apenas que havia muitas ocorrências policiais deste tipo, além de confirmar sua assinatura na documentação que lhe foi exibida. Alegou, ainda, que a polícia constata os indícios de falsidade nos documentos ou veículo, mas que o falso é confirmado pela perícia. Relatou que normalmente os criminosos trocam as placas e a origem ilícita do bem é confirmada pelo número do chassi (id. 143886221).

A testemunha *André Luiz Viana* também não se recordava dos detalhes relativos ao acontecimento. Afirmou que, devido a sua experiência na área, consegue analisar os itens de segurança dos documentos para verificar indícios de falsidade. Declarou ser comum manter o número de chassi no documento para realizar a clonagem do veículo. Acredita que, neste caso, deve ter constatado a falsidade do CRLV. Por fim, confirmou sua assinatura nos documentos exibidos (id. 143886223).

O réu *Eduardo Oliveira de Alencar* alegou em seus interrogatórios judiciais que comprou o Fiat/Doblô de uma pessoa chamada *Adriano*, em uma feira de rolo, pelo valor de R\$ 38.000,00 (trinta e oito mil reais), com pagamento por meio de um carro velho (Passat) no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) e mais R\$ 18.000,00 (dezoito mil reais) em dinheiro. Disse que verificou a documentação do carro que lhe foi entregue e estava tudo certo, porém negou ter recebido qualquer recibo da transação comercial. Informou, ainda, que o automóvel entregue na troca não estava em seu nome e também não tem comprovação da sua aquisição. Confirmou que na época o carro adquirido valia uns R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais). Indagado, disse que a única informação que tinha de *Adriano* era a de que ele morava no Campo Limpo. Alegou que obteve o dinheiro para a compra com sua ex-mulher, a qual fez um empréstimo no banco. Questionado pela acusação na audiência realizada na justiça estadual, decidiu alterar sua versão no final do interrogatório, afirmando que comprou o carro de *Adriano* pela quantia de R\$ 8.000,00 (oito mil reais) e mais um carro mais velho (Passat), sem qualquer recibo. Admitiu também saber que o veículo era roubado, entretanto não tinha ciência da falsidade da documentação, muito embora *Adriano* tenha lhe dito que fez os documentos (id. 143886216 e 143886225).

Já o uso de documento falso (arts. 304 e 297, ambos do CP) está demonstrado não só pelas provas listadas anteriormente como também pelo Laudo Documentoscópico nº 296.844/2015, que confirmou que o CRLV apresentado pelo réu era falso, já que “*o mesmo não apresenta todas as características de confecção de seus similares insuspeitos – quer quanto ao papel, quer quanto à impressão*” (id. 143886218).

A defesa alega que o réu não tinha conhecimento sobre a origem ilícita do automóvel e tampouco da falsidade do documento veicular e, portanto, não agiu com *dolo* em relação a nenhum dos crimes que lhe foram imputados, o que levaria à atipicidade das condutas ou ao menos a desclassificação para uma conduta culposa.

Tal tese não prospera.

Observe que o réu havia admitido a ciência quanto ao roubo do veículo Fiat/Doblô durante a audiência realizada na justiça estadual, tendo alterado sua versão apenas no âmbito federal.

Não bastasse isso, deflui das circunstâncias do caso concreto e das provas dos autos que *Eduardo* sabia sim que o veículo por ele conduzido era produto de crime, haja vista a forma suspeita em que alega tê-lo adquirido (de uma pessoa praticamente desconhecida, com entrega de valores em dinheiro e sem qualquer documento comprobatório da transação), assim como o valor discrepante e a natureza do bem, a qual exige cuidados específicos para compra, especialmente pelo fato de que a comercialização de veículos furtados e roubados, infelizmente, é prática comum.

Aliás, tais circunstâncias igualmente fragilizam a linha defensiva de que *Eduardo* desconhecida também a falsidade do certificado de registro de licenciamento do veículo.

Como cediço, é corriqueiro na compra e venda de veículos usados a consulta e conferência da documentação junto ao órgão de trânsito (DETRAN), providência elementar que se tivesse sido adotada pelo réu revelaria a falsidade do documento, na medida em que o número do chassi indicava a ocorrência de roubo/furto, além de que um dos dados do CRLV (placa) pertencia a outro automóvel.

Ademais, a perícia foi clara ao concluir que tanto o papel quanto à impressão usadas no documento contrafeito eram bem destoantes dos originais.

Portanto, ficou demonstrado que *Eduardo de Oliveira Alencar* tinha plena consciência de que o veículo era produto de crime e que o CRLV era falso.

Neste ponto, decorre da prova dos autos que a apresentação do documento contrafeito aos policiais rodoviários federais somente se prestou para escamotear a origem ilícita do automóvel, ou seja, constituiu apenas etapa necessária para a prática do crime de receptação, esgotando sua potencialidade lesiva neste tipo penal, já que não há o mínimo indício de que o réu faria o uso do documento senão para o caso de validar a posse do veículo furtado/roubado.

Aqui, destaco que o princípio da consunção e o da subsidiariedade materializam-se no campo do conflito aparente de normas, quando uma mesma conduta delituosa pode, supostamente, se encaixar em diferentes tipos penais. Neste caso, há a presença de um só fato e simultâneas normas contemporâneas com aparente aptidão para classificá-lo como criminoso.

A subsidiariedade diz com o grau de violação praticado contra o bem jurídico tutelado pela norma penal, ou seja, há uma majoração da amplitude normativa entre as infrações penais passíveis de incidência. Isso significa que determinado tipo penal constituirá uma espécie de “soldado reserva”, sendo aplicado somente na hipótese em que o crime mais abrangente não se configurar. Já a consunção implica absorção de um delito pelo outro devido a relação de meio e fim ou de necessidade estabelecida entre eles, tal situação ocorre quando um crime é considerado meio necessário ou fase normal de preparação ou de execução para o outro, de modo que o crime consunto nem sempre possui pena em abstrato mais branda que o crime consuntivo, embora esta questão seja controversa no meio acadêmico.

Aqui, aplicável o princípio da consunção, já que o delito de uso de documento falso serviu como fase necessária para garantir a execução do delito de receptação, de modo que *absolvo* o réu *Eduardo de Oliveira Alencar* da prática do delito previsto no artigo 304 c.c. artigo 297, do Código Penal e mantenho sua condenação somente pelo crime do artigo 180, *caput*, do mesmo diploma legal.

No tocante à *dosimetria da pena*, a defesa pede o afastamento dos maus antecedentes e da agravante, com a redução da pena, assim como a modificação do regime prisional, a substituição da pena corporal pela restritiva de direito e a readequação da pena de multa com sua devida proporcionalidade.

Quanto à tais questões, observo que o juízo *a quo* procedeu da seguinte forma:

“4. *Dosimetria da pena.*

57. Passo, então, a fazer a dosimetria da pena do acusado em relação aos crimes de receptação e uso de documento falso, com fulcro nos artigos 59 e 68 do Código Penal, obedecendo

ao princípio constitucional de individualização da pena, nos moldes do artigo 5º, XLVI, da Constituição da República.

58. O acusado é culpável, já que tinha conhecimento do caráter ilícito do fato e condições de autodeterminação. Apresentava e apresenta sanidade mental que lhe permitia não realizar a conduta ilícita, sendo exigível que agisse de modo diverso. Não há nos autos qualquer prova da existência de causa excludente da culpabilidade.

4.1. Do crime de receptação.

59. 1ª fase) O acusado apresentou *culpabilidade* inerente ao delito praticado. Não há nada nos autos quanto à *conduta social e personalidade* do agente. O *comportamento da vítima* não influenciou na prática delitiva. Os *motivos*, as *circunstâncias* e as *consequências* do crime não apresentam elementos extraordinários a ensejar a valoração, de forma que os considero como neutros, visto que inerentes ao tipo delituoso. Quanto aos *antecedentes criminais*, observo que o réu possui um péssimo histórico (fls. 118/132, ID 34708166). Verifico que o réu foi condenado, com trânsito em julgado no dia 1/10/2004, pela prática de crime de furto, no bojo dos autos 34/2004, perante a 3ª Vara de Fernandópolis/SP, à pena de 2 (dois) anos de reclusão. Foi condenado, também, pela prática do mesmo crime, pela mesma 3ª Vara de Fernandópolis/SP, nos autos do processo n. 15342/2003, à pena de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, conforme mandado de prisão expedido para cumprimento de pena situado a fl. 128, ID 34708166. Ainda, dos documentos é possível verificar que o réu já foi condenado pelo crime de receptação, pela 1ª Vara de Fernandópolis/SP, nos autos n. 2884/0000, a 1 (um) anos de reclusão. Ainda constam mais inúmeros inquéritos e ações penais que, inclusive, contam com descrição de condenação, porém, não é possível verificar se, quanto a esses, havia trânsito em julgado, motivo pela qual não serão considerados para efeito de exasperação da pena. Assim, após concluído o exame das circunstâncias do artigo 59 do CP, *fixo a pena-base em 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão*.

60. 2ª fase) Nesta fase não incidem circunstâncias agravantes ou atenuantes, motivo pela qual mantenho a pena em *1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão*.

61. 3ª fase) Por fim, não há nenhuma causa de aumento ou diminuição de pena, pelo que fixo a pena corporal, definitivamente, em *1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão*.

62. *Pena de multa*: A partir do critério bifásico e levando-se em conta os elementos do art. 59 do CP, bem como a proporcionalidade da pena, fixo a pena pecuniária em *48 (quarenta e oito) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo mensal vigente à época dos fatos*. O valor do dia-multa foi fixado no patamar mínimo uma vez ausentes informações mais precisas acerca da capacidade econômica do réu. A multa deverá ser liquidada com atualização monetária até o efetivo pagamento.

(...)

70. *Regime de cumprimento da pena*: O réu deverá iniciar o cumprimento da pena *em regime semiaberto*, pois, apesar do quantum de pena aplicado não superar 4 (quatro) anos, as circunstâncias do artigo 59, do Código Penal, em especial, seus antecedentes criminais, recomendam a fixação de regime inicial mais severo do que o aberto, nos termos do §3º, do artigo 33, do Código Penal.

71. *Substituição da Pena Privativa de Liberdade por Restritiva de Direitos*: Apesar da pena imposta não superar 4 (quatro) anos e nos crimes não ter sido empregada violência ou grave ameaça, reputo que os antecedentes criminais do acusado indicam que a substituição da pena não é suficiente para a prevenção de novos delitos, motivo pela qual deixo de fazer a substituição” (id. 143886282).

Os pleitos relativos à redução da pena do crime de uso de documento falso restam prejudicados diante da absolvição.

No tocante ao delito de receptação, na *primeira fase* da dosimetria, o artigo 59 do Código Penal estabelece as circunstâncias judiciais que devem ser consideradas na fixação da pena:

culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime e comportamento da vítima.

Verifico que o magistrado de primeiro grau majorou a pena-base somente com amparo nos maus antecedentes do réu (id. 143886215), haja vista as condenações criminais nos autos dos processos nº 34/2004 (art. 155, § 4º, III, do CP, com trânsito em julgado em 01.10.2004), nº 15342/2003 (art. 155, § 4º, III, do CP, com trânsito em julgado em 31.07.2006) e nº 288/2002 (art. 180 do CP, com trânsito em julgado em 21.06.2004).

A defesa sustenta que tais antecedentes são muito antigos e deveriam ser desconsiderados, haja vista o transcurso do período depurador de cinco anos.

Sem razão.

Durante muito tempo perfilhei o entendimento de que condenações anteriores transitadas em julgado, com cumprimento de pena há mais de 5 (cinco) anos, prazo referido no artigo 64, I, do CP, além de não gerarem os efeitos negativos da reincidência, também não ensejavam o agravamento da pena-base com fundamento em maus antecedentes, de acordo com a vedação de pena de caráter perpétuo (artigo 5º, XLVII, “b”, da CF) e com os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da proporcionalidade e da razoabilidade.

Assim, a condenação anterior definitiva alcançada pelo prazo de 5 (cinco) anos não gerava efeitos negativos na pena-base caso a parte que dela se viesse a se aproveitar comprovasse, nos autos, a data do cumprimento ou extinção da pena pelo fato anterior.

Estabelecida a data do trânsito em julgado da condenação anterior, caberia à defesa demonstrar o decurso do período depurador a partir do cumprimento ou extinção da pena. Por sua vez, à acusação competia comprovar o trânsito em julgado para fins de demonstração de maus antecedentes ou reincidência.

No entanto, verifica-se que a questão da exasperação da pena-base com fundamento em condenações transitadas em julgado há mais de 5 (cinco) anos teve repercussão geral reconhecida no Recurso Extraordinário nº 593.818-RG/SC, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, com conclusão de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal em 17.08.2020, com fixação da tese de que “*Não se aplica ao reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal*”.

Desta feita, revejo meu entendimento anterior para seguir a tese firmada pelo C. Supremo Tribunal Federal.

No caso dos autos, conforme bem apontado pelo juízo *a quo*, o réu possui diversas condenações anteriores com trânsito em julgado, as quais, muito embora se refiram a período anterior a cinco anos da data do crime sob análise e não possam ser usadas para a reincidência, servem para majoração da pena-base segundo novo entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Por sua vez, as demais circunstâncias judiciais mostram-se normais em relação ao delito praticado e não ensejam o agravamento da pena.

Desta feita, preservo a pena-base em 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão.

Na *segunda fase* da dosimetria, não houve impugnação da acusação ou da defesa. No entanto, penso que deve ser aplicado ao caso a atenuante da confissão.

De fato, tal circunstância configura direito dos acusados que admitem a autoria da prática delitiva, na hipótese em que o juiz a utiliza para a formação do seu convencimento, ainda que ela seja parcial, conforme entendimento consagrado na Súmula nº 545 do STJ.

No caso em apreço, o réu *Eduardo* admitiu a prática delitiva durante audiência realizada na Justiça Estadual paulista, sendo tal circunstância usada para a conclusão da sua condenação.

Assim, considero que a fração de 1/6 (um sexto) é adequada, condizente e proporcional para a redução da pena, porém, como a redução neste caso ficaria abaixo do mínimo legal (11 meses e 20 dias de reclusão e 9 dias-multa), o que é vedado pela Súmula nº 231 do STJ, a qual é de aplicação consolidada nesta Turma Julgadora, estabeleço a pena intermediária em 1 (um) ano de reclusão.

Na *terceira fase* da dosimetria, igualmente não houve insurgência das partes, motivo pelo qual fixo a *pena definitiva em 1 (um) ano de reclusão*.

Com relação à desproporcionalidade da pena de multa, acolho o pleito defensivo, já que a doutrina e jurisprudência majoritárias orientam que em seu cômputo seja observado o mesmo critério utilizado para o cálculo da pena corporal.

Assim, na *primeira fase* da dosimetria, fixo 11 (onze) dias-multa, na mesma proporção de aumento da pena-base (um sexto), em razão de o réu ostentar maus antecedentes, na *segunda fase*, reduzo a pena de multa para o mínimo legal, pela incidência da atenuante da confissão e observada a Súmula 231 do STJ, finalmente, na *terceira fase*, ausentes causas de aumento e de diminuição, estabeleço a *pena definitiva de 10 (dez) dias-multa*, cada um no mínimo valor legal, à míngua de elementos concretos da capacidade econômica do réu.

No tocante ao regime prisional, destaco que a pena privativa de liberdade será executada de forma progressiva, nos termos do artigo 33, §2º, *caput*, do Código Penal.

Para a fixação do regime, devem ser observados os seguintes fatores: modalidade de pena de privativa de liberdade, ou seja, reclusão ou detenção (art. 33, *caput*, Código Penal); quantidade de pena aplicada (art. 33, §2º, alíneas “a”, “b” e “c”, Código Penal); caracterização ou não da reincidência (art. 33, §2º, alíneas “b” e “c”, Código Penal) e circunstâncias do artigo 59 do Código Penal (art. 33, §3º, do Código Penal).

Aqui, considerando que as circunstâncias judiciais subjetivas do réu foram valoradas negativamente (maus antecedentes), a pena fixada em concreto não é o critério determinante para fixação do regime prisional.

Diante do fato de o réu ostentar maus antecedentes, sendo um deles específico (processo nº 288/2002, com trânsito em julgado em 21.06.2004), penso que o *regime inicial semiaberto* é o mais adequado para o início de cumprimento de pena.

Igualmente preservada a *impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos*, tendo em vista o não preenchimento dos requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, em especial diante da existência dos maus antecedentes e do fato de as circunstâncias indicarem que talvez a substituição não seja suficiente e tampouco recomendável.

Ante o exposto, de ofício, aplico o princípio da consunção e absolvo o réu *Eduardo de Oliveira Alencar* da imputação relativa ao crime do art. 304 c.c art. 297, ambos do Código Penal, assim como reconheço a incidência da atenuante da confissão, bem como *dou parcial provimento* à apelação da defesa para reduzir a pena de multa, do que resultam as penas definitivas de 1 (um) ano de reclusão, em regime inicial semiaberto e pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos pela prática do delito do art. 180, *caput*, do Código Penal.

É como voto.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO

Desembargador Federal André Nekatschalow. Trata-se de apelação criminal interposta por Eduardo de Oliveira Alencar, assistido pela Defensoria Pública da União, contra a sentença de Id n. 143886282 que o condenou pela prática dos crimes do art. 180, caput e art. 304 c. c. o art. 297, todos do Código Penal, à pena privativa de liberdade total de 3 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, regime inicial semiaberto, e 120 (cento e vinte) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Eduardo Oliveira Alencar requereu, em síntese:

- a) absolvição em relação aos dois delitos, com fundamento na ausência de dolo;
- b) subsidiariamente, a desclassificação do crime de receptação para o crime de receptação culposa;
- c) redução das penas-base ao mínimo legal e afastamento da agravante do art. 61, II, *b*, do Código Penal relativamente ao crime de uso de documento falso, bem como modificação do regime prisional, substituição da pena corporal por restritivas de direito e a correção proporcional da penalidade de multa (Id n. 143886286).

Foram apresentadas contrarrazões (Id n. 143886290).

O Ilustre Procurador Regional da República, Dr. Marcus Vinícius de Viveiros Dias, manifestou-se pelo desprovimento do recurso (Id n. 143908371).

O Eminentíssimo Desembargador Federal Maurício Kato, de ofício, aplicou o princípio da consunção e absolveu o réu Eduardo de Oliveira Alencar da imputação relativa ao crime do art. 304 c. c. art. 297, ambos do Código Penal, e reconheceu a incidência da atenuante da confissão, bem como deu parcial provimento à apelação para reduzir a pena de multa, resultando a pena definitiva de 1 (um) ano de reclusão, regime inicial semiaberto, e 10 (dez) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos pela prática do delito do art. 180, *caput*, do Código Penal.

Acompanho o Eminentíssimo Relator no reconhecimento, de ofício, da circunstância atenuante da confissão e no parcial provimento à apelação para reduzir a pena de multa proporcionalmente à pena privativa de liberdade. *Data vênia*, dirijo para afastar a consunção no caso e manter a condenação pelo crime do art. 304 c. c. o art. 297, considerada a agravante do art. 61, II, *b*, todos do Código Penal, conforme definido pelo Juízo *a quo*.

Receptação de veículo e uso de documento público falso. Concurso material. O agente que conduz veículo produto de crime e utiliza Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo – CRLV inautêntico, ciente da origem ilícita do bem e da falsidade do documento, pratica os crimes de receptação e uso de documento público falso, em concurso material, afigurando-se inaplicável o princípio da consunção, uma vez que o emprego da falsidade não é circunstância elementar do delito de receptação:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECEPTAÇÃO E USO DE DOCUMENTO PÚBLICO FALSO. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS.

1. A materialidade, a autoria e o dolo foram comprovados pelos documentos, depoimentos de testemunhas e interrogatórios do réu, evidenciando que o apelante conduziu veículo que sabia ser produto de crime e fez uso de documento público sabidamente falso. Condenação mantida pela prática dos crimes previstos no art. 180, caput, e no art. 304 c.c. o art. 297, caput, todos do Código Penal, em concurso material (CP, art. 69) (...).

(TRF da 3ª Região, ACR n. 00004538920124036002, Rel. Des. Fed. Nino Toldo, j. 30.05.17)

PENAL. PROCESSO PENAL. RECEPÇÃO. USO DE DOCUMENTO FALSO. MATERIALIDADE. AUTORIA. DOLO. ABSOLVIÇÃO. NÃO CABIMENTO. DESCLASSIFICAÇÃO E CONSUNÇÃO. NÃO CABIMENTO. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. A materialidade, a autoria e o dolo estão comprovados, destacando-se que, em Juízo, o acusado inicialmente declarou que a acusação é verdadeira. Suas demais alegações são notoriamente inconsistentes e não foram provadas, restando isoladas nos autos. Destacam-se, também, a incoerência no fato de que, para tentar vender o carro, o acusado trocou São Paulo (SP), que é o maior mercado de veículos usados do País, por Ponta Porã (MS), que é nacionalmente conhecida como local de receptação de veículos roubados, além das diversas fotos de automóveis, placas, chassis e CRLVs que foram encontradas em seu telefone celular, tudo a indicar que, como mostrado pela matéria jornalística juntada, o réu pertence a quadrilha de roubo e furto de automóveis que clona suas placas e os levam para fora do Brasil.

2. Incabível a consunção entre os crimes praticados pelo réu, uma vez que são autônomos, o delito de uso de documento falso é mais grave que o de receptação, e as vítimas, os bens jurídicos tutelados e os momentos de consumação de cada crime são distintos (...).

(TRF da 3ª Região, ACR n. 0002493-64.2014.4.03.6005, Rel. De. Fed. André Nekatschalow, j. 05.12.16)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECEPÇÃO. ARTIGO 180 DO CP. USO DE DOCUMENTO PÚBLICO FALSO. ARTIGO 304 C/C 297 DO CP. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. INAPLICABILIDADE.

1. O crime de receptação encontra previsão no art. 180, caput, do Código Penal e para a ocorrência do tipo pressupõe-se dolo direto sobre a ilicitude do objeto de receptação.

2. O delito de uso de documento falso está tipificado no art. 304 do Código Penal e é um crime comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa, e se consuma com o efetivo uso do documento falsificado. O sujeito passivo do delito é o Estado, em um primeiro momento, podendo ser terceiro eventualmente prejudicado, e o elemento subjetivo é o dolo.

3. A apresentação às autoridades policiais de documento falso (CRLV) não é crime-meio à prática da receptação dolosa, inexistindo a aludida relação de dependência ou subordinação entre as condutas. Assim, não há se falar em consunção (...).

(TRF da 4ª Região, ACR n. 5000753-14.2015.404.7010, Rel. Des. Fed. João Pedro Gebran Neto, j. 19.10.16)

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ARTS. 180 E 304 DO CÓDIGO PENAL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE FALSIDADE IDEOLÓGICA. NÃO-CABIMENTO. CARACTERIZAÇÃO DO TIPO PENAL DE RECEPÇÃO DOLOSA. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO (...)

6. O princípio da consunção é aplicável quando uma conduta humana, em vez de realizar a descrição contida em diversos tipos penais que se excluem entre si, realiza o conteúdo de mais de um tipo penal não excludente, mas que, em virtude de uma conexão lógica e justa, deve ser considerado absorvido pelo outro.

7. Para que uma infração penal possa ser totalmente absorvida pela outra, certos requisitos devem ser preenchidos: a) pluralidade de elementos subjetivos; b) inexistência de relação de necessidade entre crime absorvido e o crime absorvente; c) o crime absorvido deve ser um meio ou um fim do intuito criminoso; d) o crime absorvido deve ser menos grave que o crime absorvente; e) ausência de exclusão legislativa da absorção.

8. Descartada a possibilidade de aplicação da absorção do delito de uso de documento falso pelo crime de receptação, uma vez que não é da essência do tipo penal de receptação o emprego da falsidade. A apresentação de documento falso não serviu para transacionar a operação, e sim, para ludibriar as autoridades policiais, que, em operação de rotina, solicitaram os documentos ao apelante.

(TRF da 4ª região, ACR n. 200270040008318, Rel. Des. Fed. Néfi Cordeiro, j. 27.09.05)

Do caso dos autos. Eduardo de Oliveira Alencar foi denunciado pela prática do crime do art. 180, *caput*, do Código Penal, porque, no dia 19.10.11, por volta das 15h15, na Rodovia Regis Bitencourt, Km 299, no município de Itapecerica da Serra (SP), conduziu, em proveito próprio, o veículo Fiat Doblô, Placas FQA 6050/SP, chassi 9BD119107A1067465, o qual sabia ser produto de crime. Narra a denúncia que, na mesma data, Eduardo também praticou o delito do art. 304 c. c. o art. 297, ambos do Código Penal, porque, nas mesmas circunstâncias de tempo e lugar, fez uso de documento público falsificado, consistente em Certificado de Registro de Licenciamento de Veículo.

A peça acusatória informa que, no dia 20.09.11, o automóvel conduzido por Eduardo, Fiat Doblô, Placas FQA 6050/SP, chassi 9BD119107A1067465, foi roubado por indivíduos não identificados na cidade de Taboão da Serra (SP), conforme Boletim de Ocorrência n. 8405/11. Posteriormente, o denunciado teria recebido o mencionado veículo, em circunstâncias não esclarecidas e ciente da sua procedência espúria, o conduziu pela BR-116, quando o utilitário já estava com placas “frias”, EUJ 7522/SP, referente a outro veículo semelhante com situação regular.

Consta ainda da denúncia que o veículo foi abordado pelos policiais rodoviários federais que, ao consultarem a sua placa não constatarem irregularidade alguma, porém descobriram no sistema que se tratava de produto de furto/roubo devido à numeração do chassi. Nesta mesma oportunidade, o denunciado apresentou aos policiais um CRLV falsificado, o qual continha a numeração verdadeira do chassi do Fiat Doblô roubado, mas o número das placas frias, tudo com o objetivo de tentar enganar a fiscalização e a descoberta da origem criminoso do veículo (Id n. 143886216).

O Juízo *a quo*, na sentença, calculou a dosimetria conforme segue:

4.1. Do crime de receptação.

59. 1ª fase) O acusado apresentou culpabilidade inerente ao delito praticado. Não há nada nos autos quanto à conduta social e personalidade do agente. O comportamento da vítima não influenciou na prática delitiva. Os motivos, as circunstâncias e as consequências do crime não apresentam elementos extraordinários a ensejar a valoração, de forma que os considero como neutros, visto que inerentes ao tipo delituoso. Quanto aos antecedentes criminais, observo que o réu possui um péssimo histórico (fls. 118/132, ID 34708166). Verifico que o réu foi condenado, com trânsito em julgado no dia 1/10/2004, pela prática de crime de furto, no bojo dos autos 34/2004, perante a 3ª Vara de Fernandópolis/SP, à pena de 2 (dois) anos de reclusão. Foi condenado, também, pela prática do mesmo crime, pela mesma 3ª Vara de Fernandópolis/SP, nos autos do processo n. 15342/2003, à pena de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, conforme mandado de prisão expedido para cumprimento de pena situado a fl. 128, ID 34708166. Ainda, dos documentos é possível verificar que o réu já foi condenado pelo crime de receptação, pela 1ª Vara de Fernandópolis/SP, nos autos n. 2884/0000, a 1 (um) anos de reclusão. Ainda constam mais inúmeros inquéritos e ações penais que, inclusive, contam com descrição de condenação, porém, não é possível verificar se, quanto a esses, havia trânsito em julgado, motivo pelo qual não serão considerados para efeito de exasperação da pena. Assim, após concluído o exame das circunstâncias do artigo 59 do CP, fixo a pena-base em 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão.

60. 2ª fase) Nesta fase não incidem circunstâncias agravantes ou atenuantes, motivo pelo qual mantenho a pena em 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão.

61. 3ª fase) Por fim, não há nenhuma causa de aumento ou diminuição de pena, pelo que fixo a pena corporal, definitivamente, em 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão.

62. Pena de multa: A partir do critério bifásico e levando-se em conta os elementos do art. 59 do CP, bem como a proporcionalidade da pena, fixo a pena pecuniária em 48 (quarenta e

oito) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo mensal vigente à época dos fatos. O valor do dia-multa foi fixado no patamar mínimo uma vez ausentes informações mais precisas acerca da capacidade econômica do réu. A multa deverá ser liquidada com atualização monetária até o efetivo pagamento.

4.2. Do crime de uso de documentos falso.

63. 1ª fase) O acusado apresentou culpabilidade inerente ao delito praticado. Não há nada nos autos quanto à conduta social e personalidade do agente. O comportamento da vítima não influenciou na prática delitiva. Os motivos, as circunstâncias e as consequências do crime não apresentam elementos extraordinários a ensejar a valoração, de forma que os considero como neutros, visto que inerentes ao tipo delituoso. Quanto aos antecedentes criminais, observo que o réu possui um péssimo histórico (fls. 118/132, ID 34708166). Verifico que o réu foi condenado, com trânsito em julgado no dia 1/10/2004, pela prática de crime de furto, no bojo dos autos 34/2004, perante a 3ª Vara de Fernandópolis/SP, à pena de 2 (dois) anos de reclusão. Foi condenado, também, pela prática do mesmo crime, pela mesma 3ª Vara de Fernandópolis/SP, nos autos do processo n. 15342/2003, à pena de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, conforme mandado de prisão expedido para cumprimento de pena situado na fl. 128, ID 34708166. Ainda, dos documentos é possível verificar que o réu já foi condenado pelo crime de receptação, pela 1ª Vara de Fernandópolis/SP, nos autos n. 2884/0000, a 1 (um) anos de reclusão. Ainda constam mais inúmeros inquéritos e ações penais que, inclusive, contam com descrição de condenação, porém, quanto a esses, não é possível verificar se havia trânsito em julgado, motivo pela qual não serão considerados para efeito de exasperação da pena. Assim, após concluído o exame das circunstâncias do artigo 59 do CP, fixo a pena-base em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

64. 2ª fase) Nesta fase incide, nos termos da fundamentação, circunstância agravante prevista no artigo 61, inciso II, alínea “b”, pelo que agravo a sanção pela fração de 1/6 (um sexto) e resulta na pena intermediária de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão

65. 3ª fase) Por fim, não há nenhuma causa de aumento ou diminuição de pena, pelo que fixo a pena corporal, definitivamente, em 2 (dois) anos e 8 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão.

66. Pena de multa: A partir do critério bifásico e levando-se em conta os elementos do art. 59 do CP, bem como a proporcionalidade da pena, fixo a pena pecuniária em 72 (setenta e dois) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo mensal vigente à época dos fatos. O valor do dia-multa foi fixado no patamar mínimo uma vez ausentes informações mais precisas acerca da capacidade econômica do réu. A multa deverá ser liquidada com atualização monetária até o efetivo pagamento.

4.3. Da unificação das penas

67. De acordo com a fundamentação, cometidos os crimes com desígnios diversos e em momentos diferentes, devem as penas serem aplicadas acumuladamente.

68. Portanto, somadas as penas, resulta numa sanção de 3 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e ao pagamento de 120 (cento e vinte) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo mensal vigente à época dos fatos.

70. Regime de cumprimento da pena: O réu deverá iniciar o cumprimento da pena em regime semiaberto, pois, apesar do quantum de pena aplicado não superar 4 (quatro) anos, as circunstâncias do artigo 59, do Código Penal, em especial, seus antecedentes criminais, recomendam a fixação de regime inicial mais severo do que o aberto, nos termos do §3º, do artigo 33, do Código Penal.

71. Substituição da Pena Privativa de Liberdade por Restritiva de Direitos: Apesar da pena imposta não superar 4 (quatro) anos e nos crimes não ter sido empregada violência ou grave ameaça, reputo que os antecedentes criminais do acusado indicam que a substituição da pena não é suficiente para a prevenção de novos delitos, motivo pela qual deixo de fazer a substituição (Id n. 143886282).

O Eminentíssimo Relator Desembargador Federal Maurício Kato de ofício, aplicou o princípio da consunção e absolveu o réu Eduardo de Oliveira Alencar da imputação relativa ao crime do art. 304 c. c. art. 297, ambos do Código Penal, e reconheceu a incidência da atenuante da confissão, bem como deu parcial provimento à apelação para reduzir a pena de multa, resultando a pena definitiva de 1 (um) ano de reclusão, regime inicial semiaberto, e 10 (dez) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos pela prática do delito do art. 180, *caput*, do Código Penal.

Interrogado em audiência promovida pela Justiça Estadual, Eduardo inicialmente apresentou a versão mantida na esfera federal, de que desconhecia a origem do veículo e a falsidade do documento, mas após questionado pela acusação, afirmou: “Quero mudar minha versão para dizer que Adriano me vendeu o carro por R\$ 8.000,00 e um carro mais velho. Não tenho recibo. Eu sabia que o carro era roubado. Eu não sabia que o documento era falso, com sinceridade. Adriano me falou que ele tinha feito os documentos, Ele falou para mim que tinha feito o documento, mas não me disse que era falso. Eu sabia que o documento era falso” (Id n. 143886216, p. 130).

Por essa razão acompanho o Eminentíssimo Relator no cálculo da dosimetria da pena do delito do art. 180, *caput*, do Código Penal.

Quanto ao crime de uso de documento falso, conforme entendimentos, considero que o princípio da consunção não deve ser aplicado ao caso, visto que o uso do documento falso não configura crime-meio para o crime de receptação, que se consumou independente da utilização do documento. Ainda, o documento falso não teve exaurido seu potencial lesivo na receptação, tendo condições de ser utilizado em outras situações, devendo ser reconhecida sua independência.

Desta forma, passo ao cálculo da dosimetria do crime de uso de documento falso.

Na primeira fase, diante dos maus antecedentes do réu, mantenho a exasperação de 1/6 (um sexto), fixando a pena-base em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa, fixados de forma proporcional à pena privativa de liberdade.

Na segunda fase, reconheço a atenuante da confissão, diante de ter o réu assumido, ainda que apenas na audiência realizada na Justiça Estadual, a ciência da origem espúria do veículo e da falsidade do documento.

Mantenho o reconhecimento, igualmente da circunstância agravante do art. 61, II, *b*, do Código Penal. Na medida em que o uso do documento falso, por sua potencialidade lesiva, subsista relativamente à receptação em função da qual é perpetrado, cumpre incidir a agravante do art. 61, II, *b*, do Código Penal. Com efeito, não sendo o *falsum* absorvido pela receptação, mas ao contrário, praticado para facilitar ou assegurar sua execução, é cabível a agravante correspondente (TRF3, ACR n. 0008064-26.2017.4.03.6000, 11ª Turma, Rel. Des. Fed. Fausto de Sanctis, j. 24.09.20; ACR n. 0006076-67.2017.4.03.6000, 5ª Turma, Rel. Des. Fed. André Nekatschalow, j. 21.01.19; TRF4, ACR n. 5001780-74.2016.4.04.7017-PR, 8ª Turma, Rel. Des. Fed. João Pedro Gebran Neto, j. 27.02.19).

Por tratar-se de agravante preponderante, que resulta dos motivos determinantes do crime, compenso a agravante com a atenuante da confissão, mantendo a pena intermediária em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa, a qual torno definitiva à míngua de causa de aumento e diminuição de pena.

Aplicada a regra do concurso material, a pena definitiva é fixada em 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 21 (vinte e um) dias-multa mantidos no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos.

Mantido o regime inicial semiaberto e a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Ante o exposto, *DE OFÍCIO*, reconheço a incidência da confissão (acompanho o Relator) e *DOU PARCIAL PROVIMENTO* à apelação de Eduardo de Oliveira Alencar para reduzir a pena de multa e fixar a pena definitiva pelo crime do art. 180, *caput*, do Código Penal, em 1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa, (acompanho o Relator) e a pena pelo crime do art. 304 c. c. o art. 297, ambos do Código Penal, em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa (divirjo do Relator), tornando a pena final em 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 21 (vinte e um) dias-multa mantidos no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, mantido o regime inicial semiaberto e a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (acompanho o Relator).

É o voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW

APELAÇÃO CRIMINAL

0005585-88.2017.4.03.6120

Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - PR/SP

Apeladas: ALESSANDRA TORTORA DA SILVA, CLEIDE PALOMBO DA SILVA

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 02/02/2022

EMENTA

PENAL. DELITO DO ART. 171, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. FRAUDE AO PROGRAMA DE AQUISIÇÃO DE ALIMENTOS – PAA EXECUTADO NO MUNICÍPIO DE ARARAQUARA (SP). DOLO E VANTAGEM INDEVIDA NÃO DEMONSTRADOS. PEDIDO SUBSIDIÁRIO DE CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DO DELITO DO ART. 304 DO CÓDIGO PENAL. AUSÊNCIA DE ENTENDIMENTO QUANTO AO CARÁTER ILÍCITO DO FATO.

1. As recorridas Alessandra Tortora da Silva e Cleide Palombo da Silva aduziram, em uníssono, que o contrato de arrendamento foi elaborado apenas para viabilizar a emissão de Declaração de Aptidão ao Pronaf – DAP, em nome de Alessandra, justificando, de modo convergente, que tal medida devia-se ao gradativo afastamento de Cleide e de seu esposo Renato do trabalho de cultivo de gêneros agrícolas realizado no “Sítio Boa Vista”, por problemas de saúde, com o envolvimento maior do filho do casal Emerson e de sua esposa Alessandra, que sempre auxiliaram no trabalho com as plantações do sítio, ainda que esta não fosse a ocupação principal, nem a residência do casal.

2. Como assinalou a sentença, considerando que não foi demonstrado que a recorrida Alessandra administrasse a propriedade rural denominada “Sítio Boa Vista”, ou uma parcela dela, de forma autônoma e independente, ao tempo dos fatos, não faria jus à DAP autônoma, emitida em julho de 2012, apenas à DAP acessória, vinculada ao documento titularizado pela recorrida Cleide e seu esposo Renato, obtido no ano de 2004, havendo de se diferenciar, no caso, a existência de mera irregularidade que pode ser creditada à inexperiência do beneficiário do documento, da situação de empréstimo de DAP ou de talão de notas com o dolo de causar prejuízo à execução do programa de aquisição direta de alimentos do agricultor familiar.

3. É comum ao depoimento de todos os integrantes da unidade familiar a afirmação de que foi elaborado contrato de arrendamento por orientação obtida na Coordenadoria de Assistência Técnica Integral – CATI, ligada à Secretaria de Agricultura e Abastecimento, por se tratar de formalidade exigida para a expedição de DAP em favor de Alessandra, que se fazia necessária, à vista da cessação gradativa das atividades agrícolas por Cleide e Renato. No entanto, merece destaque o fato de que, ao tempo da emissão da DAP de Alessandra, em julho de 2012, ela e seu esposo Emerson, já haviam recebido a referida propriedade rural em doação de Cleide e Renato, em março de 2012, tudo a denotar entendimento precário de todos eles quanto à efetiva necessidade e utilidade do contrato de arrendamento em apreço.

4. Não foram realizados pagamentos concomitantes para ambas as recorridas Alessandra e Cleide, bem como o limite de aquisições da unidade familiar composta pelas recorridas não foi ultrapassado no ano de 2013:

5. O talão de notas em nome da recorrida Alessandra só foi utilizado para vendas no ano de 2013, somando R\$ 4.499,96 (quatro mil, quatrocentos e noventa e nove reais e noventa e seis centavos), valor inferior ao limite de R\$ 5.500,00 (cinco mil e quinhentos reais) então vigente, bem como, nesse mesmo ano, não houve entregas por meio do talão de notas de Renato Antônio da Silva, titular da DAP expedida em seu nome e no da recorrida Cleide, o que infirma a existência de vantagem indevida sustentada pelo *Parquet* (Id n. 193063834, p. 80).

6. O uso de DAP da irmã da recorrida Cleide, Lucelena Palombo Malta é objeto da Ação Penal n. 0010126-72.2014.403.6120. Sobre referido fato, ressalte-se que a sentença recorrida assinalou que “no ano de 2013 o talão de Lucelena foi utilizado para vendas em montante módico, que somaram R\$ 860,52 (...) mesmo que consideradas nesta ação penal as vendas efetuadas por meio do talão de Lucelena, o total de vendas da família Silva no ano de 2013 não superaria o teto de R\$ 5.500,00, estabelecido pelo Decreto 8.026 de 6 de junho de 2013” (Id n. 193063836, p. 34), não cabendo sua valoração nestes autos de qualquer modo.

7. Seja pela não demonstração do dolo de fraudar a execução do Programa de Aquisição de Alimentos – PAA, seja pela não demonstração de efetivo prejuízo em detrimento da União Federal e do Município de Araraquara (SP), impõe-se a manutenção da sentença absolutória proferida em favor de Alessandra Tortora da Silva e Cleide Palombo da Silva, com relação à prática do delito do art. 171, § 3º, do Código Penal, com fundamento no art. 386, II, do Código de Processo Penal, sendo descabida, tampouco, sua condenação pela prática do delito do art. 304 do Código Penal, considerando que as recorridas não detinham o completo entendimento da necessidade e da utilidade do contrato de arrendamento firmado, não se entrevedo consciência da ilicitude na sua utilização, na medida em que acreditavam tratar-se de documento idôneo, de formalidade exigida por orientação técnica da Coordenadoria de Assistência Técnica Integral – CATI.

8. Recurso de apelação ministerial desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Turma, por unanimidade, decidiu, NEGAR PROVIMENTO ao recurso de apelação do Ministério Público Federal, mantendo-se integralmente a sentença absolutória recorrida, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público Federal em face da sentença que absolveu as acusadas Alessandra Tortora da Silva e Cleide Palombo da Silva da prática do delito do art. 171, § 3º, c. c. o art. 71, ambos do Código Penal, com fundamento no art. 386, II, do Código de Processo Penal (Id n. 193063836, pp. 25-35).

O Ministério Público Federal recorre com os seguintes argumentos:

a) a prova dos autos demonstra, satisfatoriamente, a prática delitiva, também assinalada no *decisum* impugnado, ao argumento de que “foi realizado um contrato de arrendamento falso,

o qual foi utilizado dolosamente para adquirir, indevidamente, a DAP em nome de ALESSANDRA, não podendo se falar em ausência de dolo” (destaques originais, Id n. 193063836, p. 40);

b) foi confirmado que as recorridas Cleide e Alessandra e seus esposos formavam um ente familiar único, sendo que suas declarações no sentido de que apenas Alessandra passou a produzir sozinha, separadamente, na propriedade, não encontra respaldo em nenhum elemento dos autos;

c) foi comprovado que *“eram Renato e CLEIDE quem de fato cultivava a terra, trabalhando e morando no sítio e vivendo com o que ali se plantava; ALESSANDRA e seu marido poderiam até auxiliar nesta atividade rural aos fins de semana, mas moravam e trabalhavam mesmo no perímetro urbano (tanto que ALESSANDRA foi contratada formalmente pela fábrica LUPO); por isso mesmo, a entrega dos produtos à prefeitura ficava a cargo de Renato e CLEIDE, pois eram eles os verdadeiros agricultores”* (destaques originais, Id n. 193063836, pp. 42-43);

d) restou evidente que o contrato de arrendamento era falso, pois não haveria motivos para desmembrar uma parte da terra para Alessandra trabalhar separadamente, já que quem, de fato, cultivava a propriedade eram os seus sogros, sendo a atividade de Alessandra limitada a pequenos auxílios aos finais de semana;

e) *“tal contrato de fls. 33/34 só serviu para que a recorrida ALESSANDRA conseguisse a DAP autônoma, de forma indevida, com o objetivo de fraudar o limite dos programas federais, pois ela sabia que não estava arrendando nenhum terreno e que não era considerada nem mesmo uma agricultora de fato, já que morava e trabalhava na cidade”* (destaques originais, Id n. 193063836, p. 43);

f) as versões dos fatos apresentadas pelas recorridas em Juízo é contraditória;

g) está claro que não existia, de fato, arrendamento para Alessandra cultivar sozinha a terra objeto do contrato, na medida em que havia uma única entidade familiar e um único sítio cultivado principalmente pelo casal Renato e Cleide, de modo que os familiares não poderiam obter a Declaração de Aptidão ao Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar – DAP de forma separada, como se fossem produtores autônomos, tampouco poderiam entregar alimentos para o Programa de Aquisição de Alimentos – PAA de forma individual;

h) tais fatos são incontroversos, tendo o MM. Juízo *a quo*, ao sentenciar, admitido que o contrato de arrendamento não existiu na prática, apenas formalmente, *“feito unicamente para viabilizar a emissão indevida da DAP em nome de ALESSANDRA”* (destaques originais, Id n. 193063836, p. 43);

i) está demonstrado que o contrato de arrendamento falso foi utilizado perante órgão público a fim de se obter, indevidamente, a Declaração de Aptidão ao Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar – DAP, em nome de Alessandra, a fim de que a família pudesse entregar alimentos para o Programa de Aquisição de Alimentos – PAA, além dos limites permitidos em Lei;

j) *“no mínimo, houve uso de documento falso, o qual está devidamente descrito na inicial, podendo até mesmo ensejar a emendatio libelli, já que tais fatos estão robustamente comprovados, tanto que reconhecidos pelo Juízo em sua sentença absolutória”* (destaques originais, Id n. 193063836, p. 44), porém o *Parquet* entende que “houve estelionato qualificado, pois a DAP adquirida indevidamente por meio de contrato de arrendamento falso foi utilizada para superar os limites do PAA, havendo claro prejuízo para o programa e vantagem indevida para as recorridas” (destaques originais, Id n. 193063836, p. 44);

k) no mesmo ano em que Renato e Cleide forneceram produtos à prefeitura, por meio da Declaração de Aptidão ao Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar – DAP de Alessandra, também entregaram alimentos, por meio do uso de DAP da irmã de Cleide, Lucelena Palombo Malta, o que originou a Ação Penal n. 0010126-72.2014.403.6120 e, embora não seja objeto da denúncia destes autos, demonstra que não era a primeira vez que as recorridas forjavam contrato de arrendamento para emissão de DAP autônoma para um integrante do grupo familiar, de modo que está comprovado o dolo;

l) ainda que no ano de 2013 não tenha ocorrido vendas por meio da Declaração de Aptidão ao Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar – DAP titularizada por Renato e Cleide, tal não afasta a fraude perpetrada pelas recorridas ao utilizarem-se de contrato de arrendamento falso a fim de lograrem emissão de DAP extra em nome de Alessandra;

m) o dolo das recorridas também se extrai do fato de perderem o interesse na atividade produtiva quando a prefeitura suspendeu a compra pelos programas, em razão da deflagração da Operação Schistosoma, em agosto de 2013;

n) o prejuízo encontra-se igualmente demonstrado, na medida em que o objetivo primordial dos programas federais era o de incentivar e fomentar a agricultura familiar, beneficiando o maior número possível de famílias e, sendo assim, ao entregar além do limite permitido, a família das recorridas beneficiou-se da ausência de licitação para vender de forma garantida e direta, em detrimento de outras famílias que preenchiam os requisitos para realizar a entrega;

o) ficou comprovado que as recorridas Cleide e Alessandra, a despeito de estarem inscritas no Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar – PRONAF como agricultoras autônomas, compunham uma única unidade familiar, produzindo e comercializando seus produtos de maneira conjunta, o que lhes garantiria a obtenção de apenas uma Declaração de Aptidão ao Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar – DAP autônoma/principal, submetendo-se ao limite de vendas de cada programa, na época dos fatos;

p) a prova dos autos não deixa dúvidas de que as recorridas tinham conhecimento de que deveriam ser respeitadas cotas por unidade familiar e forjaram contrato de arrendamento com o objetivo de simular a existência de 2 (duas) unidades familiares autônomas e, desse modo, duplicar a cota de fornecimento a que fariam jus, infringindo, assim, os arts. 1º e 3º, ambos da Portaria MDA 17/2010;

q) requer-se a reforma da sentença apelada a fim de se condenar Alessandra Tortora da Silva e Cleide Palombo da Silva pela prática do delito do art. 171, § 3º, c. c. o art. 71, ambos do Código Penal;

r) subsidiariamente, requer-se a aplicação da *emendatio libelli*, a fim de ser reconhecida a prática do delito de uso de documento falso, previsto no art. 304, c. c. o art. 299, c. c. o art. 71 (por três vezes), todos do Código Penal (Id n. 193063836, pp. 38-47).

Foram apresentadas contrarrazões recursais pela defesa das acusadas Alessandra Tortora da Silva e Cleide Palombo da Silva (Id n. 193063836, pp. 50-56).

O Ilustre Procurador Regional da República, Dr. Paulo Taubemblatt, manifestou-se pelo provimento do recurso de apelação ministerial (Id n. 201479071).

É o relatório.

Encaminhem-se os autos à revisão, nos termos regimentais.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

VOTO

Imputação. Alessandra Tortora da Silva, Cleide Palombo da Silva e Renato Antônio da Silva foram denunciados pela prática do delito do art. 171, § 3º, c. c. o art. 71, ambos do Código Penal, pelos seguintes fatos:

I - BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O PROGRAMA DE AQUISIÇÃO DE ALIMENTOS - PAA

O Programa de Aquisição de Alimentos (PAA) foi um dos primeiros programas federais voltados à segurança alimentar e nutricional, no contexto da iniciativa “Fome Zero”. No âmbito federal, o órgão gestor era o Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome e do Desenvolvimento Agrário.

Além de buscar garantir alimentação adequada a pessoas em situação de insegurança alimentar e nutricional, visava também estimular a agricultura familiar, destinando verbas para a aquisição direta (sem licitação) de alimentos cultivados por agricultores familiares, que necessariamente estivessem enquadrados no Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar - PRONAF, conforme redação original do art. 19 da Lei nº 10.696/2003, que criou o programa.

Em 2011, a redação do art. 19 foi alterada pela Lei nº 12.512/2011, a qual relegou às normas infralegais disciplinar as exigências e regras para o fornecimento ao programa. Ainda assim, reiterou os objetivos do PAA como política de incentivo à agricultura familiar, promovendo a sua inclusão econômica e social, com fomento à produção com sustentabilidade, ao processamento de alimentos e industrialização e à geração de renda, bem como incentivo à criação de cooperativas e demais organizações formais da agricultura familiar.

Os fatos investigados deram-se sob a égide das regras estabelecidas em dois Decretos presidenciais, que regulamentaram o disposto no art. 19 da Lei 10.696/2003.

O art. 5º do Decreto 6.447/2008, vigente até 05/07/2012, estabelecia as modalidades de execução do programa, bem como o limite máximo de compras permitido de cada agricultor familiar.

Com a edição da Lei 12.512/2011, posteriormente regulamentada pelo Decreto 7.775/2012, o PAA foi aprimorado. Foram mantidos, no entanto, os limites de aquisição por núcleo familiar, bem como a obrigatoriedade de que a aquisição fosse feita de agricultores familiares, ainda que organizados sob a forma de cooperativas ou associações, cujas regras foram então expressamente previstas.

O agricultor familiar, ou empreendedor familiar rural, é aquele que reúne, simultaneamente, as seguintes características: 1) proprietário/possuidor de pequena porção de terras; 2) exploração direta, com apoio da família; 3) dependência econômica, ainda que parcial, do empreendimento; 4) gestor do próprio negócio. Além disto, o enquadramento como agricultor familiar deve ser comprovado por meio da Declaração de Aptidão ao PRONAF (DAP).

Segundo a legislação regulamentadora, notadamente a Portaria MDA 17, de 23 de março de 2010, a DAP é o instrumento que identifica os agricultores familiares e/ou suas formas associativas organizadas em pessoas jurídicas, aptos a realizarem operações de crédito rural ao amparo do Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar – PRONAF.

Nos moldes da citada Portaria, cada grupo familiar pode ter apenas uma DAP válida, sendo vedada a emissão de uma DAP autônoma a mais de um indivíduo de uma mesma família produtora. Outra peculiaridade do PAA refere-se à obrigatoriedade da aquisição de alimentos diretamente do agricultor familiar com dispensa de licitação. As verbas do programa, então, somente podem ser utilizadas na forma especificada pela legislação, isto é, para compra direta de agricultor familiar ou associação/cooperativa de agricultores familiares (e somente até o limite estabelecido). Sendo assim, ou se realiza a compra direta nas condições previstas ou não se cumpre o objetivo do programa, sendo incabível a realização de licitação.

II - DOS FATOS RELATIVOS AO PRESENTE IPL

CLEIDE PALOMBO DA SILVA, RENATO ANTONIO DA SILVA e ALESSANDRA TORTORA DA SILVA, agindo de forma livre, consciente e com unidade de desígnios, obtiveram, para si e para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo da União e do município de Araraquara, SP, induzindo-os e mantendo-os em erro, mediante utilização de artifício fraudulento empregado para burlar o PAA.

Em 26.06.2012, ALESSANDRA firmou com seu sogro RENATO (marido de CLEIDE) o contrato de fls. 33/34, em que consta o arrendamento de um hectare de terra da propriedade rural “Sítio Boa Vista”, situada em Araraquara, SP, e pertencente ao casal. Ocorre que o negócio jurídico entabulado é fictício, sendo o contrato ideologicamente falso, elaborado para aparentar que ALESSANDRA fosse produtora rural.

Por meio deste contrato, foi possível a inscrição de ALESSANDRA no PRONAF, como “agricultora familiar”, obtendo, por isso, em 12.07.2012, uma DAP autônoma (fls. 48 e 52), mesmo já fazendo parte da unidade familiar de seus sogros.

A DAP (assim como o contrato de arrendamento) é ideologicamente falsa, obtida de maneira fraudulenta, pois ALESSANDRA não era, de fato, agricultora familiar. Ainda que o fosse, não poderia ter uma DAP individual, uma vez que já fazia parte do núcleo familiar de seus sogros CLEIDE e RENATO (já providos de DAP). Frise-se que a legislação preconiza que apenas uma DAP deve ser concedida a cada unidade familiar.

Pois a DAP autônoma de ALESSANDRA permitiu que CLEIDE e RENATO viabilizassem a venda de gêneros alimentícios de sua propriedade rural ao Município de Araraquara, acima do limite estabelecido pelo PAA, burlando o regramento legal do Programa.

As notas fiscais relativas aos alimentos advindos da cota de ALESSANDRA foram emitidas em julho de 2013 (fls. 55/62). Anote-se que, antes disso, em fevereiro de 2013, a denunciada ALESSANDRA havia sido admitida na empresa Lupo (fls. 03/04 do Apenso I).

Desta feita, CLEIDE e RENATO forneceram seus produtos agrícolas para o Município de Araraquara, valendo-se da DAP ideologicamente falsa de ALESSANDRA (“agricultora familiar fictícia”), com o fim de vender além da cota permitida pelo PAA, auferindo vantagem ilícita em prejuízo do Programa, nos seguintes montantes e datas:

<i>NF</i>	<i>D A T A D E EMIÇÃO</i>	<i>V A L O R DA NF</i>
002	10.07.2013	R\$ 1.550,47
003	12.07.2013	R\$ 1.280,20
004	15.07.2013	R\$ 1.593,16
005	15.07.2013	R\$ 76,13
TOTAL: R\$ 4.499,96		

A materialidade e autoria delitivas estão efetivamente comprovadas por meio dos depoimentos dos denunciados (fls. 03/04 do Apenso I e fls. 24/30 dos autos principais), do contrato de arrendamento (fls. 33/34), DAP (fl. 48 e 52), notas fiscais (fls. 55/63), relatório circunstanciado da Polícia Federal (fls. 67/70) e pelos demais documentos que compõem o presente inquérito policial.

III - CAPITULAÇÃO

Assim agindo, CLEIDE PALOMBO DA SILVA, RENATO ANTONIO DA SILVA e ALESSANDRA TORTORA DA SILVA incorreram na conduta delitiva prevista no *art. 171, §3º, c/c art. 71 (por 3 vezes - dias 10, 12 e 15.07.2013), do Código Penal.*

III - REQUERIMENTO

Pelo exposto, o Ministério Público Federal requer seja recebida a denúncia, citando-se os denunciados para resposta, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias, com o posterior prosseguimento do feito até a final condenação, ouvindo-se as testemunhas abaixo arroladas.

Requer, ainda, que seja fixado valor mínimo para reparação dos danos causados, em valor não inferior à vantagem auferida, que totaliza a quantia de R\$ 4.499,96, nos termos do art. 387, IV, do Código de Processo Penal. (destaques originais, Id n. 193063835, pp. 3-8)

Do processo. Os autos foram desmembrados em relação ao corréu Renato Antonio da Silva, para instauração de incidente de insanidade mental (Id n. 193063835, pp. 93-94).

Materialidade. Foram acostados aos autos os seguintes documentos:

a) contrato particular de arrendamento, por meio do qual Renato Antonio da Silva (arrendador), proprietário do Sítio Boa Vista, localizado na zona rural de Araraquara (SP), arrendou área de aproximadamente 1,5 Ha (um e meio hectare) à Alessandra Tortora da Silva (arrendatária), para a exploração de cultivo de produtos hortifrutí (laranja, manga, verduras e legumes), por prazo indeterminado, com início em 26.06.12, mediante o pagamento mensal de R\$ 100,00 (cem reais), reajustados anualmente, sendo estabelecido que a arrendatária ficaria autorizada a inscrever-se como Produtora Rural no Posto Fiscal Estadual de Araraquara (cláusula sétima) (Id n. 193063834, pp. 48-49);

b) Cadastro do Produtor Familiar no Programa de Aquisição de Alimentos – PAA da Prefeitura do Município de Araraquara (SP) e Declaração de Aptidão ao Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar – DAP, em nome de Alessandra Tortora da Silva, esta com data de 16.07.12 (Id n. 193063834, pp. 63-65);

c) Notas Fiscais de Produtor, todas em nome de Alessandra Tortora da Silva, emitidas em 10.07.13, 12.07.13 e 15.07.13, somando R\$ 4.499,96 (quatro mil, quatrocentos e noventa e nove reais e noventa e seis centavos) (Id n. 193063834, pp. 72-80);

d) Relatório circunstanciado n. 121/2018, por intermédio do qual, realizadas diligências na região do Sítio Boa Vista, antes pertencente a Renato Antonio da Silva e Cleide Palombo da Silva, Sérgio Luiz Tél e Valdir Fernando Monteiro, atual proprietário do Sítio Boa Vista, hoje denominado Sítio Olga, e arrendatário do Sítio Olga, respectivamente, disseram que desconhecem o fato de que Alessandra Tortora da Silva teria auxiliado o casal Cleide e Renato em qualquer atividade agrícola, nos anos de 2012 e 2013 (Id n. 193063834, pp. 84-87);

e) anotação em CTPS de vínculo empregatício de Alessandra Tortora da Silva com a Lupo S/A, na qualidade de ajudante de produção, com data de admissão 06.02.13 e dispensa em 20.10.13 (Id n. 193063835, p. 20);

f) escritura de doação, com reserva de usufruto, datada de 1.03.12, lavrada no 3º Tabelião de Notas e Protesto de Letras e Títulos de Araraquara (SP), por intermédio da qual Renato Antonio da Silva e Cleide Palombo da Silva doaram ao seu filho Emerson Antonio da Silva,

casado com Alessandra Tortora da Silva, a área “B4” do desmembramento da área “B” do imóvel agrícola denominado “Sítio Boa Vista” (Id n. 193063835, pp. 77-80), bem como escritura de venda e compra do mesmo imóvel, datada de 5.08.13, perante o mesmo Tabelionato, por intermédio da qual Emerson Antonio da Silva, com o consentimento de sua esposa Alessandra Tortora da Silva, bem como Renato Antonio da Silva e sua esposa Cleide Palombo da Silva, venderam-no a Sérgio Luiz Tél, casado com Iara Sueli Dias (Id n. 193063835, pp. 81-86);

g) prestação de contas relativas ao Convênio 88/2009 para a aquisição de alimentos por compra direta local da agricultura familiar firmado no âmbito do Município de Araraquara (SP) (Id n. 193063841 a 193063857).

Autoria. Em Juízo, Cleide Palombo da Silva disse que, na época em que Alessandra obteve a Declaração de Aptidão ao Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar – DAP, ela e seu esposo Renato estavam doentes e não tinham mais condições de saúde de prosseguir com o cultivo de gêneros agrícolas no sítio em que residiam. Nessa época, uma parte do sítio já tinha sido vendida para Sérgio Luiz Tél, que permitiu que continuassem residindo no local, onde se encontram até hoje. Atualmente, apenas residem no local. Na mesma época, ficou acordado que seu filho Emerson e a esposa Alessandra entregariam a produção do sítio à Prefeitura de Araraquara (SP), já que haviam recebido o sítio em doação dela e de Renato. Alessandra trabalhava na propriedade. Em determinada época, Alessandra trabalhou na Lupo. Alessandra trabalhava todo sábado e domingo no sítio, no cultivo de laranjas, bananas e verduras. Alessandra entregou produtos do sítio apenas um ano, quando nem ela, nem seu esposo Renato realizavam mais entregas, por questões de saúde. Alessandra pagava R\$ 100,00 (cem reais) mensais pelo arrendamento da propriedade, sendo que não havia demarcação da área por ela explorada. Enquanto Alessandra trabalhou na Lupo, ela trabalhou, concomitantemente, no sítio, nos dias de folga e aos finais de semana. Alessandra trabalhou muito pouco tempo na Lupo, por causa das demandas dos filhos pequenos. Foi elaborado contrato de arrendamento por sugestão da Coordenadoria de Assistência Técnica Integral – CATI. Aos domingos, seu filho também ajudava no trabalho na propriedade, assim como seu esposo Renato (Id n. 193063836, p. 2 e Id n. 193063867).

Ouvida na Polícia, Cleide Palombo da Silva declarou que o sítio Boa Vista, que era de sua propriedade, foi vendido. No ano de 2004, foram feitas DAPs, em seu nome e no de seu marido, mas conjuntas. No ano de 2010, foi feita DAP em nome de Lucelene, sua irmã, falecida no ano de 2017. Posteriormente, em ano que não se recorda, foi feita DAP em nome de Alessandra, sua nora, tendo em vista que foi feita cessão da nua propriedade do referido sítio ao filho Emerson. A celebração de contrato de arrendamento deu-se em razão de orientação recebida da Coordenadoria de Assistência Técnica Integral – CATI. As mercadorias vendidas relacionadas com a emissão de notas no ano de 2013 não foram pagas até a presente data (Id n. 193063834, pp. 36-37 e Id n. 193063861).

Em Juízo, Alessandra Tortora da Silva declarou que é atualmente dona de casa. Trabalhou poucos meses registrada, na Lupo. É casada e tem filhos. Foi elaborado o contrato de arrendamento para viabilizar a obtenção da sua Declaração de Aptidão ao Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar – DAP, já que a propriedade do sítio havia sido transferida para ela e seu marido. Ela e seu marido trabalhavam no sítio aos finais de semana, até mesmo seus filhos trabalhavam no local, desde pequenos. Havia produção de verduras e frutas. Recebeu da Prefeitura de Araraquara (SP) os valores relativos à produção que entregou por intermédio da DAP emitida em seu nome, no ano de 2013. Os valores recebidos destinaram-se à manutenção do sítio. Não pagava pelo arrendamento formalizado em contrato. Desde 1996, quando se casou com seu marido, ajudava no trabalho de agricultura realizado no sítio. Como

nos anos de 2012 e 2013 Cleide e Renato estavam doentes, concordou, conjuntamente com Emerson, de efetuar as entregas da produção por via de DAP, emitida em seu próprio nome, porque eles é que passariam a ser responsáveis pela exploração agrícola do sítio. Não houve entrega em seu nome e em nome de seus sogros no mesmo período. A DAP foi elaborada por orientação da Coordenadoria de Assistência Técnica Integral – CATI. Na maioria das vezes, as entregas eram realizadas pelos seus sogros. Mesmo enquanto trabalhou na Lupo, trabalhou também no sítio, aos finais de semana. Havia uma demarcação da terra arrendada para sua exploração. Depois de um tempo desistiram da produção agrícola no sítio, pois a atividade não propiciava o retorno esperado, a manutenção do cultivo tinha um custo e a Prefeitura demorava para pagar (Id n. 193063836, p. 2 e Id n. 193063868).

Na Polícia, Alessandra Tortora da Silva afirmou que, juntamente com Cleide, Renato e Emerson, dirigiu-se à Coordenadoria de Assistência Técnica Integral – CATI, para obtenção da sua Declaração de Aptidão ao Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar – DAP, o que sucedeu no ano de 2012. O contrato de arrendamento foi elaborado seguindo orientação da CATI. Foi elaborada DAP em seu nome em razão de o sítio dos seus sogros ter sido doado para seu ela e seu esposo, local onde exploravam o cultivo de gêneros agrícolas. Foi feita DAP também para Lucilena, irmã de Cleide, para ajudá-la. Antes de 2012, auxiliava no sítio aos finais de semana, sendo os rendimentos da produção destinados a Cleide e Renato, sendo Cleide quem os administrava. No ano de 2013, seus sogros já não trabalhavam mais na agricultura. Os valores constantes das notas fiscais descritas na denúncia foram efetivamente recebidos. A partir do ano de 2013, foi utilizada a DAP emitida em seu nome, considerando que o sítio foi doado para ela e seu esposo e que seus sogros encontravam-se impossibilitados de prosseguir com o trabalho na agricultura, por motivos de saúde. O produto da venda da produção era reinvestido no sítio, o que beneficiava a ela, seu esposo e seus sogros, constituindo todos uma mesma unidade familiar (Id n. 193063834, pp. 42-43 e Id n. 193063859).

Em Juízo, Renato Antonio da Silva disse que não se recorda das datas em que foram emitidas as Declarações de Aptidão ao Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar – DAPs, em seu nome e no de Lucilena. No ano de 2013, o sítio foi doado para seu filho Emerson e a esposa dele, Alessandra, para que eles prosseguissem com o cultivo de gêneros agrícolas. Ele e sua esposa Cleide estavam doentes nessa época de 2013 e não tinham condições de continuar trabalhando na agricultura. O valor de R\$ 4.500,00 (quatro mil e quinhentos reais) referente às notas emitidas no ano de 2013 não foi pago pela Prefeitura de Araraquara (SP). Recebiam os valores das notas os titulares das respectivas DAPs (Id n. 193063836, p. 2 e Id n. 193063863).

Na Polícia, Renato Antonio da Silva aduziu que sua DAP e a da sua esposa foram feitas no ano de 2004 ou 2007. No ano de 2013, foi feita DAP por Alessandra. Apresentou muita dificuldade em relatar os fatos com clareza, por problemas de memória (Id n. 193063834, p. 39).

Na fase judicial, Emerson Antonio da Silva declarou que é motorista de terraplanagem. Foi assessor de Ronaldo Napeloso, na Câmara Municipal de Araraquara (SP), entre 2009 e 2010. Após, trabalhou no assentamento, operando máquinas, como comissionado. No ano de 2004, foram feitas Declarações de Aptidão ao Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar – DAPs, em nome de seus pais Cleide e Renato. Após, foi feita DAP para sua tia Lucilena para ajudá-la, pois não tinha rendimentos. Compareceu à Coordenadoria de Assistência Técnica Integral – CATI, juntamente com sua esposa Alessandra, para obter DAP em nome dela, após a doação do sítio pertencente aos seus pais a ele e à Alessandra, para que prosseguissem com a exploração da agricultura no local. Na época, trabalhava na área urbana, enquanto Alessandra já havia se desligado do seu trabalho na Lupo. Foram feitas diversas DAPs para integrantes da mesma família, residentes no mesmo sítio, em razão da elevada quantidade

da produção. Nunca foi feita nenhuma objeção à entrega dos produtos agrícolas produzidos no sítio, em nome de sua esposa Alessandra. As notas emitidas em 2013 correspondem às vendas realizadas no ano de 2012. Todo o procedimento adotado seguiu orientação da CATI, que sabia da situação da venda em nome de diversos integrantes da mesma família, moradores do mesmo sítio. Cada um recebia pelos produtos vendidos em seu nome, não se encontrando a percepção dos rendimentos concentrada na pessoa de sua mãe Cleide (Id n. 193063862).

Inquirido perante a Autoridade Policial, Emerson Antonio da Silva disse que, entre 2009 e 2010, foi assessor de Ronaldo Napeloso, na Câmara Municipal de Araraquara (SP). Após, trabalhou como motorista dele, contratado pela Prefeitura. Posteriormente, assumiu cargo comissionado, prestando serviços como motorista de máquina niveladora de solo. A Declaração de Aptidão ao Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar – DAP de Alessandra foi elaborada seguindo as orientações obtidas na Coordenadoria de Assistência Técnica Integral – CATI. Foram feitas outras DAPs em razão da grande quantidade de produtos que tinham no sítio, para que pudessem fazer a entrega à Prefeitura de Araraquara (SP). Nas entregas, iam também seu pai e Alessandra. Não soube dizer se Hélio e Cristiano conheciam seu pai e esposa como seus familiares. As notas emitidas no ano de 2013 referem-se a produtos entregues em 2012. Procurou saber a razão do não pagamento, no prazo, sendo informado, na Secretaria da Agricultura, que dependia de alguma deliberação junto ao Governo Federal (Id n. 193063834, pp. 45-46).

Em Juízo, Sérgio Luiz Tél afirmou que é proprietário do sítio Aparecida, que adquiriu de Renato Antonio da Silva, que nele residia, no ano de 2013. Renato e Cleide viveram a vida inteira na região e há muitos anos nessa mesma propriedade. A produção do sítio provém da cana de açúcar, área arrendada à usina, e de pequena horta. Em 2013, Renato e Cleide vendiam a produção da horta do sítio. Nesse mesmo ano, dirigiu-se à propriedade apenas aos finais de semana, não assumindo os cuidados com a produção agrícola imediatamente após a sua aquisição. Presenciou a nora e o filho do casal Cleide e Renato, que tinham recebido o sítio em doação, cuidando da horta aos finais de semana, no ano de 2013. Ainda no mesmo ano, após a compra do imóvel, esteve pouquíssimas vezes no local durante a semana, avistando mais o casal Cleide e Renato trabalhando na horta nessas situações (Id n. 193063836, p. 1 e Id n. 193063865).

Na fase judicial, Valdir Fernando Monteiro disse que arrendou parte da propriedade de sítio vizinho ao que era habitado pelo casal Cleide e Renato. Nos anos de 2012 e 2013, o casal vendia frutas, principalmente laranjas e mangas. A propriedade era trabalhada pelo casal Cleide e Renato, bem como pelos filhos do casal e também pela nora Alessandra (Id n. 193063836, p. 1 e Id n. 193063866).

Houve desistência da oitiva judicial das testemunhas José Ricardo Almeida Cardoso, Isaira Aparecida de Oliveira e Elzo do Carmo Palomo (Id n. 193063835, p. 94).

A presente ação penal é desdobramento da denominada Operação Schistosoma, investigação policial que apurou irregularidades na execução de programas de aquisição direta de alimentos de agricultores familiares, desvelando que agentes públicos vinculados à Secretaria de Agricultura de Araraquara (SP) articularam-se com terceiros para fraudar os programas governamentais de incentivo à agricultura familiar executados em Araraquara (SP), sendo as fraudes consistentes na obtenção de Declaração de Aptidão ao PRONAF – DAPs ideologicamente falsas, por indivíduos que não se enquadravam no conceito de agricultor familiar ou que revendiam produtos que não eram por eles cultivados, bem como no uso de DAPs e notas fiscais de outros produtores para venda acima dos limites legais e, ainda, no uso de DAPs autônomas de membros de uma mesma família, que lhes permitia comercializar além dos limites legais, como produtores independentes.

De acordo com a denúncia, o Programa de Aquisição de Alimentos – PAA foi um dos primeiros programas federais voltados à segurança alimentar e nutricional, no contexto da iniciativa “Fome Zero”, visando estimular a agricultura familiar mediante a destinação de verbas para a aquisição direta, sem licitação, de alimentos cultivados por agricultores familiares, que necessariamente estivessem enquadrados no Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar - PRONAF, conforme redação original do art. 19 da Lei n. 10.696/2003, que criou o programa, alterada pela Lei n. 12.512/2011, a qual relegou às normas infralegais disciplinar as exigências e regras para o fornecimento ao programa.

Narra que os fatos investigados deram-se sob a égide das regras estabelecidas em 2 (dois) Decretos presidenciais, que regulamentaram o disposto no art. 19 da Lei n. 10.696/2003. O art. 5º do Decreto 6.447/2008, vigente até 05.07.12, estabelecia as modalidades de execução do programa, bem como o limite máximo de compras permitido de cada agricultor familiar e, com a edição da Lei 12.512/2011, posteriormente regulamentada pelo Decreto 7.775/2012, foram mantidos os limites de aquisição por núcleo familiar.

Assinala que o agricultor familiar, ou empreendedor familiar rural, é aquele que reúne, simultaneamente, as seguintes características: 1) proprietário/possuidor de pequena porção de terras; 2) exploração direta, com apoio da família; 3) dependência econômica, ainda que parcial, do empreendimento; 4) gestor do próprio negócio. Além disso, o enquadramento como agricultor familiar deve ser comprovado por meio da Declaração de Aptidão ao PRONAF – DAP.

Consigna que, de acordo com a legislação regulamentadora, notadamente a Portaria MDA 17, de 23.03.10, a DAP é o instrumento que identifica os agricultores familiares e/ou suas formas associativas organizadas em pessoas jurídicas, aptos a realizarem operações de crédito rural, ao amparo do Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar – PRONAF. E, nos moldes da citada Portaria, cada grupo familiar pode ter apenas uma DAP válida, sendo vedada a emissão de uma DAP autônoma a mais de um indivíduo de uma mesma família produtora.

Alessandra Tortora da Silva e Cleide Palombo da Silva foram denunciadas pela prática do delito do art. 171, § 3º, c. c. o art. 71 (por três vezes), ambos do Código Penal, tendo em vista que teriam, em tese, obtido vantagem ilícita em prejuízo da União Federal, titular das verbas do Programa de Aquisição de Alimentos – PAA, bem como do Município de Araraquara, mediante a utilização de meio fraudulento, consistente na utilização de contrato de arrendamento ideologicamente falso para inscrição de Alessandra Tortoro do Silva no Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar – PRONAF, a fim de obter Declaração de Aptidão ao Pronaf – DAP em seu nome, o que lhes permitiu vender gêneros agrícolas acima da cota a que teriam direito, como integrantes de uma mesma unidade familiar.

Extrai-se que estaria proibida a emissão de Declaração de Aptidão ao Pronaf – DAP para mais integrantes de uma mesma unidade familiar, salvo nos casos de efetivo parcelamento do lote, com exploração autônoma e independente, conforme assinalado na sentença, em alusão ao caderno de perguntas e respostas sobre a DAP, expedido no ano de 2016, pelo então Ministério do Desenvolvimento Agrário:

48 - Quando que um(a) jovem filho(a) pode ter uma DAP – Principal? Somente quando constituir uma UFPR independente (mesmo na condição de solteiro(a)), ou seja, ter a gestão da terra sob seu domínio ou posse (mesmo que seja resultado de divisão do estabelecimento da UFPR de sua origem), e atender as demais exigências legais para identificação de uma UFPR (Id n. 193063836, p. 32)

No caso, as recorridas Alessandra Tortora da Silva e Cleide Palombo da Silva aduziram, em uníssono, que o contrato de arrendamento foi elaborado apenas para viabilizar a emissão de Declaração de Aptidão ao Pronaf – DAP, em nome de Alessandra, justificando, de modo convergente, que tal medida devia-se ao gradativo afastamento de Cleide e de seu esposo Renato do trabalho de cultivo de gêneros agrícolas realizado no “Sítio Boa Vista”, por problemas de saúde, com o envolvimento maior do filho do casal Emerson e de sua esposa Alessandra, que sempre auxiliaram no trabalho com as plantações do sítio, ainda que esta não fosse a ocupação principal, nem a residência do casal.

Como assinalou a sentença, considerando que não foi demonstrado que a recorrida Alessandra administrasse a propriedade rural denominada “Sítio Boa Vista”, ou uma parcela dela, de forma autônoma e independente, ao tempo dos fatos, não faria jus à DAP autônoma, emitida em julho de 2012, apenas à DAP acessória, vinculada ao documento titularizado pela recorrida Cleide e seu esposo Renato, obtido no ano de 2004, havendo de se diferenciar, no caso, a existência de mera irregularidade que pode ser creditada à inexperience do beneficiário do documento, da situação de empréstimo de DAP ou de talão de notas com o dolo de causar prejuízo à execução do programa de aquisição direta de alimentos do agricultor familiar.

De fato, é comum ao depoimento de todos os integrantes da unidade familiar a afirmação de que foi elaborado contrato de arrendamento por orientação obtida na Coordenadoria de Assistência Técnica Integral – CATI, ligada à Secretaria de Agricultura e Abastecimento, por se tratar de formalidade exigida para a expedição de DAP em favor de Alessandra, que se fazia necessária, à vista da cessação gradativa das atividades agrícolas por Cleide e Renato. No entanto, merece destaque o fato de que, ao tempo da emissão da DAP de Alessandra, em julho de 2012, ela e seu esposo Emerson, já haviam recebido a referida propriedade rural em doação de Cleide e Renato, em março de 2012, tudo a denotar entendimento precário de todos eles quanto à efetiva necessidade e utilidade do contrato de arrendamento em apreço.

Além disso, a sentença registra, com pertinência, que não foram realizados pagamentos concomitantes para ambas as recorridas Alessandra e Cleide, bem como que o limite de aquisições da unidade familiar composta pelas recorridas não foi ultrapassado no ano de 2013:

Na resposta à denúncia a Defesa sustentou que “... no período em que foram realizados pagamentos para a acusada Alessandra através do PAA não houve nenhum pagamento realizado para os réus [CLEIDE e Renato] e os valores pagos aquela ficam bem abaixo do disposto no artigo 24 da Resolução/CD/FNDE nº 38”. A afirmação de que as vendas feitas por meio do talão de ALESSANDRA ficaram bem abaixo do teto não se sustenta, uma vez que em 2013 o limite para vendas no âmbito do PAA era de R\$ 5.500,00 - a Resolução/CD/FNDE nº 38 estabelece limite de venda de R\$ 20 mil por família, mas essa regra se aplica apenas às vendas no âmbito do PNAE. Porém, a alegação de que em 2013 não houve vendas em nome de CLEIDE e Renato não foi refutada na instrução. Tanto é assim que, apesar de insistir com a tese de que a DAP de ALESSANDRA viabilizou a comercialização de produtos acima do teto a que a família Silva teria direito, os memoriais do MPF não informam qual foi o montante que sobejou o teto de R\$ 5.500,00 vigente em 2013.(Id n. 193063836, p. 33)

Com efeito, constata-se que o talão de notas em nome da recorrida Alessandra só foi utilizado para vendas no ano de 2013, somando R\$ 4.499,96 (quatro mil, quatrocentos e noventa e nove reais e noventa e seis centavos), valor inferior ao limite de R\$ 5.500,00 (cinco mil e quinhentos reais) então vigente, bem como que, nesse mesmo ano, não houve entregas por meio do talão de notas de Renato Antônio da Silva, titular da DAP expedida em seu nome e

no da recorrida Cleide, o que infirma a existência de vantagem indevida sustentada pelo *Parquet* (Id n. 193063834, p. 80).

Por derradeiro, o uso de DAP da irmã da recorrida Cleide, Lucelena Palombo Malta é objeto da Ação Penal n. 0010126-72.2014.403.6120. Sobre referido fato, ressalte-se que a sentença recorrida assinalou que “no ano de 2013 o talão de Lucelena foi utilizado para vendas em montante módico, que somaram R\$ 860,52 (...) mesmo que consideradas nesta ação penal as vendas efetuadas por meio do talão de Lucelena, o total de vendas da família Silva no ano de 2013 não superaria o teto de R\$ 5.500,00, estabelecido pelo Decreto 8.026 de 6 de junho de 2013” (Id n. 193063836, p. 34), não cabendo sua valoração nestes autos de qualquer modo.

Assim, seja pela não demonstração do dolo de fraudar a execução do Programa de Aquisição de Alimentos – PAA, seja pela não demonstração de efetivo prejuízo em detrimento da União Federal e do Município de Araraquara (SP), impõe-se a manutenção da sentença absolutória proferida em favor de Alessandra Tortora da Silva e Cleide Palombo da Silva, com relação à prática do delito do art. 171, § 3º, do Código Penal, com fundamento no art. 386, II, do Código de Processo Penal, sendo descabida, tampouco, sua condenação pela prática do delito do art. 304 do Código Penal, considerando que as recorridas não detinham o completo entendimento da necessidade e da utilidade do contrato de arrendamento firmado, não se entrevendo consciência da ilicitude na sua utilização, na medida em que acreditavam tratar-se de documento idôneo, de formalidade exigida por orientação técnica da Coordenadoria de Assistência Técnica Integral – CATI.

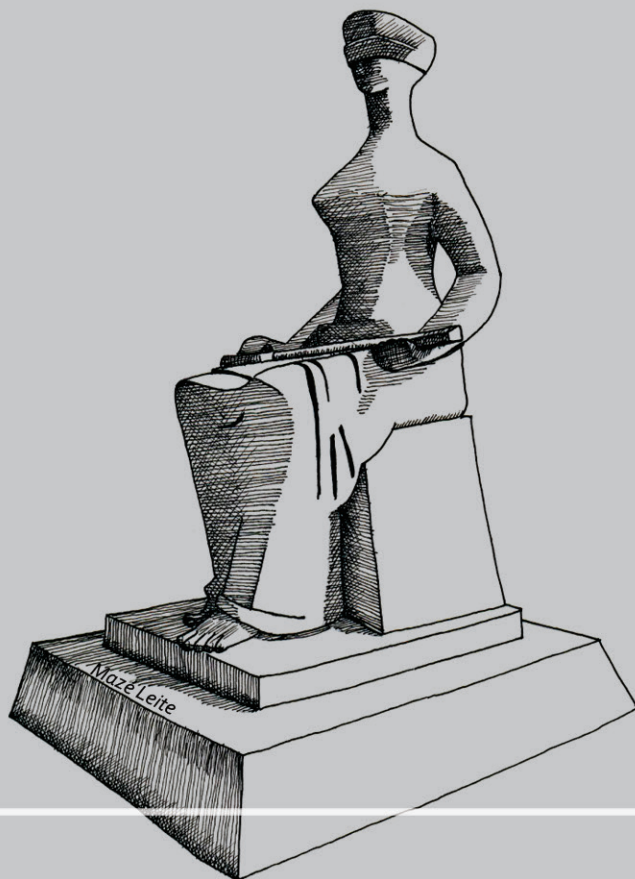
Ante o exposto, *NEGO PROVIMENTO* ao recurso de apelação do Ministério Público Federal, mantendo-se integralmente a sentença absolutória recorrida.

Em atenção à consulta formulada pelo Diretor de Subsecretaria (Id n. 195870488), proceda-se às cautelas de praxe para que o presente feito tramite em segredo de justiça (sigilo de documentos), anotando-se.

É o voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

Direito Previdenciário



APELAÇÃO CÍVEL

0003477-98.2012.4.03.6108

Apelante: JAIME SIMÃO

Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL LEILA PAIVA

Disponibilização do Acórdão: DJEN 09/12/2021

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APELAÇÃO. BENEFÍCIO CASSADO EM RAZÃO DE PROCESSO CONCESSÓRIO ENVOLVER SERVIDORES DENUNCIADOS POR FRAUDES IMPETRADAS CONTRA O INSS. DOCUMENTAÇÃO HÍGIDA PARA O RECONHECIMENTO DA ESPECIALIDADE. BENEFÍCIO RESTABELECIDO. DESCONSTITUÍDO O PROCEDIMENTO EM QUE SE APUROU INDEVIDO DÉBITO PREVIDENCIÁRIO.

- Parte autora apela de sentença que julgou improcedente o pleito com vistas a restabelecer a aposentadoria por tempo de contribuição, concedida perante a Agência da Previdência Social em Brasília, mediante o reconhecimento da especialidade para os períodos de 01/02/1971 a 09/08/1971 e 10/08/1971 a 24/01/1988, com o enquadramento por categoria profissional de “engenheiro eletricista”, postulando ainda pela anulação do procedimento no qual foi apurado o suposto débito previdenciário.

- O benefício foi cessado por supostas irregularidades em sua concessão, cometidas por servidores da autarquia, no posto de Ceilândia, em Brasília, que estavam envolvidos e denunciados por várias fraudes perpetradas contra a Previdência Social, nas quais deturpavam a interpretação da legislação aplicável ao reconhecimento da especialidades de períodos mediante o enquadramento por categoria profissional, envolvendo, quase sempre, empresas ligadas ao setor de telecomunicações ou de energia elétrica, sediadas em outras regiões do país, onde os benefícios haviam sido indeferidos.

- Independentemente desse grave contexto, os documentos apresentados pelo apelante são legítimos, idôneos e suficientes, para fins de comprovar a especialidade que se pretende restabelecer, ainda que por enquadramento diverso, de forma a permitir o pretendido restabelecimento do benefício cassado e cessado administrativamente.

- O autor logrou êxito em comprovar, por meio do formulário, que, ao exercer o cargo de “*encarregado do setor de construção*”, desenvolvia, efetivamente, as suas atividades em escavações à céu aberto, o que autoriza o enquadramento da especialidade do período de 01/02/1971 a 09/08/1971 no código 2.3.2, em “*escavações de subsolo-túneis*”, mesmo que a CTBC tenha exigido, para prover o cargo, a formação em engenharia, seja ela qual fosse, desde que estivesse habilitado para desenvolver, legalmente, tal tarefa. Não se afiguram suficientes para descaracterizar tal especialidade as atividades administrativas inerentes ao cargo de encarregado, tais como a emissão de relatórios e o controle de material e ferramentas.

- Reconhecida também a especialidade para o período de 01/08/1971 a 24/01/1988, em que o autor, como engenheiro, no setor de infraestrutura e no de comutação da empregadora TELECOMUNICAÇÕES DE SÃO PAULO - TELESP, desenvolveu as atividades descritas na Resolução 218/73 do CONFEA. Embora o termo “engenheiro” tenha sido lançado de forma genérica na CTPS e nos três formulários emitidos

pela TELESP, comprovado está que o apelante desenvolvia as atividades segundo sua habilitação profissional, no campo da engenharia eletricitista.

- Os engenheiros de construção civil e eletricitistas têm a presunção da especialidade de suas atividades estabelecida pela Lei nº 5.527, de 08/11/1968, o que restou revogada apenas com a edição da Medida Provisória nº 1.523, de 11/10/1996, convertida em Lei nº 9.528/97. Precedente do C. STJ: REsp nº 530157 2003.00.72861-5.

- A TELESP cita a Lei nº 5.527/68 nos formulários que emitiu justamente porque, diante da presunção legal da especialidade de atividades exercidas por engenheiros eletricitistas, dispensada estava, e, com amparo legal, da obrigação de providenciar o laudo técnico para avaliar o grau de exposição do apelante aos riscos inerentes ao desempenho de suas funções. Se a própria lei presume a especialidade de atividade desenvolvida por uma categoria profissional, não caberá ao INSS exigir laudo técnico para comprová-la, restando-lhe apenas reconhecê-la como tal, se comprovado estiver o seu exercício pelo segurado.

- Os reconhecidos os períodos especiais de 01/02/1971 a 09/08/1971 e 10/08/1971 a 24/01/1988 convertidos em comum pelo fator 1,40, resultam, respectivamente, em 06 meses e 09 dias e em 16 anos, 05 meses e 15 dias. Acrescidos dos períodos comuns de 01/08/1970 a 31/01/1971 (06 meses e 01 dia), 25/02/1988 a 31/01/2000 (12 anos e 07 dias), 01/03/2001 a 01/10/2001 (07 meses e 01 dia) e 01/11/2001 a 07/03/2002 (04 meses e 07 dias), contabilizados estão os 37 anos, 02 meses e 26 dias de tempo de trabalho, suficientes à concessão da aposentadoria integral.

- Em 30 meses, 05 meses e 10 dias, verteu o apelante mais de 180 contribuições previdenciárias aos cofres públicos, exigidas para a concessão da aposentadoria por tempo de contribuição, cumprindo, assim, o requisito da carência.

- Restabelecidos estão o reconhecimento da especialidade dos períodos 01/02/1971 a 09/08/1971 (por enquadramento diverso) e de 01/08/1971 a 24/01/1988, e a aposentadoria por tempo de contribuição NB nº 42/123/175.934-5 desde a data de sua indevida cessação, ocorrida em 12/12/2007.

- A documentação apresentada já se encontrava hígida e hábil a comprovar a especialidade, sendo que a falha nesta concessão, naquela ocasião, deriva da ausência de uniformização na interpretação acerca do enquadramento da especialidade na seara administrativa daquela autarquia.

- Em auditoria do INSS, o grupo de trabalho fez, para o caso concreto, interpretação restritiva onde a lei não permite, tornando irregular a concessão de um benefício que já era, de qualquer sorte, um direito adquirido pelo apelante.

- Anulado está o procedimento administrativo, no qual se apurou o débito previdenciário decorrente desta indevida cassação, diante de sua insubsistência em face do direito adquirido, ora reconhecido.

- Condenada está a autarquia em restabelecer o benefício NB nº 42/123.175.934-5, e a proceder ao pagamento dos valores atrasados, devidos desde 12/12/2007, descontando-se os valores administrativamente pagos ao apelante, bem assim findar todo e qualquer procedimento de cobrança dos valores recebidos pelo apelante em razão do benefício indevidamente cessado.

- Juros de mora e correção monetária devem ser aplicados na forma explícita no voto, ficando a autarquia condenada no pagamento dos honorários advocatícios em 10% sobre o valor da condenação, consoante o disposto no artigo 20, §§ 3º e 4º, do CPC/73, incidindo sobre as parcelas vencidas até a data da presente decisão, ante o

deferimento da pretensão apenas nesta fase recursal.
- Apelação provida. Anote-se a prioridade concedida.

ACÓRDÃO

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

Juíza Federal Convocada LEILA PAIVA - Relatora

RELATÓRIO

A Excelentíssima Senhora Juíza Federal convocada Leila Paiva (Relatora):

Trata-se de apelação interposta por JAIME SIMÃO em face de r. sentença que, em 18/06/2014, julgou improcedente o restabelecimento do NB nº 42/123.175.934-5, mantendo decisão administrativa que desconstituiu o enquadramento como especiais dos períodos de 01/02/1971 a 09/08/1971 e 01/08/1971 a 24/01/1988, declarando hígido o procedimento administrativo que apurou débito de R\$ 208.161,00 em decorrência do recebimento do referido benefício cancelado, em 12/12/2007. Foi fixada a condenação da parte autora, ora apelante, no pagamento de custas e honorários advocatícios em 10% sobre o valor da causa, com exigibilidade suspensa em razão da justiça gratuita que lhe foi deferida (fls. 628/641 do PDF).

A sentença foi disponibilizada no Diário Eletrônico da Justiça em 02/07/2014 (fls. 644 do PDF).

Nas razões de apelação, protocolizadas em 21/07/2014, aduz o apelante que há nos autos a prova da especialidade dos períodos de 01/02/1971 a 09/08/1971 e de 01/08/1971 a 24/01/1988, pois o enquadramento se dá por categoria profissional, e são presumidos por lei os riscos inerentes à atividade, impondo-se o restabelecimento do benefício indevidamente cessado em razão de mudanças na interpretação da norma sobre o enquadramento especial, desrespeitando aquelas já firmadas na IN 49/2001, bem como o cancelamento do lançamento de débito previdenciário. Subsidiariamente, postula pela não repetibilidade dos valores recebidos em razão da aposentadoria cessada por suposto erro da Administração Pública. Diz que o fato de ser analisado o seu processo de concessão por servidores envolvidos em fraude perpetrada contra a Previdência Social não o qualifica como segurado de má-fé ou envolvido em fraude nesta concessão, não sendo crime por ela postular em outra agência de seu atual domicílio, em Ceilândia/Brasília, mesmo que, em dois anos anteriores, já estivesse indeferida em agência de seu anterior domicílio, em São Paulo/SP.

Intimado, o INSS não apresentou contrarrazões (fls. 658/659 do PDF).

Os autos foram distribuídos nesta E. Corte em 17/09/2014, e, redistribuídos a este Gabinete 32 em 11/07/2017, tendo em vista o impedimento do r. Julgador convocado, que foi prolator da r. sentença de improcedência objeto do apelo interposto, verificado após pedido de preferência no julgamento apresentado pelo apelante, por ser portador de moléstia grave (fls. 659/664 do PDF).

Tramitação prioritária nos termos do art. 1048, inciso I e II, do CPC.

É o relatório.

Juíza Federal Convocada LEILA PAIVA - Relatora

VOTO

A Excelentíssima Senhora Juíza Federal convocada Leila Paiva (Relatora):

Sob a égide do CPC de 1973, a apelação atende aos requisitos de admissibilidade, merecendo ser acolhido.

Antes de adentrar ao mérito do recurso, faz-se necessária breve digressão acerca do instituto envolvido: o do reconhecimento da atividade especial e a sua aplicação na concessão da aposentadoria por tempo de contribuição.

DO TRABALHO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS

A aposentadoria *especial* integra o gênero das aposentadorias programadas. A concessão dessa aposentação é devida aos segurados que exerçam atividades expostos a agentes nocivos, que podem causar algum prejuízo à saúde e à integridade física ou mental ao longo do tempo, razão por que depende de tempo de contribuição reduzido.

Atualmente, a Constituição da República prevê a aposentadoria *especial* em seu artigo 201, § 1º, inciso II, com redação da Emenda Constitucional nº 103, de 13/11/2019, *in verbis*:

Art. 201 (...)

§ 1º É vedada a adoção de requisitos ou critérios diferenciados para concessão de benefícios, ressalvada, nos termos de lei complementar, a possibilidade de previsão de idade e tempo de contribuição distintos da regra geral para concessão de aposentadoria exclusivamente em favor dos segurados: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

(...)

II - cujas atividades sejam exercidas com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019).

A Reforma Previdenciária implementada pela EC nº 103/2019 estabeleceu que caberá à lei complementar fixar a idade e o tempo de contribuição, dispondo, provisoriamente, em seu artigo 19, que será devida a aposentação *especial* aos 55, 58 ou 60 anos, dependendo do tempo de exposição de 15, 20 ou 25 anos.

A disciplina legal da aposentação *especial* consta dos artigos 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 24/07/1991, denominada Lei de Benefícios da Previdência Social (LBPS).

“Art. 57. A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei (180 contribuições), ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995).

(...)

Art. 58. A relação dos agentes nocivos químicos, físicos e biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física considerados para fins de concessão da aposentadoria especial de que trata o artigo anterior será definida pelo Poder Executivo. (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 1997)

Com efeito, em sua redação original, dispunha o artigo 57 da LBPS que seriam reconhecidas duas formas de atividade especial: a) por presunção, decorrentes do reconhecimento da especialidade inerente à atividade profissional desempenhada; e b) em razão da efetiva exposição aos fatores nocivos à saúde.

A admissibilidade do tempo *especial* por meio da prova da atividade profissional vigorou na ordem jurídica nacional até o advento da Lei nº 9.032, de 28/04/1995. Assim, sob a égide da Lei nº 3.807/1960, denominada Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS), e suas respectivas alterações, e ulteriormente a Lei nº 8.213, de 24/07/1991, bastava a prova da profissão do segurado.

Ademais, além dessas hipóteses de enquadramento de períodos especiais, sempre é possível, no caso concreto, a verificação da especialidade da atividade mediante perícia técnica, consoante a súmula nº 198 do extinto E. Tribunal Federal de Recursos. Nesse sentido, é o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça, conforme o seguinte precedente:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. AVERBAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO SOB CONDIÇÕES ESPECIAIS. ATIVIDADE NÃO ENQUADRADA. AUSÊNCIA DE PROVA PERICIAL. INCABIMENTO.

1. No regime anterior à Lei nº 8.213/91, para a comprovação do tempo de serviço especial que prejudique a saúde ou a integridade física, era suficiente que a atividade exercida pelo segurado estivesse enquadrada em qualquer das atividades arroladas nos Decretos nºs 53.831/64 e 83.080/79.
2. A jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que o rol de atividades consideradas insalubres, perigosas ou penosas é exemplificativo, pelo que, ausência do enquadramento da atividade desempenhada não inviabiliza a sua consideração para fins de concessão de aposentadoria.
3. É que o fato das atividades enquadradas serem consideradas especiais por presunção legal, não impede, por óbvio, que outras atividades, não enquadradas, sejam reconhecidas como insalubres, perigosas ou penosas por meio de comprovação pericial.
4. “Atendidos os demais requisitos, é devida a aposentadoria especial, se perícia judicial constata que a atividade exercida pelo segurado é perigosa, insalubre ou penosa, mesmo não inscrita em Regulamento.” (Súmula do extinto TFR, Enunciado nº 198).
5. Incabível o reconhecimento do exercício de atividade não enquadrada como especial, se o trabalhador não comprova que efetivamente a exerceu sob condições especiais.
6. Agravo regimental improvido.”

(AgRg no REsp 842.325/RJ, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 21/09/2006, DJ 05/02/2007, p. 429) (grifei)

Sobre o assunto, o C. STJ firmou orientação de que a relação de atividades consideradas insalubres, perigosas ou penosas constantes dos regulamentos é meramente exemplificativa, definindo no Tema 534/STJ que: “as normas regulamentadoras que estabelecem os casos de agentes e atividades nocivos à saúde do trabalhador são exemplificativas, podendo ser tido como distinto o labor que a técnica médica e a legislação correlata considerarem como prejudiciais ao obreiro, desde que o trabalho seja permanente, não ocasional, nem intermitente, em condições especiais (art. 57, § 3º, da Lei 8.213/1991)”, (REsp 1.306.113/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/11/2012, DJe 07/03/2013).

As atividades especiais em função da categoria profissional têm como parâmetro as tabelas dos Decretos nº 53.831, de 25/03/1964, Anexos I e II, e do nº 83.080, de 24/01/1979, Anexo, que vigoram simultaneamente, não tendo ocorrido revogação daquele diploma por este. Portanto, havendo divergência entre as referidas normas, prevalecerá a que for mais favorável ao segurado.

Essa interpretação decorre da ausência da edição da lei complementar referida pelo artigo 152 da LBPS. Essa regra, no entanto, foi revogada pela Medida Provisória nº 1.596-14,

de 10/11/1997, convertida na Lei nº 9.528, de 10/12/1997, que alterou a redação do artigo 58 da LBPS, para afastar a competência do Poder Legislativo, e conferir ao Poder Executivo a atribuição de fixar o rol de agentes agressivos.

Essa providência tornara-se imprescindível, pois desde a edição da Lei nº 9.032, de 28/04/1995, que deu nova redação ao artigo 57 da LBPS, foi afastada a possibilidade de presunção de especialidade em decorrência da atividade, impondo-se a comprovação de efetiva exposição aos agentes considerados prejudiciais à saúde ou à integridade física do segurado, de forma permanente, não ocasional nem intermitente.

Além disso, após 29/04/1995, a comprovação da exposição aos agentes nocivos pode ser realizada por meio de apresentação dos formulários padrões, independentemente de laudo técnico, com as devidas ressalvas aos agentes nocivos ruído, calor e frio.

O C. STJ sedimentou o entendimento no sentido de admitir qualquer meio de prova, especialmente a apresentação de formulário-padrão (DIRBEN-8030, DSS-8030, DISES BE 5235, SB-40) preenchido pela empresa, independentemente de exigência de laudo técnico, conforme o incidente de Uniformização de Jurisprudência (Pet 9.194/PR, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Seção, j. 28/05/2014, publ. 03/06/2014).

Nesse diapasão, o Poder Executivo federal editou o Decreto nº 2.172, de 05/03/1997, exercendo o poder regulamentar que lhe fora atribuído pelo artigo 58 da LBPS, com as alterações inseridas pela Medida Provisória nº 1.523, de 11/11/1996, e suas reedições, até a Medida Provisória nº 1.596-14, de 10/11/1997, todas convertidas na Lei nº 9.528, de 10/12/1997. A partir de então, passou a ser obrigatória a apresentação dos formulários elaborados com fulcro em laudo técnico ou perícia técnica, para fins de comprovação de exposição a qualquer agente nocivo.

Assim é o entendimento do C. STJ:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ARTS. 57 E 58 DA LEI 8.213/1991. REQUISITOS PARA CARACTERIZAÇÃO. EXPOSIÇÃO PERMANENTE, NÃO OCASIONAL NEM INTERMITENTE (ART. 57, § 3º. DA LEI 8.213/1991). NECESSIDADE DE APRESENTAÇÃO DE LAUDO TÉCNICO APÓS 5.3.1997. LAUDO NÃO RECONHECIDO PELA CORTE DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO DO ACERVO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO INTERNO DO SEGURADO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. É firme a orientação desta Corte de que a atividade que tenha sido exercida com efetiva exposição a agentes nocivos até 5.3.1997 pode ser comprovada por qualquer meio de prova, inclusive os formulários SB-40 e DSS-8030, expedidos pelo INSS e preenchidos pelo empregador, como no caso dos autos. Exige-se, a partir de 6.3.1997, advento da Lei 9.528/1997, laudo técnico, o que não se configurou na hipótese dos autos.

2. A Corte de origem reconhece a apresentação de formulário DSS-8030, anotando que o laudo apresentado às fls. 56/85, juntamente com o recurso de Apelação, foi desconsiderado como início de prova material, uma vez que apresentado em momento extemporâneo, após o final da instrução probatória, sem que se alegasse e provasse motivo de força maior ou impossibilidade anterior (fls. 184).

3. Agravo Interno do Segurado a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp 839.365/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/05/2019, DJe21/05/2019)

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. CONVERSÃO DE TEMPO ESPECIAL EM COMUM. EXPOSIÇÃO A AGENTES INSALUBRES. FOSFINA. AGENTE QUÍMICO PREVISTO

NOS DECRETOS REGULAMENTADORES. PRESCINDIBILIDADE DE LAUDO TÉCNICO ATÉ 5.3.1997. RECONHECIMENTO DO TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO EM ATIVIDADE ESPECIAL. AGRAVO DO INSS DESPROVIDO.

1. Os benefícios previdenciários são regidos pela lei vigente ao tempo da implementação das condições necessárias para determinado fim. Assim, tratando-se de reconhecimento de tempo de serviço deve ser considerada a legislação vigente à época que exercida a pretensa atividade.

2. À época da atividade desempenhada pelo autor estavam em vigor os Decretos 53.831/64 e 83.080/78, que elencavam a atividade com exposição à fofina no item 1.2.6, como insalubre, o que lhe garante a conversão pretendida.

3. Agravo Regimental do INSS desprovido.

(AgRg no AREsp 228.590/CE, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/03/2014, DJe 01/04/2014)

Saliente-se que foi superada a questão relativa à impossibilidade de conversão. A celeuma iniciou-se a partir de 28/05/1998, quando entrou em vigor a Medida Provisória nº 1.663-10, que havia revogado em parte o artigo 57 da Lei nº 8.213, de 24/07/1991, vedando, naquela ocasião, a possibilidade de conversão de tempo *especial* em comum. No entanto, após diversas reedições, a norma revogadora que constava do artigo 28 da MP foi suprimida da Lei nº 9.711, de 20/11/1998, remanescendo na ordem jurídica a possibilidade de convolar, garantida pelo teor do § 5º do artigo 57 da LBPS.

O C. STJ pacificou a jurisprudência, e consolidou o entendimento sobre o efetivo direito do trabalhador à conversão do tempo de serviço *especial* em comum para fins de concessão de aposentadoria, conforme os temas 422 e 423, no julgamento do Recurso *Especial* nº 1.151.363/MG, sob a sistemática dos repetitivos (Relator Ministro JORGE MUSSI, j. 23/03/2011, pub. 05/04/2011), cristalizando as seguintes teses:

Tese 422: Permanece a possibilidade de conversão do tempo de serviço exercido em atividades especiais para comum após 1998, pois a partir da última reedição da MP n. 1.663, parcialmente convertida na Lei 9.711/1998, a norma tornou-se definitiva sem a parte do texto que revogava o referido § 5º do art. 57 da Lei n. 8.213/1991.

Tese 423: A adoção deste ou daquele fator de conversão depende, tão somente, do tempo de contribuição total exigido em lei para a aposentadoria integral, ou seja, deve corresponder ao valor tomado como parâmetro, numa relação de proporcionalidade, o que corresponde a um mero cálculo matemático e não de regra previdenciária”.

Merece destaque, ainda, que a partir de 01/01/2004, passou a ser exigida a apresentação do Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), que substituiu os formulários e o laudo pericial, por força do artigo 148 da IN INSS/DC nº 95, de 07/10/2003, com redação da IN INSS/DC nº 99, de 05/12/2003, e com fulcro no artigo 68, § 2º, do Decreto nº 3.048, de 06/05/1999, alterado pelo Decreto nº 4.032, de 26/11/2001.

Atualmente, o artigo 68, § 8º, do Decreto nº 3.048, de 06/05/1999, com redação do Decreto nº 10.410/2020, determina que a empresa deverá manter o Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP) ou documento eletrônico equivalente, garantindo ao trabalhador o acesso às informações nele contidas, eis que o documento retrata o histórico laboral do segurado, evidencia os riscos do respectivo ambiente de trabalho e consolida as informações constantes nos instrumentos previstos nas normas de proteção ao ambiente laboral.

Nesse particular, a Instrução Normativa INSS/PRES nº 77, de 21/01/2015, estabelece em seu artigo 260 que: “*Consideram-se formulários legalmente previstos para reconhecimento de períodos alegados como especiais para fins de aposentadoria, os antigos formulários em suas diversas denominações, sendo que, a partir de 1º de janeiro de 2004, o formulário a que se refere o § 1º do art. 58 da Lei nº 8.213, de 1991, passou a ser o PPP*”.

Acrescente-se que o PPP é documento confeccionado com suporte no LTCAT - Laudo Técnico de Condições Ambientais, documento que deve avaliar as condições ambientais para fins de reconhecimento de atividade *especial*. O LTCAT deverá ser atualizado pelo menos uma vez ao ano, quando da avaliação global, ou sempre que ocorrer qualquer alteração no ambiente de trabalho ou em sua organização, por força dos itens 9.2.1.1 da NR-09, 18.3.1.1 da NR-18 e da alínea “g” do item 22.3.7.1 e do item 22.3.7.1.3, todas do MTE (Ministério do Trabalho e Emprego). Admitindo-se outros documentos, na forma do artigo 261 da Instrução Normativa INSS nº 77, de 21/01/2015.

De rigor enaltecer que a apresentação de PPP substituiu não somente os formulários, mas, inclusive, o laudo pericial.

O C. STJ pacificou a questão, dispensando a necessidade de apresentação de laudo técnico quando for apresentado o PPP, nos termos do Incidente de Uniformização de Jurisprudência, Petição nº 10.262, da lavra do eminente Ministro SÉRGIO KUKINA, que recebeu a seguinte ementa:

PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. PREVIDENCIÁRIO. COMPROVAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL. RUÍDO. PERFIL PROFISSIONOGRÁFICO PREVIDENCIÁRIO (PPP). APRESENTAÇÃO SIMULTÂNEA DO RESPECTIVO LAUDO TÉCNICO DE CONDIÇÕES AMBIENTAIS DE TRABALHO (LTCAT). DESNECESSIDADE QUANDO AUSENTE IDÔNEA IMPUGNAÇÃO AO CONTEÚDO DO PPP.

1. Em regra, trazido aos autos o Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), dispensável se faz, para o reconhecimento e contagem do tempo de serviço especial do segurado, a juntada do respectivo Laudo Técnico de Condições Ambientais de Trabalho (LTCAT), na medida que o PPP já é elaborado com base nos dados existentes no LTCAT, ressalvando-se, entretanto, a necessidade da também apresentação desse laudo quando idoneamente impugnado o conteúdo do PPP.

2. No caso concreto, conforme destacado no escorreito acórdão da TNU, assim como no bem lançado pronunciamento do Parquet, não foi suscitada pelo órgão previdenciário nenhuma objeção específica às informações técnicas constantes do PPP anexado aos autos, não se podendo, por isso, recusar-lhe validade como meio de prova apto à comprovação da exposição do trabalhador ao agente nocivo “ruído”.

3. Pedido de uniformização de jurisprudência improcedente.

(Pet 10.262/RS, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/02/2017, DJe 16/02/2017)

DO RECONHECIMENTO DO TEMPO DE TRABALHO *ESPECIAL*

A jurisprudência do C. STJ estabilizou o posicionamento pela aplicação do princípio ‘*tempus regit actum*’, reconhecendo como *especial* o período trabalhado de acordo com a legislação de regência vigente à época na qual efetivamente exercidos, cujo interregno passa a integrar o patrimônio jurídico do trabalhador como direito adquirido.

Em síntese, considerando-se a evolução legislativa, o reconhecimento do tempo de trabalho *especial*, decorrentes da efetiva exposição a agentes considerados prejudiciais à saúde

ou à integridade física do trabalhador, de modo permanente, não ocasional nem intermitente, submete-se às principais normas de regência, reconhecidas pela jurisprudência das Cortes Superiores, a saber:

1) até 28/04/1995: véspera da publicação da Lei nº 9.032, de 28/04/1995, vigorava a Lei nº 3.807/1960, denominada Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS), e suas alterações, e a Lei nº 8.213, de 24/07/1991, em sua redação original, prevalecendo o reconhecimento da especialidade do trabalho mediante a prova do exercício de atividade considerável como *especial*, segundo as normas de regência da época, especialmente os Decretos nº 53.831, de 25/03/1964 e nº 83.080, de 24/01/1979.

A demonstração do exercício de atividade *especial* pode ser realizada por qualquer meio probatório, inclusive, mediante os antigos formulários, que vigoraram até 31/12/2003, independentemente de laudo técnico. Anotando-se a exceção relativa aos agentes nocivos ruído, calor e frio, por ser necessária a aferição dos níveis de exposição mediante apresentação de: a) laudo técnico ou perícia técnica, realizada no curso da instrução processual; b) ou PPP, emitido pela empresa, equiparado ao laudo técnico de condições ambientais do trabalho (LTCAT), conforme jurisprudência consolidada.

2) a partir de 29/04/1995: com a publicação da Lei nº 9.032, em 29/04/1995, que alterou a Lei nº 8.213, de 24/07/1991, foi extinto o enquadramento das atividades especiais por categoria profissional, passando a ser imprescindível a demonstração da exposição ao agente nocivo.

A propósito, a submissão aos agentes insalubres dar-se-á mediante qualquer meio probatório, considerando-se suficiente, para esta finalidade, a apresentação de formulário-padrão (DIRBEN-8030, DSS-8030, DISES BE 5235, SB-40) preenchido pela empresa (artigo 260 da IN INSS nº 77, de 21/01/2015), independentemente de laudo técnico. Reiteradas as anotações acima relativas aos agentes nocivos ruído, calor e frio.

3) a partir de 06/03/1997: o Decreto nº 2.172, de 05/03/1997, que regulamentou as disposições do art. 58 da LBPS, (inseridas pela Medida Provisória nº 1.523, de 11/11/1996, e suas reedições, até a Medida Provisória nº 1.596-14, de 10/11/1997, todas convertidas na Lei nº 9.528, de 10/12/1997), estabeleceu que o reconhecimento de tempo de serviço *especial* está atrelado à comprovação da efetiva sujeição do segurado a quaisquer agentes agressivos mediante apresentação de formulário-padrão, elaborado com base em Laudo Técnico de Condições Ambientais do Trabalho (LTCAT) ou perícia técnica.

4) a partir de 01/01/2004: por força do artigo 148 da IN INSS/DC nº 95, de 07/10/2003, com redação da IN INSS/DC nº 99, de 05/12/2003, e com fulcro no artigo 68, § 2º, do Decreto nº 3.048, de 06/05/1999, alterado pelo Decreto nº 4.032, de 26/11/2001, é obrigatória a apresentação do Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), que substituiu os formulários e o laudo pericial, nos termos do Incidente de Uniformização de Jurisprudência (Pet 10.262/RS, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/02/2017, DJe 16/02/2017).

DA CONVERSÃO DO TEMPO DE TRABALHO

O direito à conversão de tempo comum em *especial*, a denominada conversão inversa, prevaleceu no ordenamento nacional até ser suprimido pela Lei nº 9.032, de 28/04/1995. Não obstante, as prestações de tempo comum anteriores à publicação da referida lei podem ser convertidas.

De outra parte, a conversão de tempo *especial* em comum é assegurada na forma da norma prevista pelo artigo 25, § 2º, da Emenda Constitucional nº 103, de 13/11/2019: “será

reconhecida a conversão de tempo *especial* em comum, na forma prevista na Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, ao segurado do Regime Geral de Previdência Social que comprovar tempo de efetivo exercício de atividade sujeita a condições especiais que efetivamente prejudiquem a saúde, cumprido até a data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional, vedada a conversão para o tempo cumprido após esta data”.

O C. STJ sedimentou a questão sobre a conversão do período de trabalho *especial* em comum, e vice-versa, no julgamento do Recurso *Especial* repetitivo nº 1.310.034/PR, adotando o entendimento de que deve prevalecer a legislação vigente no momento do respectivo requerimento administrativo, conforme a tese do Tema 546: “A lei vigente por ocasião da aposentadoria é a aplicável ao direito à conversão entre tempos de serviço *especial* e comum, independentemente do regime jurídico à época da prestação do serviço”, (Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 24/10/2012, DJe 19/12/2012).

Colhe-se da ementa do acórdão as regras firmadas segundo o seguinte excerto: “Como pressupostos para a solução da matéria de fundo, destaca-se que o STJ sedimentou o entendimento de que, em regra; a) a configuração do tempo *especial* é de acordo com a lei vigente no momento do labor, e b) a lei em vigor quando preenchidas as exigências da aposentadoria é a que define o fator de conversão entre as espécies de tempo de serviço”.

Esse entendimento foi ratificado por ocasião do julgamento dos embargos de declaração (EDcl no REsp 1310034/PR, julgado em 26/11/2014; e EDcl nos EDcl no REsp 1310034/PR, julgado em 10/06/2015).

Nesse diapasão, uma vez prestado o serviço, o segurado adquire o direito à contagem sob a égide da norma jurídica em vigor no momento da prestação. Entretanto, o direito à conversão deve se submeter à lei vigente por ocasião do perfazimento do direito à aposentação.

Portanto, em resumo, conversão de tempo de atividade sob condições especiais será possível ao segurado que comprovar ter exercido trabalho permanente em ambiente no qual estava exposto a agente nocivo à saúde ou à integridade física, o qual deve, em regra, ser definido pela legislação contemporânea ao labor, admitindo-se excepcionalmente que se reconheça como nociva a sujeição do segurado a agente não previsto em regulamento, desde que comprovada a sua efetiva prejudicialidade. Ainda, o labor deve ser exercido de forma habitual e permanente, com exposição do segurado ao agente nocivo indissociável da produção do bem ou da prestação do serviço. As condições de trabalho podem ser provadas pelos instrumentos previstos nas normas de proteção ao ambiente laboral ou outros meios de prova.

DA PROVA DOS REQUISITOS PARA RECONHECIMENTO DA ATIVIDADE *ESPECIAL*

Cumprido ressaltar que o reconhecimento do direito à contagem do tempo *especial* deve ser norteado pelo momento em que se consolidou a efetiva prestação das atividades especiais, porquanto o trabalhador incorporou ao seu patrimônio jurídico o direito à contagem do interregno como *especial*.

O C. STJ consolidou a orientação no sentido de que a data de início do pagamento do benefício (DIB) será fixada na data do requerimento administrativo (DER) se estiverem preenchidos os requisitos, ainda que a comprovação da especialidade da atividade tenha surgido em momento posterior, nos termos do Incidente de Uniformização, Petição nº 9.582, cuja ementa foi assim redigida, *in verbis*:

“PREVIDENCIÁRIO. INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. APOSENTADORIA ESPECIAL. TERMO INICIAL: DATA DO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO,

QUANDO JÁ PREENCHIDOS OS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA PROVIDO.

1. O art. 57, § 20., da Lei 8.213/91 confere à aposentadoria especial o mesmo tratamento dado para a fixação do termo inicial da aposentadoria por idade, qual seja, a data de entrada do requerimento administrativo para todos os segurados, exceto o empregado.
 2. A comprovação extemporânea da situação jurídica consolidada em momento anterior não tem o condão de afastar o direito adquirido do segurado, impondo-se o reconhecimento do direito ao benefício previdenciário no momento do requerimento administrativo, quando preenchidos os requisitos para a concessão da aposentadoria.
 3. *In casu*, merece reparos o acórdão recorrido que, a despeito de reconhecer que o segurado já havia implementado os requisitos para a concessão de aposentadoria especial na data do requerimento administrativo, determinou a data inicial do benefício em momento posterior, quando foram apresentados em juízo os documentos comprobatórios do tempo laborado em condições especiais.
 4. Incidente de uniformização provido para fazer prevalecer a orientação ora firmada.”
- (STJ - Petição nº 9.582 - RS (2012/0239062-7), Primeira Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 26/08/15)

No mesmo sentido, o entendimento desta Egrégia Nona Turma:

DIREITO PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL. TEMPO ESPECIAL RECONHECIDO. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS À APOSENTAÇÃO. CONECTIVOS.

- A Lei nº 8.213/91 preconiza, nos arts. 57 e 58, que o benefício previdenciário da aposentadoria especial será devido, uma vez cumprida a carência exigida, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei.
 - Tempo de serviço especial a que se reconhece, cuja soma permite a concessão do benefício de aposentadoria especial.
 - A Primeira Seção do C. STJ consolidou o entendimento de que a comprovação extemporânea de situação jurídica consolidada em momento anterior não tem o condão de afastar o direito adquirido do segurado ao benefício devido desde o requerimento administrativo (Resps 1.610.554/SP e 1.656.156/SP), pelo que se fixar o termo inicial do benefício desde a data do requerimento administrativo.
 - A correção monetária deve ser aplicada em conformidade com a Lei n. 6.899/81 e legislação superveniente (conforme o Manual de Cálculos da Justiça Federal), observados os termos da decisão final no julgamento do RE n. 870.947, Rel. Min. Luiz Fux.
 - Conforme disposição inserta no art. 219 do Código de Processo Civil 1973 (atual art. 240 Código de Processo Civil - Lei nº 13.105/2015), os juros de mora são devidos a partir da citação na ordem de 6% (seis por cento) ao ano, até a entrada em vigor da Lei nº 10.406/02, após, à razão de 1% ao mês, consonante com o art. 406 do Código Civil e, a partir da vigência da Lei nº 11.960/2009 (art. 1º-F da Lei 9.494/1997), calculados nos termos deste diploma legal.
 - Os honorários advocatícios deverão ser fixados na liquidação do julgado, nos termos do inciso II, do § 4º, c.c. §11, do artigo 85, do CPC/2015.
 - Apelação do autor provida.
- (TRF 3ª Região, 9ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5001691-86.2017.4.03.6130, Rel. Desembargador Federal GILBERTO RODRIGUES JORDAN, julgado em 06/05/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 11/05/2020)

DA PRÉVIA FONTE DE CUSTEIO

É sabido que o recolhimento das contribuições previdenciárias é obrigação do empregador, nos termos do artigo 30, I, da Lei 8.212/91.

Incabível, pois, penalizar o empregado pela ausência do recolhimento de tributos por parte de seu empregador, uma vez que a Autarquia Previdenciária tem mecanismos próprios de receber seus créditos.

A matéria já foi pacificada pelo Plenário do C. Supremo Tribunal Federal, por Repercussão Geral reconhecida no Recurso Extraordinário com Agravo nº 664.335/SC, sessão plenária de 04.12.2014, Relatoria do E. Ministro Luiz Fux, quando foi afastada a alegação de ausência de prévia fonte de custeio para o direito à aposentadoria *especial*, suscitada pelo INSS.

Assim restou decidido:

A norma inscrita no art. 195, § 5º, CRFB/88, veda a criação, majoração ou extensão de benefício sem a correspondente fonte de custeio, disposição dirigida ao legislador ordinário, sendo inexigível quando se tratar de benefício criado diretamente pela Constituição.

Deveras, o direito à aposentadoria especial foi outorgado aos seus destinatários por norma constitucional (em sua origem o art. 202, e atualmente o art. 201, § 1º, CRFB/88). Precedentes: RE 151.106 AgR/SP, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 28/09/1993, Primeira Turma, DJ de 26/11/93; RE 220.742, Rel. Min. Néri da Silveira, julgamento em 03/03/98, Segunda Turma, DJ de 04/09/1998.

Existência de fonte de custeio para o direito à aposentadoria especial antes, por meio dos instrumentos tradicionais de financiamento da previdência social mencionados no art. 195 da CRFB/88, e depois pela Medida Provisória nº 1.729/98, posteriormente convertida na Lei nº 9.732, de 11 de dezembro de 1998. Legislação que, ao reformular o seu modelo de financiamento, inseriu os §§ 6º e 7º no art. 57 da Lei nº 8.213/91, e estabeleceu que este benefício será financiado com recursos provenientes da contribuição de que trata o inciso II do art. 22 da Lei nº 8.212/91, cujas alíquotas serão acrescidas de doze, nove ou seis pontos percentuais, conforme a atividade exercida pelo segurado a serviço da empresa permita a concessão de aposentadoria especial após quinze, vinte ou vinte e cinco anos de contribuição, respectivamente.

Ressalto trecho do voto do E. Relator:

“Destarte, não há ofensa ao princípio da preservação do equilíbrio financeiro e atuarial, pois existe a previsão na própria sistemática da aposentadoria especial da figura do incentivo (art. 22, II e § 3º, Lei nº 8.212/91), que, por si só, não consubstancia a concessão do benefício sem a correspondente fonte de custeio (art. 195, § 5º, CRFB/88). Corroborando o supra esposado, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal considera que o art. 195, § 5º, da CRFB/88, contém norma dirigida ao legislador ordinário, disposição inexigível quando se tratar de benefício criado diretamente pela própria constituição”.

DO EQUIPAMENTO DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL (EPI)

A questão do uso do Equipamento de Proteção Individual (EPI) encontra-se balizada pelo Colendo Supremo Tribunal Federal no julgamento do ARE 664.335, em 04/12/2014, sob os auspícios da repercussão geral, tendo sido cristalizados os dois itens da tese do Tema 555/STF:

“I - O direito à aposentadoria especial pressupõe a efetiva exposição do trabalhador a agente nocivo à sua saúde, de modo que, se o EPI for realmente capaz de neutralizar a nocividade não haverá respaldo constitucional à aposentadoria especial;

II - Na hipótese de exposição do trabalhador a ruído acima dos limites legais de tolerância, a declaração do empregador, no âmbito do Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), no sentido da eficácia do Equipamento de Proteção Individual – EPI, não descaracteriza o tempo de serviço especial para aposentadoria”.

Colhe-se das diretrizes da Corte Suprema a indicação de que somente o EPI indiscutivelmente eficaz poderia afastar a especialidade do serviço, porquanto seria apto a neutralizar a nocividade da exposição ao agente insalubre.

Com efeito, na hipótese de o segurado apresentar PPP indicativo de sua exposição a determinado agente nocivo, e inexistindo prova de que o EPI eventualmente fornecido ao trabalhador era efetivamente capaz de neutralizar a nocividade do ambiente laborativo, a configurar uma dúvida razoável nesse aspecto, deve-se reconhecer o labor como *especial*.

Nesse ponto, convém observar que o fato de o PPP consignar que o EPI era eficaz (para atenuar os efeitos do agente nocivo) não significa que tal equipamento era capaz de neutralizar a nocividade. Logo, não é possível afastar a especialidade do labor, até porque, nos termos do artigo 264, § 5º, do RPS, *“sempre que julgar necessário, o INSS poderá solicitar documentos para confirmar ou complementar as informações contidas no PPP, de acordo com § 7º do art. 68 e inciso III do art. 225, ambos do RPS”*.

Nesse sentido é o entendimento desta E. Nona Turma:

PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL. UMIDADE. AGENTE QUÍMICO. ENQUADRAMENTO. REQUISITOS PREENCHIDOS. ARTIGO 29-C, INCISO I, DA LEI N. 8.213/1991.

- (...) O tempo de trabalho sob condições especiais poderá ser convertido em comum, observada a legislação aplicada à época na qual o trabalho foi prestado (art. 70 do Decreto n. 3.048/1999, com a redação dada pelo Decreto n. 4.827/2003). Superadas, portanto, a limitação temporal prevista no artigo 28 da Lei n. 9.711/1998 e qualquer alegação quanto à impossibilidade de enquadramento e conversão dos lapsos anteriores à vigência da Lei n. 6.887/1980.

- O enquadramento apenas pela categoria profissional é possível tão-somente até 28/4/1995 (Lei n. 9.032/1995). Precedentes do STJ.

(...)

- Sobre a questão da eficácia do Equipamento de Proteção Individual (EPI), entretanto, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do ARE n. 664.335, em regime de repercussão geral, decidiu que: (i) se o EPI for realmente capaz de neutralizar a nocividade, não haverá respaldo ao enquadramento especial; (ii) havendo, no caso concreto, divergência ou dúvida sobre a real eficácia do EPI para descaracterizar completamente a nocividade, deve-se optar pelo reconhecimento da especialidade; (iii) na hipótese de exposição do trabalhador a ruído acima dos limites de tolerância, a utilização do EPI não afasta a nocividade do agente.

- A informação de “EPI Eficaz (S/N)” não se refere à real eficácia do EPI para fins de descaracterizar a nocividade do agente.

- Comprovada, via PPP, exposição habitual e permanente aos agentes nocivos “umidade” e “hidróxido de cálcio”, em razão do trabalho de limpeza de reservatório de água tratada em companhia de saneamento básico (códigos 1.1.3 e 1.2.11 do anexo do Decreto n. 53.831/1964, 1.2.11 do anexo do Decreto n. 83.080/1979 e Anexo n. 10, da NR-15).

- Atendidos os requisitos (carência e tempo de serviço) para a concessão da aposentadoria por tempo de contribuição integral, nos termos do artigo 29-C, inciso I, da Lei n. 8.213/1991, incluído pela Lei n. 13.183/2015.

- Mantida a condenação do INSS, de forma exclusiva, a pagar honorários de advogado, cujo percentual majoro para 12% (doze por cento) sobre a condenação, excluindo-se as prestações vencidas após a data da sentença, consoante Súmula n. 111 do Superior Tribunal de Justiça e critérios do artigo 85, §§ 1º, 2º, 3º, I, e 11, do CPC. Todavia, na fase de execução, o percentual deverá ser reduzido se o valor da condenação ou do proveito econômico ultrapassar 200 (duzentos) salários mínimos (art. 85, § 4º, II, do CPC).

- Apelação do INSS desprovida.

- Apelação da parte autora provida.

(Nona Turma. ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5003414-10.2019.4.03.6183, Relatora Desembargadora Federal DALDICE MARIA SANTANA DE ALMEIDA, julg. 04/06/2020)

DO CASO DOS AUTOS

A ação foi ajuizada, em 04/05/2012, com vistas a restabelecer a aposentadoria por tempo de contribuição NB nº 42/123/175.934-5, concedida perante a Agência da Previdência Social em Brasília, em 07/03/2002, mediante o reconhecimento da especialidade para os períodos de 01/02/1971 a 09/08/1971 e 10/08/1971 a 24/01/1988, com o enquadramento por categoria profissional de “engenheiro eletricista”, postulando ainda pela anulação do procedimento no qual foi apurado o suposto débito previdenciário.

O r. Juízo *a quo* não agasalhou quaisquer dos pedidos formulados pelo autor, julgando-os improcedentes, contra o que a parte autora interpôs o seu apelo.

O benefício foi cessado, em 12/12/2007, por supostas irregularidades em sua concessão, cometidas por servidores da autarquia, no posto de Ceilândia, em Brasília, que estavam envolvidos e denunciados por várias fraudes perpetradas contra a Previdência Social, nas quais deturpavam a interpretação da legislação aplicável ao reconhecimento da especialidades de períodos mediante o enquadramento por categoria profissional, envolvendo, quase sempre, empresas ligadas ao setor de telecomunicações ou de energia elétrica, sediadas em outras regiões do país, onde os benefícios haviam sido indeferidos.

Nesse passo, é imperioso analisar, independentemente desse grave contexto, se os documentos apresentados pelo apelante são legítimos, idôneos e suficientes, para fins de comprovar a especialidade que se pretende restabelecer, ainda que por enquadramento diverso, de forma a permitir o pretendido restabelecimento do benefício cassado e cessado administrativamente em 12/12/2007.

Passemos, pois, à análise.

O formulário emitido pela empregadora, Companhia Telefônica da Borba do Campo - CTBC, atesta que o apelante, como encarregado do setor de construção, no setor de “redes”, laborou no período de 01/02/1971 a 09/08/1971 em “*serviço realizado em áreas externas, em ruas e logradouros públicos, na área de atuação da companhia*”, sendo que sua tarefa consistia no controle e orientação dos empregados na execução dos serviços de escavação para a instalação de tubulação de redes telefônicas, e, após, inspecioná-los, emitindo relatórios, além de controlar materiais e ferramentas utilizados, estando exposto ao ambiente natural (sol e vento) em trabalhos realizados em condições favoráveis de tempo.

Em declaração, a empregadora Companhia Telefônica da Borba do Campo - CTBC, afirma que, para o exercício do cargo de “*encarregado do setor de construção*”, a formação exigida era a de Engenharia (fls. 57 do PDF).

Nas respectivas anotações lançadas na CTPS, consta o contrato de trabalho exercido no estabelecimento de telefonia, no cargo de encarregado de setor de construção (fls. 43 do PDF).

Nesse passo, o autor logrou êxito em comprovar, por meio do formulário, que, ao exercer o cargo de “*encarregado do setor de construção*”, desenvolvia, efetivamente, as suas atividades em escavações à céu aberto, o que autoriza o enquadramento da especialidade do período de 01/02/1971 a 09/08/1971 no código 2.3.2, em “*escavações de subsolo-túneis*”, mesmo que a CTBC tenha exigido, para prover o cargo, a formação em engenharia, seja ela qual fosse, desde que estivesse habilitado para desenvolver, legalmente, tal tarefa. Não se afiguram suficientes

para descaracterizar tal especialidade as atividades administrativas inerentes ao cargo de encarregado, tais como a emissão de relatórios e o controle de material e ferramentas.

Está reconhecida, portanto, a especialidade do período de 01/02/1971 a 09/08/1971 por outro enquadramento, distinto daquele outrora efetuado na seara administrativa e, posteriormente, desconstituído por indícios de irregularidades na interpretação. Isto é, pelo 2.3.2 o quadro anexo ao Decreto nº 53.831/64, e não, pelo código 2.1.2 do mesmo diploma legal.

Passa-se, agora, ao exame do segundo enquadramento igualmente desconstituído em razão da irregularidade encontrada administrativamente, na interpretação da lei quanto ao reconhecimento de atividade especial por categoria profissional de “engenheiro eletricista”.

Trata-se do período de 01/08/1971 a 24/01/1988, em que o apelante entabulou contrato de trabalho com Telecomunicações de São Paulo S.A. - TELESP, para exercer o cargo de engenheiro, conforme anotação lançada em CTPS (fls. 39 do PDF). Essa empregadora emitiu, em 1998, os formulários DSS 8030, descrevendo que, como engenheiro, o apelante laborou no setor de infraestrutura (10/08/1971 a 30/06/1972) e comutação (01/07/1972 a 30/04/1978 e 01/05/1978 a 24/01/1988), desenvolvendo as atividades descritas no artigo 8º da Resolução 218/73 do CONFEA (fls. 62/64 do PDF).

Em tais formulários consta, ainda, no tópico “*agentes nocivos*”, que a especialidade das atividades desenvolvidas pelo apelante estaria enquadrada, por categoria profissional, na forma prevista na Lei nº 5.527/68, mesmo que desenvolvidas em “*ambientes de Escritórios e em Sistemas de Telecomunicações*” nas diversas localidades do Estado de São Paulo, e mesmo que o Sistema de Telecomunicações não pertença aos Sistemas Elétricos de Potência.

Embora o termo “engenheiro” tenha sido lançado de forma genérica na CTPS e nos três formulários emitidos pela TELESP, comprovado está que o apelante desenvolvia as atividades segundo sua habilitação profissional (fls. 34/35 do PDF), no campo da engenharia eletricista.

Assim, é de rigor o reconhecimento da especialidade para esta categoria profissional, nos termos do código 2.1.1 do Decreto nº 53.831/64, não sendo suficiente para descaracterizá-la o exercício de algumas de suas atividades em escritório e outras executadas junto aos Sistemas de Telecomunicações, pois a agressividade do agente nocivo se encontrava presumida por lei.

Ademais, os engenheiros de construção civil e eletricistas têm a presunção da especialidade de suas atividades estabelecida pela Lei nº 5.527, de 08/11/1968, o que restou revogada apenas com a edição da Medida Provisória nº 1.523, de 11/10/1996, convertida em Lei nº 9.528/97.

Nesse sentido:

PREVIDENCIÁRIO. CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO. ENGENHEIRO CIVIL. EXERCÍCIO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS ATÉ MP 1.523/96. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. As Turmas que compõem a Terceira Seção deste Superior Tribunal consolidaram o entendimento no sentido de que o período de trabalho exercido em condições especiais em época anterior à Lei 9.528/97 não será abrangido por tal lei, em respeito ao direito adquirido incorporado ao patrimônio do trabalhador. A caracterização e a comprovação do tempo de atividade sob condições especiais obedecerá ao disposto na legislação em vigor à época da prestação do serviço.
2. Os engenheiros de construção civil e eletricistas, cuja presunção resultou de lei especial – Lei 5.527/68, de 8/11/1968 –, somente tiveram o seu direito alterado com a edição da Medida Provisória 1.523, de 11/10/1996, que revogou a referida lei.
3. *In casu*, é de ser mantido o acórdão que reconheceu o tempo de serviço em atividade especial como engenheiro civil em período anterior à edição da aludida medida provisória.

4. Recurso especial conhecido e improvido

(RESP - RECURSO ESPECIAL - 530157 2003.00.72861-5, ARNALDO ESTEVES LIMA, STJ - QUINTA TURMA, DJ DATA:11/12/2006 PG:00408 ..DTPB:.)

A TELESP cita a Lei nº 5.527/68 nos formulários que emitiu justamente porque, diante da presunção legal da especialidade de atividades exercidas por engenheiros eletricitas, dispensada estava, e, com amparo legal, da obrigação de providenciar o laudo técnico para avaliar o grau de exposição do apelante aos riscos inerentes ao desempenho de suas funções (fls. 157 do PDF).

Dessa forma, se a própria lei presume a especialidade de atividade desenvolvida por uma categoria profissional, não caberá ao INSS exigir laudo técnico para comprová-la, restando-lhe apenas reconhecê-la como tal, se comprovado estiver o seu exercício pelo segurado.

À época, para o reconhecimento da especialidade por categoria profissional, exigia-se tão somente que a atividade fosse desenvolvida por um engenheiro eletricista para ela habilitado, de modo que era irrelevante, para esse enquadramento, o fato de ter o apelante laborado no setor de telecomunicações, em que, eventualmente, em serviços externos, tinha o contato com a periculosidade das altas tensões elétricas ou se dedicava aos assuntos de gestão, e, portanto, administrativos (fls. 143 do PDF).

Restabelecido está, portanto, o enquadramento como especial do período de 10/08/1971 a 24/01/1988, com base no código 2.1.2 do quadro anexo ao Decreto nº 53.831/64.

Os reconhecidos períodos especiais de 01/02/1971 a 09/08/1971 e 10/08/1971 a 24/01/1988, convertidos em comum pelo fator 1,40, resultam, respectivamente, em 06 meses e 09 dias e em 16 anos, 05 meses e 15 dias. Acrescidos dos períodos comuns de 01/08/1970 a 31/01/1971 (06 meses e 01 dia), 25/02/1988 a 31/01/2000 (12 anos e 07 dias), 01/03/2001 a 01/10/2001 (07 meses e 01 dia) e 01/11/2001 a 07/03/2002 (04 meses e 07 dias), contabilizados estão os 37 anos, 02 meses e 26 dias de tempo de trabalho, suficientes à concessão da aposentadoria integral.

Em 30 meses, 05 meses e 10 dias, verteu o apelante mais de 180 contribuições previdenciárias aos cofres públicos, exigidas para a concessão da aposentadoria por tempo de contribuição, cumprindo, assim, o requisito da carência.

Assim, restabelecidos estão o reconhecimento da especialidade dos períodos 01/02/1971 a 09/08/1971 (por enquadramento diverso) e de 01/08/1971 a 24/01/1988, bem como a aposentadoria por tempo de contribuição NB nº 42/123/175.934-5 desde a data de sua indevida cessação, ocorrida em 12/12/2007.

Consequentemente, impõe-se a declaração acerca da insubsistência do procedimento administrativo, no qual se apurou o débito previdenciário decorrente desta indevida cassação, anulando-o, em face do direito adquirido ora reconhecido.

Embora a concessão do benefício tenha sido efetuada por servidores da autarquia envolvidos em processos fraudulentos, não há, nestes autos, qualquer prova de que tenha o apelante se utilizado de artimanhas para obter, no posto de Ceilândia, o benefício negado, dois anos antes, em São Paulo (fls. 131 do PDF).

A documentação apresentada já se encontrava hígida e hábil a comprovar a especialidade, sendo que a falha nesta concessão, naquela ocasião, deriva da ausência de uniformização na interpretação acerca do enquadramento da especialidade na seara administrativa (fls. 180/182 do PDF).

A discrepância ocorrida não pode ser imputada ao apelante, não havendo qualquer restrição, na legislação, para que o segurado postulasse pelo benefício em outra agência na qual a interpretação acerca da legislação se mostrasse mais favorável.

O fato de ter sido o benefício do apelante concedido por servidores denunciados por fraudes perpetradas contra a Previdência Social, em Ceilândia, não é suficiente para justificar a sua cessação com base na premissa de se tratar de enquadramentos das especialidades fulcrados em artifícios de interpretação da legislação aplicável.

Aliás, no que toca aos formulários previdenciários, não recaiu sobre eles qualquer suspeita de fraude, de tal forma a autorizar a nova análise com o fim de conferir aos enquadramentos da especialidade interpretação mais condizente à espécie.

Em auditoria do INSS, o grupo de trabalho fez, para o caso concreto, interpretação restritiva onde a lei não permite, tornando irregular a concessão de um benefício que já era, de qualquer sorte, um direito adquirido pelo apelante.

Partiu tal grupo de trabalho de equivocada premissa de que o apelante atuava como engenheiro de telecomunicações, quando, na verdade, nunca o foi e nem poderia sê-lo, tendo em vista que a sua formação sempre foi a de engenheiro eletricista e, como tal, devidamente inscrito no CREA (fls. 34/3533 do PDF), havendo evidente erro no lançamento de ocupação no código 02340 (CBO) no extrato de consulta de atividades (fls. 109 do PDF).

Acrescente-se que o apelante sempre foi contratado, pelas empregadoras, para exercer o ofício de engenheiro eletricista, ainda que o cargo viesse descrito na CTPS, genericamente, como “engenheiro” e mesmo que tenha exercido suas funções, para as quais estava legalmente habilitado, no setor de telecomunicações, que não pertencem aos Sistemas Elétricos de Potência.

Nesse diapasão, é de rigor condenar a autarquia a restabelecer o benefício NB nº 42/123.175.934-5, e a proceder ao pagamento dos valores atrasados, devidos desde 12/12/2007, descontando-se os valores administrativamente recebidos, bem assim findar todo e qualquer procedimento de cobrança dos valores recebidos pelo apelante em razão do benefício indevidamente cessado.

Aplica-se aos débitos previdenciários a súmula 148 do C.STJ: “*Os débitos relativos a benefício previdenciário, vencidos e cobrados em juízo após a vigência da Lei nº 6.899/81, devem ser corrigidos monetariamente na forma prevista nesse diploma legal*”. (Terceira Seção, j. 07/12/1995)

Da mesma forma, incide a súmula 8 deste E. Tribunal: “*Em se tratando de matéria previdenciária, incide a correção monetária a partir do vencimento de cada prestação do benefício, procedendo-se à atualização em consonância com os índices legalmente estabelecidos, tendo em vista o período compreendido entre o mês em que deveria ter sido pago, e o mês do referido pagamento*”.

Por sua vez, a incidência de juros de mora deve observar a norma do artigo 240 do CPC de 2015, correspondente ao artigo 219 do CPC de 1973, de modo que são devidos a partir da citação, à razão de 1% ao mês, por força do art. 406 do Código Civil e, a partir da vigência da Lei nº 11.960/2009 (art. 1º-F da Lei 9.494/1997), de acordo com a remuneração das cadernetas de poupança, conforme determinado na Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 870.947 (Tema 810) e no Recurso Especial Repetitivo nº 1.492.221 (Tema 905).

Há incidência de correção monetária na forma da Lei n. 6.899, de 08/04/1981 e da legislação superveniente, conforme preconizado pelo Manual de Cálculos da Justiça Federal,

consoante os precedentes do C. STF no julgamento do RE n. 870.947 (Tema 810), bem como do C. STJ no julgamento do Recurso *Especial* Repetitivo nº 1.492.221 (Tema 905).

Sucumbente a autarquia, impõe-se a sua condenação no pagamento de honorários advocatícios em 10% sobre o valor da condenação, consoante o disposto no artigo 20, §§ 3º e 4º, do CPC73. Os honorários advocatícios, conforme a Súmula 111 do C. STJ, incidem sobre as parcelas vencidas até a sentença de procedência; porém, tendo em vista que a pretensão do requerente apenas foi deferida nesta sede recursal, a condenação da verba honorária incidirá sobre as parcelas vencidas até a data da presente decisão.

Ante o exposto, *dou provimento* à apelação nos termos da fundamentação.

Anote-se a prioridade concedida.

É o voto.

Juíza Federal Convocada LEILA PAIVA - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0016892-81.2013.4.03.9999

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: SHIRLEY DA SILVA
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA
Disponibilização do Acórdão: DJEN 03/02/2022

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. SENTENÇA *ULTRA PETITA* RESTRINGIDA DE OFÍCIO. RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO URBANO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO.

I- Caracterizada a hipótese de julgado *ultra petita*, deve o Juízo *ad quem* restringir a sentença aos limites do pedido, por força dos arts. 141, 282 e 492 do CPC/2015.

II- Ressente-se do pressuposto de admissibilidade a apelação interposta sem que haja algum proveito prático a ser alcançado, com o que fica afastado o interesse recursal.

III- Para o reconhecimento do tempo de serviço é indispensável a existência de início de prova material, contemporânea à época dos fatos, corroborado por coerente e robusta prova testemunhal.

IV- A Carteira de Trabalho e Previdência Social constitui prova plena do tempo de serviço referente aos vínculos empregatícios ali registrados, porquanto gozam de presunção *iuris tantum* de veracidade, elidida somente por suspeitas objetivas e fundadas acerca das anotações nela exaradas.

V- O fato de o período não constar do Cadastro de Informações Sociais - CNIS não pode impedir o reconhecimento do trabalho prestado pelo segurado como tempo de serviço para fins previdenciários, especialmente quando o lapso vem regularmente registrado em sua CTPS e o INSS não demonstrou que o registro se deu mediante fraude.

VI- No que tange ao recolhimento de contribuições previdenciárias, cumpre ressaltar que tal obrigação compete ao empregador, sendo do Instituto o dever de fiscalização do exato cumprimento da norma. Essas omissões não podem ser alegadas em detrimento do trabalhador que não deve - posto tocar às raíais do disparate - ser penalizado pela inércia alheia.

VII- No presente caso, a CTPS da autora, constando a anotação de vínculo empregatício no supermercado pertencente ao empregador "Genari & Cia Ltda", no período de 2/5/80 a 26/3/81, somado à prova testemunhal (sistema de gravação audiovisual), forma um conjunto hábil ao reconhecimento do tempo de serviço trabalhado pela autora, no período de 3/5/75 a 1º/5/80, sendo que referido período deve ser reconhecido para todos os fins previdenciários.

VIII- Sentença restringida de ofício. Apelação do INSS conhecida em parte e improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Oitava Turma, por unanimidade, decidiu, de ofício, restringir a sentença aos limites do pedido, não conhecer de

parte da apelação do INSS e, na parte conhecida, negar-lhe provimento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA (RELATOR): Trata-se de ação ajuizada em face do INSS - Instituto Nacional do Seguro Social, visando à *concessão da aposentadoria por tempo de contribuição*, mediante o reconhecimento da atividade urbana exercida sem registro em CTPS, no “Supermercado Serve Bem”, a partir dos 12 anos de idade completados em 1975, até a data do registro em sua CTPS promovido pela referida empresa em 2/5/80, bem como do caráter especial do labor exercido nos lapsos de 1º/7/85 a 13/2/87 e de 23/7/97 a 2/7/10.

Foram deferidos à parte autora os benefícios da assistência judiciária gratuita.

O Juízo *a quo* julgou parcialmente procedente o pedido, apenas para reconhecer o labor urbano exercido sem registro em CTPS, no período de 1º/1/75 a 30/6/85, devendo ser procedida a respectiva averbação. Por fim, deixou de fixar os honorários advocatícios, tendo em vista a sucumbência recíproca.

Inconformada, apelou a autarquia, pleiteando a reforma da R. sentença. Subsidiariamente, requer a observância da prescrição quinquenal, bem como a isenção de custas processuais.

Com contrarrazões da parte autora, subiram os autos a esta E. Corte.

É o breve relatório.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA (RELATOR): Inicialmente, da leitura da exordial, verifica-se que o pedido se restringe à concessão da aposentadoria por tempo de contribuição, mediante o reconhecimento da atividade urbana exercida sem registro em CTPS, no “Supermercado Serve Bem”, a partir dos 12 anos de idade completados em 1975, até a data do registro em sua CTPS promovido pela referida empresa em 2/5/80, bem como do caráter especial do labor exercido nos lapsos de 1º/7/85 a 13/2/87 e de 23/7/97 a 2/7/10.

No entanto, a MMª Juíza *a quo* julgou parcialmente procedente o pedido, para reconhecer o labor urbano exercido sem registro em CTPS, no período de 1º/1/75 a 30/6/85.

Conforme dispõe o artigo 141 do Código de Processo Civil/2015, o juiz decidirá a lide nos limites propostos pelas partes. Igualmente, o artigo 492 do mesmo diploma legal trata da correlação entre o pedido e a sentença.

Assim sendo, caracterizada a hipótese de julgado *ultra petita*, a teor do disposto nos artigos 141, 282 e 492 do CPC/2015, declaro a nulidade da sentença em relação ao reconhecimento do labor urbano no interregno não pleiteado na exordial.

Passo, então, à análise da apelação do INSS.

No que tange à apelação do INSS, devo ressaltar, inicialmente, que a mesma será parcialmente conhecida, dada a falta de interesse em recorrer relativamente ao pedido de observância

da prescrição quinquenal, uma vez que não houve a condenação da autarquia ao pagamento de valores em atraso, bem como com relação ao pedido de isenção do pagamento de custas processuais, tendo em que a R. sentença foi proferida nos exatos termos de seu inconformismo. Como ensina o Eminentíssimo Professor Nelson Nery Júnior ao tratar do tema, “*O recorrente deve, portanto, pretender alcançar algum proveito do ponto de vista prático, com a interposição do recurso, sem o que não terá ele interesse em recorrer*” (in *Princípios Fundamentais - Teoria Geral dos Recursos*, 4.^a edição, Revista dos Tribunais, p. 262).

Passo ao exame do recurso, relativamente à parte conhecida.

No que se refere ao *reconhecimento de tempo de serviço*, dispõe o § 3º do artigo 55 da Lei 8.213/91, *in verbis*:

“A comprovação do tempo de serviço para os efeitos desta Lei, inclusive mediante justificação administrativa ou judicial, conforme o disposto no Art. 108, só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no Regulamento.”

Da simples leitura do referido dispositivo legal, bem como da análise da legislação pertinente e da observância da jurisprudência dominante, depreende-se que para o reconhecimento do tempo de serviço é indispensável a existência de início de prova material, contemporânea à época dos fatos, corroborado por coerente e robusta prova testemunhal.

Impende salientar, por oportuno, que a Carteira de Trabalho e Previdência Social constitui prova plena do tempo de serviço referente aos vínculos empregatícios ali registrados, porquanto gozam de presunção *iuris tantum* de veracidade, elidida somente por suspeitas objetivas e fundadas acerca das anotações nela exaradas.

Nesse sentido, transcrevo a jurisprudência, *in verbis*:

“PREVIDENCIÁRIO. RECONHECIMENTO DE ATIVIDADE URBANA. CTPS. FORÇA PROBANTE. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. REQUISITOS NECESSÁRIOS À APOSENTAÇÃO NÃO IMPLEMENTADOS.

- As anotações em CTPS gozam de presunção de veracidade *iuris tantum* devendo o INSS comprovar a ocorrência de eventual irregularidade para desconsiderá-la.

- À mingua de razoável início de prova material, incabível, portanto, o reconhecimento do período de 01/01/1962 a 31/10/1968, para a concessão da aposentadoria.

- O mesmo se dá com parte do período laborado para a empresa Auto Ônibus Manoel Rodrigues, pois, ainda que conste da inicial o período total de 09/04/1981 a 25/01/2005, somente é possível reconhecer o interregno de 09/04/1981 a 31/07/1986, mediante a anotação em CTPS (fls. 11), confrontada com a informação no CNIS (fls. 56).

- Somando-se o tempo de serviço anotado em CTPS aos recolhimentos do autor como contribuinte individual, tem-se a comprovação do labor por tempo insuficiente à concessão do benefício vindicado.

- Apelação improvida.”

(TRF 3ª Região, Apelação Cível nº 0021887-45.2010.4.03.9999, 8ª Turma, Relatora Desembargadora Federal Therezinha Cazerta, j. 17/11/14, v.u., e-DJF3 Judicial 1 28/11/14, grifos meus)

O fato de o período não constar do Cadastro de Informações Sociais - CNIS não pode impedir o reconhecimento do trabalho prestado pelo segurado como tempo de serviço para

fins previdenciários, especialmente quando o lapso vem regularmente registrado em sua CTPS e o INSS não demonstrou que o registro se deu mediante fraude.

No que tange ao *recolhimento de contribuições previdenciárias*, cumpre ressaltar que tal obrigação compete ao empregador, sendo do Instituto o dever de fiscalização do exato cumprimento da norma. Essas omissões não podem ser alegadas em detrimento do trabalhador que não deve - posto tocar às raias do disparate - ser penalizado pela inércia alheia.

Quanto à *aposentadoria por tempo de contribuição*, para os segurados que cumpriram os requisitos anteriormente à vigência da Emenda Constitucional nº 20/98, devem ser observadas as disposições dos artigos 52 e 53, da Lei nº 8.213/91, em atenção ao princípio *tempus regit actum*:

“Art. 52. A aposentadoria por tempo de serviço será devida, cumprida a carência exigida nesta lei, ao segurado que completar 25 (vinte e cinco) anos de serviço, se do sexo feminino, ou 30 (trinta) anos, se do sexo masculino.”

“Art. 53. A aposentadoria por tempo de serviço, observado o disposto na Seção III deste Capítulo, especialmente no art. 33, consistirá numa renda mensal de:

I - para a mulher: 70% do salário-de-benefício aos 25 anos de serviço, mais 6% deste, para cada novo ano completo de atividade, até o máximo de 100% do salário-de-benefício aos 30 anos de serviço;

II - para o homem: 70% do salário-de-benefício aos 30 anos de serviço, mais 6% deste, para cada novo ano completo de atividade, até o máximo de 100% do salário-de-benefício aos 35 anos de serviço.”

Havendo a necessidade de utilização do período posterior à referida Emenda, deverão ser observadas as alterações realizadas pela referida Emenda aos artigos 201 e 202 da Constituição Federal de 1988, que extinguiu a aposentadoria proporcional por tempo de serviço no âmbito do regime geral de previdência social.

Transcrevo o §7º do art. 201 da Carta Magna com a nova redação:

“§ 7º É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições:

I - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de II - sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, reduzido em cinco anos o limite para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal.”contribuição, se mulher;

Por sua vez, o art. 9º de referida Emenda criou uma regra de transição, ao estabelecer:

“Art. 9º - Observado o disposto no art. 4º desta Emenda e ressalvado o direito de opção a aposentadoria pelas normas por ela estabelecidas para o regime geral de previdência social, é assegurado o direito à aposentadoria ao segurado que se tenha filiado ao regime geral de previdência social, até a data de publicação desta Emenda, quando, cumulativamente, atender aos seguintes requisitos:

I - contar com cinquenta e três anos de idade, se homem, e quarenta e oito anos de idade, se mulher; e

II - contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:

a) trinta e cinco anos, se homem, e trinta anos, se mulher; e
b) um período adicional de contribuição equivalente a vinte por cento do tempo que, na data da publicação desta Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior.
§ 1º - O segurado de que trata este artigo, desde que atendido o disposto no inciso I do “caput”, e observado o disposto no art. 4º desta Emenda, pode aposentar-se com valores proporcionais ao tempo de contribuição, quando atendidas as seguintes condições:

I - contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:

a) trinta anos, se homem, e vinte e cinco anos, se mulher; e
b) um período adicional de contribuição equivalente a quarenta por cento do tempo que, na data da publicação desta Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior;

II - o valor da aposentadoria proporcional será equivalente a setenta por cento do valor da aposentadoria a que se refere o “caput”, acrescido de cinco por cento por ano de contribuição que supere a soma a que se refere o inciso anterior, até o limite de cem por cento.

§ 2º - O professor que, até a data da publicação desta Emenda, tenha exercido atividade de magistério e que opte por aposentar-se na forma do disposto no “caput”, terá o tempo de serviço exercido até a publicação desta Emenda contado com o acréscimo de dezessete por cento, se homem, e de vinte por cento, se mulher, desde que se aposente, exclusivamente, com tempo de efetivo exercício de atividade de magistério.”

Contudo, no que tange à aposentadoria integral, cumpre ressaltar que, na redação do Projeto de Emenda à Constituição, o inciso I do §7º do art. 201, da Constituição Federal, associava tempo mínimo de contribuição (35 anos, para homem e 30 anos, para mulher) à idade mínima de 60 anos e 55 anos, respectivamente. Não sendo aprovada a exigência da idade mínima quando da promulgação da Emenda nº 20, a regra de transição para a aposentadoria integral restou inócua, uma vez que, no texto permanente (art. 201, §7º, inc. I), a aposentadoria integral será concedida levando-se em conta somente o tempo de contribuição.

Quadra mencionar que, havendo o cômputo do tempo de serviço posterior a 28/11/99, devem ser observados os dispositivos constantes da Lei nº 9.876/99 no que se refere ao cálculo do valor do benefício, consoante o julgamento realizado, em 10/9/08, pelo Tribunal Pleno do C. Supremo Tribunal Federal, na Repercussão Geral reconhecida no Recurso Extraordinário nº 575.089, de Relatoria do Exmo. Ministro Ricardo Lewandowski.

Tratando-se de segurado inscrito na Previdência Social em momento anterior à Lei nº 8.213/91, o período de *carência* é o previsto na tabela do art. 142 de referido diploma legal.

Passo à análise do caso concreto.

De início, tendo em vista a ausência de recurso interposto pela parte autora, verifico que a questão ainda controversa se restringe ao reconhecimento da atividade urbana exercida sem registro em CTPS, no “Supermercado Serve Bem”, a partir dos 12 anos de idade completados em 1975, até a data do registro em sua CTPS promovido pela referida empresa em 2/5/80.

Relativamente ao reconhecimento de tempo de serviço exercido sem a devida anotação em carteira, a parte autora, nascida em 3/5/63, acostou aos autos sua CTPS, constando a anotação de vínculo empregatício no supermercado pertencente ao empregador “Genari & Cia Ltda”, no período de 2/5/80 a 26/3/81.

Tal documento, somado à prova testemunhal (sistema de gravação audiovisual), forma um conjunto hábil ao reconhecimento do tempo de serviço trabalhado pela autora, no período de 3/5/75 a 1º/5/80, sendo que referido período deve ser reconhecido para todos os fins previdenciários.

De fato, no que tange ao recolhimento de contribuições previdenciárias, cumpre ressaltar que tal obrigação compete ao empregador, sendo do Instituto o dever de fiscalização do exato cumprimento da norma. Essas omissões não podem ser alegadas em detrimento do trabalhador que não deve - posto tocar às raias do disparate - ser penalizado pela inércia alheia.

Com relação ao reconhecimento do trabalho exercido a partir dos 12 (doze) anos de idade, cumpre transcrever os dispositivos da Constituição Federal de 1967 (art. 158, inc. X) e da Emenda Constitucional nº 1 de 1969 (art. 165, inc. X), que tratam da matéria, *in verbis*:

“Art 158 - A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria, de sua condição social:

(...)

X - proibição de trabalho a *menores de doze anos* e de trabalho noturno a menores de dezoito anos, em indústrias insalubres a estes e às mulheres;”

“Art. 165. A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria de sua condição social:

X - proibição de trabalho, em indústrias insalubres, a mulheres e menores de dezoito anos, de trabalho noturno a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a *menores de doze anos*;”

Da leitura dos dispositivos acima transcritos, verifica-se que surgiu a previsão constitucional da atividade laborativa para os *maiores de 12 (doze) anos de idade*, motivo pelo qual, havendo prova do trabalho exercido, deve ser reconhecido o tempo de serviço efetivamente realizado.

Ante o exposto, de ofício, restrinjo a sentença aos limites do pedido, para reconhecer a atividade urbana exercida sem registro em CTPS, apenas no período de 3/5/75 a 1º/5/80, não conheço de parte da apelação do INSS e, na parte conhecida, nego-lhe provimento.

É o meu voto.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

APELAÇÃO CÍVEL

0007059-97.2017.4.03.9999

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: MARIA RODRIGUES DE OLIVEIRA
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL DAVID DANTAS
Disponibilização do Acórdão: DJEN 03/02/2022

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. TEMA 1.013 DO STJ.

I – “No período entre o indeferimento administrativo e a efetiva implantação de auxílio-doença ou de aposentadoria por invalidez, mediante decisão judicial, o segurado do RPPS tem direito ao recebimento conjunto das rendas do trabalho exercido, ainda que incompatível com sua incapacidade laboral, e do respectivo benefício previdenciário pago retroativamente.

II - Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Oitava Turma, por unanimidade, decidiu, em juízo positivo de retratação, nos termos do artigo 1.040, II, do CPC/2015, dar provimento ao recurso da parte autora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

RELATÓRIO

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL DAVID DANTAS:

A parte autora ajuizou a presente ação em 02/12/2011 em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, objetivando concessão de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez.

A r. sentença prolatada em 07/06/2016 (fl. 153) julgou procedente o pedido, determinando ao INSS o pagamento de “aposentadoria por invalidez” à parte autora, desde 14/07/2015 (data da confecção do 2º laudo médico-pericial), com incidência de juros de mora e correção monetária sobre as parcelas atrasadas; estabelecida a verba honorária à razão de 15% sobre a condenação, respeitada a letra da Súmula 111 do C. STJ; isenção das custas e despesas processuais. Remessa oficial não-determinada.

Inconformada, a autarquia interpôs apelação (fls. 156/159), defendendo a reforma do julgado, ante a ausência de comprovação da inaptidão laborativa da parte autora, isso porque haveria mostra de contrato empregatício recente (após a data da DIB determinada em sentença, em 14/07/2015), o que, por si só, afastaria a tese de invalidez; prevalecendo o entendimento da incapacidade, quer a autarquia seja deferido não “aposentadoria por invalidez”, mas sim, “auxílio-doença”, porquanto a segurada seria “reabilitável” para o exercício de outras profissões. Por fim, requer a alteração dos critérios de incidência de juros de mora e correção monetária.

A parte autora recorreu adesivamente (fls. 175/176), pugnando pela fixação do termo inicial da benesse na data do ajuizamento da ação (02/12/2011) ou, ao menos, na data da citação da autarquia (27/02/2012 - fl. 38).

Com contrarrazões (fls. 168/174), subiram os autos a esta E. Corte.

A Oitava Turma deste Tribunal, por unanimidade de votos, deu parcial provimento ao apelo do INSS e deu provimento ao recurso adesivo da parte autora.

Embargos de declaração opostos pelo INSS, os quais foram rejeitados.

A parte segurada interpôs Recurso Especial, cuja tramitação restou sobrestada por determinação da então Vice-Presidente desta Corte (Tema 1.013/STJ).

O INSS interpôs Recurso Extraordinário, cuja tramitação restou sobrestada por determinação da então Vice-Presidente desta Corte (Tema 810/STF).

Os autos retornaram a este gabinete para juízo de retratação, nos termos do artigo 1.040, inciso II, do Código de Processo Civil.

É o relatório.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

VOTO

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL DAVID DANTAS:

Os autos retornaram a este Relator para para verificação da pertinência de proceder-se ao juízo positivo de retratação na espécie, à luz do *Tema 1.013 do STJ*.

Este Magistrado vinha decidindo descaber pagamento das rendas mensais dos benefícios de aposentadoria por invalidez e de auxílio-doença quando comprovado o exercício de atividade laborativa por meio de contribuições vertidas à Previdência, ou no caso do recebimento de outro benefício a ser compensado.

Todavia, passei a adotar entendimento segundo o qual é razoável considerar-se que os aludidos períodos não elidem o direito à percepção do beneplácito por incapacidade,

Tem-se que o REsp n. 1.786.590/SP foi julgado em 24.06.2020 e, por unanimidade, fixada a tese: *“No período entre o indeferimento administrativo e a efetiva implantação de auxílio-doença ou de aposentadoria por invalidez, mediante decisão judicial, o segurado do RPGS tem direito ao recebimento conjunto das rendas do trabalho exercido, ainda que incompatível com sua incapacidade laboral, e do respectivo benefício previdenciário pago retroativamente.”*, tendo sido o acórdão publicado no DJe em 1.7.2020.

Mantida a condenação do INSS a pagar honorários de advogado, cujo percentual majoro em 02% (dois por cento), observada a base de cálculo estabelecida na sentença.

Ante o exposto, em juízo positivo de retratação, nos termos do artigo 1.040, II, do CPC/2015, *dou provimento ao recurso da parte autora* nos termos acima explicitados.

Retornem os autos à Vice Presidência.

É o voto.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
5000750-44.2018.4.03.6117

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - PR/SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS DELGADO
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 18/11/2021

EMENTA

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. BENEFÍCIOS POR INCAPACIDADE. AUXÍLIO-DOENÇA. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. CONCESSÃO ADMINISTRATIVA. REVISÃO PERIÓDICA. NOVEL LEGISLAÇÃO. LEI Nº 13.457/2017. AUSÊNCIA DE INTERESSE SUPERVENIENTE. EXTINÇÃO. BENEFÍCIOS CONCEDIDOS JUDICIALMENTE. REVISÃO. ALTERAÇÃO DO QUADRO FÁTICO QUE ENSEJOU A CONCESSÃO. VERIFICAÇÃO. EXPOSIÇÃO DE FORMA EXPLÍCITA, CLARA E CONGRUENTE. REMESSA NECESSÁRIA E RECURSO DO INSS DESPROVIDOS. SENTENÇA MANTIDA.

1 – A presente Ação Civil Pública se originou do Inquérito Civil autuado sob o nº 1.34.022.000015/2015-71, no âmbito do Ministério Público Federal de Jaú/SP, deflagrado para apurar eventuais irregularidades praticadas pelo INSS, decorrentes de: a) pagamento, por erro, de valores indevidos de benefícios; b) cessação administrativa de benefícios concedidos por ordem judicial, enquanto ainda vigentes seus efeitos (sem trânsito em julgado) ou inalterada a situação fática correspondente; c) omissão sistemática em proceder à revisão periódica dos benefícios por incapacidade concedidos na via administrativa.

2 – No tocante à revisão dos benefícios por incapacidade (auxílio-doença, aposentadoria por invalidez e benefício assistencial) concedidos administrativamente, houve a superveniência da edição da Medida Provisória nº 767/2017, convertida na Lei nº 13.457/2017, que atribuiu nova redação aos artigos 43 e 60 da Lei nº 8.213/91.

3 - Para além disso, a Portaria Conjunta nº 7/INSS/PGF, de 19 de agosto de 2016, estabeleceu procedimentos relacionados à revisão administrativa de benefícios previdenciários por incapacidade, ao passo que a Resolução nº 546/PRES/INSS, de 30 de agosto de 2016, dispôs sobre os procedimentos técnicos referentes ao Programa de Avaliação dos Benefícios por Incapacidade, atos infralegais de natureza eminentemente regulamentar.

4 - A superveniência dos normativos revelou-se, de fato, adequada, e atendeu, ao menos em princípio, o necessário equilíbrio entre a determinação judicial constante do provimento liminar, e a razoabilidade dos meios necessários ao seu implemento.

5 - Destarte, a edição da legislação que instituiu o “Programa de Revisão dos Benefícios por Incapacidade – PRBI”, viabilizando a realização de perícias médicas nos segurados em gozo de benefícios por incapacidade mantidos pelo INSS há mais de dois anos, constitui fato superveniente, capaz de influir no julgamento do mérito, razão pela qual deve ser levado em consideração pelo magistrado, ao prestar a jurisdição de acordo com a situação fática no momento da prolação da sentença, na exata compreensão do disposto no art. 493 do Código de Processo Civil.

6 - Escorreita, portanto, a extinção do feito, em relação ao pedido contido no item “a”, em decorrência da ausência superveniente de interesse processual, na modalidade utilidade, tal e qual consignado pela r. sentença de primeiro grau de jurisdição.

7 – Em relação aos mesmos benefícios por incapacidade, desta feita concedidos judicialmente, consigne-se que, a despeito da edição de normativo administrativo acerca da questão (Portaria Conjunta INSS/PGF nº 4/2014), as diligências efetivadas durante a tramitação do Inquérito Civil revelaram que o INSS não vem cumprindo com as atribuições que, como se vê, a própria legislação determina.

8 - Em relação aos benefícios assistenciais previstos na Lei nº 8.742/93, a situação revela-se ainda mais crítica, na medida em que, consoante manifestação preliminar, o INSS, em capítulo intitulado “DA REALIDADE DOS FATOS”, pretende esquivar-se do ônus revisional, ao fundamento de que o benefício assistencial é de competência da União, *“sendo que o INSS é apenas responsável pela execução e manutenção, não havendo previsão legal para que responda pela revisão deste benefício”*.

9 - E mais. Argumenta ser *“totalmente temerário incluir os benefícios assistenciais com obrigação de revisá-los, sejam os concedidos administrativamente, sejam os judiciais”*, até que a União Federal, através do Ministério de Desenvolvimento Social, promova a adequação das regras legislativas de concessão e manutenção, aos critérios definidos pelo STF em relação à aferição da situação de miserabilidade.

10 - Assim, a intenção deliberada concorre com a patente incapacidade autárquica de viabilizar, operacionalmente, a consecução dos procedimentos administrativos tendentes à revisão dos benefícios no prazo estipulado pela legislação, sejam eles concedidos em sede administrativa ou judicial, conforme reconhecido pela Gerência Executiva, em tom absolutamente confessional.

11 - Daí que exsurge, de forma inequívoca, o interesse processual do Ministério Público Federal no ajuizamento da presente Ação Civil Pública, sobretudo no que tange à conduta omissiva da Autarquia Previdenciária em relação ao procedimento de revisão dos benefícios por incapacidade concedidos judicialmente.

12 – Em sua peça defensiva, o ente previdenciário invoca os princípios da discricionariedade administrativa e separação dos poderes, como justificativa na alocação de recursos para determinadas áreas, em detrimento de outras. No particular, consigne-se ser demasiadamente cômoda a ideia de se perpetuar o atual estado de coisas, sob o pálido argumento da tripartição de funções estatais, aliada à necessidade de respeito ao espaço de manejo conferida pela discricionariedade administrativa. Fosse assim, não poderia o Poder Judiciário combater eventuais e hipotéticas ilegalidades ou arbitrariedades adotadas no seio da Administração Pública.

13 - Aliás, a clássica tripartição do exercício dessas funções estatais – legislativa, administrativa e jurisdicional – vem se demonstrando insuficiente ao atingimento da sua finalidade social, eis que o Executivo, cada vez mais, não consegue levar a efeito as necessárias políticas públicas a que está constitucionalmente obrigado, o Legislativo, ora refém, ora algoz do primeiro, legisla mal e em desfavor de seus representados, e o Judiciário, diante da babilônia do sistema e do enorme abismo existente entre as obrigações estatais e a cruel realidade fática, afigura-se impotente para solucionar os conflitos coletivos surgidos em sociedade, e acaba funcionando apenas como órgão de repressão daquelas condutas identificadas pelo próprio Estado como ameaçadoras de seu *status quo*.

14 - As demandas e realidade social hodiernas exigem do Poder Judiciário que sopesse, na solução dos conflitos coletivos originados pelo próprio Estado, os prejuízos causados

à sociedade, a necessidade de fazer com que a Administração cumpra minimamente as suas obrigações sociais e a razoabilidade das medidas e sanções que serão impostas para forçá-la a retornar ao eixo da legalidade.

15 - Em se tratando de benefício previdenciário por incapacidade, ou mesmo de benefício assistencial devido ao idoso ou deficiente portador de impedimento de longo prazo, o julgado exarado se reveste de característica *rebus sic stantibus*, ou seja, mantém-se íntegro enquanto perdurarem as condições aferidas ao tempo da sua prolação. A revisão periódica destas condições, inclusive, é obrigação imputada à autarquia por disposição legal, razões pelas quais não necessita de autorização do Poder Judiciário para cumprir aquilo que a própria lei lhe determina.

16 - Determinada a implantação do benefício por ordem judicial, resta evidente não competir à autarquia a revisão daquela situação, sem que haja alteração da situação fática constatada em juízo, sob pena de completa subversão do sistema e de indevida invasão administrativa no juízo de valor realizado na seara jurisdicional. E, para que não reste caracterizada tal violação, essencial se afigura a necessidade de explicitação das razões que levaram à Administração a concluir pela possibilidade dessa revisão, sem violação da ordem emitida pelo órgão constitucionalmente encarregado de pacificar e solucionar os conflitos surgidos em sociedade.

17 - Em princípio, inclusive, cada suposta violação dessas deveria ser informada e combatida em cada um dos processos nos quais a autarquia estivesse descumprindo as determinações judiciais, quando revisa os benefícios cuja implantação lhe foi comandada, segundo seus próprios e específicos critérios e sem demonstrar e respeitar as alterações fáticas necessárias a lhe autorizar a assim proceder.

18 - Tudo somado, verifica-se que, do próprio teor de suas razões, o INSS deixou claro seu proceder, razão pela qual, em vista da antijuricidade de sua conduta, o comando emanado da r. sentença de primeiro grau, neste aspecto, é providência que se justifica e que há de ser mantida.

19 – Isenção de custas processuais (art. 4º, III, da Lei nº 9.289/96). Sem condenação em verba honorária.

20 – Remessa necessária e recurso de apelação interposto pelo INSS desprovidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sétima Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento à remessa necessária e ao recurso de apelação interposto pelo INSS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal CARLOS DELGADO - Relator

RELATÓRIO

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS DELGADO (RELATOR):

Vistos, em Autoinspeção.

Trata-se de Ação Civil Pública ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS, perante o Juízo Federal da 1ª Vara

da Subseção Judiciária de Jaú, objetivando a condenação da Autarquia Previdenciária, na área de atuação da Gerência Executiva de Bauru/SP, às seguintes providências, *em sede liminar*:

a) realizar, de ofício, a revisão periódica dos benefícios previdenciários por incapacidade (especialmente aposentadoria por invalidez) e de benefícios de prestação continuada previstos na LOAS, concedidos administrativamente, nos prazos e formas estabelecidos pela legislação (art. 71 da Lei nº 8.212/91, art. 101 da Lei nº 8.213/91, art. 46, parágrafo único, do Regulamento da Previdência Social, art. 21 da Lei nº 8.742/93, art. 42 do Regulamento do Benefício de Prestação Continuada e art. 53 da Lei nº 9.784/99), apresentando cronograma detalhado das etapas e providências administrativas que serão adotadas para operacionalização desse fim;

b) nos procedimentos relacionados à revisão administrativa de benefícios por incapacidade e de benefícios de prestação continuada implantados/reactivados por força judicial: 1) atentar para a efetiva alteração do quadro fático e/ou jurídico sobre os quais se estabeleceu o juízo acerca do preenchimento, ainda que provisório, dos pressupostos necessários à concessão/reimplantação do respectivo benefício, observando-se rigorosamente as disposições da Portaria Conjunta INSS/PGF 4/2014 (especialmente, os arts. 9º, *caput* e §2º, 11, IV, 13 e 14, *caput* I e parágrafo único, I e II); nos casos em que houver a cessação do benefício concedido judicialmente, 2) expor de forma explícita, clara e congruente, nos laudos médicos periciais, nos pareceres sociais e/ou, ainda, nos fundamentos do ato decisório, os motivos que sobrevieram e que alteram concretamente a situação de fato e/ou de direito ensejadora da concessão judicial (Lei nº 9.784/99, art. 50), ainda que tenha havido o trânsito em julgado da sentença; e, nessa mesma linha, para se evitar o esvaziamento do comando judicial retro 3) caso a cessação do benefício decorra das conclusões do novo laudo médico do INSS, diversas do laudo judicial, que aquele expressamente consigne qual foi a situação apta a evidenciar a cessação ou atenuação da incapacidade, de sorte a indicar as razões pelas quais as conclusões do perito judicial e da sentença não mais prevalecem;

c) cominação de multa diária equivalente a R\$15.000,00 (quinze mil reais), para o caso de inobservância das obrigações citadas, cujo montante deverá ser destinado ao Fundo Estadual de Reparação dos Interesses Difusos Lesados (art. 13 da Lei nº 7.347/85).

Em mérito, pugna pela procedência da ação, tornando definitiva a liminar pleiteada.

Atribuiu à causa o valor de R\$15.000,00 (quinze mil reais).

Deferida, integralmente, a tutela provisória, nos moldes em que requerida pelo autor, concedendo ao INSS o prazo de 60 (sessenta) dias para apresentar cronograma e dar início aos trabalhos revisionais, sob pena de multa diária fixada em R\$5.000,00 (cinco mil reais), conforme ID 7284225 – p. 75/102.

Apresentada emenda à petição inicial, por meio da qual o Ministério Público pleiteia a condenação do ente autárquico a proceder, de ofício, a revisão periódica de benefícios de prestação continuada previsto no LOAS concedidos judicialmente, na forma e nos prazos estabelecidos em legislação, apresentando cronograma detalhado das etapas e providências administrativas que serão adotadas para operacionalização igualmente desse fim.

O aditamento fora acolhido, com a respectiva extensão dos efeitos da tutela antecipada concedida (ID 7284225 – p. 113).

Devidamente citado, o INSS ofereceu contestação (ID 7284225 – p. 116/144).

Noticiado o Juízo de origem acerca da interposição, pelo INSS, de Agravo de Instrumento contra a decisão antecipatória da tutela (ID 7284225 – p. 148). No bojo daquele recurso, houve o deferimento parcial do efeito suspensivo, tão somente para suspender os efeitos das

determinações constantes do item “a” do dispositivo, bem como da imposição da multa diária (ID 7284226 – p. 6/9).

A r. sentença de ID 7284227 – p. 76/112, proferida em 27 de abril de 2018, declarou parcialmente extinto o processo, sem resolução de mérito (art. 485, VI, CPC) no que tange ao pedido contido na letra “a” e julgou procedentes os pedidos remanescentes (art. 487, I, CPC), ratificando integralmente as decisões liminares anteriormente proferidas. Houve a revogação parcial da tutela provisória concedida em relação ao item “a”. Sem reembolso de custas processuais, em razão da isenção de que usufrui o autor da ação. Não houve condenação no pagamento de honorários advocatícios. Sentença submetida ao reexame necessário.

Em apelação de ID 7284227 – p. 117/123, defende o INSS o reconhecimento da ausência de interesse processual, em relação à determinação de revisão dos benefícios por incapacidade concedidos na via judicial, tendo em vista que, desde 2014, existe norma administrativa (Portaria Conjunta INSS/PGF nº 4/2014, alterada pela Portaria Conjunta INSS/PGF nº 1, de 12/01/2017) que disciplina todo o procedimento de revisão administrativa dos benefícios concedidos/reativados judicialmente. Alega, no ponto, ser inócua a manutenção da procedência do pedido, uma vez que se refere a uma providência que já faz parte da rotina de trabalho de seus peritos médicos, e que eventual descumprimento da norma por parte de um ou outro servidor, se caracterizaria como situação isolada, passível de controle individual em cada caso.

O Ministério Público Federal ofereceu contrarrazões em ID 7284227 – p. 126/128.

Devidamente processado o recurso, foram os autos remetidos a este Tribunal Regional Federal.

Decisão de admissibilidade recursal proferida em ID 126640070.

Parecer do Ministério Público Federal (ID 130898829), no sentido do desprovemento do recurso autárquico.

É o relatório.

Desembargador Federal CARLOS DELGADO - Relator

VOTO

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS DELGADO (RELATOR):

Inicialmente, consigno serem incontroversas as questões relativas à competência da Justiça Federal para o processamento da presente demanda, legitimidade ativa do Ministério Público Federal e abrangência territorial, esta última limitada aos municípios compreendidos na circunscrição da Gerência Executiva do INSS em Bauru.

No mais, considerada a inexistência de matéria preliminar, avanço ao *meritum causae*.

Verifico que a presente Ação Civil Pública se originou do Inquérito Civil autuado sob o nº 1.34.022.000015/2015-71, no âmbito do Ministério Público Federal de Jaú/SP, deflagrado para apurar eventuais irregularidades praticadas pelo INSS, decorrentes de:

- a) pagamento, por erro, de valores indevidos de benefícios;
- b) cessação administrativa de benefícios concedidos por ordem judicial, enquanto ainda vigentes seus efeitos (sem trânsito em julgado) ou inalterada a situação fática correspondente;
- c) omissão sistemática em proceder à revisão periódica dos benefícios por incapacidade concedidos na via administrativa.

O procedimento culminou com a edição, pela Procuradoria da República no Município de Jaú, da “*Recomendação nº 10/2015*”, de 1º de dezembro de 2015, por meio da qual:

“*RECOMENDA-SE*, portanto, com fundamento no artigo 6º, XX, da Lei Complementar nº 75/93, ao *Gerente Executivo do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, em Bauru*, que adote, no âmbito de atribuição desta Procuradoria da República em Jaú/SP, que compreende os municípios de Bariri, Barra Bonita, Bocaina, Dois Córregos, Igaracu do Tietê, Itaju, Itapuá, Jaú, Mineiros do Tietê e Torrinha, *as providências necessárias para que a Autarquia Federal proceda, de ofício, a revisão dos benefícios de aposentadoria por invalidez e de prestação continuada concedidos administrativamente, na forma e nos prazos previstos no artigo 46, parágrafo único, do Decreto nº 3.048/99 e art. 21 da Lei nº 8.742/93.*

Na forma do art. 6º, XX, da Lei Complementar nº 75/93, fixa-se o prazo de *30 (trinta) dias*, a contar do recebimento, para que seja informado a aceitação da presente recomendação, bem como as medidas adotadas a lhe dar cumprimento. A ausência de resposta nesse prazo será interpretada como negativa do acatamento da recomendação” (ID 7285449 – p. 11/14).

O pedido contido nesta demanda subdivide-se em dois aspectos, a saber:

a) realizar, de ofício, a revisão periódica dos benefícios previdenciários por incapacidade (especialmente aposentadoria por invalidez) e de benefícios de prestação continuada previstos na LOAS, *concedidos administrativamente*, nos prazos e formas estabelecidos pela legislação.

b) realizar a revisão administrativa dos benefícios previdenciários por incapacidade e assistenciais, *concedidos em sede judicial*, atentando para a efetiva alteração do quadro fático e/ou jurídico sobre os quais se estabeleceu o juízo acerca do preenchimento, ainda que provisório, dos pressupostos necessários à concessão/reimplantação do respectivo benefício, observando-se rigorosamente as disposições da Portaria Conjunta INSS/PGF 4/2014 (especialmente, os arts. 9º, *caput* e §2º, 11, IV, 13 e 14, *caput* I e parágrafo único, I e II); nos casos em que houver a cessação do benefício concedido judicialmente, expor de forma explícita, clara e congruente, nos laudos médicos periciais, nos pareceres sociais e/ou, ainda, nos fundamentos do ato decisório, os motivos que sobrevieram e que alteram concretamente a situação de fato e/ou de direito ensejadora da concessão judicial (Lei nº 9.784/99, art. 50), ainda que tenha havido o trânsito em julgado da sentença; e, nessa mesma linha, para se evitar o esvaziamento do comando judicial retro, caso a cessação do benefício decorra das conclusões do novo laudo médico do INSS, diversas do laudo judicial, que aquele expressamente consigne qual foi a situação apta a evidenciar a cessação ou atenuação da incapacidade, de sorte a indicar as razões pelas quais as conclusões do perito judicial e da sentença não mais prevalecem.

No tocante à pretensão relativa à letra “a”, a r. sentença de primeiro grau de jurisdição, no ponto irrecorrida, extinguiu parcialmente o processo, sem análise do mérito (art. 485, VI, CPC/15), considerada a superveniência da edição da Medida Provisória nº 767/2017, convertida na Lei nº 13.457/2017 que, ao atribuir nova redação aos artigos 43 e 60 da Lei nº 8.213/91, assim dispôs:

“Art. 43:

§ 4º: O segurado aposentado por invalidez poderá ser convocado a qualquer momento para avaliação das condições que ensejaram o afastamento ou a aposentadoria, concedida judicial ou administrativamente, observado o disposto no art. 101 desta Lei”.

“Art. 60:

§ 8º: Sempre que possível, o ato de concessão ou de reativação de auxílio-doença, judicial ou administrativo, deverá fixar o prazo estimado para a duração do benefício.

§ 9º: Na ausência de fixação do prazo de que trata o § 8º deste artigo, o benefício cessará após o prazo de cento e vinte dias, contado da data de concessão ou de reativação do auxílio-doença, exceto se o segurado requerer a sua prorrogação perante o INSS, na forma do regulamento, observado o disposto no art. 62 desta Lei.

§ 10: O segurado em gozo de auxílio-doença, concedido judicial ou administrativamente, poderá ser convocado a qualquer momento para avaliação das condições que ensejaram sua concessão ou manutenção, observado o disposto no art. 101 desta Lei”.

Para além disso, a Portaria Conjunta nº 7/INSS/PGF, de 19 de agosto de 2016, estabeleceu procedimentos relacionados à revisão administrativa de benefícios previdenciários por incapacidade, ao passo que a Resolução nº 546/PRES/INSS, de 30 de agosto de 2016, dispôs sobre os procedimentos técnicos referentes ao Programa de Avaliação dos Benefícios por Incapacidade, atos infralegais de natureza eminentemente regulamentar.

A superveniência dos normativos revelou-se, de fato, adequada, e atendeu, ao menos em princípio, o necessário equilíbrio entre a determinação judicial constante do provimento liminar, e a razoabilidade dos meios necessários ao seu implemento.

Isso porque, em resposta à Recomendação nº 10/2015, já referenciada, a Gerência Executiva de Bauru noticiou, em 09 de dezembro de 2015, a impossibilidade de seu atendimento, situação que ensejou, inclusive, a propositura da presente ação. Confira-se o excerto:

“Quanto à recomendação 10/2015, é atribuição dessa SST informar que não é possível o atendimento da mesma por insuficiência de peritos para realizar tal tarefa. Assim, existem duas possibilidades: (1) realocar os peritos para realização dessa tarefa, em prejuízo dos requerentes que aguardam perícias iniciais (PI), e/ou (2) credenciamento/contratação de peritos para realização das revisões judiciais ou das PI” (ID 7285449 – p. 20).

Destarte, a edição da legislação que instituiu o “Programa de Revisão dos Benefícios por Incapacidade – PRBI”, viabilizando a realização de perícias médicas nos segurados em gozo de benefícios por incapacidade mantidos pelo INSS há mais de dois anos, *constitui fato superveniente*, capaz de influir no julgamento do mérito, razão pela qual deve ser levado em consideração pelo magistrado, ao prestar a jurisdição de acordo com a situação fática no momento da prolação da sentença, na exata compreensão do disposto no art. 493 do Código de Processo Civil.

Escorreita, portanto, a extinção parcial do feito, em relação ao pedido contido no item “a”, em decorrência da ausência superveniente de interesse processual, na modalidade utilidade, tal e qual consignado pela r. sentença de primeiro grau de jurisdição.

Controvertem as partes, no entanto, acerca do pedido inserido no item “b” da exordial, cujo decreto de procedência – que deu azo à interposição do apelo por parte do ente previdenciário – se encontra assim redigido:

“na hipótese de benefícios concedidos na via judicial:

b.1) atente para a efetiva alteração do quadro fático sobre o qual se assentou o juízo acerca do preenchimento, ainda que provisório, dos requisitos necessários ao deferimento da prestação previdenciária ou assistencial, observando-se as disposições da Portaria Conjunta INSS/PGF nº 4/2014;

b.2) exponha - de forma explícita, clara e congruente - nos laudos médicos periciais, nos pareceres sociais e/ou ainda nos fundamentos do ato decisório, os motivos supervenientes que alteraram concretamente a situação de fato e/ou de direito ensejadora da concessão

judicial, ainda que tenha havido trânsito em julgado da sentença; b.3) caso a cessação do benefício decorra das conclusões do novo laudo médico do INSS, diversas do laudo judicial, consigne qual foi a situação apta a evidenciar a cessação ou atenuação da incapacidade, de sorte a indicar as razões pelas quais as conclusões do perito judicial e da sentença não mais prevalecem”.

No ponto, o Instituto Autárquico alega a ausência de interesse processual do órgão ministerial, tendo em vista a existência, desde 2014, de norma administrativa que disciplina todo o procedimento de revisão dos benefícios concedidos judicialmente.

O argumento, contudo, não prospera.

A despeito da edição de normativo administrativo acerca da questão (Portaria Conjunta INSS/PGF nº 4/2014), as diligências efetivadas durante a tramitação do Inquérito Civil revelaram que o INSS não vem cumprindo com as atribuições que, como se vê, a própria legislação determina.

Em resposta ao Ofício nº 495/2015/PRM/JAÚ/SP, a Gerência Executiva de Bauru, ao tempo em que informa a existência de referido normativo interno (Portaria Conjunta nº 4/2014), consigna, de maneira peremptória, *com destaques meus*:

“Não existe norma que adote um fluxo que regule a revisão bienal das aposentadorias por invalidez, prevista no Decreto nº 3048/1999, art. 46, parágrafo único (...).

Mesmo a Instrução Normativa PRES/INSS nº 77/2015, em seu art. 222, apenas cita a revisão bienal, sem remeter a qualquer orientação operacional.

(...)

Realizamos pesquisas buscando levantar como eram feitas essas perícias no passado, na Gerência Bauru. Descobrimos que foram abandonadas, progressivamente, com o esvaziamento do quadro pericial próprio do INSS, que aconteceu, no seu auge, no final dos anos 1990 e início dos anos 2000.

Hoje, essas revisões de aposentadoria por invalidez, não concedidas pela via judicial, na GEX Bauru são poucas e não são prioridades, visto que o número de servidores peritos médicos e administrativos é insuficiente para a revisão das aposentadorias por invalidez concedidas de uma forma geral. Por questão de gestão, optamos pela realização das Revisões Administrativas dos benefícios concedidos pela via judicial, uma vez que esses benefícios não foram chancelados pelas vias administrativas do INSS.

Ademais, nossos sistemas carecem de melhorias para conseguirmos extrair informações como essas, que não é comum em nossa rotina.

Portanto, acreditamos que essas Revisões sejam Administrativas e, tendo em vista outras prioridades em nossa Gerência Executiva, entendemos que essas revisões possam ser minimizadas ou até mesmo sobrestadas, até que consigamos um efetivo de servidores suficiente para executarem tal atividade, bem como, até que o contingenciamento dos recursos orçamentários possam ser restabelecidos” (ID 7285449 – p. 5/8).

Em relação aos *benefícios assistenciais* previstos na Lei nº 8.742/93, a situação revela-se ainda mais crítica.

Em manifestação preliminar nos autos (ID 7284225 – p. 47/55), o INSS, em capítulo intitulado “DA REALIDADE DOS FATOS”, pretende esquivar-se do ônus revisional, ao fundamento de que o benefício assistencial é de competência da União, “*sendo que o INSS é apenas responsável pela execução e manutenção, não havendo previsão legal para que responda pela revisão deste benefício*”.

E mais. Argumenta ser “*totalmente temerário incluir os benefícios assistenciais com obrigação de revisá-los, sejam os concedidos administrativamente, sejam os judiciais*”, até que a União Federal, através do Ministério de Desenvolvimento Social, promova a adequação das regras legislativas de concessão e manutenção, aos critérios definidos pelo STF em relação à aferição da situação de miserabilidade.

Assim, a intenção deliberada concorre com a patente incapacidade autárquica de viabilizar, operacionalmente, a consecução dos procedimentos administrativos tendentes à revisão dos benefícios no prazo estipulado pela legislação, sejam eles concedidos em sede administrativa ou judicial, conforme reconhecido pela Gerência Executiva, em tom absolutamente confessional.

Daí que exsurge, a meu sentir e de forma inequívoca, o interesse processual do Ministério Público Federal no ajuizamento da presente Ação Civil Pública, sobretudo no que tange à conduta omissiva da Autarquia Previdenciária em relação ao procedimento de revisão dos benefícios por incapacidade concedidos judicialmente.

Observe, ainda, que, em sua peça defensiva, o ente previdenciário invoca os princípios da discricionariedade administrativa e separação dos poderes, como justificativa na alocação de recursos para determinadas áreas, em detrimento de outras.

No particular, consigno que ser demasiadamente cômoda a ideia de se perpetuar o atual estado de coisas, sob o pálido argumento da tripartição de funções estatais, aliada à necessidade de respeito ao espaço de manejo conferida pela discricionariedade administrativa. Fosse assim, não poderia o Poder Judiciário combater eventuais e hipotéticas ilegalidades ou arbitrariedades adotadas no seio da Administração Pública.

Aliás, a clássica tripartição do exercício dessas funções estatais – *legislativa, administrativa e jurisdicional* – vem se demonstrando insuficiente ao atingimento da sua finalidade social, eis que o Executivo, cada vez mais, não consegue levar a efeito as necessárias políticas públicas a que está constitucionalmente obrigado, o Legislativo, ora refém, ora algoz do primeiro, legisla mal e em desfavor de seus representados, e o Judiciário, diante da babilônia do sistema e do enorme abismo existente entre as obrigações estatais e a cruel realidade fática, afigura-se impotente para solucionar os conflitos coletivos surgidos em sociedade, e acaba funcionando apenas como órgão de repressão daquelas condutas identificadas pelo próprio Estado como ameaçadoras de seu *status quo*.

As demandas e realidade social hodiernas exigem do Poder Judiciário que sopesse, na solução dos conflitos coletivos originados pelo próprio Estado, os prejuízos causados à sociedade, a necessidade de fazer com que a Administração cumpra minimamente as suas obrigações sociais e a razoabilidade das medidas e sanções que serão impostas para forçá-la a retornar ao eixo da legalidade.

Dito isso, sigo convicto de que, em se tratando de benefício previdenciário por incapacidade, ou mesmo de benefício assistencial devido ao idoso ou deficiente portador de impedimento de longo prazo, o julgado exarado se reveste de característica *rebus sic stantibus*, ou seja, mantém-se íntegro enquanto perdurarem as condições aferidas ao tempo da sua prolação. A revisão periódica destas condições, inclusive, é obrigação imputada à autarquia por disposição legal, razões pelas quais não necessita de autorização do Poder Judiciário para cumprir aquilo que a própria lei lhe determina.

Refiro-me, especificamente, aos seguintes diplomas legais:

Lei nº 8.212/91 (Lei de Custeio da Previdência Social):

“Art. 70: Os beneficiários da Previdência Social, aposentados por invalidez, ficam obrigados, sob pena de sustação do pagamento do benefício, a submeterem-se a exames médico-periciais,

estabelecidos na forma do regulamento, que definirá sua periodicidade e os mecanismos de fiscalização e auditoria”.

Lei nº 8.213/91 (Lei de Benefícios da Previdência Social):

“Art. 101: O segurado em gozo de auxílio-doença, aposentadoria por invalidez e o pensionista inválido estão obrigados, sob pena de suspensão do benefício, a submeter-se a exame médico a cargo da Previdência Social, processo de reabilitação profissional por ela prescrito e custeado, e tratamento dispensado gratuitamente, exceto o cirúrgico e a transfusão de sangue, que são facultativos”.

Decreto nº 3.048/99 (Regulamento da Previdência Social):

“Art. 46: O segurado aposentado por incapacidade permanente poderá ser convocado a qualquer momento para avaliação das condições que ensejaram o afastamento ou a aposentadoria, concedida judicial ou administrativamente, sem prejuízo do disposto no § 1º e sob pena de suspensão do benefício”.

“Art. 77: O segurado em gozo de auxílio por incapacidade temporária concedido judicial ou administrativamente está obrigado, independentemente de sua idade e sob pena de suspensão do benefício, a submeter-se a exame médico a cargo da Perícia Médica Federal, processo de reabilitação profissional a cargo do INSS e tratamento dispensado gratuitamente, exceto o cirúrgico e a transfusão de sangue, que são facultativos”.

“Art. 77-A: O segurado em gozo de auxílio por incapacidade temporária concedido judicial ou administrativamente poderá ser convocado a qualquer tempo para avaliação das condições que ensejaram sua concessão ou manutenção”.

E, no que diz com o benefício assistencial de prestação continuada:

Lei nº 8.742/93 (Lei da Assistência Social):

“Art. 21: O benefício de prestação continuada deve ser revisto a cada 2 (dois) anos para avaliação da continuidade das condições que lhe deram origem”.

Decreto nº 6.214/07 (Regulamento do benefício assistencial de prestação continuada):

“Art. 42: O Benefício de Prestação Continuada deverá ser revisto a cada dois anos, para avaliação da continuidade das condições que lhe deram origem, conforme dispõe o art. 21 da Lei nº 8.742, de 1993, passando o processo de reavaliação a integrar o Programa Nacional de Monitoramento e Avaliação do Benefício de Prestação Continuada”.

Assim, determinada a implantação do benefício por ordem judicial, resta evidente não competir à autarquia a revisão daquela situação, sem que haja alteração da situação fática constatada em juízo, sob pena de completa subversão do sistema e de indevida invasão administrativa no juízo de valor realizado na seara jurisdicional. E, para que não reste caracterizada tal violação, essencial se afigura a necessidade de explicitação das razões que levaram à Administração a concluir pela possibilidade dessa revisão, sem violação da ordem emitida pelo órgão constitucionalmente encarregado de pacificar e solucionar os conflitos surgidos em sociedade.

Em princípio, inclusive, cada suposta violação dessas deveria ser informada e combatida em cada um dos processos nos quais a autarquia estivesse descumprindo as determinações judiciais, quando revisa os benefícios cuja implantação lhe foi comandada, segundo seus próprios e específicos critérios e sem demonstrar e respeitar as alterações fáticas necessárias a lhe autorizar a assim proceder.

Por oportuno, e pela clareza da fundamentação, transcrevo excerto da sentença, no ponto:

“No caso de benefícios resultantes de provimentos jurisdicionais, observam-se os ditames da Portaria Conjunta INSS/PGF nº 4/2014, transcrita na petição inicial do Ministério Público Federal e na manifestação preliminar do Instituto Nacional do Seguro Social.

E disso não advém nenhuma lesão à autoridade da coisa julgada, pois, segundo doutrina e jurisprudência sedimentadas, as supramencionadas prestações pecuniárias da seguridade social submetem-se à cláusula rebus sic stantibus, de modo que, alterado o suporte fático autorizador da cobertura social, desaparece a tríplice identidade que inicialmente justificou a imutabilidade do preceito sentencial” (ID 7284225 – p. 92).

Especificamente no que diz com a verificação da alteração da situação fática que ensejou a concessão judicial de benefício por incapacidade, de natureza previdenciária ou assistencial, o Juízo de origem bem enfrentou a questão:

“Além de se limitar à revisão dos benefícios previdenciários concedidos na via judicial, não raro agrava ilegitimamente a situação do beneficiário da seguridade social mediante a repristinação da perícia administrativa, superada pelo laudo judicial.

Em outras palavras, em vez de partir da situação fática consolidada em juízo ao tempo da perícia médica ou do estudo social para, a partir daí, aferir a melhora ou o agravamento do quadro incapacitante, indicativo de deficiência ou então revelador de miserabilidade, a autarquia ré simplesmente faz nova análise do caso concreto segundo suas próprias balizas” (idem, p. 94).

O Ministério Público Federal neste 2º grau de jurisdição, assim se pronunciou:

“Nesses termos, os procedimentos de revisão administrativa para verificação da manutenção da situação fática e jurídica devem ocorrer, por determinação legal, porém, o que se comprovou no presente caso é que o INSS não se atentava para a efetiva alteração do quadro fático/jurídico que ensejou a concessão judicial do benefício, tampouco motivava de forma explícita, clara e congruente o ato de cessação desse benefício.

Vale dizer, foi necessário o ajuizamento da presente ação para salvaguardar os interesses dos beneficiários na manutenção dos benefícios nas hipóteses em que a situação fática/jurídica que ensejou sua concessão judicial perdura.

E nisso reside o interesse de agir no julgamento de mérito da questão.

Vê-se que a mera existência de ato normativo administrativo, qual seja a Portaria Conjunta INSS/PGF n. 4/2014, não foi suficiente para fazer a autarquia cumprir as determinações a que se acha vinculada.

Aliás, na inicial desta ação, o Ministério Público Federal fez menção expressa acerca da normativa invocada pelo INSS, conforme segue:

Consoante se depreende a partir de uma leitura rápida dos dispositivos acima listados, o que se busca, na presente sede, não é nada mais que, em último grau, dar efetividade integral às normatizações da Portaria Conjunta INSS/PGFn. 4/2014, a fim de que os títulos judiciais não sejam submetidos, no plano administrativo, a ataques ilegítimos por parte da Autarquia Previdenciária, com sensível impacto na previsibilidade e estabilidade por que devem se pautar as relações sociais. (grifos do texto) (Id. 7284225 – p. 35)

O provimento jurisdicional, portanto, continua sendo imprescindível para que se obrigue a Autarquia atuar de forma efetiva, respeitando as normas administrativas a que se acha vinculada, de forma a verificar a existência de efetiva alteração da situação fática que ensejou a concessão judicial dos benefícios, e nos casos de cessação do benefício concedido judicialmente, expor de maneira explícita, clara e congruente os motivos que sobrevieram e alteraram a situação de fato ou de direito que ensejou a concessão do benefício”.

Tudo somado, verifico que, do próprio teor de suas razões, o INSS deixou claro seu proceder, razão pela qual, em vista da antijuricidade de sua conduta, o comando emanado da r. sentença de primeiro grau, neste aspecto, é providência que se justifica e que há de ser mantida.

No tocante às custas processuais, o órgão do *parquet* federal delas está isento, conforme previsão do art. 4º, III, da Lei nº 9.289/96.

Sem condenação em verba honorária, na forma fundamentada pelo *decisum*.

Ante o exposto, *nego provimento* ao reexame necessário e ao recurso de apelação interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, mantendo hígida a r. sentença proferida em primeiro grau de jurisdição.

É como voto.

Desembargador Federal CARLOS DELGADO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL

5009108-24.2019.4.03.6000

Apelante: HATSUE MIYAHIRA

Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELSON PORFÍRIO

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 03/02/2022

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PENSÃO MILITAR. APOSENTADORIA POR IDADE. VEDAÇÃO À CUMULAÇÃO COM MAIS DE UM BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. LEI N. 3.765/60. DESISTÊNCIA. DECRETO N. 3.048/99. POSSIBILIDADE.

1. No presente caso, a parte impetrante é titular de pensão militar (NB 982768117), pensão de ex-combatente (NB 1446430364) e aposentadoria por idade (NB 0825578400). No que tange à acumulação da pensão militar com benefício previdenciário, consta expressamente do art. 29 da Lei nº 3.765/1960, com a redação dada pela Medida Provisória n. 2.215-10/2001.

2. De acordo com o disposto no artigo 181-B do Decreto n. 3.048/99 (na redação dada pelo Decreto nº 10.410, de 2020), as aposentadorias concedidas pela previdência social são irreversíveis e irrenunciáveis.

3. O Tribunal Pleno do C. STF, em Sessão Extraordinária realizada em 06/02/2020, por maioria, deu parcial provimento aos embargos de declaração, a fim de assentar a irrepetibilidade dos valores alimentares recebidos de boa-fé, por força de decisão judicial, até a proclamação do resultado daquele julgamento, e alterou a tese de repercussão geral, que ficou redigida nos seguintes termos: “*No âmbito do Regime Geral de Previdência Social - RGPS, somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à ‘desaposentação’ ou à ‘reaposentação’, sendo constitucional a regra do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91*”.

4. No presente caso, não estamos diante de um caso de desaposentação, pois simplesmente não há intenção de aproveitamento de períodos posteriores à jubilação. Ademais, o próprio art. 181-B do citado Decreto n. 3.048/99, em seu parágrafo 3º, dispõe expressamente a respeito da cessação de benefícios não acumuláveis por disposição legal ou constitucional

5. Sem condenação em honorários advocatícios, consoante o disposto no art. 25 da Lei nº 12.016/2009.

6. Apelação provida para conceder a segurança, e determinar à autoridade impetrada que homologue o pedido de desistência do benefício de Aposentadoria por Idade NB 082.557.840-0, nos termos da fundamentação supra.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Décima Turma, por unanimidade, decidiu dar provimento à apelação para conceder a segurança, e determinar à autoridade impetrada que homologue o pedido de desistência do benefício de Aposentadoria

por Idade NB 082.557.840-0, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Desembargador Federal Nelson Porfírio (Relator): Trata-se de mandado de segurança impetrado por HATSUE MIYAHIRA contra ato do Chefe do Serviço de Benefícios da Gerência Executiva do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS em Campo Grande, MS, objetivando a renúncia do benefício de Aposentadoria por Idade NB 082.557.840-0, tendo em vista o disposto no artigo 29, da Lei 3.765/60, que veda o recebimento de pensão militar com mais de um benefício previdenciário.

Informações da autoridade impetrada, salientando que *“tendo em vista o recebimento de valores do benefício em questão e/ou saque de PIS/PASEP/FGTS em virtude de aposentadoria, não é possível a desistência do mesmo conforme Art 181-B, § único, Incisos I e II, do decreto 3048/99”* (ID 197575497).

O pedido de liminar foi indeferido (ID 197575503).

Sentença pela denegação da segurança (ID 197575506).

Apelação da impetrante, pugnando, em síntese, pela concessão da segurança (ID 197575516).

Sem contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela inexistência de interesse público a justificar sua intervenção no presente do feito (ID 201509969).

É o relatório.

Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO - Relator

VOTO

O Exmo. Desembargador Federal Nelson Porfírio (Relator): o mandado de segurança obedece a procedimento célere e encontra regulamentação básica no art. 5º, LXIX, da Constituição Federal: *“Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”*.

Para concessão do mandado de segurança é necessário que o direito cuja tutela se pretende seja líquido e certo. É líquido e certo o direito apurável sem a necessidade de dilação probatória, ou seja, quando os fatos em que se fundar o pedido puderem ser provados de forma incontestável no processo.

No presente caso, a parte impetrante é titular de pensão militar (NB 982768117), pensão de ex-combatente (NB 1446430364) e aposentadoria por idade (NB 0825578400).

No que tange à acumulação da pensão militar com benefício previdenciário, consta expressamente do art. 29 da Lei nº 3.765/1960, com a redação dada pela Medida Provisória n. 2.215-10/2001:

“Art. 29. É permitida a acumulação:

I - de uma pensão militar com proventos de disponibilidade, reforma, vencimentos ou aposentadoria;

II - de uma pensão militar com a de outro regime, observado o disposto no art. 37, inciso XI, da Constituição Federal”.

Assim, o aludido art. 29 da Lei n. 3.765/1960 permite a cumulação entre a pensão militar e apenas um benefício previdenciário ou a pensão militar e proventos decorrentes de disponibilidade, reforma, vencimentos ou aposentadoria.

Notificada sobre o acúmulo ilegal de pensão militar com mais de um benefício previdenciário, nos termos do art. 29 da Lei n. 3.765/60, na redação dada pela Medida Provisória n. 2.215-10/2001, pretendeu a impetrante a desistência do benefício de aposentadoria por idade NB 082.557.840-0, indeferido sob o fundamento da impossibilidade, tendo em vista o recebimento dos valores, nos termos do art. 181-B, parágrafo único, I e II, do Decreto n. 3.048/99.

Pois bem.

De acordo com o disposto no artigo 181-B do Decreto n. 3.048/99 (na redação dada pelo Decreto nº 10.410, de 2020), as aposentadorias concedidas pela previdência social são irreversíveis e irrenunciáveis.

Por sua vez, o C. Supremo Tribunal Federal, na Sessão de Julgamentos de 26/10/2016 (RE nº 661.256/SC, Ata de julgamento nº 35, de 27/10/2016, publicada no DJE nº 237 e divulgada em 07/11/2016), fixou tese nos seguintes termos:

“No âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à ‘desaposentação’, sendo constitucional a regra do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91”.

O Tribunal Pleno do C. STF, em Sessão Extraordinária realizada em 06/02/2020, por maioria, deu parcial provimento aos embargos de declaração, a fim de assentar a irrepetibilidade dos valores alimentares recebidos de boa-fé, por força de decisão judicial, até a proclamação do resultado daquele julgamento, e alterou a tese de repercussão geral, que ficou redigida nos seguintes termos:

“No âmbito do Regime Geral de Previdência Social - RGPS, somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à ‘desaposentação’ ou à ‘reaposentação’, sendo constitucional a regra do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91”

Todavia, no presente caso, não estamos diante de um caso de desaposentação, pois simplesmente não há intenção de aproveitamento de períodos posteriores à jubilação.

A propósito, transcrevo trecho do r. voto da Exma. Desembargadora Federal Marianina Galante a respeito do tema:

“Não se pode concluir, contudo, que o Regulamento da Previdência vede a renúncia à aposentadoria de forma absoluta. O dispositivo deve ser interpretado à luz do princípio da dignidade humana, para garantir o mínimo existencial ao segurado, cuja subsistência não pode ser prejudicada pela renúncia ao benefício. Inegável que, observada tal restrição, a aposentadoria é direito disponível, dado seu caráter patrimonial, e pode ser renunciada pelo titular, mormente porque concedida, pelo ente previdenciário, no interesse do segurado.

Ressalte-se que a renúncia é forma de extinção dos atos administrativos, consistente na “rejeição pelo beneficiário de uma situação jurídica favorável de que desfrutava em consequência daquele ato” (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 396). Nessa hipótese, o ato (ou seus efeitos) é retirado do mundo jurídico, sem onerar a Administração, nem impor sanção às partes, por não dizer respeito a qualquer vício.

A desaposentação, porém, não constitui mera renúncia a benefício previdenciário, porque o segurado não pretende recusar a aposentadoria, com a desoneração do ente autárquico, mas sim, aproveitar o tempo de serviço em outro regime, com as consequências legais advindas deste cômputo”. (TRF/3ª Região, APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0042760-75.2000.4.03.6100/SP, Rel. Desembargadora Federal Marianina Galante, DJF3 CJ1, 22/09/2010).

Ademais, o próprio art. 181-B do citado Decreto n. 3.048/99, em seu parágrafo 3º, dispõe expressamente a respeito da cessação de benefícios não acumuláveis por disposição legal ou constitucional, a saber:

“Art. 181-B. As aposentadorias concedidas pela previdência social são irreversíveis e irrenunciáveis. (Redação dada pelo Decreto nº 10.410, de 2020)

§ 1º O disposto neste artigo não se aplica à concessão de aposentadoria por incapacidade permanente. (Redação dada pelo Decreto nº 10.410, de 2020)

§ 2º O segurado poderá desistir do seu pedido de aposentadoria desde que manifeste essa intenção e requeira o arquivamento definitivo do pedido antes da ocorrência de um dos seguintes atos: (Incluído pelo Decreto nº 10.410, de 2020)

I - recebimento do primeiro pagamento do benefício; ou (Incluído pelo Decreto nº 10.410, de 2020)

II - efetivação do saque do FGTS ou do PIS. (Incluído pelo Decreto nº 10.410, de 2020)

§ 3º O disposto no caput não impede a cessação dos benefícios não acumuláveis por força de disposição legal ou constitucional”. (Incluído pelo Decreto nº 10.410, de 2020) (grifei)

Desse modo, considerando o disposto no citado §3º do Decreto n. 3.048/99, afigura-se possível a desistência do benefício de aposentadoria por idade NB 082.557.840-0, diante da impossibilidade legal de sua cumulação com os demais benefícios de titularidade da impetrante.

Assevere-se, por oportuno, que na notificação endereçada à impetrante, foi solicitada que fosse feita “a opção pela renúncia da Pensão Militar ou de algum dos outros citados benefícios, visando adequar ao previsto no Art. 29, da Lei n. 3765/1960” (ID 197575318 - Pág. 3).

Sem condenação em honorários advocatícios, consoante o disposto no art. 25 da Lei nº 12.016/2009.

Diante do exposto, *dou provimento à apelação* para conceder a segurança, e determinar à autoridade impetrada que homologue o pedido de desistência do benefício de Aposentadoria por Idade NB 082.557.840-0, nos termos da fundamentação supra.

É o voto.

Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL

6079202-11.2019.4.03.9999

Apelante: VERA LUCIA LOPES FERNANDES
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL TORU YAMAMOTO
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 17/12/2021

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO/PROCESSUAL CIVIL. APOSENTADORIA POR IDADE HÍBRIDA. COISA JULGADA. APELAÇÃO DA PARTE AUTORA IMPROVIDA.

1. Observo, inicialmente, que a questão da ocorrência de coisa julgada se trata de matéria de ordem pública, insuscetível de preclusão e apreciável, inclusive de ofício, a qualquer tempo.
2. Nesse ponto, destaco que, conforme o disposto no art. 485, V, e § 3º, do CPC, extingue-se o processo sem resolução de mérito quando o juiz acolher a alegação de perempção, litispendência ou coisa julgada.
3. Oportuno apontar que os elementos desta ação, quais sejam, partes, pedido e causa de pedir, da presente lide não coincidem exatamente com os autos que tramitaram perante a 1ª Vara do Juizado Especial Cível da Comarca de Pouso Alegre – MG, sob nº 0000938-94.2010.4.01.9810, pois o primeiro feito postulou, em 2010, a concessão de aposentadoria por idade rural e, aqui, aposentadoria por idade, sem especificar se seria rural ou híbrida, conforme se denota na exordial. Entretanto, do que se depreende dos documentos trazidos neste e naquele processado, verifica-se que ambos os processos apresentam finalidade idêntica (reconhecimento de suposto exercício de labor rural exercido antes de 2010 c/c concessão de benefício previdenciário por idade).
4. No entanto, vejo que naquele primeiro processado, a questão acerca da possibilidade de reconhecimento de trabalho rural antes de 2010 já restou dirimida, com trânsito em julgado, sendo constatado, em sede recursal (reformando integralmente a r. sentença que lhe teria concedido o benefício de forma precária) que, em que pese a autora ter apresentado como início de prova material daquele período apenas um vínculo em CTPS de curta duração (exercido em 2008, como safrista), os demais elementos dos autos apresentaram inconsistências relevantes que não robusteceram a hipótese ventilada, de modo a impedir o reconhecimento buscado. Não há, portanto, como ser reapreciada essa questão, por desrespeitar julgado anterior.
5. Parece-me claro que a parte autora deseja, por via transversa, a reapreciação da questão para tentar restabelecer uma aposentadoria que havia lhe sido concedida de forma precária e que acabou restando cassada. E isso não se mostra possível.
6. Os demais documentos trazidos nos autos se referem a períodos de trabalho rural posteriores a 2010 (observando que os interregnos correspondentes já foram reconhecidos pela Autarquia Previdenciária), sendo certo que as Declarações extemporâneas de Sindicatos de Trabalhadores Rurais não servem como início de prova material, porquanto não homologadas, e o Contrato de Parceria firmado entre 2007 a 2010 também não serve para tal finalidade, pois não é possível atestar sua veracidade, já que só obteve o reconhecimento de firmas pelo esposo da autora no documento em

10/2009, ou seja, depois de decorridos mais de dois anos de vigência, afastando sua contemporaneidade, aliado ao fato de que ela exerceu atividade formal como empregada no período e declarou, também, que tinha atividade de diarista por todo aquele período (ID 98058070 – pág. 85 e pág. 129).

7. E quanto ao período de trabalho rural supostamente exercido entre 2012/2014, não há porque se postular o reconhecimento somente em sede recursal, uma vez que a exordial não pugnou por isso e nem as declarações dos sindicatos trazidas junto com a peça inaugural informam que ela teria trabalhado neste interregno. Trata-se de inovação recursal, impossível de conhecimento. A manutenção da r. sentença, nesse contexto, é medida que se impõe.

8. Apelação da parte autora improvida.

ACÓRDÃO

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

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

RELATÓRIO

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL TORU YAMAMOTO (RELATOR):

Trata-se de ação ajuizada em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, objetivando a concessão do benefício de aposentadoria por idade, sem especificar se seria rural ou híbrida.

A r. sentença julgou extinto o processo, com amparo no que dispõe o artigo 485, inciso V, do Código de Processo Civil e, com fundamento no art. 80 do Código de Processo Civil, condenou a autora a pagar multa de 9% do valor atribuído à causa, atualizado, bem como a pagar à ré indenização equivalente a 10% do valor da causa, atualizado. Condenou, ainda, a requerente, a arcar com o pagamento de custas e despesas processuais, bem como de honorários advocatícios, fixados em 10% do valor atualizado da causa, suspendendo sua exigibilidade, no entanto, nos termos do artigo 98, § 3º do Código de Processo Civil, diante da gratuidade processual que lhe foi concedida.

Inconformada, a parte autora ofertou apelação, sustentando, em apertada síntese, possuir direito à benesse vindicada, postulando o afastamento do reconhecimento da coisa julgada, sob o argumento de que apresentou documentos hábeis a indicar o alegado labor campesino e que não houve identidade de pedidos, ainda mais considerando que não foi colacionada aos autos cópia da ação anteriormente proposta, além de sustentar que o novo benefício solicitado precisa ser analisado mediante as regras impostas a partir de janeiro de 2018, com a introdução de aposentadoria por idade híbrida. Requer, nesses termos, a reforma da r. sentença para julgar procedente o pedido de aposentadoria por idade rural.

Sem contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

Nesta E. Corte, foi concedida à parte autora a possibilidade de fornecimento de cópia integral dos autos que tramitaram perante a 1ª Vara do Juizado Especial Cível da Comarca de Pouso Alegre – MG, sob nº 0000938-94.2010.4.01.9810.

O despacho ID 141368800 determinou o sobrestamento do feito, em cumprimento ao decidido pela Superior Instância.

Foram trazidas aos autos cópias integrais do feito nº 0000938-94.2010.4.01.9810.

Instado a se manifestar, o INSS pugnou pela manutenção da r. sentença.

É o relatório.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

VOTO

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL TORU YAMAMOTO (RELATOR):

Determino o restabelecimento do andamento processual, uma vez que a situação que levou à suspensão antes determinada não mais subsiste.

Verifico, em juízo de admissibilidade, que o recurso ora analisado mostra-se formalmente regular, motivado (artigo 1.010 CPC) e com partes legítimas, preenchendo os requisitos de adequação (art. 1009 CPC) e tempestividade (art. 1.003 CPC). Assim, presente o interesse recursal e inexistindo fato impeditivo ou extintivo, recebo-o e passo a apreciá-lo nos termos do artigo 1.011 do Código de Processo Civil.

Observe, inicialmente, que a questão da ocorrência de coisa julgada se trata de matéria de ordem pública, insuscetível de preclusão e apreciável, inclusive de ofício, a qualquer tempo.

Nesse ponto, destaco que, conforme o disposto no art. 485, V, e § 3º, do CPC, extingue-se o processo sem resolução de mérito quando o juiz acolher a alegação de perempção, litispendência ou coisa julgada.

Oportuno apontar que os elementos desta ação, quais sejam, partes, pedido e causa de pedir, da presente lide não coincidem exatamente com os autos que tramitaram perante a 1ª Vara do Juizado Especial Cível da Comarca de Pouso Alegre – MG, sob nº 0000938-94.2010.4.01.9810, pois o primeiro feito postulou, em 2010, a concessão de aposentadoria por idade rural e, aqui, aposentadoria por idade, sem especificar se seria rural ou híbrida, conforme se denota na exordial. Entretanto, do que se depreende dos documentos trazidos neste e naquele processado, verifica-se que ambos os processos apresentam finalidade idêntica (reconhecimento de suposto exercício de labor rural exercido antes de 2010 c/c concessão de benefício previdenciário por idade).

No entanto, vejo que naquele primeiro processado, a questão acerca da possibilidade de reconhecimento de trabalho rural antes de 2010 já restou dirimida, com trânsito em julgado, sendo constatado, em sede recursal (reformando integralmente a r. sentença que lhe teria concedido o benefício de forma precária) que, em que pese a autora ter apresentado como início de prova material daquele período apenas um vínculo em CTPS de curta duração (exercido em 2008, como safrista), os demais elementos dos autos apresentaram inconsistências relevantes que não robusteceram a hipótese ventilada, de modo a impedir o reconhecimento buscado.

A r. sentença aqui proferida analisou de forma escorreita a situação:

“(…)

O processo deve ser extinto, sem julgamento do mérito, diante da existência de coisa julgada material.

A despeito dos argumentos genéricos expostos na petição inicial (sem mencionar os períodos de atividade rural), da análise do processo é possível extrair que objetiva a autora o

reconhecimento de atividade rural nos períodos de 11/05/1982 a 29/10/1982, 03/05/1983 a 02/09/1983, 01/01/1984 a 31/12/1986, 15/09/2007 a 30/05/2008, 20/10/2008 a 13/10/2010 e de 01/11/2008 a 30/06/2010, conforme procedimento administrativo de fl. 146 e réplica de fl. 183. Os demais períodos já foram reconhecidos administrativamente pelo INSS (fls. 148/150). Em sua defesa, o INSS alegou que o pleito da autora foi previamente decidido em ação por ela promovida, processo nº 0000938-94.2010.4.01.3810 (2010.38.10.700356-7) do Juizado Especial Federal Adjunto de Pouso Alegre/MG, cujo Acórdão proferido julgou improcedente o pedido formulado pela autora (fls. 189/191).

Eis o teor do venerando Acórdão proferido pela 1ª Turma Recursal do Tribunal Regional Federal da Primeira Região:

E M E N T A - V O T O

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. AUTORA NASCIDA EM 10/12/1954. REQUISITO ETÁRIO PREENCHIDO EM 10/12/2009. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO EM 12/01/2010. AUSÊNCIA DE INÍCIO DE PROVA MATERIAL CONTEMPORÂNEA AO INÍCIO DO PERÍODO DE PROVA RURAL

1. Trata-se de recurso interposto contra a sentença que julgou procedente o pedido formulado na inicial e condenou o INSS a conceder à parte autora o benefício de aposentadoria por idade com o pagamento das parcelas vencidas. Pede a parte recorrente a reforma da sentença, sustentando que a autora não apresentou início de prova material e ainda existem vínculos urbanos em período relevante, sendo que o marido da esposa possui diversos vínculos urbanos, sem contar que na certidão de casamento a autora foi qualificada como funcionária pública e o marido como auxiliar de impressão.

2. No que tange à comprovação da prestação do serviço rural (no caso, a de segurado especial), a prova testemunhal deve estar acompanhada de início de prova material. A exigência de início de prova material decorre do § 3º do art. 55 da Lei n. 8.213, a qual foi confirmada pela firme jurisprudência, já que o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula n. 149, que enuncia: A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeito da obtenção de benefício previdenciário.

3. Ainda que o vínculo na CTPS da autora por 4 meses no ano de 2008, no cargo de safrista no ramo do café, sirva de início de prova material, esta tem ser contemporânea ao início do período de prova (14 anos entre 2005 a 2009) para fins de viabilizar a aposentadoria rural, sendo que não pode ser aceito um início de prova representado por um vínculo de safrista com admissão em 25 de junho de 2008, 1 ano e meio antes do requerimento administrativo, por esta não ser contemporânea a 1995.

4. Além da proximidade do vínculo de safrista na lavoura de café, com o requerimento administrativo junto ao INSS, a autora teve 4 vínculos urbanos curtos entre 1973 e 1980 (fora do período de prova) e seu marido teve 10 vínculos urbanos curtos, sendo dois no período de prova da autora, um em 1996 e outro em 2002. Em 2004 a autora recolheu como contribuinte individual durante 10 meses (competência 07/2004 a 10/2005) e recebeu auxílio doença urbano por 10 meses até o mês 05/2005, sendo que todos os recolhimentos foram efetivados em agência/banco no Estado de São Paulo e toda a sua documentação, inclusive CPF e RG são do Estado de São Paulo, apesar da cidade de Espírito Santo do Pinhal/SP estar localizada a tão somente 18 KM da cidade de Albertina/MG, localidade onde afirma que residia na PI.

5. Ante exposto, dou provimento ao recurso para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido formulado na inicial, face à ausência de início de prova material contemporâneo, ficando imediatamente revogada a antecipação dos efeitos da tutela. Isento de custas.

Notifiquem o Chefe da APS para que cesse o pagamento do benefício.

Conforme se observa do julgado, de fato, há coisa julgada material sobre o alegado trabalho rural nos períodos mencionados.

Tal como na ação que tramitou pela Justiça Federal em Minas Gerais, nesta ação a autora não apresentou qualquer início de prova material contemporânea aos alegados trabalhos

rurais. A declaração prestada, em 15.05.2017, pelo Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Albertina/MG (fls. 26/32) não possui qualquer valor probatório, pois fundamentada apenas em entrevista realizada pelo Sindicato, sem qualquer documento comprovante (fl. 30, item “V” do formulário). De igual modo, a declaração prestada em 31.01.2017 pelo Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Espírito Santo do Pinhal/SP (fls. 34/36) baseou-se, entre outros documentos apresentados, na certidão de casamento da autora. Ocorre que a autora deixou de juntar aos autos sua certidão de casamento e a razão, como mencionado no Acórdão acima transcrito, é que a autora foi qualificada como “funcionária pública”.

Nesse ponto específico, qual seja, a qualificação da autora como funcionária pública quando de seu casamento, importante ressaltar que a autora havia ajuizado nesta 1ª Vara ação de retificação de registro, processo nº 0004929-12.2009.8.26.0180, julgado extinto, em que objetivava exatamente a alteração de sua qualificação.

Pertinente transcrever trechos do relatório e da fundamentação da sentença proferida na ação de retificação de registro:

Cuida-se de AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL proposta por VERA LÚCIA LOPES FERNANDES objetivando a correção de erro registral referente à sua qualificação profissional quando de seu casamento, o que autorizaria o manejo da presente demanda, com as cominações de estilo.

A douta serventia registral informou que não ocorreria a situação de erro, eis que tal qualificação constaria de toda a documentação fornecida quando da habilitação para casamento (fls. 14/20).

O Dr. Curador dos Registros Públicos, em seu parecer de fls. 21/24, opinou desfavoravelmente ao deferimento do pedido, eis que não satisfeitas as condições legais.

(...)

Ora, a lide que se apresenta seria mais do que uma lide potencial, eis que se trataria de lide efetiva (tal como preconizado por Antônio Carlos Marcato, em sua conhecida obra acerca de Procedimentos Especiais), na medida em que, além da própria oposição ministerial (que demonstra a falta de lide meramente potencial), tem-se que a própria peça exordial narra a situação de que pretenderia a retificação buscada no bojo dos autos para fins previdenciários.

(...)

E, ainda mais, pelo quanto confessado pela parte autora, o INSS que teria que arcar com as consequências de um pedido de aposentadoria teria que, necessariamente, compor a lide, em condições como tal, a revelar que a falta de sua citação, na presente ação, revelaria a falta de pressuposto processual de existência da relação jurídica processual (citação válida).

(...)

Pelo óbvio que, como é cediço, em condições como tal a coisa julgada a ser formada será meramente formal (não há julgamento do *meritum causae*), superado o óbice ora apontado, poderá a parte se valer da ação própria, de natureza previdenciária, com ampla dilação probatória e citação do órgão previdenciário, para a discussão acerca da ocorrência do suposto erro de certificação das referidas certidão e assento de casamento, nos termos da legislação processual de regência. Posto isso entendo deva julgar extinto o presente feito, sem a resolução de seu mérito.

Depois de não ter obtido êxito quer na ação de retificação de registro, quer na ação previdenciária movida no Estado de Minas Gerais, novamente vem a autora postular a concessão de aposentadoria por idade, em ação com idênticos fundamentos. Reprovável a atitude da autora que, em manifesto abuso do direito de ação, movimentou a máquina judiciária por simples “aventura jurídica”, em detrimento daqueles que dela realmente necessitam. Assim, evidenciada a litigância de má-fé, deverá arcar a autora com a multa e indenização, nos termos do art. 81 do Código de Processo Civil.

(...)”

Não há, portanto, como ser reapreciada essa questão, por desrespeitar julgado anterior. Nesse sentido:

“RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. IMUNIDADE PREVISTA NO ART. 184, § 5º, DA CF/88. TÍTULOS DA DÍVIDA AGRÁRIA (TDA's) EM PODER DE TERCEIROS. EFICÁCIA PRECLUSIVA DA COISA JULGADA. PREVALÊNCIA DE DECISÃO ANTERIOR PROFERIDA EM MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO JULGADO POR ESTA CORTE. (...)”

6. Destarte, a amplitude do julgado é aferível à luz do seu contexto, como se asseverou no AgRg no Ag 162593/RS, ‘A coisa julgada refere-se ao dispositivo da sentença. Essa, entretanto, há de ser entendida como a parte do julgamento e que o juiz decide sobre o pedido, podendo ser encontrada no corpo da sentença e não, necessariamente, em sua parte final.’ (Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ de 08.09.1998).

(...)

8. *A coisa julgada atinge o pedido e a sua causa de pedir. Destarte, a eficácia preclusiva da coisa julgada (art. 474, do CPC) impede que se infirme o resultado a que se chegou em processo anterior com decisão trânsita, ainda que a ação repetida seja outra, mas que por via oblíqua desrespeita o julgado anterior.*

(...)”

(REsp 712.164/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/12/2005, DJ 20/02/2006, p. 224) (g.n.)

Parece-me claro que a parte autora deseja, por via transversa, a reapreciação da questão para tentar restabelecer uma aposentadoria que havia lhe sido concedida de forma precária e que acabou restando cassada. E isso não se mostra possível.

Os demais documentos trazidos nos autos se referem a períodos de trabalho rural posteriores a 2010 (observando que os interregnos correspondentes já foram reconhecidos pela Autarquia Previdenciária), sendo certo que as Declarações extemporâneas de Sindicatos de Trabalhadores Rurais não servem como início de prova material, porquanto não homologadas, e o Contrato de Parceria firmado entre 2007 a 2010 também não serve para tal finalidade, pois não é possível atestar sua veracidade, já que só obtive o reconhecimento de firmas pelo esposo da autora no documento em 10/2009, ou seja, depois de decorridos mais de dois anos de vigência, afastando sua contemporaneidade, aliado ao fato de que ela exerceu atividade formal como empregada no período e declarou, também, que tinha atividade de diarista por todo aquele período (ID 98058070 – pág. 85 e pág. 129).

E quanto ao período de trabalho rural supostamente exercido entre 2012/2014, não há porque se postular o reconhecimento somente em sede recursal, uma vez que a exordial não pugnou por isso e nem as declarações dos sindicatos trazidas junto com a peça inaugural informam que ela teria trabalhado neste interregno. Trata-se de inovação recursal, impossível de conhecimento.

A manutenção da r. sentença, nesse contexto, é medida que se impõe.

Determino, por fim, a majoração da verba honorária em 1% (um por cento) a título de sucumbência recursal, nos termos do §11 do artigo 85 do CPC/2015, observando-se a justiça gratuita concedida.

Ante o exposto, nego provimento à apelação, nos termos ora consignados.

É o voto.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL

5004929-86.2020.4.03.6105

Apelantes: FABIO DE CAMARGO, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelados: OS MESMOS

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL DALDICE SANTANA

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 20/12/2021

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. TEMPO DE SERVIÇO COMUM URBANO. GUARDA-MIRIM. NÃO RECONHECIMENTO. TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL. VIGILANTE. PERICULOSIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO.

- As entidades denominadas “guarda-mirim” foram criadas com o escopo de fornecer orientação técnica e profissional ao público adolescente, mediante a manutenção de convênios com empresas e órgãos públicos.

- O estágio desenvolvido como guarda-mirim tem caráter socioeducativo e visa à aprendizagem profissional para futura inserção no mercado de trabalho.

- Não caracterização do vínculo empregatício nos moldes previstos no artigo 3º da CLT.

- O tempo de trabalho sob condições especiais poderá ser convertido em comum, observada a legislação aplicada à época na qual o trabalho foi prestado. Além disso, os trabalhadores assim enquadrados poderão fazer a conversão dos anos trabalhados a “qualquer tempo”, independentemente do preenchimento dos requisitos necessários à concessão da aposentadoria.

- O enquadramento efetuado em razão da categoria profissional é possível somente até 28/4/1995 (Lei n. 9.032/1995).

- No caso, “Perfis Profissiográficos Previdenciários” – PPPs indicam os ofícios de “vigilante” e “vigia”, com a finalidade de proteger patrimônio e a segurança das pessoas, restando demonstrado, desse modo, a existência de risco à integridade física da parte autora (periculosidade), inerente às suas funções.

- É incabível o enquadramento do período posterior ao último documento comprobatório da especialidade, haja vista a exigência, após a entrada em vigor do Decreto n. 2.172/1997, de comprovação da periculosidade por meio de PPP, laudo técnico ou perícia judicial.

- A parte autora não faz jus à concessão da aposentadoria por tempo de contribuição, por estarem ausentes os requisitos dos artigos 52 da Lei n. 8.213/1991 e 201, § 7º, inciso I, da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 20/1998.

- Apelações do INSS e da parte autora desprovidas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento às apelações do INSS e da parte autora, nos termos

do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargadora Federal DALDICE SANTANA - Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de ação de conhecimento proposta em face do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), na qual a parte autora pleiteia o reconhecimento de tempo de serviço especial e comum, com vistas à concessão da aposentadoria por tempo de contribuição.

A sentença julgou parcialmente procedente o pedido para enquadrar como atividade especial os períodos de 17/6/1999 a 22/11/2000 e 24/1/2001 a 20/12/2017, bem como determinar a averbação respectiva.

Inconformada, a autarquia interpôs recurso de apelação, no qual sustenta a impossibilidade do reconhecimento do labor especial e requer a improcedência dos pedidos. Prequestiona a matéria para fins recursais.

Não resignada, a parte autora também interpôs apelação, na qual requer o reconhecimento do tempo de serviço comum como guarda-mirim e da especialidade de todo o período de 28/2/2017 a 12/11/2019, com o consequente deferimento da aposentadoria pleiteada, desde a data do requerimento administrativo (DER) ou sua reafirmação.

Sem as contrarrazões, os autos subiram a esta Corte.

É o relatório.

Desembargadora Federal DALDICE SANTANA - Relatora

VOTO

Os recursos atendem aos pressupostos de admissibilidade e merecem ser conhecidos.

Passo à análise das questões trazidas a julgamento.

Do tempo de serviço comum

Segundo o artigo 55 e respectivos parágrafos da Lei n. 8.213/1991:

Art. 55. O tempo de serviço será comprovado na forma estabelecida no Regulamento, compreendendo, além do correspondente às atividades de qualquer das categorias de segurados de que trata o art. 11 desta Lei, mesmo que anterior à perda da qualidade de segurado:

(...)

§ 1º A averbação de tempo de serviço durante o qual o exercício da atividade não determinava filiação obrigatória ao anterior Regime de Previdência Social Urbana só será admitida mediante o recolhimento das contribuições correspondentes, conforme dispuser o Regulamento, observado o disposto no § 2º.

§ 2º O tempo de serviço do segurado trabalhador rural, anterior à data de início de vigência desta Lei, será computado independentemente do recolhimento das contribuições a ele correspondentes, exceto para efeito de carência, conforme dispuser o Regulamento.

§ 3º A comprovação do tempo de serviço para os efeitos desta Lei, inclusive mediante justificação administrativa ou judicial, conforme o disposto no art. 108, só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no Regulamento.”

No caso dos autos, a parte autora requer o reconhecimento do período de 27/1/1990 a 26/8/1991, em que atuou como “guarda-mirim” vinculado à “Associação de Educação do Homem de Amanhã”.

Para comprovar o labor alegado, foram trazidos aos autos os seguintes documentos: (i) Declaração da Associação de Educação do Homem de Amanhã, emitida em 22/8/1989; e (ii) declarações da Fundação Economia de Campinas – FECAMP, de 22/2/1990 e 26/2/1991.

Contudo, quanto à pretensão de reconhecimento desse labor, as entidades denominadas “guarda-mirim” foram criadas com o escopo de fornecer orientação técnica e profissional ao público adolescente, mediante a manutenção de convênios com empresas e órgãos públicos.

Naquelas, o estágio desenvolvido pelo menor, comumente conhecido como guarda-mirim, tem caráter socioeducativo e visa à aprendizagem profissional para futura inserção no mercado de trabalho - o que impossibilita a caracterização do vínculo empregatício nos moldes previstos no artigo 3º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Ademais, entendo que não restou demonstrada, pelas provas produzidas, a extrapolação dos limites propostos nesse tipo de aprendizado, ou que estabeleçam a existência da asseverada relação de emprego.

Por conseguinte, a parte requerente não faz jus ao reconhecimento desse interregno para fins previdenciários, por não ter sido estabelecido vínculo de emprego, tampouco demonstrado elementos que permitissem qualificá-la como empregada (pessoalidade, subordinação, onerosidade e não eventualidade).

Alinhado a esse posicionamento, trago à colação os julgados desta Corte que firmaram o seguinte entendimento jurisprudencial (g.n.):

“PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SENTENÇA “EXTRA PETITA”. ANULAÇÃO. RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO. GUARDA-MIRIM. PRETENSÃO DE REDISCUSSÃO DA CAUSA. IMPOSSIBILIDADE. 1. São cabíveis embargos de declaração quando o provimento jurisdicional padece de omissão, contradição ou obscuridade, bem como quando há erro material a ser sanado. Não servem os embargos de declaração para a rediscussão da causa. 2. Pelo princípio da adstrição do julgamento ao pedido, a lide deve ser julgada nos limites em que foi posta (artigos 141 e 492 do novo CPC), sob pena de se proferir julgamento citra petita, extra petita ou ultra petita. 3. *A atividade desenvolvida pelo adolescente como guarda-mirim, tem caráter socioeducativo e visa à aprendizagem profissional para futura inserção no mercado de trabalho. Seu caráter é sócio educativo, o que o afasta da configuração de vínculo empregatício, nos termos preconizado no art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, para fins previdenciários.* 4. Embargos de declaração rejeitados.” (AC 00259176020094039999, DESEMBARGADORA FEDERAL LUCIA URSAIA, TRF3 - DÉCIMA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:23/01/2017.)

“PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. GUARDA-MIRIM. PERÍODO NÃO COMPUTADO. ATIVIDADES ESPECIAIS. RECONHECIMENTO. PREENCHIDOS OS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA.- A questão em debate consiste na possibilidade de se reconhecer o lapso de trabalho especial e como guarda-mirim, alegados na inicial, para, somado aos períodos de trabalho incontroversos, propiciar a concessão do benefício pretendido.- *O pedido de computo do período de atuação como guarda-mirim não pode ser acolhido, pois a atividade de guarda mirim por si só não configura vínculo empregatício, não estando inserida no artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho; inexistente previsão legal para a sua inserção junto aos segurados da Previdência Social, o que impossibilita o reconhe-*

cimento deste labor para fins previdenciários.- É possível o reconhecimento da atividade especial no interstício de 06.03.1997 a 03.03.2009, em razão da exposição ao agente nocivo energia elétrica, com média acima de 250 volts (220 a 13.800 volts), conforme laudo técnico pericial de fls. 209/213.

(...).”

(AC 00049371220104036102, DESEMBARGADORA FEDERAL TANIA MARANGONI, TRF3 - OITAVA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/10/2016.)

“PREVIDENCIÁRIO. RECONHECIMENTO DE TEMPO LABORADO COMO GUARDA-MIRIM. CONVERSÃO DE ATIVIDADE ESPECIAL EM COMUM. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. TEMPO INSUFICIENTE À CONCESSÃO DO BENEFÍCIO NA FORMA INTEGRAL. IDADE DE 48 ANOS POR OCASIÃO DO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. SEGURADO DO SEXO MASCULINO. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. (...).

V - O autor contava com 10 anos de idade, por ocasião do trabalho exercido como guarda-mirim, sendo que a Constituição Federal de 1967 (artigo 165, inciso X) vedava o trabalho aos menores de 12 anos. VI- *As instituições denominadas como guardas-mirins são geralmente constituídas pelas prefeituras municipais com apoio de associações locais de lojistas e empresas prestadoras de serviços, com o escopo de patrocinar algum tipo de atividade laboral e recreativa a adolescentes, geralmente de famílias com poucas posses e carência de recursos humanos e materiais, não restando caracterizados os requisitos do contrato trabalhista.* VII- A somatória do tempo de serviço laborado pela parte autora é insuficiente à concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição na forma integral VIII - Por ocasião do requerimento administrativo, o autor contava com 48 anos de idade e não preenchia o limite etário estabelecido pela Emenda Constitucional nº 20/98 para a concessão da aposentadoria por tempo de serviço proporcional. IX-Remessa oficial e apelação do INSS providas. X- Revogação da tutela antecipada.” (AC 00273708520124039999, DESEMBARGADOR FEDERAL GILBERTO JORDAN, TRF3 - NONA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:01/06/2016)

No mesmo sentido, os demais julgados desta Corte: AC 2002.61.02.001133-5, Rel. Juiz Federal Convocado Hong Kou Hen, 9ª Turma, DJF3 1º/10/2008; AC 2005.03.99.034077-2, Rel. Des. Federal Santos Neves, 9ª Turma, DJU 8/11/2007; AC 2000.03.99.046466-9/SP, Rel. Juiz Federal Convocado Fonseca Gonçalves, 5ª Turma, DJU 6/12/2002 e AC 97.03.015383-6/SP, Rel. Juiz Federal Convocado Higino Chinacci, 5ª Turma, DJU 06.12.2002.

Desse modo, a parte autora não faz jus ao reconhecimento do exercício de atividade urbana no período em que alega ter trabalhado como guarda-mirim.

Do enquadramento de período especial

Editado em 3 de setembro de 2003, o Decreto n. 4.827 alterou o artigo 70 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto n. 3.048, de 6 de maio de 1999, o qual passou a ter a seguinte redação:

“Art. 70. A conversão de tempo de atividade sob condições especiais em tempo de atividade comum dar-se-á de acordo com a seguinte tabela:

(...)

§ 1º A caracterização e a comprovação do tempo de atividade sob condições especiais obedecerá ao disposto na legislação em vigor na época da prestação do serviço.

§ 2º As regras de conversão de tempo de atividade sob condições especiais em tempo de atividade comum constantes deste artigo aplicam-se ao trabalho prestado em qualquer período.”

Por conseguinte, o tempo de trabalho sob condições especiais poderá ser convertido em comum, observada a legislação aplicada à época na qual o trabalho foi prestado. Além disso, os trabalhadores assim enquadrados farão jus à conversão dos anos trabalhados a “qualquer tempo”, independentemente do preenchimento dos requisitos necessários à concessão da aposentadoria.

Ademais, em razão do novo regramento, encontram-se superadas a limitação temporal, prevista no artigo 28 da Lei n. 9.711/1998, e qualquer alegação quanto à impossibilidade de enquadramento e conversão dos lapsos anteriores à vigência da Lei n. 6.887/1980.

Nesse sentido: STJ, REsp 1010028/RN, 5ª Turma; Rel. Ministra Laurita Vaz, julgado em 28/02/2008, DJe 07/04/2008.

Cumpra observar que antes da entrada em vigor do Decreto n. 2.172, de 5 de março de 1997, regulamentador da Lei n. 9.032, de 28 de abril de 1995, não se exigia (exceto em algumas hipóteses) a apresentação de laudo técnico para a comprovação do tempo de serviço especial, pois bastava o formulário preenchido pelo empregador (SB40 ou DSS8030) para atestar a existência das condições prejudiciais.

Nesse particular, a jurisprudência majoritária, tanto nesta Corte quanto no Superior Tribunal de Justiça (STJ), assentou-se no sentido de que o enquadramento apenas pela categoria profissional é possível tão-somente até 28/4/1995 (Lei n. 9.032/1995). Nesse sentido: STJ, AgInt no AREsp 894.266/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/10/2016, DJe 17/10/2016.

Contudo, tem-se que, para a demonstração do exercício de atividade especial cujo agente agressivo seja o ruído, sempre houve a necessidade da apresentação de laudo pericial, independentemente da época de prestação do serviço.

Nesse contexto, a exposição superior a 80 decibéis era considerada atividade insalubre até a edição do Decreto n. 2.172/1997, que majorou o nível para 90 decibéis. Isso porque os Decretos n. 83.080/1979 e 53.831/1964 vigoraram concomitantemente até o advento do Decreto n. 2.172/1997.

Com a edição do Decreto n. 4.882, de 18 de novembro de 2003, o limite mínimo de ruído para reconhecimento da atividade especial foi reduzido para 85 decibéis (art. 2º, que deu nova redação aos itens 2.0.1, 3.0.1 e 4.0.0 do Anexo IV do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto n. 3.048/1999).

Quanto a esse ponto, à minguada de expressa previsão legal, não há como conferir efeito retroativo à norma regulamentadora que reduziu o limite de exposição para 85 dB(A) a partir de novembro de 2003.

Sobre essa questão, o STJ, ao apreciar o *Recurso Especial* n. 1.398.260, sob o regime do art. 543-C do CPC/1973, consolidou entendimento acerca da *inviabilidade da aplicação* retroativa do decreto que reduziu o limite de ruído no ambiente de trabalho (de 90 para 85 dB) para configuração do tempo de serviço especial (julgamento em 14/05/2014).

Com a edição da Medida Provisória n. 1.729/1998 (convertida na Lei n. 9.732/1998), foi inserida na legislação previdenciária a exigência de informação, no laudo técnico de condições ambientais do trabalho, quanto à utilização do Equipamento de Proteção Individual (EPI).

Desde então, com base na informação sobre a eficácia do EPI, a autarquia deixou de promover o enquadramento especial das atividades desenvolvidas posteriormente a 3/12/1998.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal (STF), ao apreciar o *ARE* n. 664.335, em regime de repercussão geral, decidiu que: (i) se o EPI for realmente capaz de neutralizar a nocividade,

não haverá respaldo ao enquadramento especial; (ii) havendo, no caso concreto, divergência ou dúvida sobre a real eficácia do EPI para descaracterizar completamente a nocividade, deve-se optar pelo reconhecimento da especialidade; (iii) na hipótese de exposição do trabalhador a ruído acima dos limites de tolerância, a utilização do EPI não afasta a nocividade do agente.

Quanto a esses aspectos, sublinhe-se o fato de que o campo “*EPI Eficaz (S/N)*” constante no Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP) é preenchido pelo empregador considerando-se, tão somente, se houve ou não atenuação dos fatores de risco, consoante determinam as respectivas instruções de preenchimento previstas nas normas regulamentares. Vale dizer: essa informação não se refere à real eficácia do EPI para descaracterizar a nocividade do agente.

Em relação ao Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), instituído pelo art. 58, § 4º, da Lei n. 9.528/1997, este é emitido com base em laudo técnico elaborado pelo empregador, retrata as características do trabalho do segurado e traz a identificação do profissional legalmente habilitado pela avaliação das condições de trabalho, apto, portanto, a comprovar o exercício de atividade sob condições especiais.

Além disso, a lei não exige a contemporaneidade desses documentos (laudo técnico e PPP). É certo, ainda, que em razão dos muitos avanços tecnológicos e da fiscalização trabalhista, as circunstâncias agressivas em que o labor era prestado tendem a atenuar-se com o decorrer do tempo.

Neste caso, no tocante aos interregnos controversos de 17/6/1999 a 22/11/2000 e 24/1/2001 a 20/12/2017, constam PPPs regularmente emitidos, os quais anotam os ofícios de “vigilante” e “vigia”, com a finalidade de proteger patrimônio e a segurança das pessoas, restando demonstrado, desse modo, a existência de risco à integridade física da parte autora (periculosidade), inerente às suas funções.

Ademais, no que tange à possibilidade de enquadramento em razão da periculosidade, o STJ, ao apreciar Recurso Especial n. 1.306.113, reconheceu a controvérsia da matéria e concluiu pela possibilidade de reconhecimento, como especial, do tempo de serviço no qual o segurado ficou sujeito a periculosidade no período posterior a 5/3/1997, por ser meramente exemplificativo o rol de agentes nocivos constante do Decreto n. 2.172/1997 (STJ, REsp n. 1.306.113/SC, Rel. Herman Benjamin, Primeira Seção, J: 14/11/2012, DJe: 7/3/2013).

No mesmo sentido, o STJ julgou, em 9/12/2020, o Tema 1031 que versava sobre a possibilidade de reconhecimento do tempo de serviço especial para a atividade de vigilante, exercida após a edição da Lei n. 9.032/1995 e do Decreto n. 2.172/1997, com ou sem o uso de arma de fogo, ocasião que ficou firmada a seguinte tese:

“É admissível o reconhecimento da atividade especial de vigilante, com ou sem arma de fogo, em data posterior à edição da Lei 9.032/95 e do Decreto 2.172/97, desde que haja comprovação da efetiva nocividade da atividade por qualquer meio de prova até 05.03.1997 e, após essa data, mediante apresentação de laudo técnico ou elemento material equivalente, para a comprovar a permanente, não ocasional, nem intermitente, exposição a agente nocivo que coloque em risco a integridade física do segurado”.

Frisa-se, outrossim, que o uso de EPI não elimina os riscos à integridade física do segurado.

Especificamente ao interstício de 21/12/2017 a 12/11/2019, é inviável o enquadramento da atividade exercida pela parte autora, por se tratar de período posterior ao abrangido no último documento comprobatório da especialidade. Assim, não pode ser enquadrado como especial, por ausência de documento apto a atestar a exposição aos agentes nocivos.

Evidentemente que para o período posterior à edição do Decreto n. 2.172/1997 (5/3/1997), a comprovação da periculosidade ocorrerá por meio de PPP, laudo técnico ou perícia judicial, nos termos da legislação previdenciária e jurisprudência citada, o que não se vislumbrou no tocante a esse período.

Assim, conclui-se não ter sido juntado documento hábil para demonstrar a pretendida especialidade ou o alegado trabalho nos moldes previstos nesses instrumentos normativos no que tange ao lapso em comento.

Destarte, apenas os interstícios de 17/6/1999 a 22/11/2000 e 24/1/2001 a 20/12/2017 devem ser reconhecidos como especiais, convertidos em tempo de serviço comum (fator de conversão de 1,4) e somados aos demais lapsos incontroversos.

Nessas circunstâncias, a parte autora não tem direito à aposentadoria por tempo de contribuição, pois não se faz presente o requisito temporal na data da EC n. 20/1998, consoante o artigo 52 da Lei n. 8.213/1991, e nem na data do requerimento administrativo (DER), nos termos do artigo 201, § 7º, inciso I, da Constituição Federal, com a redação dada pela EC n. 20/1998.

Outrossim, ainda que admitida a reafirmação da DER, conforme tese firmada no Tema Repetitivo n. 995, do STJ (REsp n. 1.727.063/SP, 1.727.064/SP e 1.727.069/SP), não é o caso de deferimento do benefício postulado, porquanto não preenchido o requisito temporal.

No que concerne ao prequestionamento suscitado, assinalo não ter havido contrariedade alguma à legislação federal ou a dispositivos constitucionais.

Diante do exposto, *nego provimento* às apelações do INSS e da parte autora.

É o voto.

Desembargadora Federal DALDICE SANTANA - Relatora

AÇÃO RESCISÓRIA

5011756-95.2020.4.03.0000

Autor: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
 Ré: MELISSA APARECIDA GONCALVES PIMENTEL
 Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GILBERTO JORDAN
 Disponibilização do Acórdão: DJEN 02/02/2022

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA PROPOSTA COM FUNDAMENTO NO INCISO V, DO ART. 966, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. EXISTÊNCIA DE MANIFESTA VIOLAÇÃO À NORMA JURÍDICA. AUXÍLIO-ACIDENTE INCABÍVEL NA ESPÉCIE. PEDIDO DE RESCISÃO PROCEDENTE. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS. PEDIDO NA AÇÃO SUBJACENTE PARCIALMENTE PROCEDENTE. CONSECTÁRIOS LEGAIS.

- O artigo 966 do Código de Processo Civil elenca, de modo taxativo, as hipóteses de cabimento da ação rescisória, dentre as quais, o inciso V prevê a possibilidade de desconstituição do julgado na hipótese de violação manifesta de norma jurídica e o inciso VIII dispõe sobre a rescisão de decisão fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa.

- As decisões judiciais devem, por meio de interpretação teleológica, escorar-se no ordenamento jurídico e atender aos fins sociais, exigindo-se a devida fundamentação e observação dos precedentes jurisprudenciais sobre a matéria.

- O inciso V, do art. 966 do CPC/15 indicam o cabimento de ação rescisória quando houver violação evidente de norma jurídica, ou seja, demonstrada com prova pré-constituída juntada pelo autor.

- A presente ação visa a rescindir sentença transitada em julgado que deferiu o benefício de auxílio-doença acidentário à ré em virtude de incapacidade parcial e permanente decorrente de doença autoimune, violando o art. 86 da Lei 8213/91, que exige que a redução labor decorra de acidente de qualquer natureza.

- Na ação subjacente a ré pediu a concessão de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez, mas teve concedido o benefício de auxílio-acidente previdenciário.

- Conquanto a doença relacionada ao trabalho seja equiparada, para fins legais, ao acidente do trabalho (art. 20 da Lei nº 8.213/91), o mesmo não se dá com o acometimento de doenças para fins de concessão de acidente de qualquer natureza.

- Não há previsão legal para a concessão de auxílio-acidente em caso de sequelas de doenças que possam levar à redução da capacidade para o trabalho e as situações contidas no conceito de acidente de qualquer natureza previstas no art. 30 do Decreto 3048/99 não englobam as doenças. Precedentes desta Eg. Corte.

- Na hipótese dos autos, não houve acidente de qualquer natureza a ensejar a concessão do auxílio-acidente, considerando que a redução laboral da autora advém de doença autoimune, que não pode ser enquadrada no conceito de acidente de qualquer natureza.

- Nessa toada, a interpretação dada pela decisão rescindenda mostrou-se desarrazoada e incoerente com o arcabouço legislativo, ensejando a violação da norma indicada pelo INSS, ao conceder benefício de auxílio-acidente previdenciário fora das hipóteses legais.

- Com efeito, releva salientar que a decisão rescindenda violou o artigo 86, da Lei n. 8213/91, a ensejar, em juízo rescindendo, a desconstituição do julgado com esteio no inciso V, do art. 966, do CPC/15.

- Em juízo rescisório, é certo que o art. 43, §1º, da Lei de Benefícios disciplina que a concessão da aposentadoria depende da comprovação da incapacidade total e definitiva mediante exame médico-pericial a cargo da Previdência Social. O entendimento jurisprudencial, no entanto, firmou-se no sentido de que também gera direito ao benefício a incapacidade parcial e definitiva para o trabalho, atestada por perícia médica, a qual inabilita o segurado de exercer sua ocupação habitual, tornando inviável a sua readaptação. Tal entendimento traduz, da melhor forma, o princípio da universalidade da cobertura e do atendimento da Seguridade Social.

- Tais considerações sinalizam a possibilidade de reabilitação profissional, sendo devido o auxílio-doença, cuja cessação está condicionada à reabilitação da segurada (art. 62, §1º, LB).

Em face de todo o explanado, a parte autora faz jus ao benefício de auxílio-doença com reabilitação profissional, em valor a ser calculado pelo INSS.

- O termo inicial do benefício, quando o segurado recebia auxílio-doença e teve o mesmo cessado pela Autarquia Previdenciária, deve ser o dia imediatamente posterior ao da interrupção, pois o Instituto já reconhecia a incapacidade do requerente, compensando-se os valores eventualmente pagos a título de auxílio-doença ou outro benefício cuja cumulação seja vedada por lei (art. 124 da Lei 8.213/1991 e art. 20, § 4º, da Lei 8.742/1993) após a data de início do benefício concedido nesta ação.

- Conforme disposição inserta no art. 219 do Código de Processo Civil 1973 (atual art. 240 Código de Processo Civil - Lei nº 13.105/2015), os juros de mora são devidos a partir da citação na ordem de 6% (seis por cento) ao ano, até a entrada em vigor da Lei nº 10.406/02, após, à razão de 1% ao mês, consonante com o art. 406 do Código Civil e, a partir da vigência da Lei nº 11.960/2009 (art. 1º-F da Lei 9.494/1997), calculados nos termos deste diploma legal.

- A correção monetária deve ser aplicada em conformidade com a Lei n. 6.899/81 e legislação superveniente (conforme o Manual de Cálculos da Justiça Federal), observados os termos da decisão final no julgamento do RE n. 870.947, Rel. Min. Luiz Fux.

- Aplicação única da SELIC a partir da EC-113.

- Condenação ao pagamento de honorários advocatícios, fixados nos termos do art. 85, §8º, do Código de Processo Civil, conforme a sucumbência recíproca e proporcional das partes.

- Pedido, em juízo rescindente, julgado procedente para desconstituir o julgado proferido nos autos da ação de nº 1006703-34.2017.8.26.0292, que tramitou perante a 2ª Vara da Comarca de Jacareí-SP, com fundamento no inciso V, do art. 966, do CPC/15 e, em novo julgamento, julgado parcialmente procedente o pedido formulado na ação subjacente para condenar o INSS a conceder à Melissa Aparecida Gonçalves Pimentel o benefício de auxílio-doença com reabilitação profissional desde a cessação do auxílio-doença em 11.04.17, fixados os consectários legais especificados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Seção, por unanimidade, decidiu julgar procedente o pedido deduzido na ação rescisória para desconstituir o julgado, com fundamento no inc. V, do art. 966, do CPC e, em novo julgamento, julgar parcialmente procedente o pedido formulado na ação subjacente para condenar o INSS a conceder à Melissa Aparecida Gonçalves Pimentel o benefício de auxílio-doença, com reabilitação profissional, desde a cessação do auxílio-doença em 11.04.17, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GILBERTO JORDAN (Relator). Trata-se de Ação rescisória ajuizada pelo Instituto Nacional do Seguro Social-INSS, com pedido de tutela provisória, em face de Melissa Aparecida Gonçalves Pimentel, com fundamento no art. 966, V, do Código de Processo Civil, com o escopo de desconstituir sentença proferida pela 2ª Vara da Comarca de Jacareí-SP, nos autos da ação previdenciária nº 1006703-34.2017.8.26.0292, que concedeu à ora ré o benefício de auxílio-acidente previdenciário.

Sustenta o INSS que a sentença violou o art. 86 da Lei nº 8.213/91, uma vez que a autora padece de doença degenerativa que não decorre de acidente de qualquer natureza, razão pela qual não faz jus ao benefício de auxílio-acidente. Requer a rescisão da decisão e novo julgamento com a improcedência do pedido na ação subjacente e a concessão da tutela de urgência para suspender a execução do julgado.

Em decisão de 21.6.20, foi reconhecida a tempestividade da ação, dispensado o depósito prévio, relegada a apreciação da tutela provisória para após o prazo de resposta e determinada a citação (id 134948562).

Em contestação, a ré pediu o sobrestamento do feito em razão da suspensão determinada no tema 692, do STJ, que trata de devolução de valores recebidos a título de tutela provisória. No mais, aduz fazer jus ao auxílio-acidente deferido na ação subjacente e, subsidiariamente, pede o indeferimento da devolução dos valores recebidos de boa-fé a título de auxílio-acidente (id 142605290).

Após a réplica (id 149088406), foi proferida decisão indeferindo a tutela de urgência (id 153701564).

Intimadas, as partes não requereram produção de provas.

Em alegações finais, o INSS reiterou os termos da inicial e a ré os da contestação (ids 163470581 e 164832609).

O MPF opinou pelo prosseguimento do feito, sem sua intervenção (id 165823328).

É o relatório.

Peço dia para julgamento.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

VOTO

O EXMO. SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GILBERTO JORDAN (Relator).

Trata-se de Ação rescisória ajuizada pelo Instituto Nacional do Seguro Social-INSS,

com pedido de tutela provisória, em face de Melissa Aparecida Gonçalves Pimentel, com fundamento no art. 966, V, do Código de Processo Civil, objetivando desconstituir sentença proferida pela 2ª Vara da Comarca de Jacareí-SP, nos autos da ação previdenciária nº 1006703-34.2017.8.26.0292, que concedeu à ora ré o benefício de auxílio-acidente previdenciário.

ADMISSIBILIDADE

Competente esta Eg. Corte para o processamento e julgamento da ação, partes legítimas e bem representadas e tempestiva a ação, uma vez que, considerando o trânsito em julgado nos autos subjacentes em 28.11.18 e ajuizada esta ação em 14.05.20, o protocolo se deu dentro do prazo decadencial legal.

Presentes as condições da ação e os pressupostos processuais.

Inexigível o depósito previsto no inciso II, do art. 968, do CPC/15, nos termos do § 1º, do CPC/15, combinado com o disposto no artigo 8º da Lei nº 8.620/93 e Súmula 175 do C. STJ.

Não há pedido de concessão da gratuidade da justiça nesta ação.

PEDIDO DE SUSPENSÃO DO FEITO

Não houve concessão de tutela provisória na ação subjacente e o benefício foi concedido em esteio no que foi decidido em sentença.

Destarte, não há que se falar em suspensão do feito em razão do tema 692, do STJ.

De outro lado, a questão relativa aos valores recebidos de boa-fé diz respeito ao mérito e com ele será analisada.

HIPÓTESES DE RESCINDIBILIDADE

O artigo 966 do Código de Processo Civil de 2015 prevê, de modo taxativo, as hipóteses de cabimento da ação rescisória, conforme abaixo transcrito, *in verbis*:

“Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

I - se verificar que foi proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;

II - for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente;

III - resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;

IV - ofender a coisa julgada;

V - violar manifestamente norma jurídica;

VI - for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória;

VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

VIII - for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos.

§ 1º Há erro de fato quando a decisão rescindenda admitir fato inexistente ou quando considerar inexistente fato efetivamente ocorrido, sendo indispensável, em ambos os casos, que o fato não represente ponto controvertido sobre o qual o juiz deveria ter se pronunciado.

§ 2º Nas hipóteses previstas nos incisos do º, será rescindível a decisão transitada em julgado que, embora não seja de mérito, impeça:

I - nova propositura da demanda; ou

II - admissibilidade do recurso correspondente.

§ 3º A ação rescisória pode ter por objeto apenas 1 (um) capítulo da decisão.

§ 4º Os atos de disposição de direitos, praticados pelas partes ou por outros participantes do processo e homologados pelo juízo, bem como os atos homologatórios praticados no curso da execução, estão sujeitos à anulação, nos termos da lei.

§ 5º Cabe ação rescisória, com fundamento no inciso V do º deste artigo, contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento. (Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência)

§ 6º Quando a ação rescisória fundar-se na hipótese do § 5º deste artigo, caberá ao autor, sob pena de inépcia, demonstrar, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta ou de questão jurídica não examinada, a impor outra solução jurídica.”

As hipóteses acima listadas têm por escopo a correção de defeitos processuais e decisões desarrazoadas.

De se ressaltar que cada fundamento previsto no art. 485 do CPC/73 e no art. 966 do CPC/15 corresponde a uma causa de pedir para o juízo rescindente, ao qual fica adstrito o Tribunal (arts. 141 e 492, do CPC), sendo certo que para o juízo rescisório, a causa de pedir deverá ser a mesma da ação originária.

JUÍZO RESCINDENTE E RESCISÓRIO

Para julgamento da ação rescisória, mister proceder o tribunal inicialmente ao juízo de admissibilidade da ação.

Ao depois, compete à Corte o juízo de mérito quanto ao pedido de rescisão do julgado, chamado de juízo rescindente ou *iudicium rescindens*.

Sendo o caso e havendo pedido de novo julgamento e desde que acolhido o pedido de rescisão do julgado, o tribunal procederá ao rejuízo do feito por meio do juízo rescisório ou *iudicium rescissorium*.

Sobre o tema, confira-se o ensinamento de Fredie Didier Jr.:

“O exercício do juízo ‘rescissorium’, como se percebe, depende do prévio acolhimento do juízo ‘rescindens’. O *iudicium rescindens* é preliminar ao *iudicium rescissorium*. Mas nem sempre há juízo rescisório, conforme visto. Por isso, o art. 968, I, CPC, prescreve que o autor cumulará o pedido de rejuízo ‘se for o caso’; Por isso, também, o art. 974 determina apenas se for o caso o tribunal procederá a novo julgamento, caso rescinda a decisão.
(...)

Desconstituída a decisão, com o acolhimento do pedido de rescisão, passa, se for o caso, o tribunal ao exame do juízo *rescissorium*, procedendo a um novo julgamento da causa, para julgar procedente ou improcedente o pedido formulado na causa originária e renovado na petição inicial da ação rescisória. “Percebe-se, então, que a vitória no juízo rescindente não é, em regra, garantia de vitória no juízo rescisório - e é por isso que o primeiro é preliminar ao segundo.” (in: Curso de Direito Processual Civil, v.3, 13ª ed., 2016, p. 520).

MANIFESTA VIOLAÇÃO À NORMA JURÍDICA

Para correção de *error in procedendo* ou *in judicando* ou decisão contra precedente obrigatório, a ação rescisória proposta com fundamento em violação de norma jurídica deve indicar a norma ou o precedente violado.

As decisões judiciais devem, por meio de interpretação teleológica, escorar-se no ordenamento jurídico e atender aos fins sociais, exigindo-se a devida fundamentação e observação dos precedentes jurisprudenciais sobre a matéria.

Conforme preleciona Fredie Didier “quando se diz que uma norma foi violada, o que se violou foi a interpretação dada à fonte do direito utilizada no caso.” (op. cit., p. 492).

A expressão norma jurídica refere-se a princípios, à lei, à Constituição, a normas infra-legais, a negócios jurídicos e precedentes judiciais.

O inciso V, do art. 966, do Código de Processo Civil prevê o cabimento de ação rescisória quando houver violação evidente, ou seja, demonstrada com prova pré-constituída juntada pelo autor, de norma jurídica geral, ou seja, lei em sentido amplo, processual ou material. A violação a normas jurídicas individuais não admite a ação rescisória, cabendo, eventualmente e antes do trânsito em julgado, reclamação.

Nesse sentido, é o comentário ao art. 485, do CPC/73 de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery citando Pontes de Miranda e Barbosa Moreira: *“Lei aqui tem sentido amplo, seja de caráter material ou processual, em qualquer nível (federal, estadual, municipal e distrital), abrangendo a CF, MedProv., DLeg, etc”*. (Código de Processo Civil Comentado: legislação Extravagante, 10^a ed., 2008).

Com efeito, a interpretação dada pelo pronunciamento rescindendo deve ser desarrazoado de tal modo que viole a norma jurídica em sua literalidade. Contudo, se a decisão rescindenda eleger uma dentre as interpretações cabíveis, ainda que não seja a melhor, não é caso de ação rescisória, sob pena de desvirtuar sua natureza, dando-lhe contorno de recurso. Nesse sentido, é a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça. (Theotonio Negrão, in Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor, 41^a ed., nota 20 ao art. 485, V, CPC).

Ainda, quanto à rescisão do julgado com fundamento no inciso V, do art. 966, do CPC, ensina Fredie Didier Jr:

“Se a alegação de violação puder ser comprovada pela prova juntada aos autos com a petição inicial, cabe a ação rescisória com base no inciso V, do art. 966; se houver necessidade de dilação probatória, então essa rescisória é inadmissível. A manifesta violação a qualquer norma jurídica possibilita o ingresso da ação rescisória, com vistas a desconstituir a decisão transitada em julgado. A norma manifestamente violada pode ser uma regra ou um princípio. Se a decisão rescindenda tiver conferido uma interpretação sem qualquer razoabilidade ao texto normativo, haverá manifesta violação à norma jurídica. Também há manifesta violação à norma jurídica quando se conferir uma interpretação incoerente e sem integridade com o ordenamento jurídico. Se a decisão tratou o caso de modo desigual a casos semelhantes, sem haver ou ser demonstrada qualquer distinção, haverá manifesta violação à norma jurídica. É preciso que a interpretação conferida pela decisão seja coerente. Já se viu que texto e norma não se confundem, mas o texto ou enunciado normativo tem uma importante função de servir de limite mínimo, a partir do qual se constrói a norma jurídica. Se a decisão atenta contra esse limite mínimo, sendo proferida contra legem, desatendendo o próprio texto, sem qualquer razoabilidade, haverá também ‘manifesta violação’ à norma jurídica.” (g.n., op. cit., p. 495).

E ainda:

“Cabe ação rescisória, nos termos do inciso V do art. 966 do CPC, contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão de julgamento de casos repetitivos, que não tenha considerado a existência e distinção entre questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento (art. 966, § 5º, CPC). A regra aplica-se, por extensão, à decisão baseada em acórdão de assunção de competência, que também não tenha observado a existência de distinção. Nesse caso, cabe ao autor da ação rescisória demonstrar, sob pena de inépcia e consequente indeferimento da petição inicial, fundamentadamente, que se trata de situação particularizada por hipótese fática distinta ou questão jurídica não examinada, a exigir a adoção de outra solução jurídica (art. 966, § 6º, CPC).”

SÚMULA N. 343, DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O enunciado da Súmula em epígrafe encontra-se vazado nos seguintes termos: “*não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais*”.

Sobre a incidência da Súmula, ensina Fredie Didier Jr. que “*Enquanto se mantém a divergência sem que haja a definição da questão de direito pelo tribunal superior, ainda é aplicável o enunciado 343 do STF*”. (op. cit., p. 496).

Frise-se que não incide o enunciado da Súmula nº 343 do C. STF, quando a matéria objeto de rescisão tenha sido controvertida nos tribunais, todavia, quando da prolação da decisão rescindenda, já havia decisão sedimentada pelos tribunais superiores.

De outra parte, se a matéria ventilada em ação rescisória é circumspecta à ordem constitucional, não se aplica a orientação prescrita na Súmula 343, adstrita às ações rescisórias cujo objeto seja de natureza infraconstitucional ou infralegal.

Confira-se:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO RESCISÓRIA. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 343.

2. Inaplicabilidade da Súmula 343 em matéria constitucional, sob pena de infringência à força normativa da Constituição e ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional. Precedente do Plenário. Agravo regimental a que se nega provimento” (AI-AgR nº555806; 2ª Turma do STF; por unanimidade; Relator Ministro EROS GRAU; 01/04/2008)

AÇÃO RESCISÓRIA E JUÍZO RESCINDENTE

O pedido do INSS funda-se na existência de violação à norma jurídica, hipótese prevista no art. 966, inciso V, do Código de Processo Civil e tem por objetivo rescindir a r. sentença proferida pelo MM. Juízo da Segunda Vara Cível da Comarca de Jacareí, nos autos da Ação Previdenciária nº 1006703-34.2017.8.26.0292.

Sustenta o INSS que a decisão rescindenda violou o disposto no art. 86 da Lei 8213/1991, ao determinar a concessão do benefício de auxílio-acidente fora das hipóteses legais de cabimento e que, embora a ré tenha incapacidade parcial e permanente, esta não decorre de acidente do trabalho ou de qualquer natureza, senão de doença degenerativa.

Na contestação, a ré alega capacidade reduzida para sua função habitual de fisioterapeuta, sendo certo que o caráter degenerativo da sua doença não constitui excludente absoluta do benefício, sendo necessário perquirir se o trabalho em favor da empresa atuou ou não como concausa para o estágio da moléstia.

Portadora de artrite reumatoide juvenil, a ré aduz ter evoluído com piora progressiva culminando em sequelas graves como lesões irreversíveis em joelhos, cotovelos e punhos em razão dos esforços no trabalho, na função de fisioterapeuta, pelo que faz jus ao auxílio-acidente.

Ao final, a ré alega ter recebido os valores correlatos ao benefício de auxílio-acidente de boa-fé.

O laudo médico pericial produzido na ação subjacente, de 6/12/2017 (fls. 35/43, id 132079558), atestou que a autora é portadora de doença autoimune artrite reumatoide e apresenta incapacidade parcial e permanente e não pode mais exercer sua função habitual de fisioterapeuta desde o início da incapacidade em 28.02.12. Consta que a incapacidade decorreu da progressão da doença e que a autora poderia trabalhar em outra atividade, como de auxiliar administrativo, a título de exemplo.

A sentença objeto do pedido de rescisão, que transitou em julgado em 28.11.18 (fls. 66/71, ord. cresc., id 132079558), julgou parcialmente o pedido para conceder à segurada o benefício de auxílio-acidente previdenciário, conforme fragmentos abaixo transcritos:

“(...) Primeiramente, vale expor que é certo que o pedido do autor consistiu tão somente na concessão do auxílio-doença e sua conversão em aposentadoria por invalidez. Contudo, é cediço que na presente situação impera o princípio da fungibilidade dos benefícios, devendo o magistrado analisar a situação fática e enquadrar o segurado no benefício apropriado diante das provas que dispõe, ainda que este não tenha sido diretamente requerido. Nesse sentido caminha a jurisprudência:

(...) De outra parte, também vale observar que para a incapacidade parcial da autora não há cura e, conforme bem asseverou o perito judicial, a autora possui artrite reumatoide, com comprometimento especialmente dos joelhos e mão direita, que é irreversível, parcial e permanente, no tocante às suas atividades habituais. O que leva a se concluir que a mesma não poderá realizar trabalhos como outrora exercia na função de fisioterapeuta. É fato que na execução da mesma função demandará mais esforço, pois esta tarefa será mais árdua para sua execução, visto as restrições mencionadas no laudo pericial. Há, pois, limitação funcional significativa, pela artrite reumatoide, de conformidade como os quesitos periciais de fl. 73, itens 9 e 10. Ainda segundo o laudo, a autora está apta a trabalhar em outra função independentemente de processo de reabilitação (fl. 72, quesito 7), daí porque afastada a hipótese de auxílio-doença por incapacidade total.

Deste modo, resta comprovado: acidente de qualquer natureza (inclusive do trabalho), produção de sequela definitiva e efetiva redução da capacidade laborativa em razão da sequela. Daí a natureza deste auxílio acidente ser previdenciária conforme os fatos descritos na inicial. Na esteira do que já fundamentado, a autora faz jus ao auxílio acidente.

(...)

Ante o exposto, e por tudo mais que dos autos consta, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a presente AÇÃO, e o faço para conceder o benefício de *auxílio-acidente previdenciário* (código 36) a partir da data da cessação do auxílio doença previdenciário (DIB em 11.04.2017 fl. 80), com correção monetária pela TR até 25/03/2015 e a partir de então pelo IPCA-E, e com juros de mora de 0,5% ao mês, conforme Lei 11.960/09 e ADI nº 4357- STF.” (g.n.)

Não houve concessão de tutela antecipada na ação subjacente.

O benefício de auxílio-acidente encontra-se disciplinado pelo art. 86 da Lei nº 8.213/91, que, a partir da Lei nº 9.032/95, é devido como indenização ao segurado que sofrer redução da capacidade para o trabalho, em razão de sequelas de lesões consolidadas decorrentes de acidente de qualquer natureza. A única exceção é da perda auditiva, em que ainda persiste a necessidade de haver nexo entre o trabalho exercido e a incapacidade parcial para o mesmo, conforme disposto no §4º do referido artigo, com a alteração determinada na Lei nº 9.528/97.

Em sua redação original, o art. 86 da Lei de Benefícios contemplava três hipóteses para a concessão do auxílio-acidente, considerando a diversidade de consequências das sequelas, tal como a exigência de ‘maior esforço ou necessidade de adaptação para exercer a mesma atividade.

Com as alterações introduzidas pela Lei nº 9.032 de 28.04.95, o dispositivo contemplou apenas os casos em que houver efetiva redução da capacidade funcional. Com o advento da Lei nº 9.528/97, a redução deve ser para a atividade habitualmente exercida. Além disso, seja qual for a época de sua concessão, este benefício independe de carência para o seu deferimento.

Por sua vez, o art. 18, §1º, da Lei nº 8.213/91, relaciona os segurados que fazem jus ao auxílio-acidente: o empregado, o trabalhador avulso e o segurado especial. Na redação original, revogada pela Lei nº 9.032 de 28.04.1995, ainda contemplava os presidiários que exercessem atividade remunerada.

Quanto à concessão de auxílio-acidente aos segurados acometidos de sequelas que gerem incapacidade parcial e permanente, mas decorram de doença, o artigo 86 da lei 8.213/1991 é claro no sentido de que o auxílio-acidente somente será concedido ao segurado se a sequela de lesão com redução da capacidade para o trabalho *decorrer de acidente* de qualquer natureza.

O conceito de acidente de qualquer natureza encontra-se estampado no §1º, do artigo 30 do Decreto n. 3048/99, vazado nos seguintes termos:

“Entende-se como acidente de qualquer natureza ou causa aquele de origem traumática e por exposição a agentes exógenos (físicos, químicos e biológicos), que acarrete lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte, a perda, ou a redução permanente ou temporária da capacidade laborativa.”

Com a mesma redação, é o parágrafo único, do artigo 147, da Instrução Normativa do INSS/PRES n. 77/2015:

“Entende-se como acidente de qualquer natureza aquele de origem traumática e por exposição a agentes exógenos (físicos, químicos ou biológicos), que acarrete lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte, a perda ou a redução permanente ou temporária da capacidade laborativa”.

Deveras, conquanto a *doença* relacionada ao trabalho seja equiparada, para fins legais, ao acidente do trabalho (art. 20 da Lei nº 8.213/91), a lei não faz a mesma equiparação no caso de acometimento de doenças para fins de concessão de acidente de qualquer natureza.

E, ainda, para a concessão de auxílio-acidente “acidentário” há necessidade de nexo entre a *doença e o trabalho*.

Não houve menção por parte do legislador no tocante à possibilidade de concessão de auxílio-acidente previdenciário para o caso de sequelas de *doenças* que levem à redução da capacidade laboral e as situações contidas no conceito de acidente de qualquer natureza previstas no art. 30 do Decreto 3048/99 não englobam as doenças.

Nesse passo, um dos requisitos necessários à concessão do benefício de auxílio-acidente é a existência de acidente como causa da limitação, de modo que, se o segurado é acometido de doença, mesmo com redução da capacidade laborativa, não fará jus ao benefício, à míngua de previsão legal.

Sobre o tema, confira-se a jurisprudência desta Eg. Corte:

“CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. JUSTIÇA FEDERAL. COMPETÊNCIA. AUXÍLIO-ACIDENTE. LEI 8.213/1991. DOENÇA DE CARÁTER DEGENERATIVO. BENEFÍCIO INDEVIDO. - Conquanto o autor tenha reportado, ao perito, “que em 1993 sofreu acidente de trabalho com inalação de gases tóxicos (SIC), e que após este episódio começou a ter perda da acuidade visual”, a petição inicial não traz pedido ou causa de pedir de natureza acidentária. - A definição da competência para a causa se estabelece levando em consideração os termos da demanda. Precedentes. - O benefício de auxílio-acidente

tem como fato gerador a apresentação, pelo segurado, de decréscimo funcional decorrente de gravames ocasionados por acidente de qualquer natureza, exceção feita às dificuldades auditivas, particular em que se vindica nexo entre o labor desempenhado e a lesão ostentada. - Aplica-se, ao caso, a lei vigente ao tempo do acidente, fato jurídico que enseja o direito ao benefício, por força do princípio *tempus regit actum*. - Na espécie, a doença constatada é de caráter degenerativo e, portanto, não decorrente de acidente de qualquer natureza, o que obsta a outorga da benesse. - Os requisitos necessários à obtenção de auxílio-acidente devem ser cumulativamente preenchidos, de tal sorte que a não observância de um deles prejudica a análise do pedido relativamente à exigência subsequente. - Apelação da parte autora desprovida. (ApCiv 5347018-09.2020.4.03.9999, Rel. Des. Fed. João Batista Gonçalves, 9ª Turma, DJEN DATA: 18/03/2021)

“CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. JUSTIÇA FEDERAL. COMPETÊNCIA. AUXÍLIO-ACIDENTE. LEI 8.213/1991. DOENÇA DE CARÁTER DEGENERATIVO. BENEFÍCIO INDEVIDO. - Conquanto o autor tenha reportado, ao perito, “que em 1993 sofreu acidente de trabalho com inalação de gases tóxicos (SIC), e que após este episódio começou a ter perda da acuidade visual”, a petição inicial não traz pedido ou causa de pedir de natureza acidentária. - A definição da competência para a causa se estabelece levando em consideração os termos da demanda. Precedentes. - O benefício de auxílio-acidente tem como fato gerador a apresentação, pelo segurado, de decréscimo funcional decorrente de gravames ocasionados por acidente de qualquer natureza, exceção feita às dificuldades auditivas, particular em que se vindica nexo entre o labor desempenhado e a lesão ostentada. - Aplica-se, ao caso, a lei vigente ao tempo do acidente, fato jurídico que enseja o direito ao benefício, por força do princípio *tempus regit actum*. - Na espécie, a doença constatada é de caráter degenerativo e, portanto, não decorrente de acidente de qualquer natureza, o que obsta a outorga da benesse. - Os requisitos necessários à obtenção de auxílio-acidente devem ser cumulativamente preenchidos, de tal sorte que a não observância de um deles prejudica a análise do pedido relativamente à exigência subsequente. - Apelação da parte autora desprovida.” (ApCiv 5347018-09.2020.4.03.9999, Rel. Des. Fed. Daldice Santana,- 9ª Turma, DJEN DATA: 18/03/2020)

“PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-ACIDENTE. ACIDENTE DE QUALQUER NATUREZA. INOCORRÊNCIA. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. AUSÊNCIA DE INCAPACIDADE LABORAL TOTAL. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. BENEFÍCIOS INDEVIDOS. INCAPACIDADE PARA ATIVIDADE HABITUAL. CAPACIDADE LABORAL RESIDUAL. REABILITAÇÃO PROFISSIONAL. DEVIDO AUXÍLIO-DOENÇA. APELAÇÃO DO INSS NÃO PROVIDA. APELAÇÃO DA PARTE AUTORA PARCIALMENTE PROVIDA. - O auxílio-acidente, benefício de natureza indenizatória, é disciplinado pelo art. 86 da Lei n. 8.213/91 e pelo art. 104 do Decreto n. 3.048/99. Nos termos do art. 86 da Lei de Benefícios Previdenciários, com a redação dada pela Lei n. 9.528/97, o benefício “será concedido, como indenização, ao segurado quando, após a consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultarem sequelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia”. - O conceito de “acidente de qualquer natureza ou causa” encontra-se, no artigo 30, parágrafo único, do Decreto nº 3.048/1999. - No caso, considerando a inexistência de um acidente que fundamente a concessão do benefício, impositiva a reforma da sentença neste ponto. - Por outro lado, também se discute o preenchimento dos requisitos para a concessão de benefício por incapacidade à parte autora. São exigidos à concessão dos benefícios: a qualidade de segurado, a carência de doze contribuições mensais - quando exigida, a incapacidade para o trabalho de forma permanente e insuscetível de recuperação ou de reabilitação para outra atividade que garanta a subsistência

(aposentadoria por invalidez) e a incapacidade temporária (auxílio-doença), bem como a demonstração de que o segurado não era portador da alegada enfermidade ao filiar-se ao Regime Geral da Previdência Social. - No caso, a perícia médica concluiu que a parte autora estava parcial e permanentemente incapacitada para o trabalho habitual, ressaltando a possibilidade de exercer atividades compatíveis. - Não patenteada a incapacidade total e definitiva para quaisquer serviços, não é possível a concessão de aposentadoria por invalidez. Devido, entretanto, o auxílio-doença. - Segundo a Lei nº 8.213/91, o segurado com capacidade de trabalho residual deve ser reabilitado, a teor do artigo 62 da Lei de Benefícios, não se admitindo que permaneça décadas recebendo benefício em tais circunstâncias. Deverá ser proporcionada reabilitação profissional à parte autora, serviço a ser concedido *ex vi legis*, pois apresenta capacidade laborativa residual, nos termos da Lei nº 8.213/91. - O benefício é devido desde o requerimento administrativo. Precedentes do STJ. - Quanto à correção monetária, esta deve ser aplicada nos termos da Lei n. 6.899/81 e da legislação superveniente, bem como do Manual de Orientação de Procedimentos para os cálculos na Justiça Federal, aplicando-se o IPCA-E (Repercussão Geral no RE n. 870.947, em 20/9/2017, Relator Ministro Luiz Fux). Contudo, em 24 de setembro de 2018 (DJE n. 204, de 25/9/2018), o Relator da Repercussão Geral, Ministro Luiz Fux, deferiu, excepcionalmente, efeito suspensivo aos embargos de declaração opostos em face do referido acórdão, razão pela qual resta obstada a aplicação imediata da tese pelas instâncias inferiores, antes da apreciação pelo Supremo Tribunal Federal do pedido de modulação dos efeitos da tese firmada no RE 870.947. - Com relação aos juros moratórios, estes são fixados em 0,5% (meio por cento) ao mês, contados da citação, por força dos artigos 1.062 do CC/1916 e 240 do CPC/2015, até a vigência do CC/2002 (11/1/2003), quando esse percentual foi elevado a 1% (um por cento) ao mês, nos termos dos artigos 406 do CC/2002 e 161, § 1º, do CTN, devendo, a partir de julho de 2009, ser utilizada a taxa de juros aplicável à remuneração da caderneta de poupança, consoante alterações introduzidas no art. 1º-F da Lei n. 9.494/97 pelo art. 5º da Lei n. 11.960/09 (Repercussão Geral no RE n. 870.947, em 20/9/2017, Rel. Min. Luiz Fux). - Mantida a condenação do INSS a pagar honorários de advogado, cujo percentual majoro para 12% (doze por cento) sobre a condenação, excluindo-se as prestações vencidas após a data da sentença, consoante súmula nº 111 do Superior Tribunal de Justiça e critérios do artigo 85, §§ 1º, 2º, 3º, I, e 11, do Novo CPC. Todavia, na fase de execução, o percentual deverá ser reduzido, se o caso, na hipótese do artigo 85, § 4º, II, do mesmo código, se a condenação ou o proveito econômico ultrapassar duzentos salários mínimos. - Apelação do INSS conhecida e não provida. Apelação adesiva da parte autora conhecida e parcialmente provida. (ApCiv 5332829-60.2019.4.03.9999, Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS, TRF3 - 9ª Turma, Intimação via sistema DATA: 28/06/2019.)

“PREVIDENCIÁRIO. REMESSA OFICIAL. AUXÍLIO-ACIDENTE. NÃO COMPROVADO A OCORRÊNCIA DE ACIDENTE DE QUALQUER NATUREZA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS. - Sentença condicionada ao reexame necessário. Condenação excedente a 60 (sessenta) salários mínimos. - Preenchidos os requisitos legais previstos no art. 86 da Lei nº 8.213/91 - quais sejam, qualidade de segurado, redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia em decorrência de acidente - é de rigor a concessão do auxílio-acidente. - Ausentes os requisitos necessários para a concessão de auxílio-acidente, pois não se constatou que tenha efetivamente ocorrido acidente de qualquer natureza, cujas sequelas impliquem em redução da capacidade funcional do autor, não se enquadrando no conceito de acidente a descoberta de enfermidade cardíaca. - Remessa oficial e apelação a que se dá provimento, para julgar improcedente o pedido.” (ApelRemNec 0003360-09.2004.4.03.6102, DESEMBARGADORA FEDERAL THEREZINHA CAZERTA, TRF3 - OITAVA TURMA, e-DJF3 Judicial 2 DATA:21/07/2009 PÁGINA: 355.)

No mesmo sentido:

“PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DE AUXÍLIO-ACIDENTE OU APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. LIMITAÇÃO NÃO DECORRENTE DE ACIDENTE. INEXISTÊNCIA DE INCAPACIDADE. AGRICULTOR. PEDIDO IMPROCEDENTE. CUSTAS. HONORÁRIOS. 1. Tendo o laudo atestado a capacidade laborativa do autor, não cabe a concessão de aposentadoria por invalidez, uma vez que ainda pode trabalhar na agricultura, ainda que necessite ele empregar maior esforço para a realização de suas atividades habituais. 2. O auxílio-acidente é devido quando comprovada a existência de seqüela decorrente de acidente de qualquer natureza, bem como a redução da capacidade laborativa do segurado, que lhe dificulta a realização do trabalho. 3. Sendo a limitação de que sofre o autor decorrente de doença, mas não de acidente, é indevida a concessão do auxílio-acidente. 4. Havendo reforma da sentença concessória, a parte autora deve arcar com os honorários advocatícios do procurador do INSS, os quais restam fixados em R\$ 465,00, suspensa a exigibilidade em razão da concessão da Gratuidade Judiciária. 5. As custas processuais devem ser arcadas pela parte autora, suspensa a exigibilidade em razão da concessão da Gratuidade Judiciária.” (g.n.) (TRF4, AC 2009.71.99.004324-8, Turma Suplementar, Relator Luís Alberto D’azevedo Aurvalle, D.E. 05/10/2009)

“DIREITO PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-ACIDENTE. ENQUADRAMENTO COMO ACIDENTE DE QUALQUER NATUREZA. EXPOSIÇÃO A AGENTES EXÓGENOS. INDISPENSABILIDADE TAMBÉM DA ORIGEM TRAUMÁTICA. A mera exposição a agentes exógenos (físicos, químicos ou biológicos) é insuficiente ao enquadramento de um evento no conceito de acidente de qualquer natureza para fins previdenciários, sendo indispensável que este evento também apresente uma origem traumática.” (RECURSO CÍVEL 5013072-05.2019.4.04.7000, NARENDRA BORGES MORALES, TRF4 - QUARTA TURMA RECURSAL DO PR, 27/02/2020.)

“PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-ACIDENTE. REDUÇÃO DA CAPACIDADE LABORATIVA EM CARÁTER. ART. 86 DA LEI N.º 8213/91. DOENÇA AUTOIMUNE. INOCORRÊNCIA DE ACIDENTE. FALTA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. HONORÁRIOS DE SUCUMBENCIA.

1. O benefício de auxílio-acidente é devido quando demonstrados: (a) qualidade de segurado; (b) a superveniência de acidente de qualquer natureza; (c) a redução parcial e permanente da capacidade para o trabalho habitual, e (d) o nexo causal entre o acidente a redução da capacidade.

2. Caso em que se trata de doença autoimune, faltando, portanto, o preenchimento do requisitos “acidente de qualquer natureza”.

3. Não preenchidos os requisitos contidos no artigo 86 da Lei nº 8.213/91, a parte autora não faz jus à concessão do benefício do auxílio-acidente.

4. Improvido o recurso da parte autora, majoro os honorários advocatícios, de 10% para 15% sobre o valor da causa atualizado, considerando as variáveis dos incisos I a IV do § 2º e o § 11, ambos do artigo 85 do CPC.”

(TRF4, AC 5000654-20.2019.4.04.7005, TURMA REGIONAL SUPLEMENTAR DO PR, Relator FERNANDO QUADROS DA SILVA, juntado aos autos em 19/10/2020)

Na hipótese dos autos, não houve acidente de qualquer natureza a ensejar a concessão do auxílio-acidente, considerando que a redução laboral da autora advém de doença autoimune, que não pode ser enquadrada no conceito de acidente de qualquer natureza.

Nessa toada, a interpretação dada pela decisão rescindenda mostrou-se desarrazoada e incoerente com o arcabouço legislativo, ensejando a violação da norma indicada pelo INSS, ao conceder benefício de auxílio-acidente previdenciário fora das hipóteses legais.

Com efeito, releva salientar que a decisão rescindenda violou o artigo 86, da Lei n. 8213/91, a ensejar, em juízo rescindendo, a desconstituição do julgado também com esteio no inciso V, do art. 966, do CPC/15.

Passa-se ao juízo rescisório.

Como já disposto, indevida a concessão de auxílio-acidente previdenciário.

Em seu pedido na ação subjacente, a autora requereu a concessão do auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez.

APOSENTADORIA POR INVALIDEZ E AUXÍLIO DOENÇA

A cobertura do evento invalidez é garantia constitucional prevista no Título VIII, Capítulo II da Seguridade Social, no art. 201, I, da Constituição Federal.

A Lei nº 8.213/91 preconiza, nos arts. 42 a 47, que o benefício previdenciário da aposentadoria por invalidez será devido ao segurado que tiver cumprido o período de carência exigido de 12 (doze) contribuições mensais, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício da atividade que lhe garanta a subsistência e a condição de segurado.

Independente, porém, de carência a concessão do benefício nos casos de acidente de qualquer natureza ou causa e de doença profissional ou do trabalho, bem como ao segurado que, após filiar-se ao Regime Geral da Previdência Social, for acometido das doenças relacionadas no art. 151 da Lei de Benefícios.

Cumpra salientar que a doença ou lesão de que o segurado já era portador ao filiar-se ao Regime Geral da Previdência Social não impede a concessão do benefício na hipótese em que a incapacidade tenha decorrido de progressão ou agravamento da moléstia.

Acerca da matéria, há de se observar o disposto na seguinte ementa:

“PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. CARÊNCIA E QUALIDADE DE SEGURADO NÃO COMPROVAÇÃO. INCAPACIDADE PREEXISTENTE. REFILIAÇÃO.

1- Não é devida a aposentadoria por invalidez à parte Autora que não cumpriu a carência, bem como não demonstrou a manutenção da qualidade de segurado no momento em sobreveio a incapacidade para o trabalho.

2- Incapacidade constatada em perícia médica realizada pelo INSS no procedimento administrativo originado do requerimento de auxílio-doença.

3- Ainda que se considerasse a refiliação da Autora à Previdência pelo período necessário de 1/3 do número de contribuições exigidas para o cumprimento da carência definida para o benefício a ser requerido, esta se deu posteriormente à sua incapacidade.

4- A doença preexistente não legitima o deferimento de aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença, à exceção de quando a incapacidade laborativa resulte progressão ou agravamento do mal incapacitante.

5- A Autora quando reingressou no sistema previdenciário, logrando cumprir a carência exigida e recuperando sua qualidade de segurada, já era portadora da doença e da incapacidade, o que impede a concessão do benefício pretendido, segundo vedação expressa do art. 42, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

6- Apelação da parte Autora improvida. Sentença mantida.”

(TRF3, 9ª Turma, AC nº 2005.03.99.032325-7, Des. Fed. Rel. Santos Neves, DJU de 13/12/2007, p. 614).

É certo que o art. 43, § 1º, da Lei de Benefícios disciplina que a concessão da aposentadoria depende da comprovação da incapacidade total e definitiva mediante exame médico-

-pericial a cargo da Previdência Social. O entendimento jurisprudencial, no entanto, firmou-se no sentido de que também gera direito ao benefício a incapacidade parcial e definitiva para o trabalho, atestada por perícia médica, a qual inabilite o segurado de exercer sua ocupação habitual, tornando inviável a sua readaptação. Tal entendimento traduz, da melhor forma, o princípio da universalidade da cobertura e do atendimento da Seguridade Social.

É que, para efeitos previdenciários, basta a incapacidade permanente que impeça o exercício da atividade laborativa nos moldes ditados pelo mercado de trabalho, evidenciando, dessa forma, padecer o periciando de incapacidade total.

Nesse sentido, destaco acórdão desta E. Corte:

“PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. REQUISITOS: PREENCHIMENTO. NÃO VINCULAÇÃO DO JUIZ AO LAUDO PERICIAL. INVIABILIDADE DE EXERCÍCIO DAS ATIVIDADES HABITUAIS E DE READAPTAÇÃO A OUTRAS. TERMO INICIAL DO BENEFÍCIO. (...)

II - O laudo pericial concluiu pela incapacidade parcial da autora. Porém, o Juiz não está adstrito unicamente às suas conclusões, devendo valer-se de outros elementos para a formação de sua convicção. No caso, corretamente considerada a falta de condições da autora para exercer suas funções habituais de cozinheira, em razão de tenossinovite no punho e problemas de coluna, que levaram-na a perder as forças das mãos, bem como sua idade avançada e as dificuldades financeiras e físicas para exercer outra profissão ou aprender novo ofício. Mantida a sentença que deferiu o benefício da aposentadoria por invalidez à autora.

(...)

IV - Apelações improvidas.”

(9ª Turma, AC nº 1997.03.007667-0, Des. Fed. Rel. Marisa Santos, v.u., DJU de 04.09.2003, p. 327).

É necessário, também, para a concessão da aposentadoria por invalidez o preenchimento do requisito da qualidade de segurado. Mantém essa qualidade aquele que, mesmo sem recolher as contribuições, conserve todos os direitos perante a Previdência Social, durante um período variável, a que a doutrina denominou “período de graça”, conforme o tipo de segurado e a sua situação, nos termos do art. 15 da Lei de Benefícios, a saber:

“Mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições:

I - sem limite de prazo, quem está em gozo de benefício;

II - até 12 (doze) meses após a cessação das contribuições, o segurado que deixar de exercer atividade remunerada abrangida pela Previdência Social ou estiver suspenso ou licenciado sem remuneração;

III - até 12 (doze) meses após cessar a segregação, o segurado acometido de doença de segregação compulsória;

IV - até 12 (doze) meses após o livramento, o segurado retido ou recluso;

V - até 3 (três) meses após o licenciamento, o segurado incorporado às Forças Armadas para prestar serviço militar;

VI - até (seis) meses após a cessação das contribuições, o segurado facultativo.”

É de se observar, ainda, que o §1º do supracitado artigo prorroga por 24 meses tal período de graça aos que contribuíram por mais de 120 meses.

Em ambas as situações, restando comprovado o desemprego do segurado perante o órgão do Ministério de Trabalho ou da Previdência Social, os períodos serão acrescidos de mais 12 meses.

Convém esclarecer que, conforme disposição inserta no §4º do art. 15 da Lei nº 8.213/91, c.c. o art. 14 do Decreto Regulamentar nº 3.048/99, com a nova redação dada pelo Decreto nº 4.032/01, a perda da qualidade de segurado ocorrerá no 16º dia do segundo mês seguinte ao término do prazo fixado no art. 30, II, da Lei nº 8.212/91 para recolhimento da contribuição, acarretando, consequentemente, a caducidade do direito pretendido.

Goza de presunção legal e veracidade juris tantum a atividade devidamente registrada em carteira de trabalho, e prevalece se provas em contrário não são apresentadas. Ademais, as cópias simples dos registros na Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS possuem a mesma eficácia probatória do documento particular, conforme preconiza o art. 367 do CPC.

O benefício de auxílio-doença, por sua vez, é devido ao segurado que tiver cumprido o período de carência exigido de 12 contribuições mensais e for considerado temporariamente incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual, por mais de 15 dias consecutivos e possuir a condição de segurado (arts. 59 a 63 da Lei de Benefícios).

Cumprе salientar, ainda, que o benefício acima referido é um “minus” em relação à aposentadoria por invalidez, a qual sendo concedida não gera cumulação, mas sim cessação daquele.

DO CASO DOS AUTOS

Restou comprovada a carência e a qualidade de segurada, pois, conforme extrato do CNIS de fls. 50, id 132079558, a autora possuía vínculo empregatício de 21.09.12 a 19.12.12, verteu contribuições ao sistema, na condição de contribuinte individual, nos interregnos de 01.12.06 a 31.12.06, 01.09.07 a 31.12.08, 01.02.09 a 31.12.10, 01.04.11 a 30.04.11, 01.09.12 a 30.09.12, e, na condição de contribuinte facultativo, de 01.07.13 a 31.08.14, 01.01.15 a 31.10.16 e 01.09.17 a 31.01.18 e percebeu auxílios-doença previdenciário de 09.01.13 a 29.5.13, 04.10.16 a 10.4.17 e salário-maternidade de 19.8.14 a 16.12.14.

O laudo médico pericial datado de 6/12/2017 (fls. 35/43, id 132079558), atestou que a autora é portadora de artrite reumatoide e apresenta incapacidade parcial e permanente e não pode mais exercer sua função habitual de fisioterapeuta desde o início da incapacidade em 28.02.12, que decorreu da progressão da doença, podendo trabalhar em outra atividade, como de auxiliar administrativo, a título de exemplo.

Tais considerações sinalizam a possibilidade de reabilitação profissional, sendo devido o auxílio-doença, cuja cessação está condicionada à reabilitação da segurada (art. 62, §1º, LB).

Em face de todo o explanado, a parte autora faz jus ao benefício de auxílio-doença com reabilitação profissional, em valor a ser calculado pelo INSS.

Saliento, por oportuno, que é devido o abono anual, nos termos dos arts. 201, §6º, da Constituição Federal e 40 da Lei nº 8.213/91 aos aposentados e pensionistas, tendo por base o valor dos proventos do mês de dezembro.

REJULGAMENTO DA CAUSA ORIGINÁRIA

Não obstante o INSS, na presente ação rescisória, tenha requerido o novo julgamento da causa no sentido da improcedência do pedido, tenho que no âmbito do rejulgamento da causa originária, é possível a condenação do INSS em benefício mais vantajoso ao segurado, não havendo que se falar em julgamento extra petita.

Nesse passo, no âmbito do novo julgamento da causa, este está adstrito ao pedido na ação subjacente e não ao pedido na ação rescisória, respeitando-se os limites objetivos e subjetivos da lide originária. Confira-se:

“Limite do julgamento da rescisória. Não é rescindível sentença para se dar mais do que foi pedido na ação de origem (STJ, 3ª, T. EDclResp 10075-ES, rel. Min. Dias Trindade, j. 12.8.1991, DJU 9.9.1991, p., 12199)” (g.n.), *in* Cód. Proc. Civil Comentado e leg. extravagante, Nelson Nery Jr, 8ªed. , 2004, p. 916)

Com efeito, o pedido da ação subjacente deve ser julgado parcialmente procedente para conceder à autora o benefício de auxílio-doença com reabilitação profissional, com os consectários especificados.

TERMO INICIAL

O termo inicial do benefício, quando o segurado recebia auxílio-doença e teve o mesmo cessado pela Autarquia Previdenciária, deve ser o dia imediatamente posterior ao da interrupção, ou seja, 11.04.17 (fl. 50, id 132079558), pois o Instituto já reconhecia a incapacidade do requerente, compensando-se os valores eventualmente pagos a título de auxílio-doença ou outro benefício cuja cumulação seja vedada por lei (art. 124 da Lei 8.213/1991 e art. 20, § 4º, da Lei 8.742/1993) após a data de início do benefício concedido nesta ação.

VALORES RECEBIDOS DE BOA-FÉ

Considerando que a ré faz jus à concessão de auxílio-doença, os valores pagos a título de auxílio-acidente devem ser compensados nos valores devidos a título de auxílio-doença, ficando prejudicada a análise da alegação de recebimento de valores de boa-fé.

CONSECTÁRIOS

JUROS DE MORA

Conforme disposição inserta no art. 219 do Código de Processo Civil 1973 (atual art. 240 Código de Processo Civil - Lei nº 13.105/2015), os juros de mora são devidos a partir da citação na ordem de 6% (seis por cento) ao ano, até a entrada em vigor da Lei nº 10.406/02, após, à razão de 1% ao mês, consonante com o art. 406 do Código Civil e, a partir da vigência da Lei nº 11.960/2009 (art. 1º-F da Lei 9.494/1997), calculados nos termos deste diploma legal.

CORREÇÃO MONETÁRIA

A correção monetária deve ser aplicada em conformidade com a Lei n. 6.899/81 e legislação superveniente (conforme o Manual de Cálculos da Justiça Federal), observados os termos da decisão final no julgamento do RE n. 870.947, Rel. Min. Luiz Fux.

DA APLICAÇÃO ÚNICA DA SELIC A PARTIR DA EC Nº 113, DE 08/12/2021

Desde o mês de promulgação da Emenda Constitucional nº 113, de 08/12/2021, a apuração do débito se dará unicamente pela Taxa SELIC, mensalmente e de forma simples, nos termos do disposto em seu artigo 3º, ficando vedada a incidência da Taxa SELIC cumulada com juros e correção monetária.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Em razão da sucumbência recíproca e proporcional das partes, condeno a ré ao pagamento de honorários advocatícios no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais) e o INSS ao pagamento de R\$ 500,00 (quinhentos reais), em conformidade com o disposto no art. 85, §8º, do Código de Processo Civil.

DISPOSITIVO

Diante do exposto, julgo procedente o pedido deduzido na presente ação rescisória para desconstituir o julgado proferido nos autos da ação de nº 1006703-34.2017.8.26.0292, que tramitou perante a 2ª Vara da Comarca de Jacareí-SP, com fundamento no inciso V, do art. 966,

do Código de Processo Civil e, em novo julgamento, julgo parcialmente procedente o pedido formulado na ação subjacente para condenar o INSS a conceder à Melissa Aparecida Gonçalves Pimentel o benefício de auxílio-doença, com reabilitação profissional, desde a cessação do auxílio-doença em 11.04.17, fixados os consectários legais na forma acima fundamentada.

Tendo em vista que os autos subjacentes tramitaram perante o Juízo 2ª Vara da Comarca de Jacaréi-SP, oficie-se àquele Juízo, após o trânsito em julgado da presente decisão, dando-lhe ciência do inteiro teor do acórdão.

Com o trânsito em julgado, arquivem-se os autos.

É o voto.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL

5226695-72.2020.4.03.9999

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Agravada: R. DECISÃO ID 168076632

Interessado: ADÃO JOSÉ CARDOSO

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SÉRGIO NASCIMENTO

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 17/12/2021

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. AGRAVO INTERNO. PENSÃO POR MORTE. JULGAMENTO PELO ÓRGÃO COLEGIADO. POSSIBILIDADE. FILHO INVÁLIDO. INCAPACIDADE APÓS MAIORIDADE. RECONHECIMENTO DO DIREITO. PRECEDENTES DO E. STJ E DESTA CORTE. CONDIÇÃO DE DEPENDENTE CONFIGURADA.

I - O julgamento monocrático atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, ambos contemplados na nova sistemática processual civil, sendo passível de controle por meio de agravo interno, nos termos do artigo 1.021 do CPC, cumprindo o princípio da colegialidade. Ademais, a questão restou superada no presente caso, em razão da apresentação do recurso para julgamento colegiado.

II - Os documentos médicos acostados aos autos demonstram, à saciedade, que o autor se encontrava acometido de enfermidades incapacitantes à época do falecimento de seu genitor, devendo ser reconhecida a sua condição de dependente inválido.

III - A jurisprudência vem consolidando entendimento no sentido de que é irrelevante, para fins de concessão do benefício de pensão por morte, o momento em que a incapacidade para o labor tenha surgido, ou seja, se antes da maioridade ou depois, fazendo-se necessário comprovar, tão somente, a situação de invalidez antes do evento morte e a manutenção da dependência econômica para com seus genitores. Precedentes do e. STJ e desta Corte.

IV - O fato de o demandante ser titular de aposentadoria por invalidez desde 08.05.1997, no valor de um salário mínimo, não infirma a sua condição de dependente econômico, uma vez que não se faz necessário que essa dependência seja exclusiva, podendo, de toda sorte, ser concorrente.

V - Agravo (CPC, art. 1.021) interposto pelo INSS desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Décima Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento ao agravo interno do INSS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal Sérgio Nascimento (Relator): Trata-se de agravo interno previsto no art. 1.021 do CPC interposto pelo INSS, em face de decisão monocrática que, nos termos do art. 932, do CPC, deu provimento à apelação do autor para julgar procedente o pedido, condenando o INSS a conceder-lhe o benefício de pensão por morte em decorrência do óbito de Augusto Gomes Cardoso, a partir da data do requerimento administrativo (16.06.2015).

Em suas razões de inconformismo recursal, o INSS alega não ser cabível o julgamento monocrático, havendo a necessidade de decisão colegiada para o caso concreto. Sustenta que, pelo advento da idade de 21 anos ou pela emancipação ocorre a perda da qualidade de dependente do filho, salvo se for inválido ou com deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave e desde que a invalidez ocorra antes do advento da idade de 21 anos ou da emancipação; que uma vez perdida a qualidade de dependente, não é possível readquiri-la em razão de fato superveniente (incapacidade/invalidez), por ausência de previsão legal; que a parte autora não tinha qualidade de dependente quando do óbito do segurado falecido, portanto, não faz jus ao benefício pretendido. Requer, pois, seja reconsiderada a decisão ou, se assim não entender, seja o presente recurso levado a julgamento pela Turma, protestando pelo prequestionamento da matéria ventilada.

Intimada na forma do artigo 1.021, § 2º, do CPC, a parte agravada apresentou contraminuta ao recurso.

É o relatório.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

VOTO

O presente recurso não merece provimento.

Como restou expressamente consignado na decisão agravada, o julgamento monocrático atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, ambos contemplados na nova sistemática processual civil, sendo passível de controle por meio de agravo interno, nos termos do artigo 1.021 do CPC, cumprindo o princípio da colegialidade.

Ademais, a questão restou superada no presente caso, em razão da apresentação do recurso para julgamento colegiado.

De outra parte, o presente recurso não merece prosperar.

O ora agravante questiona a condição de dependente do autor, na medida em que a sua situação de invalidez deveria estar presente antes de atingir a maioridade ou a emancipação, o que não teria se verificado nos presentes autos.

No caso em tela, objetiva o autor a concessão do benefício previdenciário de Pensão por Morte, na qualidade de filho inválido de Augusto Gomes Cardoso, falecido em 14.09.2014, conforme certidão de óbito apresentada.

A qualidade de segurado do *de cujus* é incontroversa, uma vez que era titular do benefício de aposentadoria por idade à época do evento morte, conforme se verifica do extrato do CNIS acostado aos autos.

A cédula de identidade apresentada revela a relação de filiação entre o autor e o *de cujus*.

De outro giro, a concessão de aposentadoria por invalidez ao autor no âmbito administrativo, com DIB em 08.05.1997, implica o reconhecimento pela própria autarquia previdenciária da condição de inválido do autor em momento anterior ao óbito.

Outrossim, há nos autos laudo médico pericial, datado de 12.06.2019, dando conta de que o ora demandante é portador de transtorno mental orgânico possivelmente associado a síndrome neurológica de etiologia incerta, atrofia cerebral, apresentando sintomas de retardo mental leve a moderado, apresentando incapacidade laborativa total e permanente, com dependência de terceiros para as atividades da vida diária, desde 11.04.1995 (Id 129911181).

Ademais, do cotejo do endereço constante na certidão de óbito com aquele declinado na inicial e cadastros no CNIS, verifica-se que o autor residia com o genitor (Rua das Flores, n. 105, casa 02, Atibaia/SP) na data do evento morte.

Assim sendo, considerando que o demandante já era incapaz na época do falecimento de seu genitor, é de se reconhecer a manutenção de sua condição de dependente inválido.

Cumprido destacar que o que justifica a concessão do benefício de pensão por morte é a situação de invalidez da autora e a manutenção de sua dependência econômica para com sua genitora, sendo irrelevante o momento em que a incapacidade para o labor tenha surgido, ou seja, se antes da maioridade ou depois. Nesse sentido, é o julgado do e. STJ, cuja ementa abaixo transcrevo:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. IRMÃO MAIOR E INVÁLIDO. MORBIDADE PSÍQUICA - ESQUIZOFRENIA PARANOIDE. DOENÇA GRAVE - HIV. INVALIDEZ SUPERVENIENTE À MAIORIDADE. IRRELEVÂNCIA. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA COMPROVADA. EXCESSO DE PODER REGULAMENTAR. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Cuida-se, na origem, de demanda em que busca o autor, ora recorrente, a concessão de pensão previdenciária decorrente da morte de sua irmã.

2. O Tribunal *a quo* consignou: “(...) embora a parte autora tenha demonstrado que há relação de dependência com a de cujus, não comprovou sua invalidez no período anterior à maioridade” (fl. 485, e-STJ, grifo acrescentado).

3. No Direito brasileiro os chefes do Poder Executivo podem regulamentar a lei por meio de Decreto, facultando-se, ademais, à autoridade administrativa editar atos normativos administrativos gerais - como Portarias e Resoluções - com o intuito de disciplinar e instrumentalizar a boa aplicação da legislação que lhes é superior. Em ambos os casos as normas administrativas editadas não precisam, pois seria desperdício de tempo e papel, repetir, palavra por palavra, o que está na lei, desde que respeitem seus limites, principiologia, estrutura e objetivos. No que tange a essas normas administrativas, plenamente compatíveis com o regime constitucional brasileiro, cabe detalhar as obrigações e direitos estabelecidos na lei.

4. O artigo 108 do Decreto 3.048/1991 extrapolou o poder regulamentar, pois criou um requisito para a concessão do benefício de pensão por morte ao filho ou irmão inválido, qual seja: que a invalidez ocorra antes dos vinte e um anos de idade.

5. É irrelevante o fato de a invalidez ter sido após a maioridade do postulante, uma vez que, nos termos do artigo 16, inciso III c/c parágrafo 4º, da Lei 8.213/91, é devida a pensão por morte, comprovada a dependência econômica, ao irmão inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente.

6. Alinhado a esse entendimento, há precedentes do STJ no sentido de que, em se tratando de dependente maior inválido, basta a comprovação de que a invalidez é anterior ao óbito do segurado. Nesse sentido: AgRg no AREsp 551.951/SP, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 24/4/2015, e AgRg no Ag 1.427.186/PE, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 14/9/2012.

(STJ; REsp 1551150; 2ª Turma; Rel. Ministro Herman Benjamin; j. 13.10.2015; DJe 21.03.2016)

Nessa linha, destaco precedente desta Corte (TRF – 3ª Região; AC. N. 5056455 – 21.2018.4.03.9999; 9ª Turma; Rel. Desembargadora Federal Marisa Santos; j. 05.11.2019; DJF3 11.11.2019).

Outrossim, é de se observar que o fato de o demandante ser titular de aposentadoria por invalidez desde 08.05.1997, no valor atualizado de R\$ 1.100,00 (um mil e cem reais), não infirma a sua condição de dependente econômico, uma vez que não se faz necessário que essa dependência seja exclusiva, podendo, de toda sorte, ser concorrente. No caso concreto, o valor do benefício é igual a um salário mínimo.

Nesse diapasão, confira-se julgado deste Tribunal:

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. PENSÃO POR MORTE. LEI Nº 8.213/91. FILHO MAIOR INVÁLIDO. INCAPACIDADE ANTERIOR AO ÓBITO DA GENITORA.

I - Em matéria de pensão por morte, o princípio segundo o qual tempus regit actum impõe a aplicação da legislação vigente na data do óbito do segurado.

II - Considerando que o falecimento ocorreu em 14.04.2017, aplica-se a Lei nº 8.213/91.

III - A qualidade de segurada da falecida está comprovada, eis que era beneficiária de aposentadoria por idade.

IV - A condição de dependente do autor é a questão controvertida neste processo.

V - Na data do óbito do genitor, o autor tinha 39 anos. Dessa forma, deveria comprovar a condição de inválido, conforme dispõe o art. 15, I, da Lei nº 8.213/91, para ser considerado dependente da falecida e ter direito à pensão por morte.

VI - Comprovada a condição de filho inválido na data do óbito, o autor tem direito à pensão por morte pelo falecimento da genitora.

VII - A Lei nº 8.213/91 exige que a prova da invalidez se dê no momento do óbito, e não antes do advento da maioridade ou emancipação.

VIII - O indeferimento do benefício por ter a invalidez ocorrido depois de completados 21 anos de idade ou por ter o dependente exercido atividade laboral que lhe deu direito à cobertura previdenciária de aposentadoria por invalidez configura critério de distinção que não tem amparo legal, valendo a regra interpretativa de que “onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete distinguir.”

IX - Termo inicial do benefício mantido na data do óbito, nos termos do art. 74, I, da Lei nº 8.213/91.

X - Os consectários legais não foram objeto de impugnação.

XI - Apelação improvida.

(TRF – 3ª Região; AC. N. 5056455 – 21.2018.4.03.9999; 9ª Turma; Rel. Desembargadora Federal Marisa Santos; j. 05.11.2019; DJF3 11.11.2019)

Resta, pois, evidenciada a condição de dependente do autor em relação ao seu genitor, como filho inválido, fazendo jus ao benefício de pensão por morte ora vindicado.

Diante do exposto, *nego provimento ao agravo (CPC, art. 1.021) interposto pelo INSS.*

É o voto.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
5271187-52.2020.4.03.9999

Apelante: K. H. D. P. B.

Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO NILSON LOPES

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 17/12/2021

EMENTA

PROCESSO CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-RECLUSÃO. ART. 8º DA LEI Nº 8.213/91. FUGA. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO DO RECLUSO (ART. 117, § 2º, DO DECRETO 3.048/1999 E ART. 15, IV, DA LEI 8.213/1991). NÃO OCORRÊNCIA. BENEFÍCIO DEVIDO.

- O auxílio-reclusão, previsto no art. 8º da Lei nº 8.213/91, constitui benefício previdenciário, nas mesmas condições da pensão por morte, devido aos dependentes de segurados de baixa renda que se encontram encarcerados.

- A qualidade de segurado é indispensável para que os dependentes possam ter direito à percepção do benefício em comento.

- No caso de fuga, o pagamento do benefício deve ser suspenso. Recapturado o segurado, será restabelecido o pagamento do benefício, a contar da data da nova prisão, caso mantida a qualidade de segurado, nos termos do art. 117, § 2º, do Decreto 3.048/1999.

- No caso dos autos, a fuga ocorreu em 20/10/2018, e a recaptura do segurado, em 16/04/2019. Assim, nos termos do art. 15, IV, da Lei 8.213/91, restou preenchido o requisito qualidade de segurado.

- Agravo Interno não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo interno do INSS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Juiz Federal Convocado NILSON LOPES - Relator

RELATÓRIO

O Senhor Juiz Federal Convocado Nilson Lopes (Relator): Trata-se de agravo interno interposto pelo INSS contra decisão monocrática (Id 152661731) que deu provimento à apelação da parte autora para, reformando a sentença, condenar o INSS a conceder-lhe o benefício de auxílio-reclusão.

Alega a autarquia previdenciária, ora agravante, que tratando-se de preso foragido, não se aplica a regra de manutenção da qualidade de segurado por 12 meses a partir do livramento, nos termos do art. 15, IV, da Lei nº 8.213/91, pugnando que seja seu recurso reconhecido

e provido em juízo de retratação ou por meio de decisão do órgão colegiado. Aduz, por fim, a necessidade de prequestionar pontos do processo para fins de interposição futura de recursos para as instâncias superiores.

Vista à parte contrária, nos termos do artigo 1021, §2º, do Código de Processo Civil, com apresentação de contraminuta.

Ciente o Ministério Público Federal.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado NILSON LOPES - Relator

VOTO

O Senhor Juiz Federal Convocado Nilson Lopes (Relator): Recebo o presente recurso, haja vista que tempestivo, nos termos do artigo 1.021 do Código de Processo Civil.

Trata-se de agravo interno interposto contra a r. decisão monocrática que deu provimento à apelação da parte autora para, reformando a sentença, condenar o INSS a conceder-lhe o benefício de auxílio-reclusão.

O auxílio-reclusão constitui benefício previdenciário devido aos dependentes de segurados de baixa renda que se encontram encarcerados, a fim de garantir-lhes a subsistência enquanto o segurado mantiver-se na prisão, sendo tratado pela Lei nº 8.213/91, que estabelecia, à época da prisão, *in verbis*:

“Art. 80. O auxílio-reclusão será devido, nas mesmas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado recolhido à prisão, que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, de aposentadoria ou de abono de permanência em serviço.”

O presente recurso não merece provimento.

Objetiva a parte autora com a presente demanda a condenação do INSS ao pagamento do benefício de auxílio-reclusão, em razão do encarceramento do Sr. Jefferson Bruno Pereira Borges.

A certidão (Id 134587993 - Pág. 1-3) demonstra o recolhimento prisional em 24/02/2007 até 20/10/2018, quando houve abandono (fuga), havendo novo recolhimento à prisão em 16/04/2019 (Id. 134587993 - Pág. 1-3).

Dispõe o § 1º do artigo 116 do Decreto nº 3.048 de 06 de maio de 1999 que “*é devido o auxílio-reclusão aos dependentes do segurado quando não houver salário-de-contribuição na data do seu efetivo recolhimento à prisão, desde que mantida a qualidade de segurado.*”

Por sua vez, no caso de fuga, o pagamento do benefício deve ser suspenso. Recapturado o segurado, será restabelecido o pagamento do benefício a contar da data da nova prisão, caso mantida à qualidade de segurado, nos termos do art. 117, § 2º, do do Decreto 3.048/1999:

“Art. 117. O auxílio-reclusão será mantido enquanto o segurado permanecer detento ou recluso. (...)”

§ 2º No caso de fuga, o benefício será suspenso e, se houver recaptura do segurado, será restabelecido a contar da data em que esta ocorrer, desde que esteja ainda mantida a qualidade de segurado.

(...)”.

No caso dos autos, a fuga ocorreu em 20/10/2018, e a recaptura do segurado, em 16/04/2019. Assim, nos termos do art. 15, IV, da Lei 8.213/91, restou preenchido o requisito qualidade de segurado.

Quanto à intenção do agravante de viabilizar a interposição de recursos excepcionais, anoto que, para efeitos de prequestionamento, mostra-se desnecessário a citação expressa de todos os dispositivos legais e/ou constitucionais invocados.

Nesse sentido precedente do colendo Supremo Tribunal Federal:

PROCESSUAL CIVIL. PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF.

I - “O que, a teor da Súm. 356, se reputa carente de prequestionamento é o ponto que, indevidamente omitido pelo acórdão, não foi objeto de embargos de declaração; mas, opostos esses, se, não obstante, se recusa o Tribunal a suprir a omissão, por entendê-la inexistente, nada mais se pode exigir da parte, permitindo-se-lhe, de logo, interpor recurso extraordinário sobre a matéria dos embargos de declaração e não sobre a recusa, no julgamento deles, de manifestação sobre ela” (RE 210.638/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 19/6/1998).

II - Agravo regimental improvido.

(AI-AgR 648760; 1ª. Turma; relator Ministro RICARDO LEWANDOWSKI; j. 06.11.2007; DJ 30/11/2007).

No mais, doutrina e jurisprudência têm admitido o chamado prequestionamento implícito, ou seja, quando o acórdão recorrido não faz menção expressa ao artigo de lei que contém a informação com base na qual se decidiu.

PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SUBSTABELECIMENTO. CÓPIA SIMPLES. ADMISSÃO. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. POSSIBILIDADE. DISSÍDIO NOTÓRIO. LICITUDE NA COBRANÇA DESDE QUE NÃO CUMULADA COM JUROS REMUNERATÓRIOS, CORREÇÃO MONETÁRIA OU ENCARGOS DA MORA. JUROS REMUNERATÓRIOS. LIMITAÇÃO. AFASTAMENTO.

1 - Não é óbice para o conhecimento do recurso especial a falta de autenticação das cópias de procuração e de substabelecimento acostadas aos autos, tendo em vista a presunção de veracidade das cópias juntadas e não impugnadas oportunamente.

2- Para o atendimento do requisito do prequestionamento, é desnecessário que o acórdão recorrido mencione expressamente os preceitos legais tidos como contrariados nas razões do Recurso Especial, sendo suficiente que a questão federal tenha sido apreciada pelo Tribunal local.

3 - As exigências de natureza formal para o conhecimento do Recurso Especial pela alínea “c” do permissivo constitucional devem ser mitigadas quando se cuidar de dissídio notório, manifestamente conhecido do Tribunal.

4 - Admite-se a cobrança da comissão de permanência no período da inadimplência, calculada pela taxa média de mercado e limitada à taxa contratada, não podendo, porém, o encargo ser cumulado com correção monetária, juros moratórios, multa contratual ou juros remuneratórios.

5 - Esta Corte pacificou o entendimento no sentido de que, com a edição da Lei 4.595/64, não se admite a limitação de juros remuneratórios nos contratos celebrados com instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, (súmula 596/STF), salvo nas hipóteses previstas em legislação específica.

6 - AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

(AGRESP 200801961208; relator Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO; j. 17/02/2011; DJE DATA:23/02/2011).

Acresce relevar que em sede de agravo, ora sob análise, a autarquia previdenciária não trouxe argumentos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada.

Diante do exposto, **NEGO PROVIMENTO AO AGRAVO INTERNO DO INSS**, na forma da fundamentação.

É o voto.

Juiz Federal Convocado NILSON LOPES - Relator

AGRAVO EM APELAÇÃO CÍVEL

5271811-04.2020.4.03.9999

Agravado / Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Agravantes / Apelados: ROSANA APARECIDA LOZANO, M. E. M. R.

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 03/02/2022

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. DECISÃO MONOCRÁTICA. AGRAVO INTERNO (LEGAL). ART. 932, DO NOVO CPC. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. NÃO INCIDÊNCIA. MANUTENÇÃO DO JULGADO AGRAVADO.

1. Inicialmente, que na anterior sistemática processual prevista no artigo 557, “caput”, do Código de Processo Civil, o relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. E, ainda, consoante o § 1º-A do mesmo dispositivo se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

2. Com o Novo Código de Processo Civil, entre outros recursos, estão previstos o recurso de agravo de instrumento (art. 1.015) recurso de agravo interno (art. 1.021). No presente caso, trata-se de agravo interno interposto face a decisão monocrática proferida pelo Relator.

3. Do conjunto probatório dos autos, não restou demonstrada a dependência econômica, entre a agravante e o falecido. As provas dos autos evidenciam que a agravante possui um patrimônio expressivo, de modo a descaracterizar sua dependência financeira face ao “de cujus”. Ademais disso, o “de cujus” deixou filha menor (incapaz), demonstrando sua incontestável dependência econômica em relação ao pai.

4. A parte agravante não trouxe subsídios suficientes para afastar a aplicação do art. 932, III/IV, Novo CPC, merecendo frisar que a decisão não padece de qualquer ilegalidade ou abuso de poder, estando seus fundamentos em consonância com a jurisprudência pertinente à matéria devolvida a este E. Tribunal.

5. Agravo interno não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Oitava Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento ao agravo interno (legal), nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno (legal) por Rosana Aparecida Lozano, com fulcro no art. 1.021 do Novo CPC, em face da decisão de ID. 165637113, que negou provimento ao recurso de apelação.

Alega a agravante, em síntese, que preenche os requisitos legais para a concessão do benefício de pensão por morte, por tratar-se de dependente econômica de seu companheiro.

Requer a reconsideração da decisão agravada, ou a submissão do recurso a julgamento pela Turma.

Sem contraminuta.

É o relatório.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

VOTO

Vale registrar, inicialmente, que na anterior sistemática processual prevista no artigo 557, “caput”, do Código de Processo Civil, o relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. E, ainda, consoante o § 1º-A do mesmo dispositivo se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

Com a vigência do Novo Código de Processo Civil, o art. 932 assim prevê:

Art. 932. Incumbe ao relator:

I - dirigir e ordenar o processo no tribunal, inclusive em relação à produção de prova, bem como, quando for o caso, homologar autocomposição das partes;

II - apreciar o pedido de tutela provisória nos recursos e nos processos de competência originária do tribunal;

III - *não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida;*

IV - *negar provimento a recurso que for contrário a:*

a) *súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;*

b) *acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;*

c) *entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;*

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) *súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;*

b) *acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;*

c) *entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;*

VI - decidir o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, quando este for instaurado originariamente perante o tribunal;

VII - determinar a intimação do Ministério Público, quando for o caso;

VIII - exercer outras atribuições estabelecidas no regimento interno do tribunal.

Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível.

No Novo Código de Processo Civil, entre outros recursos, estão previstos o recurso de agravo de instrumento (art. 1.015) recurso de agravo interno (art. 1.021).

No presente caso, trata-se de agravo interno interposto face a decisão monocrática proferida pelo Relator(a).

A decisão agravada foi proferida nestes termos:

“Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença (28/11/19) proferida em ação movida em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS objetivando a concessão do benefício de pensão por morte.

A r. sentença julgou improcedente o pedido (ausência de dependência econômica).

Alega a autora (apelante) estar comprovada a qualidade de dependente (união estável), demonstrando a convivência pelo período de 2005 a 05/01/17, um dos requisitos legais necessários à concessão do benefício. Requer a reforma da r. sentença. [id. 134720869]

Com contrarrazões da corré Manuely.

Parecer do Ministério Público Federal pelo não provimento da apelação.

Decido.

De início, observo que a r. sentença impugnada foi proferida na vigência do CPC/2015.

Considerando presentes os requisitos estabelecidos na Súmula/STJ nº 568, assim como, por interpretação sistemática e teleológica, nos artigos 1º a 12º, c.c o artigo 932, todos do Código de Processo Civil/2015, concluo que no caso em análise é plenamente cabível decidir-se monocraticamente, mesmo porque o julgamento monocrático atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, sendo ainda passível de controle por meio de agravo interno (artigo 1.021 do CPC/2015), cumprindo o princípio da colegialidade. Feita essa breve introdução, passo à análise do caso concreto.

Do mérito.

A pensão por morte, benefício devido ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, está disciplinada pela Lei nº 8.213/1991, nos artigos 74 a 79, cujo *termo inicial*, previsto no artigo 74, com a redação dada pela Lei nº 9.528/97, é fixado conforme a *data do requerimento*, da seguinte forma: (i) *do óbito*, quando requerida até trinta dias depois deste; (ii) *do requerimento*, quando requerida após o prazo previsto no inciso anterior; (iii) *da decisão judicial*, no caso de morte presumida.

Deve-se atentar, sobre o tema, ao que prescreve a súmula 340, do STJ, no sentido de que o termo inicial das pensões decorrentes de *óbitos anteriores à vigência da Lei nº 9.528/97* é sempre a *data do óbito* do segurado porque se aplicam as normas então vigentes.

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar os RREE 415.454 e 416.827, Pleno, 8.2.2007, Gilmar Mendes, entendeu que o benefício previdenciário da *pensão por morte deve ser regido pela lei vigente à época do óbito* de seu instituidor.

O artigo 16, da Lei 8.213/91, enumera as pessoas que são beneficiárias da Previdência Social, na condição de *dependentes do segurado*:

Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave;

(...)

§ 3º Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o § 3º do art. 226 da Constituição Federal.

§ 4º A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada.

Nota-se que, nos termos do § 4º do artigo em questão, é imperioso que os beneficiários comprovem a dependência econômica em relação ao instituidor do benefício, sendo que em relação às pessoas discriminadas no inciso I, a dependência é presumida. Tal *condição de dependente*, cumpre sublinhar, deve ser *aferida no momento do óbito do instituidor*, já que é com o falecimento que nasce o direito.

Conforme a lição de FREDERICO AMADO (*In* “Direito e Processo Previdenciário Sistematizado”, 4ª edição, 2013, Editora Jus Podivm, p. 658-659), “também serão dependentes preferenciais o parceiro homoafetivo e o ex-cônjuge ou companheiro(a) que perceba alimentos” (...) assim como “o *cônjuge separado de fato*”, *mas este sem a presunção de dependência econômica*. Com relação ao filho e ao irmão do instituidor, ressalta que o benefício só será devido quando a “invalidez tenha ocorrido antes da emancipação ou de completar a idade de vinte e um anos, desde que reconhecida ou comprovada, pela perícia médica do INSS, a continuidade da invalidez até a data do óbito do segurado”.

Nos termos do art. 26, I, da Lei 8.213/91, o deferimento de pensão por morte independe do cumprimento de carência, mas é necessário que o óbito tenha ocorrido enquanto o trabalhador tinha qualidade de segurado, salvo se preenchidos todos os requisitos para a concessão da aposentadoria.

Contudo, após a edição da Medida Provisória nº 664, de 30 de dezembro de 2014, posteriormente convertida na Lei nº 13.135, de 17 de junho de 2015, voltou a ser exigida uma *carência mínima de 18 (dezoito) contribuições mensais*, exclusivamente no caso da pensão destinada a cônjuge ou companheiro, nos termos da atual redação do art. 77, Inc. V, *caput*, da Lei 8.213/1991. Caso esta carência não tenha sido cumprida, ou caso o casamento ou união estável tenham se iniciado menos de dois anos antes da morte do segurado, somente poderá ser concedida pensão provisória, pelo prazo de quatro meses, conforme alínea “b” do referido inciso. O *termo final* do benefício em questão, está previsto no parágrafo 2º do artigo 77, da Lei 8.213/91, sendo que a atual redação inovou ao estabelecer *prazos para a cessação da pensão ao cônjuge ou companheiro*, conforme a idade do dependente na época do óbito do segurado, estabelecidos na alínea “c”.

O caso vertente não está sujeito aos novos requisitos legais previstos na Lei nº 8.213, com nova redação dada pela Lei nº 13.135, artigo 77, por se tratar de óbito ocorrido anteriormente a 18/06/15.

Do caso dos autos.

Na hipótese, o falecimento de Ivo Donizete Rufato ocorreu em 05/01/17 (divorciado, aos 60 anos) conforme Certidão de Óbito. Houve requerimento administrativo apresentado em 14/01/19.

A controvérsia reside na qualidade de dependente da parte autora em relação ao segurado falecido, na condição de companheira.

Verifica-se do Extrato Dataprev que a existência de uma dependente menor incapaz (Manuely Eduarda Massulo Rufato - nasc. 17/04/2005) filha do falecido, a quem fora inicialmente concedida a pensão por morte com DIB em 05/01/17.

A exordial foi instruída com documentos, a saber, pessoais, fotografias, Sentença Declaratória de Reconhecimento da União Estável entre a autora e o “de cujus” durante o período de março de 2005 a 05/01/17, Declaração de Imposto de Renda da Autora [id. 134720750].

Observa-se do Imposto de Renda que a apelante possui patrimônio no valor acima de R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais), possuindo diversos imóveis declarados e comprovados com a juntada da cópia de matrícula dos mesmos.

Produzida prova oral, as testemunhas foram uniformes em declarar que a parte autora convivia com o falecido, como se casados fossem, de conhecimento público e com intuito de constituir família, permanecendo nessa condição até o óbito do segurado.

Do conjunto probatório produzido nos autos (documentos corroborados pela prova testemunhal), não obstante demonstrada união estável entre a autora e o falecido, ao tempo do óbito, restou controvertida a dependência econômica em relação a ele.

Note-se que a Lei de Benefícios dispõe que a dependência econômica é presumida em casos de união estável, entre outros.

De outra parte o falecido deixou uma filha menor (de outro relacionamento), inclusive a casa em que a autora residia com o “de cujus” está em nome da filha, conforme depoimento pessoal da requerente.

Ademais disso, restou comprovado que a recorrente possui um patrimônio de R\$ 400.000,00, o que afasta a presunção de dependência econômica.

De rigor, porquanto, a manutenção da sentença de improcedência.

Em relação aos honorários recursais, previstos no artigo 85, § 11º, do CPC/2015, são devidos independentemente de a parte adversa ter ou não apresentado contrarrazões ao recurso interposto, porquanto o trabalho adicional previsto no mencionado dispositivo não se restringe à apresentação daquela peça processual, mas também ao ônus transferido ao patrono da parte adversa, que, entre outras obrigações, passar a ter o dever de acompanhar a tramitação do recurso nos tribunais.

Ademais, a interpretação teleológica da lei é no sentido de que a finalidade do legislador foi também a de evitar excesso de recursos protelatórios, revelando, assim, aspecto punitivo à parte recorrente, que, afinal, acaba por possibilitar maior celeridade às decisões do Poder Judiciário.

Nesse sentido, é como vem decidindo o Colendo Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: AGRAVO INTERNO NA AÇÃO ORIGINÁRIA. ART. 102, I, “N”, DA CRFB/88. INTERESSE DE TODOS OS MEMBROS DA MAGISTRATURA NÃO CONFIGURADO. INCOMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO STF. CARÁTER RESTRITO E TAXATIVO DE SUA COMPETÊNCIA. MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 85, §11, DO CPC/2015. DESNECESSIDADE DE EXISTÊNCIA DE CONTRARRAZÕES. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A competência constitucional originária do Supremo Tribunal Federal para a ação prevista no art. 102, I, “n”, da Constituição Federal, demanda a existência de situação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados e que o direito postulado seja exclusivo da categoria. 2. *In casu*, trata-se de pedido veiculado por servidores do Judiciário estadual quanto à revisão da respectiva remuneração, revelando-se inadequada a competência originária desta Corte para o caso, nos termos do art. 102, I, “n”, da CRFB/88. 3. *A interposição de recurso sob a égide da nova lei processual possibilita a majoração dos honorários advocatícios (ora fixados em 10% dez por cento sobre o valor da causa), mesmo quando não apresentadas contrarrazões, nos termos do art. 85, § 11, do CPC/2015*. 4. *Agravo regimental a que se nega provimento.* (AO 2063 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 18/05/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-208 DIVULG 13-09-2017 PUBLIC 14-09-2017)

EMENTA Agravo regimental nos embargos de divergência nos embargos de declaração no agravo regimental no recurso extraordinário. Processual civil. Não atendimento dos requisitos de admissibilidade dos embargos de divergência. Jurisprudência firmada na Corte no sentido do acórdão embargado. Não cabimento dos embargos de divergência. Precedentes. 1. À luz do art. 332 do RISTF, não são cabíveis os embargos divergentes quando o posicionamento do Plenário ou de ambas as Turmas se encontrar firmado na mesma direção da decisão embargada. 2. *O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da AO nº 2.063/CE-AgR, firmou o entendimento de ser cabível a majoração dos honorários advocatícios mesmo quando não houver a apresentação de contrarrazões pelo advogado.* 3. Agravo regimental não provido, com imposição de multa de 2% (art. 1.021, § 4º, do CPC). 4. Majoração da verba honorária em valor equivalente a 10% (dez por cento) do total daquela já fixada (art. 85, §§ 2º, 3º e 11, do CPC), observada a eventual concessão do benefício da gratuidade da justiça. (RE 915341 AgR-ED-EDv-AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 22/06/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-154 DIVULG 01-08-2018 PUBLIC 02-08-2018)

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. EFEITOS INFRINGENTES. IMPOSSIBILIDADE. *MAJORAÇÃO DE HONORÁRIOS RECURSAIS. DESNECESSIDADE DE APRESENTAÇÃO DE CONTRARRAZÕES.* MULTA. RECURSO CONSIDERADO IMPROCEDENTE PELA UNANIMIDADE DO ÓRGÃO COLEGIADO JULGADOR. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. PRECEDENTES. I - Ausência dos pressupostos do art. 1.022, I, II e III, do Código de Processo Civil. II - Busca-se tão somente a rediscussão da matéria, porém os embargos de declaração não constituem meio processual adequado para a reforma do decisão, não sendo possível atribuir-lhes efeitos infringentes, salvo em situações excepcionais, o que não ocorre no caso em questão. III – *A ratio essendi do Código de Processo Civil, ao majorar os honorários sucumbenciais anteriormente fixados é, também, evitar a reiteração de recursos. Precedentes.* IV - O art. 1.021, § 4º, do CPC, constitui importante ferramenta que visa à concretização do princípio da razoável duração do processo, contido no art. 5º, LXXVIII, da Constituição, o qual não se coaduna com a interposição de recursos manifestamente inadmissíveis ou improcedentes. V - Embargos de declaração rejeitados. (RE 1013740 AgR-ED, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 21/08/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-193 DIVULG 29-08-2017 PUBLIC 30-08-2017). Dessa forma, em grau recursal, fixo os honorários advocatícios de sucumbência em 12% (doze por cento) sobre o valor da causa.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO À APELAÇÃO DA PARTE AUTORA.”

No caso dos autos, a parte agravante não trouxe subsídios suficientes para afastar a aplicação do julgamento monocrático (art. 932, III/IV, Novo CPC), merecendo frisar que a decisão não padece de qualquer ilegalidade ou abuso de poder, estando seus fundamentos em consonância com a jurisprudência pertinente à matéria devolvida a este E. Tribunal.

Do conjunto probatório dos autos, não restou demonstrada a dependência econômica, entre a agravante e o falecido. As provas dos autos evidenciam que a agravante possui um patrimônio expressivo, de modo a descaracterizar sua dependência financeira face ao “de cujus”.

Ademais disso, o “de cujus” deixou filha menor (incapaz), demonstrando sua incontestável dependência econômica em relação ao pai.

Por fim, cumpre registrar que é iterativa a jurisprudência desta Colenda Corte no sentido de que o órgão colegiado não deve modificar a decisão do Relator, salvo na hipótese em que a decisão impugnada não estiver devidamente fundamentada, ou padecer dos vícios da ilegalidade e abuso de poder, e for passível de resultar lesão irreparável ou de difícil reparação à parte. Confira-se:

PROCESSO CIVIL - RECURSO PREVISTO NO § 1º DO ARTIGO 557 DO CPC - AUSÊNCIA DE TRASLADO DA DECISÃO AGRAVADA E A RESPECTIVA CERTIDÃO DE INTIMAÇÃO, OU EQUIVALENTE - PEÇAS OBRIGATÓRIAS - INSTRUÇÃO DEFICIENTE - INTIMAÇÃO PARA REGULARIZAÇÃO - DESCABIMENTO - LEI 9139/95 - DECISÃO MANTIDA -AGRAVO IMPROVIDO.

1. A ausência do traslado da decisão agravada e da respectiva certidão de intimação, ou equivalente, inviabiliza o conhecimento do agravo de instrumento.
2. Na atual sistemática do agravo, introduzido pela Lei 9.139/95, cumpre a parte instruir o recurso com as peças obrigatórias e as necessárias ao conhecimento do recurso, não dispondo o órgão julgador da faculdade ou disponibilidade de determinar a sua regularização.
3. Consoante entendimento consolidado nesta E. Corte de Justiça, em sede de agravo previsto no art. 557 parágrafo 1º do CPC, não deve o órgão colegiado modificar a decisão do relator quando bem fundamentada, e ausentes qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

4. À ausência de possibilidade de prejuízo irreparável ou de difícil reparação à parte, é de ser mantida a decisão agravada.

5. Recurso improvido.

(TRF 3ª Região, QUINTA TURMA, AI 0027844-66.2001.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL RAMZA TARTUCE, julgado em 26/11/2002, DJU DATA: 11/02/2003)

Diante do exposto, NEGO PROVIMENTO ao agravo.

É o voto.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

APELAÇÃO CÍVEL

0000149-15.2021.4.03.9999

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelada: MARIA CLEUSA SOARES DE LIMA

Relatora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA MONICA BONAVINA

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 20/12/2021

EMENTA

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. ART. 203, *CAPUT*, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E LEI Nº 8.742/1993. PERÍCIA SOCIAL. QUESITOS COMPLEMENTARES REQUERIDOS PELO INSS. CERCEAMENTO DE DEFESA. PRELIMINAR ACOLHIDA. CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA.

- O estudo social produzido revela uma espécie de mútua dependência entre a autora e seus três filhos, os quais, embora tenham constituído a própria família, residem no mesmo terreno, revestindo-se de fundamental importância a complementação da perícia social para resposta aos quesitos complementares apresentados pelo INSS.

- A realização de exame multidisciplinar conduzido por médicos peritos e por assistentes sociais é essencial nas causas que versem sobre a concessão do benefício de prestação continuada, *ex vi* dos §§ 2º e 6º do art. 20 da Lei nº 8.742/93.

- Preliminar de cerceamento de defesa acolhida.

- Julgamento convertido em diligência para complementação da perícia social, a fim de que sejam respondidos os quesitos complementares apresentados pelo INSS, com posterior vista às partes e, quando da devolução dos autos a esta Corte, à Procuradoria Regional da República, retornando, então, à Relatoria para julgamento do mérito. Precedente da e. Nona Turma.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por unanimidade, decidiu acolher a preliminar de cerceamento de defesa suscitada pelo INSS e converter o julgamento em diligência, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Juíza Federal Convocada MONICA BONAVINA - Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo INSS em face da r. sentença, não submetida ao reexame necessário, que julgou procedente o pedido deduzido na inicial, condenando a Autarquia Previdenciária a conceder, à parte autora, o benefício assistencial a pessoa deficiente, desde a data de indeferimento do requerimento administrativo agilizado em 22/10/2014, ratificados os efeitos da tutela antecipada *initio litis*. O *decisum* condenou, ainda, o ente autárquico, ao pagamento dos atrasados, acrescidos de correção monetária pelo IPCA-E, juros de mora na

forma do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/2009, e verba honorária arbitrada em 10% do valor da condenação, incidente sobre as parcelas vencidas, nos termos da Súmula nº 111 do c. Superior Tribunal de Justiça.

Suscita, o INSS, em preliminar, a nulidade da sentença, por cerceamento de defesa, ante o indeferimento dos quesitos complementares apresentados após a perícia social, concernentes à dinâmica familiar da parte autora. Subsidiariamente, insurge-se quanto ao termo inicial do benefício.

Com as contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal ofertou parecer opinando pelo desprovisionamento da apelação.

Em síntese, o relatório.

Juíza Federal Convocada MONICA BONAVIDA - Relatora

VOTO

Inicialmente, é importante salientar que, de acordo com o art. 496, § 3º, inciso I, do Código de Processo Civil atual, não será aplicável o duplo grau de jurisdição quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a 1.000 (mil) salários-mínimos.

Na hipótese dos autos, embora a sentença seja ilíquida, resta evidente que a condenação ou o proveito econômico obtido na causa não ultrapassa o limite legal previsto, enquadrando-se perfeitamente à norma insculpida no parágrafo 3º, I, art. 496, da atual lei processual.

Não sendo, pois, o caso de submeter o *decisum* de primeiro grau à remessa oficial, passo à análise do recurso em seus exatos limites, uma vez que cumpridos os requisitos de admissibilidade previstos no Código de Processo Civil atual.

Suscita, o INSS, em preliminar, a nulidade da sentença, por cerceamento de defesa, ante o indeferimento dos quesitos complementares apresentados após a perícia social, concernentes à dinâmica familiar da parte autora, conforme requerido no doc. 174917607, pág. 141:

“O laudo socioeconômico atesta que a parte autora vive em imóvel composto por várias residências, as quais são habitadas por seus filhos.

A descrição das relações familiares permitem já antever a relação de mútua dependência entre elas e suas filhas (autora cuida dos filhos de uma e admite ser sustentada, ou menos, contar com o apoio de outra).

Ademais, como a edícula em que vive a autora é composta por apenas três cômodos, a presunção é de que todos os habitantes compartilham as construções individuais ao longo dos dias (a casa da autora só tem um quarto e cozinha, isto é, não tem sequer um banheiro - fl. 116).

Isto posto, requer-se seja a perita assistente social intimada a:

(i) responder os quesitos de fl. 38-v;

(ii) qualificar, por nome, CPF e data de nascimento, todos os habitantes do imóvel (terreno) periciado (de todas as casas).”

Em situação parelha, em que suscitada a nulidade da sentença, por cerceamento de defesa, em razão da incompletude do laudo social, por ausência de resposta a quesitos complementares, esta e. Turma, acolhendo a matéria preliminar, deliberou pela conversão do julgamento em diligência, *in verbis*:

“PROCESSUAL CIVIL. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. ARTIGO 203, *CAPUT*, DA CF/88 E LEI Nº 8.742/1993. PERÍCIA SOCIAL QUESITO COMPLEMENTAR REQUERIDO. CERCEAMENTO DE DEFESA. PRELIMINAR ACOLHIDA. CONVERSÃO EM DILIGÊNCIA.

- A concessão do benefício de prestação continuada requer a avaliação da deficiência e do grau de impedimento do postulante do beneplácito, por exame multidisciplinar conduzido por médicos peritos e por assistentes sociais, na forma da Lei.

- Preliminar de cerceamento de defesa acolhida.

- Julgamento convertido em diligência para complementação do laudo pericial, a fim de que seja respondido quesito formulado, com posterior vista ao INSS, nova vista ao MPF e retorno dos autos ao Relator para julgamento do mérito.”

(PJ-e AC (198) Nº 5905688-17.2019.4.03.9999, Nona Turma, Relator: Des. Fed. Batista Gonçalves, Relatora designada para acórdão: Juíza Federal Convocada Vanessa Mello, Publicado Acórdão em 03/11/2020)

Transcrevo os fundamentos expostos no voto condutor do julgado:

“DECLARAÇÃO DE VOTO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada Vanessa Mello: O Desembargador Federal Batista Gonçalves, em seu fundamentado voto, rejeitou a preliminar e, no mérito, deu parcial provimento à apelação.

Discute-se o preenchimento dos requisitos necessários à concessão do benefício assistencial de prestação continuada previsto no artigo 20 da Lei n. 8.742/1993, regulamentado, atualmente, pelos Decretos n. 6.214/2007 e 7.617/2011.

Essa lei deu eficácia ao inciso V do artigo 203 da Constituição Federal, ao estabelecer, em seu artigo 20, as condições para a concessão do benefício da assistência social, a saber: ser o postulante portador de deficiência ou idoso e, em ambas as hipóteses, comprovar a miserabilidade ou a hipossuficiência, ou seja, não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.

Ouso, porém, com a máxima vênia, apresentar divergência, pois entendo ser hipótese de acolhimento da preliminar de cerceamento de defesa.

Ressalto, por oportuno, que venho observando, em inúmeros outros processos, grande demora no processamento dos feitos em primeira instância quando da anulação de sentenças para fins de realização de perícias ou relatórios sociais, ou mesmo complementação.

A demora é acentuada pela necessidade de prolação de nova sentença, novo prazo recursal, novo prazo para contrarrazões e novo prazo de remessa do feito a esta Corte.

Daí que, por uma questão exclusiva de economia processual e instrumentalidade das formas, opto, no presente caso, pela conversão do julgamento em diligência.

Assim, converto o julgamento em diligência e determino que a parte autora seja intimada para que responda, nos presentes autos, o quesito formulado pelo INSS (ID 83327655), a saber: “forneça os dados que permitam identificar sua filha (nome completo, CPF, data de nascimento e endereço residencial)”.

Após, deverá ser dada vista ao INSS e, em seguida, seja dada nova vista à Procuradoria Regional da República e, por fim, deverão os autos, retornar ao Relator para julgamento do mérito. É como voto.”

Os casos assemelham-se, visto que o estudo social produzido nestes autos, coligido ao doc. 174917607, págs. 127/131, revela, por assim dizer, uma espécie de mútua dependência entre a autora e seus três filhos, os quais, embora tenham constituído a própria família, residem no mesmo terreno, revestindo-se de fundamental importância a complementação do laudo socioeconômico, nos termos em que requerido no apelo autárquico.

Averbe-se que a realização de exame multidisciplinar conduzido por médicos peritos e por assistentes sociais é essencial nas causas que versem sobre a concessão do benefício de prestação continuada, *ex vi* dos §§ 2º e 6º do art. 20 da Lei nº 8.742/93.

Contudo, a concretização do conjunto probatório, na espécie, deverá ser realizada em primeiro grau de jurisdição, nos termos franqueados pelo art. 938, § 3º, do Código de Processo Civil.

Desse modo, acolho a preliminar de cerceamento de defesa suscitada no apelo autárquico e converto o julgamento em diligência, determinando o retorno dos autos à Vara de origem, a fim de que a perícia social seja complementada, nos moldes em que requerido, com posterior vista às partes.

Quando da devolução dos autos a esta Corte, deverá ser dada nova vista à Procuradoria Regional da República, retornando, então, o feito, à Relatoria, para julgamento do mérito.

É como voto.

Juíza Federal Convocada MONICA BONAVINA - Relatora

AÇÃO RESCISÓRIA

5009545-52.2021.4.03.0000

Autor: ANTONIO TONELOTTO

Réu: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Relatora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA VANESSA MELLO

Disponibilização do Acórdão: DJEN 01/02/2022

EMENTA

PROCESSO CIVIL - PREVIDENCIÁRIO - AÇÃO RESCISÓRIA - DESAPOSENTAÇÃO - VIOLAÇÃO A NORMA JURÍDICA - QUESTÃO CONSTITUCIONAL - AFASTAMENTO DO ÓBICE DA SÚMULA N. 343 DO STF APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO DA CORTE CONSTITUCIONAL.

1- Competência originária desta C. Corte Regional para a rescisão de seus próprios julgados a teor do artigo 108, inciso I, “b”, da Constituição, uma vez que o Superior Tribunal de Justiça não apreciou o mérito do recurso especial.

2- Para a viabilidade da ação rescisória fundada no artigo 966, inciso V, do Código de Processo Civil, é forçoso que a interpretação dada pelo pronunciamento rescindendo seja de tal modo aberrante que viole o dispositivo legal em sua literalidade. Se, ao contrário, a decisão rescindendo eleger uma dentre as interpretações cabíveis, ainda que não seja a melhor, não será admitida a rescisória, sob pena de desvirtuar sua natureza, dando-lhe o contorno de recurso.

3- Ademais, a 3ª Seção desta C. Corte entende viável o manejo da via rescisória na hipótese de decisão judicial contrária a entendimento pacificado em momento posterior, no âmbito do E. Supremo Tribunal Federal, cuja controvérsia envolva tema constitucional, restando superado o óbice da Súmula nº. 343 da E. Corte Superior.

4- Todavia, a interpretação dada pelo E. Supremo Tribunal Federal é no mesmo sentido daquela adotada no v. Acórdão rescindendo. Não há que se falar, portanto, em violação à norma jurídica.

5- Por fim, não é possível a aplicação da modulação de efeitos porque, à época da análise dos embargos de declaração no Supremo Tribunal Federal, já havia ocorrido a rescisão da ação primeva, com o afastamento da desaposentação.

6- Ação rescisória improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Seção, por maioria, decidiu julgar improcedente a ação rescisória, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Juíza Federal Convocada VANESSA MELLO - Relatora

RELATÓRIO

A Juíza Federal Convocada Vanessa Mello:

Trata-se de ação rescisória ajuizada com fundamento no artigo 966, inciso V, do Código

de Processo Civil, destinada a desconstituir título judicial formado na ação rescisória previdenciária nº 0018832-03.2016.403.0000.

ANTONIO TONELOTTO (autor) relata que ajuizou ação previdenciária no ano de 2014, tendo obtido título judicial favorável à desaposentação, cujo trânsito em julgado ocorreu em 15/09/2015.

Prossegue noticiando o ajuizamento de ação rescisória pelo INSS (AR nº 0018832-03.2016.403.0000 – ação rescindenda), julgada procedente para afastar a desaposentação e determinar a devolução de valores.

Afirma a viabilidade da rescisão do v. Acórdão com fundamento no artigo 966, inciso V, do Código de Processo Civil, por violação ao disposto nos artigos 5º, XXXVI, da Constituição; 927, inciso III, 985, inciso II e 1040, inciso III, todos do Código de Processo Civil; e 27 da Lei Federal nº 9.868/99, conforme fixado pelo Plenário do E. Supremo Tribunal Federal em julgamento realizado pela sistemática da repercussão geral (RE 661.256). Defende, nesse ponto, que deveriam ser preservados os efeitos da ação previdenciária originária, considerando que o trânsito em julgado desta primeira ação é anterior à modulação de efeitos na Corte Constitucional.

Foi deferida a gratuidade (ID 159081265).

Citado, o réu apresentou contestação (ID 164499075), na qual suscita preliminar de ausência de interesse processual, na medida que o autor estaria rediscutindo a matéria. Afirma o descabimento da rescisão com fundamento na Súmula nº. 343 do Supremo Tribunal Federal. No mérito, defende a improcedência do pedido.

O autor apresentou réplica (ID 174482136), na qual reitera o pedido inicial.

O autor informou não ter interesse em produzir provas (ID 178874084).

Foram apresentadas alegações finais (ID 193093013 e 210189613).

A Procuradoria Regional da República apresentou parecer pelo prosseguimento do feito (ID 210389243).

É o relatório.

Juíza Federal Convocada VANESSA MELLO - Relatora

VOTO

A Juíza Federal Convocada Vanessa Mello:

De início, anoto a competência originária desta C. Corte Regional para a rescisão de seus próprios julgados a teor do artigo 108, inciso I, “b”, da Constituição.

Nesse ponto, anoto que o recurso especial interposto pelo autor contra o v. Acórdão desta 3ª Seção não foi admitido pela Vice-Presidência desta C. Corte (fls. 180/181, ID 158573788) e o agravo contra a decisão denegatória da admissibilidade não foi conhecido pelo Relator no E. Superior Tribunal de Justiça (fls. 200/201, ID 158573788).

Assim sendo e uma vez que o Superior Tribunal de Justiça não apreciou o mérito, a competência para processamento e julgamento é desta C. Corte Regional. A propósito:

PROCESSUAL. CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. INDEFERIMENTO LIMINAR POR DECISÃO MONOCRÁTICA. POSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. INCOMPETÊNCIA DO STJ. NÃO INCIDÊNCIA DO ART. 966, § 2º, DO CPC. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. O Regimento Interno do STJ (art. 34, XVIII) e a jurisprudência desta Corte autorizam o indeferimento liminar da ação rescisória por decisão monocrática do Relator quando manifestamente improcedente o pedido ou quando for esta Corte incompetente para processá-la, como se deu no caso.
2. *Esta Corte Superior não é competente para julgar ação rescisória ajuizada com o propósito de desconstituir decisões judiciais meritórias, proferidas por outras Cortes, nas hipóteses em que, impedida por óbices processuais de admissibilidade, não conheceu do recurso especial que lhe foi apresentado. Precedentes.*
3. Não incide, nesta hipótese, o disposto no art. 966, § 2º, do CPC, porquanto, embora a decisão proferida no âmbito desta Corte não tenha conhecido do recurso especial, o acórdão recorrido, proferido pelo TRF da 4.^a Região, decidiu o mérito da causa. No mesmo sentido: AgInt na AR 6.278/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 16/10/2019.
4. Ademais, o fundamento da decisão agravada não é a impossibilidade de rescindir decisão que não seja de mérito, mas da incompetência do STJ para fazê-lo se este foi decidido apenas por outra Corte.
5. Agravo interno a que se nega provimento.
(1ª Seção, AgInt na AR 6.543/DF, j. 27/11/2019, DJe 02/12/2019, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, grifei).

O trânsito em julgado ocorreu em 24/08/2020 (fls. 205, ID 158573788).

A rescisória, ajuizada em 01/05/2021, é tempestiva.

A preliminar de ausência de interesse se confunde com o mérito e com ele será analisada.

No mais, objetiva-se a rescisão do v. Acórdão com fundamento no artigo 966, inciso V, do Código de Processo Civil, que autoriza a rescisão da decisão de mérito, transitada em julgado, quando “*violar manifestamente norma jurídica*”.

Para a viabilidade da ação rescisória fundada no artigo 966, inciso V, do Código de Processo Civil, é forçoso que a interpretação dada *pelo pronunciamento rescindendo* seja de tal modo aberrante que viole o dispositivo legal em sua literalidade. Se, ao contrário, a decisão rescindenda eleger uma dentre as interpretações cabíveis, ainda que não seja a melhor, não será admitida a rescisória, sob pena de desvirtuar sua natureza, dando-lhe o contorno de recurso. Nesse sentido, é remansosa a jurisprudência no E. Superior Tribunal de Justiça, como anota Theotonio Negrão, *in* Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor, Editora Saraiva, 41ª edição atualizada, 2009 (Nota 20: art. 485, inc. V, do CPC).

A 3ª Seção desta C. Corte entende viável o manejo da via rescisória na hipótese de decisão judicial *contrária* a entendimento pacificado em momento posterior, no âmbito do E. Supremo Tribunal Federal, cuja controvérsia envolva tema constitucional, restando superado o óbice da Súmula nº 343 da E. Corte Superior. Nesse sentido:

DIREITO PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 966, V DO CPC. DESAPOSENTAÇÃO NO RGPS. RENÚNCIA A BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO E OBTENÇÃO DE NOVO MAIS VANTAJOSO, COM O CÔMPUTO DE CONTRIBUIÇÕES POSTERIORES À INATIVIDADE. TEMA APRECIADO PELO C. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, SOB A SISTEMÁTICA DO ART. 543-B DO CPC/73. VIOLAÇÃO MANIFESTA A NORMA JURÍDICA RECONHECIDA. AÇÃO RESCISÓRIA PROCEDENTE.

1. A questão relativa ao direito do segurado à renúncia à aposentadoria e obtenção de benefício mais vantajoso foi resolvida pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 661.256/SC, submetido à sistemática do artigo 543-B do Código de Processo Civil/73 (repercussão geral da questão constitucional), tese fixada na Ata de julga-

mento nº 35, de 27.10.2016, publicada no DJE nº 237 de 07.11.2016, com o teor seguinte: “No âmbito do Regime Geral da Previdência Social (RGPS), somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à “desaposentação”, sendo constitucional a regra do artigo 18, parágrafo 2º, da lei nº 8.213/91”.

2. Ainda que a questão relativa ao direito do segurado à renúncia à aposentadoria e obtenção de benefício mais vantajoso fosse de interpretação controvertida nos tribunais pátrios, não incide a Súmula nº 343 do E. STF ao caso por versar a lide matéria de índole constitucional, de forma a admitir o ajuizamento da presente ação rescisória com fundamento em violação à literal disposição de norma jurídica. (...)

6. Ação rescisória procedente.

(TRF-3, 3ª Seção, AR 0010130-68.2016.4.03.0000, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/02/2019, Rel. Des. Fed. PAULO DOMINGUES – grifei).

PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO À NORMA JURÍDICA CONFIGURADA. IMPOSSIBILIDADE DE DESAPOSENTAÇÃO. MATÉRIA ASSENTADA PELO E. STF. AÇÃO RESCISÓRIA PROCEDENTE.

1. Tendo a ação rescisória sido ajuizada na vigência do CPC/2015, ela deve ser apreciada em conformidade com as normas ali inscritas.

2. Sustenta o réu que a presente ação rescisória deve ser extinta sem julgamento do mérito, por encontrar óbice na Súmula 343, do E. STF, o que se confunde com o mérito da demanda e como tal será oportunamente apreciada.

3. Observado o prazo decadencial previsto no artigo 975 do CPC/2015.

4. A violação à norma jurídica precisa ser manifesta, ou seja, evidente, clara e não depender de prova a ser produzida no bojo da rescisória. Caberá rescisória quando a decisão rescindenda conferir uma interpretação sem qualquer razoabilidade a texto normativo. Nessa linha, a Súmula 343 do STF estabelece que “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”. *No entanto, o STF e o STJ têm admitido rescisórias para desconstituir decisões contrárias ao entendimento pacificado posteriormente pelo STF, afastando a incidência da Súmula. Essa é precisamente a hipótese destes autos, em que não se aplica a Súmula 343, do E. STF, já que a questão envolve matéria constitucional. (...)*

9. Ação rescisória procedente. Pedido deduzido no feito subjacente (desaposentação) improcedente.

(TRF-3, 3ª Seção, AR 5002247-82.2016.4.03.0000, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 09/12/2019, Rel. Des. Fed. INES VIRGÍNIA – grifei).

De fato, no que tange à desaposentação, o E. Supremo Tribunal Federal sedimentou a interpretação constitucional em momento posterior à prolação do v. Acórdão rescindendo. *Todavia, a interpretação dada pelo E. Supremo Tribunal Federal é no mesmo sentido daquela adotada no v. Acórdão rescindendo. Não há que se falar, portanto, em violação à norma jurídica.*

Assim, em julgamento realizado sob a sistemática de repercussão geral, o E. Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da desaposentação com a finalidade de obter benefício mais vantajoso. Reproduzo, por oportuno, a ementa do v. Julgado:

Constitucional. Previdenciário. Parágrafo 2º do art. 18 da Lei 8.213/91. Desaposentação. Renúncia a anterior benefício de aposentadoria. Utilização do tempo de serviço/contribuição que fundamentou a prestação previdenciária originária. Obtenção de benefício mais vantajoso. Julgamento em conjunto dos RE nºs 661.256/sc (em que reconhecida a repercussão geral) e 827.833/sc. Recursos extraordinários providos.

1. Nos RE nºs 661.256 e 827.833, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, interpostos pelo INSS e pela União, pugna-se pela reforma dos julgados dos Tribunais de origem, que reconheceram o direito de segurados à renúncia à aposentadoria, para, aproveitando-se das contribuições vertidas após a concessão desse benefício pelo RGPS, obter junto ao INSS regime de benefício posterior, mais vantajoso.
2. A Constituição de 1988 desenhou um sistema previdenciário de teor solidário e distributivo, inexistindo inconstitucionalidade na aludida norma do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91, a qual veda aos aposentados que permaneçam em atividade, ou a essa retornem, o recebimento de qualquer prestação adicional em razão disso, exceto salário-família e reabilitação profissional.
3. Fixada a seguinte tese de repercussão geral no RE nº 661.256/SC: “[n]o âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à ‘desaposentação’, sendo constitucional a regra do art. 18, § 2º, da Lei nº 8213/91”.
4. Providos ambos os recursos extraordinários (RE nºs 661.256/SC e 827.833/SC).
(STF, Pleno, RE 661256, j. 27/10/2016, DJe-221 DIVULG 27-09-2017 PUBLIC 28-09-2017, , Rel. p/ Acórdão Min. DIAS TOFFOLI).

Não é, portanto, cabível a rescisão.

Anoto, por fim, que não é possível a aplicação da modulação de efeitos porque, à época da análise dos embargos de declaração no Supremo Tribunal Federal, já havia ocorrido a rescisão da ação primeva, com o afastamento da desaposentação.

Por tais fundamentos, *julgo improcedente a ação rescisória*.

Condeno a parte autora ao pagamento de honorários advocatícios de R\$ 1.000,00 (mil reais), nos termos da jurisprudência desta C. 3ª Seção, cuja exigibilidade fica suspensa nos termos do artigo 98, § 3º, do Código de Processo Civil.

É o voto.

Juíza Federal Convocada VANESSA MELLO - Relatora

CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL

5025134-84.2021.4.03.0000

Suscitante: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SANTO ANDRÉ/SP - 1ª VARA FEDERAL
Suscitada: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 10ª VARA FEDERAL PREVIDENCIÁRIA
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 31/01/2022

EMENTA

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL DO INTERIOR E JUSTIÇA FEDERAL DA CAPITAL. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. SÚMULA Nº 689/STF. INCOMPETÊNCIA RELATIVA. DECLARAÇÃO DE OFÍCIO. SÚMULA Nº 33/STJ.
1. O enunciado de Súmula nº 689/STF orienta que o segurado pode ajuizar ação contra a instituição previdenciária perante o Juízo Federal do seu domicílio ou junto às Varas Federais da capital do Estado-membro.
2. A distribuição de competência entre as Varas Federais da capital e do interior é definida pelo critério territorial, sendo pacífica a jurisprudência no sentido de que, por se tratar de incompetência relativa, não pode ser declarada de ofício pelo magistrado (Súmula nº 33/STJ).
3. Conflito de competência conhecido para declarar a competência do MM. Juízo da 10ª Vara Federal Previdenciária de São Paulo.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Seção, por maioria, decidiu conhecer do conflito para declarar competente o MM. Juízo da 10ª Vara Federal Previdenciária de São Paulo (suscitado), nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de conflito de competência suscitado nos autos de ação previdenciária em que se objetiva a revisão de benefício previdenciário de aposentadoria por tempo de contribuição, mediante o reconhecimento de tempo de trabalho sob condições especiais.

A ação foi proposta perante o Juízo da 10ª Vara Federal Previdenciária de São Paulo/SP, que declinou da competência para a Justiça Federal de Santo André/SP, sob o argumento de que o autor possui domicílio em município pertencente àquela Subseção Judiciária, razão pela qual compete a ela processar e julgar a causa.

O MM. Juízo suscitante declarou-se igualmente incompetente, por entender que o Art. 109, § 3º, da Constituição Federal faculta ao segurado propor a ação perante a Vara Federal de seu domicílio ou da Capital; e que é relativa a competência territorial entre subseções federais, não podendo a incompetência ser reconhecida de ofício.

O Juízo suscitado foi designado para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes.

O Ministério Público Federal, por não vislumbrar interesse público que justifique a sua intervenção nos autos, manifestou-se pelo regular prosseguimento do feito, sem opinar sobre o mérito do conflito.

É o relatório.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

VOTO

A parte autora possui domicílio em Santo André/SP, que, de acordo com o Provimento nº 431-CJF3R, de 28/11/2014, é sede da 26ª Subseção Judiciária do Estado de São Paulo, tendo ajuizado a ação previdenciária perante a Justiça Federal de São Paulo/SP.

O Art. 109, § 3º, da Constituição Federal, em sua redação original, previu que as causas em que fossem parte instituição de previdência social e segurado seriam processadas e julgadas na Justiça Estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, sempre que a comarca não fosse sede de Vara do Juízo Federal, hipótese em que a lei poderia permitir que outras causas lá fossem também processadas e julgadas.

No intuito de assegurar o mais amplo acesso à justiça, o e. Supremo Tribunal Federal consagrou o entendimento de que, em face do disposto no citado § 3º, do Art. 103, em não se tratando da hipótese de propositura na justiça estadual, pode o segurado ajuizar ação contra a instituição previdenciária perante o Juízo Federal do seu domicílio ou junto às Varas Federais da capital do Estado-membro (Súmula nº 689/STF).

Diante da interpretação cristalizada pela Suprema Corte, é de se reconhecer que, no caso dos autos, há competência concorrente entre a Justiça Federal de Santo André (26ª Subseção Judiciária) e as Varas Federais do Município de São Paulo (1ª Subseção).

Acresça-se que a distribuição de competência entre as Varas Federais da capital e do interior é fixada pelo critério territorial, sendo pacífica a jurisprudência no sentido de que, por se tratar de incompetência relativa, não pode ser declarada de ofício pelo magistrado (Súmula nº 33/STJ).

Nesse sentido, é firme o entendimento desta e. Terceira Seção:

“PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. AGRAVO PREVISTO NO ART. 120, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. DEMANDA AJUIZADA PERANTE A VARA FEDERAL DA CAPITAL DO ESTADO. EXISTÊNCIA DE SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA COM JURISDIÇÃO SOBRE O MUNICÍPIO DE DOMICÍLIO DO SEGURADO. COMPETÊNCIA RELATIVA. SÚMULA N. 689/STF. I - A regra contida no artigo 109, parágrafo 3º, do texto constitucional, é ditada no interesse do segurado da Previdência Social, podendo este propor ação objetivando benefício de natureza previdenciária perante a Justiça estadual de seu domicílio, perante a vara federal da subseção judiciária na qual o município de seu domicílio está inserido, ou, ainda, perante as varas federais da capital do Estado onde, em última análise, tem o INSS sua representação regionalizada. Aplicação da Súmula n. 689 do C. STF. II - A competência das subseções de uma mesma Seção Judiciária é territorial, ou seja, de natureza relativa, não podendo ser declinada de ofício, nos termos do art. 112 do CPC e do enunciado da Súmula 33 do C. STJ.

III - Agravo (CPC, art. 120, parágrafo único) do MPF provido.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA SEÇÃO, CC - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - 17563 - 0013029-

10.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL THEREZINHA CAZERTA, julgado em 27/11/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/02/2015);

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. POSSIBILIDADE DE OPÇÃO PELA VARA FEDERAL DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DO DOMICÍLIO DA PARTE AUTORA OU PERANTE UMA DAS VARAS FEDERAIS DA CAPITAL. COMPETÊNCIA DA 10ª VARA PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO. DECISÃO FUNDAMENTADA. I - Consoante as regras de competência previstas no ordenamento jurídico pátrio, o ajuizamento da demanda previdenciária poderá se dar no foro Estadual do domicílio do segurado, quando não for sede de Vara Federal (CF, art. 109, § 3º); perante a Vara Federal da Subseção Judiciária Circunscrita ao Município em que está domiciliado, ou, ainda, perante as Varas Federais da Capital do Estado. II - Segundo a Súmula 689 do E. STF: “O segurado pode ajuizar ação contra a instituição previdenciária perante o juízo federal do seu domicílio ou perante as varas federais da Capital do Estado-Membro.” III - A parte autora do feito originário domiciliada em município abrangido pela jurisdição de Osasco, sede de vara federal, pode optar por ajuizar a demanda perante uma das varas federais da subseção judiciária de seu domicílio ou perante uma das varas federais da capital do Estado-membro. IV - Conflito negativo de competência procedente para reconhecer a competência para processar e julgar o feito originário do Juízo Federal da 10ª Vara Previdenciária de São Paulo/SP. V - Agravo não provido. (TRF-3 - CC: 00199955220154030000 SP 0019995-52.2015.4.03.0000, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL TANIA MARANGONI, Data de Julgamento: 28/01/2016, TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: e-DJF3 Judicial 1 DATA:19/02/2016); e

CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE JUÍZES FEDERAIS. AÇÃO PREVIDENCIÁRIA. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA. FACULDADE DO SEGURADO. COMPETÊNCIA TERRITORIAL RELATIVA. CONFLITO PROCEDENTE.

1. A solução aqui é norteadada pelo primado da garantia do acesso à Justiça, tendo o STF firmado sua jurisprudência no sentido de que, em se tratando de ação previdenciária, há competência territorial concorrente entre o Juízo Federal da capital do Estado-Membro e aquele do local do domicílio do autor, sem que implique em subversão à regra geral de distribuição de competência.
2. A opção do ajuizamento da ação na subseção judiciária do domicílio do segurado ou na Capital do Estado é concorrente, tratando-se de mera faculdade do segurado.
3. Tratando-se de competência territorial e, portanto, relativa, é defeso ao Juiz declarar a incompetência de ofício, a teor do entendimento jurisprudencial cristalizado na Súmula/STJ n. 33.
4. Conflito negativo de competência julgado procedente.

(TRF 3ª Região, 3ª Seção, CC - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - 5012102-80.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal GILBERTO RODRIGUES JORDAN, julgado em 17/09/2019, Intimação via sistema DATA: 20/09/2019)”.

Ante o exposto, conheço do conflito para declarar competente o MM. Juízo da 10ª Vara Federal Previdenciária de São Paulo (suscitado).

É o voto.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

APELAÇÃO CÍVEL

5070927-22.2021.4.03.9999

Apelante: EVA DELZA MACHADO
 Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
 Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL THEREZINHA CAZERTA
 Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 17/12/2021

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE DO LAUDO PERICIAL. INSUBSISTÊNCIA DA ALEGAÇÃO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. AUSÊNCIA DE INCAPACIDADE LABORATIVA. PRESTÍGIO DO LAUDO PERICIAL JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO.

- A especialização médica não é necessária ao diagnóstico de doenças ou para a realização de perícias. Precedentes.
- Insuficiência do inconformismo para gerar dúvidas quanto à integridade do documento médico produzido.
- Rejeição da matéria preliminar.
- Os requisitos à aposentadoria por invalidez, conforme preceituam os arts. 42 e seguintes da Lei nº 8.213/91, consistem na presença da qualidade de segurado, na existência de incapacidade total e permanente para o trabalho e na ocorrência do cumprimento da carência, nas hipóteses em que exigida.
- Constatada pela perícia médica a capacidade laborativa, resta indevida a concessão do benefício.
- Reconhecimento da improcedência do pedido formulado.

ACÓRDÃO

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

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

RELATÓRIO

Demanda proposta objetivando a concessão de aposentadoria por invalidez com acréscimo de 25%, desde a data de efetiva constatação da incapacidade total e permanente, auxílio-doença, desde a data do requerimento administrativo (9/4/2018) ou auxílio-acidente.

O juízo *a quo* julgou improcedente o pedido formulado.

A parte autora apela, pleiteando a reforma da sentença, sustentando, preliminarmente, cerceamento de defesa, necessidade de realização de laudo médico sob responsabilidade de médico especialista na enfermidade da autora e perícia biopsicossocial. No mérito, aduz em síntese, o cumprimento dos requisitos legais à concessão pretendida.

Sem contrarrazões, subiram os autos.

É o relatório.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

VOTO

Preliminarmente, não procede a alegação de nulidade decorrente do indeferimento do pedido de realização de novo laudo médico pericial, com especialista ou complementação do laudo pericial.

É notório que a incapacidade laborativa deva ser provada por laudo de perito médico.

O médico nomeado pelo juízo possui habilitação técnica para proceder ao exame pericial da parte requerente, de acordo com a legislação em vigência, que regulamenta o exercício da medicina, não sendo necessária a especialização para o diagnóstico de doenças ou para a realização de perícias.

Neste processo, o laudo foi produzido por médico de confiança do juízo, que fez a devida anamnese da pericianda e respondeu a todos os quesitos do juízo e das partes.

Além disso, conforme informou no laudo, foram analisados todos os exames e atestados médicos apresentados.

A perícia revelou-se suficiente para a formação do convencimento do juízo, revelando, a insurgência da parte autora, inconformismo insuficiente para gerar dúvidas quanto à integridade do documento médico produzido.

Eventual contradição entre o laudo pericial e os atestados médicos apresentados pela parte não pode motivar a nulidade de um ou outro documento médico.

Alega a autora, preliminarmente, o cerceamento de defesa, visto não ter sido dada oportunidade de comprovar, por meio perícia biopsicossocial, a incapacidade laboral da apelante.

O caráter alimentar dos benefícios previdenciários imprime ao processo em que são vindicados a necessidade de serem facultados todos os meios de prova, não só a documental, a fim de que o autor possa devidamente comprovar os fatos por ele alegados.

Ocorre que, no presente caso, a prova a ser produzida refere-se a condição de saúde da requerente, prova técnica que somente poderia ser realizada por profissional da área médica e habilitado a comparar as limitações causadas pela doença com a atividade habitual da apelante, não se prestando, a tal fim, a produção de perícia biopsicossocial, pelo que não há que se falar em cerceamento de defesa em virtude do indeferimento do pedido de designação dessa espécie de perícia, que, reitere-se, não pode substituir a prova técnica pericial.

Rejeita-se, portanto, as preliminares em questão.

Tempestivo o recurso e presentes os demais requisitos de admissibilidade, passa-se ao exame da insurgência propriamente dita, considerando-se a matéria objeto de devolução.

DA APOSENTADORIA POR INVALIDEZ E DO AUXÍLIO-DOENÇA

Os requisitos da aposentadoria por invalidez encontram-se preceituados nos arts. 42 e seguintes da Lei nº 8.213/91, consistindo, mais precisamente, na presença da qualidade de segurado, na existência de incapacidade total e permanente para o trabalho e na ocorrência do cumprimento da carência, quando exigida.

O auxílio-doença, por sua vez, tem seus pressupostos previstos nos art. 59 e seguintes do mesmo diploma legal, sendo concedido nos casos de incapacidade temporária.

Excepcionalmente, com base em entendimento jurisprudencial consolidado, admite-se a concessão de tais benefícios mediante comprovação pericial de incapacidade parcial e definitiva para o desempenho da atividade laborativa, que seja incompatível com a ocupação habitual do requerente e que implique em limitações tais que restrinjam sobremaneira a possibilidade de recolocação no mercado de trabalho, diante das profissões que exerceu durante sua vida profissional (STJ: *AgRg no AREsp 36.281/MS, rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, 6.ª Turma, DJe de 01/03/2013; e AgRg no AREsp 136474/MG, rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, 1.ª Turma, DJe de 29/06/2012*).

Imprescindível, ainda, o preenchimento do requisito da qualidade de segurado, nos termos dos arts. 11 e 15, ambos da Lei de Benefícios.

“Mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições:

I - sem limite de prazo, quem está em gozo de benefício;

II - até 12 (doze) meses após a cessação das contribuições, o segurado que deixar de exercer atividade remunerada abrangida pela Previdência Social ou estiver suspenso ou licenciado sem remuneração;

III - até 12 (doze) meses após cessar a segregação, o segurado acometido de doença de segregação compulsória;

IV - até 12 (doze) meses após o livramento, o segurado retido ou recluso;

V - até 3 (três) meses após o licenciamento, o segurado incorporado às Forças Armadas para prestar serviço militar;

VI - até (seis) meses após a cessação das contribuições, o segurado facultativo.

§ 1º O prazo do inciso II será prorrogado para até 24 (vinte e quatro) meses se o segurado já tiver pago mais de 120 (cento e vinte) contribuições mensais sem interrupção que acarrete a perda da qualidade de segurado.

§ 2º Os prazos do inciso II ou do § 1º serão acrescidos de 12 (doze) meses para o segurado desempregado, desde que comprovada essa situação pelo registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social.

§ 3º Durante os prazos deste artigo, o segurado conserva todos os seus direitos perante a Previdência Social.

§ 4º A perda da qualidade de segurado ocorrerá no dia seguinte ao do término do prazo fixado no Plano de Custeio da Seguridade Social para recolhimento da contribuição referente ao mês imediatamente posterior ao do final dos prazos fixados neste artigo e seus parágrafos.”

A perda da qualidade de segurado, portanto, ocorrerá no 16º dia do segundo mês seguinte ao término do prazo fixado no art. 30, II, da Lei nº 8.212/91, salvo na hipótese do § 1º do art. 102 da Lei nº 8.213/91 – qual seja, em que comprovado que a impossibilidade econômica de continuar a contribuir decorreu da incapacidade laborativa.

Registre-se que, perdida a qualidade de segurado, imprescindível o recolhimento de, pelo menos, seis meses, para que seja considerado novamente filiado ao regime, nos exatos termos do art. 27-A da Lei de Benefícios.

Por fim, necessário o cumprimento do período de carência, nos termos do art. 25 dessa mesma lei, a saber:

“Art. 25. A concessão das prestações pecuniárias do Regime Geral de Previdência Social depende dos seguintes períodos de carência, ressalvado o disposto no artigo 26:

I – auxílio-doença e aposentadoria por invalidez: 12 (doze) contribuições mensais;”

Em casos específicos, em que demonstrada a necessidade de assistência permanente de outra pessoa, possível, ainda, com base no art. 45 da Lei de Benefícios, o acréscimo de 25% ao valor da aposentadoria por invalidez porventura concedida.

DO CASO DOS AUTOS (AUSÊNCIA DE INCAPACIDADE LABORATIVA)

A principal condição para deferimento do benefício não se encontra presente, uma vez que não comprovada a incapacidade para o trabalho.

Do que consta do laudo pericial anexado aos autos, a parte autora não está incapacitada para o exercício de suas atividades laborativas.

Frisou, o perito, já considerada a documentação médica particular acostada, que a parte autora é portadora de transtornos de discos lombares e de outros discos intervertebrais com radiculopatia (CID M 511), transtornos dos tecidos moles relacionados com o uso excessivo e pressão (CID M70), lumbago com ciática (CID M54.4), dorsalgia (CID M54) e dor lombar baixa (CID M54.5). Concluiu-se que a autora não apresenta doença que caracterize incapacidade laborativa habitual atual (Id. 156878021).

Nem cabe argumentar que o juiz não se encontra vinculado ao laudo pericial, uma vez que não foram trazidos aos autos elementos hábeis a abalar as conclusões nele contidas.

Nesse contexto, *“a mera irresignação do segurado com a conclusão do perito ou a alegação de que o laudo é contraditório ou omissivo, sem o apontamento de nenhuma divergência técnica justificável, não constituem motivos aceitáveis para a realização de nova perícia, apresentação de quesitos complementares ou realização de diligências”* (9.^a Turma, Apelação Cível 5897223-19.2019.4.03.9999, rel. Desembargadora Federal Daldice Santana, e - DJF3 Judicial 1 de 03/03/2020).

No mesmo sentido, precedentes desta Turma julgadora:

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. AUXÍLIO-DOENÇA. INCAPACIDADE LABORAL NÃO CONSTATADA.

I- O laudo pericial foi devidamente apresentado, tendo sido respondidos os quesitos formulados pelas partes, restando esclarecida a questão referente à capacidade laboral do demandante.

II- Submetida a parte autora a perícia médica judicial, que concluiu pela ausência de incapacidade laboral, improcede o pedido de concessão do benefício (aposentadoria por invalidez ou auxílio doença).

III - Preliminar rejeitada. Apelação da parte autora desprovida.

(Apelação Cível 0020087-98.2018.4.03.9999, rel. Desembargador Federal David Dantas, j. 08/10/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:23/10/2018)

“PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. AUXÍLIO DOENÇA. REALIZAÇÃO DE NOVA PERÍCIA. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE INCAPACIDADE.

I- A perícia médica foi devidamente realizada por Perito nomeado pelo Juízo *a quo*, tendo sido apresentado o parecer técnico devidamente elaborado, com respostas claras e objetivas, motivo pelo qual não merece prosperar o pedido de realização de nova prova pericial por médico especialista. Cumpre ressaltar que o magistrado, ao analisar o conjunto probatório, pode concluir pela dispensa de produção de outras provas, nos termos do parágrafo único do art. 370 do CPC.

II- Os requisitos previstos na Lei de Benefícios para a concessão da aposentadoria por invalidez compreendem: a) o cumprimento do período de carência, quando exigida, prevista no art. 25 da Lei nº 8.213/91; b) a qualidade de segurado, nos termos do art. 15 da Lei de Benefícios e c) a incapacidade definitiva para o exercício da atividade laborativa. O auxílio doença difere apenas no que tange à incapacidade, a qual deve ser temporária.

III- *In casu*, a alegada invalidez não ficou caracterizada pela perícia médica, conforme parecer técnico elaborado pelo Perito. Afirmou o esculápio encarregado do exame que a autora, nascida em 17/7/59, “salgadeira”, é portadora de episódio depressivo grave com sintomas psicóticos, transtorno de adaptação, escoliose lombar, espondilartrose lombar e transtorno do plexo lombossacral, concluindo que não há incapacidade para o trabalho. Esclareceu o esculápio que a autora é “portadora de patologias do sistema musculoesquelético, alterações multifatorial como fatores genéticos, degenerativos, traumas, má postura, onde pode surgir sintomas associados com quadro de inflamação, dores, desconforto e limitações. O tratamento é sugerido pelo médico especialista, tratamento conservador com fisioterapia, uso de medicações. Autora relata estar mantendo acompanhamento com especialista, e com programação de fisioterapia agendada, relata uso de medicações quando tem quadro de dores, e faz uso de medicações de uso contínuo para pressão arterial e estabilidade do humor. *Mediante avaliação não constatado comprometimento físico que impeça de exercer suas atividades laborativas atuais*” (ID 73285409, grifos meus).

IV- Preliminar rejeitada. No mérito, *apelação improvida.*” (grifos nossos)

(Apelação Cível 5787526-63.2019.4.03.9999, rel. Desembargador Federal Newton de Lucca, j. 06/11/2019, Intimação via sistema DATA: 08/11/2019)

Forçoso, portanto, o reconhecimento da improcedência do pedido.

Posto isso, rejeito a matéria preliminar e nego provimento à apelação.

É o voto.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

Direito Processual Civil



AGRAVO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO APELAÇÃO CÍVEL

0016656-02.2007.4.03.6100

Agravante: PAULISTA BUSINESS COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE PRODUTOS ELÉTRICOS S/A.

Agravada: R. DECISÃO DE FLS.

Apelante: PAULISTA BUSINESS COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE PRODUTOS ELÉTRICOS S/A.

Apelada: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA

Disponibilização do Acórdão: DJEN 06/12/2021

EMENTA

AGRAVO INTERNO. DEVOLUÇÃO PARA A TURMA JULGADORA. AUSÊNCIA DE CAPACIDADE POSTULATÓRIA SUPERVENIENTE. DECISÃO ANTERIOR SUBSTITUÍDA. INTERPOSIÇÃO APENAS DE RECURSO ESPECIAL CONTRA O NOVO PRONUNCIAMENTO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PREJUDICADO. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. Os autos foram encaminhados para a Turma Julgadora (Tema 69 da repercussão geral) e o órgão fracionário procedeu a novo julgamento, ocasião em que concluiu pela irregularidade superveniente na representação processual da recorrente (ausência de capacidade postulatória).
2. Contra esse novo pronunciamento da Turma Julgadora, a recorrente interpôs apenas recurso especial. O recurso em apreço não foi admitido por esta Vice-Presidência, o que ensejou a interposição de agravo em recurso especial pela recorrente, a ser oportunamente apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça.
3. Resta prejudicado o recurso extraordinário, tendo em vista a existência de novo pronunciamento jurisdicional, com alteração dos fundamentos anteriormente adotados pela Turma Julgadora, combatidos apenas mediante interposição de recurso especial e sem que a recorrente tenha reiterado o recurso extraordinário.
4. Agravo interno do contribuinte não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, O Órgão Especial, por unanimidade, decidiu negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto da Desembargadora Federal Vice-Presidente CONSUELO YOSHIDA (Relatora). Votaram os Desembargadores Federais MARISA SANTOS, NINO TOLDO, INÊS VIRGÍNIA, VALDECI DOS SANTOS, ANDRÉ NEKATSCHALOW (convocado para compor quórum), DALDICE SANTANA (convocada para compor quórum), CARLOS DELGADO (convocado para compor quórum como suplente do Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO), DIVA MALERBI, BAPTISTA PEREIRA, ANDRÉ NABARRETE, MARLI FERREIRA, PEIXOTO JÚNIOR, THEREZINHA CAZERTA e HÉLIO

NOGUEIRA. Ausentes, justificadamente, os Desembargadores Federais NEWTON DE LUCCA, NERY JÚNIOR, SOUZA RIBEIRO, WILSON ZAUHY e PAULO DOMINGUES., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno interposto pelo contribuinte contra decisão desta Vice-Presidência que julgou prejudicado seu recurso extraordinário.

A parte recorrente alega, em síntese, que “a decisão desconsidera o fato de que o recurso especial tem por objeto o prosseguimento do feito, para realização do juízo de retratação, razão pela qual permanece o interesse recursal do Recurso Extraordinário”.

É o relatório.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

VOTO

Insurge-se a agravante contra decisão desta Vice-Presidência que julgou prejudicado seu recurso extraordinário.

A decisão recorrida foi lavrada nos seguintes termos:

“Em complementação ao juízo de admissibilidade realizado no ID 158798159, passo a apreciar o recurso extraordinário do contribuinte (ID 107658439, p. 201/217).

Recurso Extraordinário

Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo contribuinte, com fundamento no art. 102, III, “a”, da Constituição Federal, contra acórdão proferido por órgão fracionário deste Tribunal. A parte recorrente alega violação aos seguintes dispositivos constitucionais: (i) art. 145, § 1º; (ii) art. 150, IV.

Esta Vice-Presidência determinou o sobrestamento do feito até o julgamento do RE 574.706 (tema 69).

Após o julgamento realizado pelo STF em 15.3.2017, os autos foram encaminhados para a Turma Julgadora.

O órgão fracionário procedeu a novo julgamento, ocasião em que concluiu pela irregularidade superveniente na representação processual da recorrente (ausência de capacidade postulatória). Opostos embargos de declaração, foram rejeitados pelo órgão fracionário.

Contra esse novo pronunciamento da Turma Julgadora, a recorrente interpôs recurso especial, cujo juízo de admissibilidade já foi realizado por essa Vice-Presidência.

Decido.

Tendo em vista a existência de novo pronunciamento jurisdicional, com alteração dos fundamentos anteriormente adotados pela Turma Julgadora, combatidos mediante interposição de recurso especial e sem que a recorrente tenha reiterado o recurso extraordinário, *julgo prejudicado* o recurso extraordinário do contribuinte.

Int.” (ID 160980302)

Conforme destacado por esta Vice-Presidência na decisão agravada, os autos já foram encaminhados para a Turma Julgadora e o órgão fracionário procedeu a novo julgamento,

ocasião em que concluiu pela irregularidade superveniente na representação processual da recorrente (ausência de capacidade postulatória).

Como também ressaltado na decisão recorrida, contra esse novo pronunciamento da Turma Julgadora, a recorrente interpôs *apenas recurso especial*. O recurso em apelo não foi admitido por esta Vice-Presidência, o que ensejou a interposição de agravo em recurso especial pela recorrente, a ser oportunamente apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça.

O julgamento anterior, portanto, foi substituído por novo pronunciamento da turma julgadora, que se baseou em questão processual superveniente. Os novos fundamentos apresentados foram atacados apenas mediante interposição de recurso especial.

Nesse contexto, não há mácula na decisão recorrida, que julgou prejudicado o recurso extraordinário do contribuinte “Tendo em vista a existência de novo pronunciamento jurisdicional, com alteração dos fundamentos anteriormente adotados pela Turma Julgadora, combatidos mediante interposição de recurso especial e sem que a recorrente tenha reiterado o recurso extraordinário”.

Em face do exposto, *nego provimento* ao agravo interno do contribuinte.

É como voto.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL

5005013-21.2018.4.03.6182

Apelante: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
 Apelada: MC CANN ERICKSON PUBLICIDADE LIMITADA
 Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS FRANCISCO
 Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 12/01/2022

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO PARA ANTECIPAÇÃO DE GARANTIA. FUTUROS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. INTERESSE DO CONTRIBUINTE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NA EXTINÇÃO DO PLEITO CAUTELAR. IMPOSSIBILIDADE. CAUSALIDADE. INEXISTÊNCIA. DISCRICIONARIEDADE DENTRO DO PRAZO PRESCRICIONAL.

- É verdade que, no Tema 587, o E.STJ permitiu a cumulação de honorários advocatícios em execução fiscal e em embargos do devedor (ação de conhecimento incidental), em favor do executado-embargante, de forma relativamente autônoma, desde que a soma das duas verbas não exceda o limite máximo previsto art. 20, §3º, do CPC/1973, sem a configuração de *bis in idem*. Para tanto, também devem ser observados os regramentos do CPC/2015 que reduzem a verba honorária (art. 90, §4º) e que, excepcionalmente, permite a fixação por equidade (art. 85, § 8º e art. 140, combinados com o art. 5º da LINDB) e a desoneração integral (art. 85, § 7º e, também, o art. 19, § 1º, I, da Lei nº 10.522/2002).

- Contudo, não são devidos honorários advocatícios pela extinção (por falta de interesse de agir superveniente) de ação eminentemente preventiva e com pedido cautelar para ofertar garantia antecipada em vista de futuros embargos do devedor opostos em face de execução fiscal. Do contrário, haveria inaceitável possibilidade de tríplice fixação de honorários sucumbenciais (na ação preparatória, na execução fiscal e nos correspondentes embargos do devedor).

- Ademais, a antecipação da penhora é feita no interesse do contribuinte, para o que o Fisco não dá causa pois possui discricionariedade para gerenciar seus trabalhos processuais visando ao ajuizamento da ação de execução fiscal dentro do prazo prescricional.

- No caso dos autos, cuida-se de ação cautelar com o objetivo de antecipar a garantia de futura execução fiscal mediante a apresentação de bem imóvel, a fim de ter assegurado a emissão/renovação de certidões de regularidade fiscal. Ofertada garantia substitutiva (seguro-garantia), a União Federal informou o ajuizamento da competente ação executiva fiscal, e daí decorreu a extinção do feito sem julgamento do mérito, condenando o ente estatal em honorários.

- Atribuir à Fazenda Pública a responsabilidade pelo ajuizamento de cautelar de caução prévia à execução fiscal significa compelir o credor a propor imediatamente a ação executiva, retirando-se dele a discricionariedade na escolha do momento oportuno para a promoção da cobrança judicial. Enfim, por se apresentar a questão debatida nesta ação cautelar como incidente processual inerente à execução fiscal, desprovido

de autonomia, não há que se falar em condenação em verba honorária em desfavor de qualquer das partes.
- Apelação provida.

ACÓRDÃO

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

Desembargador Federal CARLOS FRANCISCO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Desembargador Federal Carlos Francisco (Relator): Trata-se de apelação interposta pela UNIÃO FEDERAL em face de sentença, integrada por embargos de declaração, que, em sede de ação cautelar, extinguiu o feito sem resolução de mérito, condenando a parte requerida no pagamento de verba honorária sucumbencial, fixada em 10% sobre o valor da causa (R\$ 10.000,00), conforme disposto no art. 85, § 3º, I, do CPC.

Em seu recurso, defende, em síntese, que não deu causa ao ajuizamento da ação, sendo indevida a sua condenação em verba honorária sucumbencial. Assevera que a cobrança dos créditos tributários não pagos é prevista em lei e a execução fiscal é o meio apropriado para a cobrança da dívida no Judiciário. Pugna, assim, pelo afastamento da condenação ao pagamento de honorários advocatícios.

Com as contrarrazões ao recurso, subiram os autos a esta E. Corte.

É o breve relatório. Passo a decidir.

Desembargador Federal CARLOS FRANCISCO - Relator

VOTO

O EXMO. SR. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS FRANCISCO (Relator): No que concerne aos honorários advocatícios, é certo que o art. 85 e demais preceitos do CPC/2015 trouxeram significativas alterações no tratamento dado até então à matéria pelo CPC/1973 revogado. Amparado na ideia de esses honorários serem imputados à parte sucumbente em razão da causalidade, da resistência constatada no curso do processo e também do trabalho empenhado pelo patrono da parte adversa, a legislação processual permite a condenação cumulativa em fase de conhecimento e recursal, e também em fase de cumprimento do julgado.

Por isso, o art. 85 do CPC/2015 é expresso no sentido de que serão devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença (provisório ou definitivo), na execução (resistida ou não) e nos recursos interpostos, cumulativamente (§1º), a serem fixados entre o mínimo de 10% e o máximo de 20% sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa (§2º), observados o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e a importância da causa e o trabalho realizado pelo advogado e tempo exigido para o seu serviço. Mas outros preceitos do mesmo código processual dão contornos mais objetivos acerca da imposição de verba honorária.

Os honorários advocatícios sucumbenciais ganham contornos peculiares quando fixados em sede de feitos incidentais à execução fiscal, uma vez que seu arbitramento indubitavelmente tem reflexos no feito executivo originário.

É verdade que, no Tema 587, o E.STJ permitiu a cumulação de honorários advocatícios em execução fiscal e em embargos do devedor (ação de conhecimento incidental), em favor do executado-embargante, de forma relativamente autônoma, desde que a soma das duas verbas não exceda o limite máximo previsto art. 20, §3º, do CPC/1973, sem a configuração de *bis in idem*. Para tanto, também devem ser observados os regramentos do CPC/2015 que reduzem a verba honorária (art. 90, §4º) e que, excepcionalmente, permite a fixação por equidade (art. 85, § 8º e art. 140, combinados com o art. 5º da LINDB) e a desoneração integral (art. 85, § 7º e, também, o art. 19, § 1º, I, da Lei nº 10.522/2002).

Contudo, não são devidos honorários advocatícios pela extinção (por falta de interesse de agir superveniente) de ação eminentemente preventiva e com pedido cautelar para ofertar garantia antecipada em vista de futuros embargos do devedor opostos em face de execução fiscal. Do contrário, haveria inaceitável possibilidade de tríplice fixação de honorários sucumbenciais (na ação preparatória, na execução fiscal e nos correspondentes embargos do devedor).

Ademais, a antecipação da penhora é feita no interesse do contribuinte, para o que o Fisco não dá causa pois possui discricionariedade para gerenciar seus trabalhos processuais visando ao ajuizamento da ação de execução fiscal dentro do prazo prescricional.

Nesse sentido, trago à colação os seguintes julgados do E.Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. CAUTELAR DE CAUÇÃO PRÉVIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PARTES. RESPONSABILIDADE. INEXISTÊNCIA.

1. A cautelar prévia de caução configura-se como mera antecipação de fase de penhora na execução fiscal e, via de regra, é promovida no exclusivo interesse do devedor.
2. Atribuir ao ente federado a causalidade pela cautelar de caução prévia à execução fiscal representa imputar ao credor a obrigatoriedade da propositura imediata da ação executiva, retirando-se dele a discricionariedade da escolha do momento oportuno para a sua proposição e influenciando diretamente na liberdade de exercício de seu direito de ação.
3. Ao devedor é assegurado o direito de inicialmente ofertar bens à penhora na execução fiscal, de modo que também não é possível assentar que ele deu causa indevida à medida cautelar tão somente por provocar a antecipação dessa fase processual.
4. Hipótese em que a questão decidida nesta ação cautelar tem natureza jurídica de incidente processual inerente à execução fiscal, não guardando autonomia a ensejar condenação em honorários advocatícios em desfavor de qualquer das partes.
5. Agravo conhecido para dar parcial provimento ao recurso especial.
(AREsp 1521312/MS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/06/2020, DJe 01/07/2020)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CAUTELAR DE CAUÇÃO. ANTECIPAÇÃO DE FUTURA PENHORA. SUPERVENIÊNCIA DA EXECUÇÃO FISCAL. PERDA DE OBJETO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. INEXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DAS PARTES.

1. A controvérsia posta nos autos diz respeito à responsabilidade pelo pagamento dos honorários advocatícios de sucumbência na hipótese em que há extinção da ação cautelar prévia de caução diante do ajuizamento da execução fiscal.
2. A Primeira Turma do STJ, ao julgar o AREsp 1.521.312/MS, de relatoria do eminente Ministro Gurgel de Faria, entendeu que não se pode atribuir à Fazenda a responsabilidade pelo ajuizamento da ação cautelar por não ser possível imputar ao credor a obrigatoriedade

de imediata propositura da ação executiva. Ademais, tratando-se de ação cautelar de caução preparatória para futura constrição, possui “natureza jurídica de incidente processual inerente à execução fiscal, não guardando autonomia a ensejar condenação em honorários advocatícios em desfavor de qualquer das partes”. Precedente: AREsp 1.521.312/MS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/06/2020, DJe 01/07/2020.

3. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp 1919186/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/06/2021, DJe 16/06/2021)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. AÇÃO CAUTELAR PREPARATÓRIA. EXTINTA SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. EXECUÇÃO FISCAL POSTERIOR GARANTIDA PELOS MESMOS BENS. FALTA DE INTERESSE DE AGIR SUPERVENIENTE. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DOS ARTS. 489 E 1.022 DO CPC/2015. INEXISTENTE. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTS. 85, 90, § 1º, 487, I E II, TODOS DO CPC/2015. PRETENSÃO DE REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ. ALEGAÇÃO DE DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. SÚMULA N. 7/STJ. FALTA DE IDENTIDADE ENTRE OS JULGADOS.

I - Na origem, trata-se de medida cautelar ajuizada em desfavor da Fazenda do Estado do Mato Grosso do Sul objetivando a aceitação do seguro-garantia, em razão da omissão fazendária em promover a execução dos créditos tributários, o que lhe permitiria oferecer bens para garantir a dívida com a consequente suspensão da exigibilidade dos créditos tributários em comento. Na sentença, julgou-se extinto o feito sem resolução do mérito, diante da perda superveniente de interesse de agir do autor. No Tribunal de origem, negou-se provimento à apelação.

(...)

VIII - Por fim, verifica-se que eventual demora no ajuizamento da execução fiscal sequer é mérito a ser analisado, considerando que o fisco não possui prazo para o ajuizamento da execução fiscal, salvo para evitar prejuízo próprio, decorrente da prescrição. Assim, não pode servir de argumento para transferir à Fazenda Pública a responsabilidade pelo ajuizamento da medida cautelar, extinta sem resolução do mérito.

IX - Quanto à alegada divergência jurisprudencial, verifico que a incidência do Óbice Sumular n. 7/STJ impede o exame do dissídio, na medida em que falta identidade entre os paradigmas apresentados.

X - Agravo interno improvido.

(AgInt no REsp 1689859/MS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/09/2019, DJe 26/09/2019) (g.n.)

No caso dos autos, cuida-se de ação cautelar movida por *MC CANN ERICKSON PUBLICIDADE LIMITADA*, com o objetivo de antecipar a garantia de futura execução fiscal mediante a apresentação de bem imóvel, a fim de ter assegurado a emissão/renovação de certidões de regularidade fiscal, especificamente em relação aos débitos constantes dos Processos nº 14485.001707/2007-27 (NF LD 37.078.425-1) e nº 14485.001835/2007-71 (NFLD 31.078.422-7).

Regularmente citada, a *UNIÃO FEDERAL* apresentou contestação asseverando a impossibilidade de indicação de imóvel como caução e pugnando pela improcedência da demanda cautelar. Após a réplica da parte autora, o magistrado *a quo* proferiu decisão indeferindo a medida liminar pleiteada na exordial, facultando à requerente a substituição da garantia inicialmente ofertada.

A parte autora, por sua vez, ofertou garantia substitutiva, consistente em apólice de Seguro-Garantia. Intimada a se manifestar acerca da nova garantia apresentada pela requerente, a União Federal informou o ajuizamento da competente ação executiva fiscal para

cobrança dos débitos inscritos nas CDAs nº 37.078.425-1 e nº 37.078.422-7, objetos da ação cautelar em análise. Sobreveio sentença, integrada por embargos de declaração, que, em sede de ação cautelar, extinguiu o feito sem resolução de mérito, condenando a parte requerida no pagamento de verba honorária sucumbencial, fixada em 10% sobre o valor da causa (R\$ 10.000,00), conforme disposto no art. 85, § 3º, I, do CPC.

Atribuir à Fazenda Pública a responsabilidade pelo ajuizamento de cautelar de caução prévia à execução fiscal significa compelir o credor a propor imediatamente a ação executiva, retirando-se dele a discricionariedade na escolha do momento oportuno para a promoção da cobrança judicial.

Enfim, por se apresentar a questão debatida nesta ação cautelar como incidente processual inerente à execução fiscal, desprovido de autonomia, não há que se falar em condenação em verba honorária em desfavor de qualquer das partes.

Ante o exposto, *dou provimento* à apelação para afastar a condenação em honorários combatida.

É o voto.

Desembargador Federal CARLOS FRANCISCO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL

5005986-28.2018.4.03.6100

Apelante: SANDRA EMILIA GIRALDIN

Apelada: UNIÃO FEDERAL

Relator originário: DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ZAUHY

Relator para o Acórdão: DESEMBARGADOR FEDERAL VALDECI DOS SANTOS

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 20/01/2022

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. AÇÃO COLETIVA. ACORDO. LIMITAÇÃO SUBJETIVA. RECURSO DESPROVIDO

1. O presente cumprimento de sentença decorre da ação coletiva n. 0032162-18.2007.4.03.6100, proposta pelo Sindicato dos Trabalhadores em Saúde e Previdência no Estado de São Paulo (SINSPREV).
2. Conquanto a ação coletiva proposta pelo sindicato tenha efeito perante toda a categoria representada, sob pena de violação à representatividade sindical prevista no artigo 8º da Constituição Federal, verifica-se que o acordo foi específico em dispor que a União pagaria os valores pleiteados pelo Sindicato autor da ação coletiva aos seus substituídos, os quais foram apresentados na própria ação coletiva, nada mencionando sobre o direito de todos os servidores da categoria profissional ao recebimento da Gratificação de Desempenho da Atividade da Seguridade Social e do Trabalho (GDASST). Desta forma, houve uma limitação subjetiva na aludida ação coletiva.
3. Cumpre destacar que as petições conjuntas da União Federal e do SINSPREV apresentam os nomes dos servidores e os valores individuais para os quais acordaram a expedição da requisição de pequeno valor, deixando incontestes que a ação coletiva se limitou a tais servidores, mormente porquanto, como dito, o acordo promovido entre as partes foi direcionado ao pagamento dos valores apurados naquela ação.
4. Destarte, a parte autora, que não consta nas listas das petições conjuntas juntadas pelas partes nos autos da ação coletiva n. 0032162-18.2007.4.03.6100, não detém legitimidade ativa para o presente cumprimento de sentença.
5. Apelação a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, prosseguindo no julgamento, nos termos do artigo 942 do Código de Processo Civil, a Primeira Turma, por maioria, negou provimento à apelação e majorou em 1% os honorários advocatícios, nos termos do voto do senhor Desembargador Federal Valdeci dos Santos, acompanhado pelos votos dos senhores Desembargadores Federais Hélio Nogueira e Peixoto Júnior; vencidos os senhores Desembargadores Federais relator e Carlos Francisco, que lhe davam provimento para reconhecer a legitimidade ativa *ad causam* da autora, afastar o reconhecimento da prescrição e determinar o retorno dos autos ao Juízo de Origem para regular processamento e julgamento do feito, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS - Relator para o Acórdão

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta por SANDRA EMILIA GIRALDIN contra sentença proferida em cumprimento individual de sentença coletiva proposto por ele em face da UNIÃO FEDERAL.

Pretende a autora, na qualidade de pensionista, a execução do título formado na ação coletiva nº 0032162-18.2007.403.6100, proposta pelo Sindicato dos Trabalhadores em Saúde e Previdência no Estado de São Paulo – SINSPREV pleiteando o reconhecimento do direito aos substituídos a percepção da Gratificação de Desempenho de Atividade da Seguridade Social e do Trabalho – GDASST, instituída pela Lei nº 10.483/2002, na mesma pontuação alcançada pelos servidores ativos (Num. 71339630).

Impugnação pela União Federal (Num. 71344662).

A autora se manifestou sobre a impugnação (Num. 71344671).

Cálculos elaborados pela Contadoria Judicial (Num. 71344673).

A exequente disse concordar “com o cálculo apresentado pelo réu” e aguardar a expedição da RPV (Num. 71344676).

A União Federal se manifestou pela ilegitimidade ativa da exequente (Num. 71344677).

O Juízo determinou à União que informasse se tinha ou não proposta de acordo para este processo e qual seria seu valor (Num. 71344736).

A União reiterou sua preliminar de ilegitimidade ativa (Num. 71344739).

Em sentença datada de 26/04/2019, o Juízo de Origem acolheu a impugnação e julgou extinta a fase de cumprimento de sentença, pela ausência de pressuposto processual (título executivo), condenando a autora ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor inicialmente exigido, observados os benefícios da gratuidade da justiça (Num. 71344740).

A parte autora apela para ver reformada a sentença e reconhecida a sua legitimidade ativa para o feito (Num. 71344744).

Contrarrazões pela União Federal (Num. 71344747).

É o relatório.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY – Relator Originário

VOTO

A matéria devolvida a este Tribunal diz com a legitimidade da apelante para ajuizamento de cumprimento de sentença que tem como objeto o acordo celebrado entre a União Federal e o Sindicato dos Trabalhadores em Saúde e Previdência no Estado de São Paulo – SINSPREV/SP nos autos do processo nº 0032162-18.2007.4.03.6100.

Ao tratar da associação sindical, o artigo 8º da Constituição da República assim dispõe:

Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

(...)

III – ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

(...)

Como se percebe, houve expressa previsão pelo legislador constitucional de que o sindicato age em defesa dos interesses coletivos ou individuais da categoria que representa, inclusive em questões judiciais – como no caso do feito de origem – ou administrativas.

Nestas condições, se, nos termos do dispositivo constitucional, o sindicato age em prol de uma categoria e, mais, se a decisão proferida toca com os interesses da categoria com a qual a pensionista possui possível vínculo de interesse (e não de direito propriamente dito), deve ser reconhecido o direito de vindicar o resultado útil de decisão que está a beneficiar aquela categoria com a qual está diretamente ligada. Nesta linha de raciocínio, mostra-se descabida a exigência de que a pensionista também possua vinculação estatutária ou de filiação ao respectivo sindicato.

Assim, forçoso é o reconhecimento de que a decisão em prol do sindicato tem eficácia em relação a todas as relações jurídicas possíveis, tendo como norte os benefícios da categoria que representa.

Por via de consequência, deve ser admitida a possibilidade de a pensionista se beneficiar de decisão favorável à categoria a que o instituidor da pensão estava vinculado.

Neste sentido, já decidiu esta Corte:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. AÇÃO ORIGINALMENTE AJUIZADA POR SINDICATO. LEGITIMIDADE ATIVA DO PENSIONISTA. POSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE VÍNCULO DE INTERESSE. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A discussão instalada nos autos diz respeito à legitimidade da agravada para ajuizamento de cumprimento de sentença que tem como objeto o acordo celebrado entre a agravante e o Sindicato dos Trabalhadores em Saúde e Previdência no Estado de São Paulo – SINSPREV/SP nos autos do processo nº 0032162-18.2007.4.03.6100.

2. Diversamente do que sustenta a agravante, no caso em análise se afigura possível a substituição daquele que originariamente havia sido substituído pelo sindicato.

3. Houve expressa previsão pelo legislador constitucional de que o sindicato age em defesa dos interesses coletivos ou individuais da categoria que representa, inclusive em questões judiciais – como no caso do feito de origem – ou administrativas. Art. 8º, III, da CF.

4. Nestas condições, se, nos termos do dispositivo constitucional, o sindicato age em prol de uma categoria e, mais, se a decisão proferida toca com os interesses da categoria com a qual a pensionista possui possível vínculo de interesse (e não de direito propriamente dito), deve ser reconhecido o direito de vindicar o resultado útil de decisão que está a beneficiar aquela categoria com a qual está diretamente ligada. Nesta linha de raciocínio, mostra-se descabida a exigência de que a pensionista também possua vinculação estatutária ou de filiação ao respectivo sindicato.

5. Assim, forçoso é o reconhecimento de que a decisão em prol do sindicato tem eficácia em relação a todas as relações jurídicas possíveis, tendo como norte os benefícios da categoria que representa. Por via de consequência, deve ser admitida a possibilidade de a pensionista se beneficiar de decisão favorável à categoria a que o instituidor da pensão estava vinculado.

6. Por tais razões, entendendo que deve ser mantida a decisão agravada que reconheceu a legitimidade ativa da agravada para ajuizar o cumprimento de sentença de origem.

7. Agravo desprovido.

(TRF da 3ª Região, Agravo de Instrumento nº 5002902-15.2020.4.03.0000/SP, Rel. Desembargador Federal Wilson Zauhy, Primeira Turma, julgamento em 15/12/2020, e-DJF3: 21/12/2020).

De rigor, portanto, a reforma da sentença para reconhecer que o título executivo formado na ação coletiva nº 0032162-18.2007.403.6100 pode ser executado pela autora por ser ela

pensionista relacionada à categoria profissional substituída processualmente pelo sindicato autor daquela demanda.

Tenho que a causa não se encontra em condições de imediato julgamento por este Tribunal, eis que não se ultimou a discussão acerca de qual o valor devido pela União à exequente.

Ante o exposto, voto por *dar provimento* à apelação para reconhecer a legitimidade ativa *ad causam* da exequente e determinar o retorno dos autos ao Juízo de Origem para regular processamento e julgamento do feito.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY – Relator Originário

DECLARAÇÃO DE VOTO

O Senhor Desembargador Federal Valdeci dos Santos: Com a devida vênia, divirjo do E. Relator.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 883.642/AL reconheceu a existência de repercussão geral e reafirmou sua jurisprudência no sentido da ampla legitimidade extraordinária dos sindicatos para defender em juízo os direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria que representam, inclusive nas liquidações e execuções de sentença, independentemente de autorização dos substituídos. Este entendimento coaduna-se com a previsão do art. 8º, III da CF, atuando o sindicato em verdadeira substituição processual.

O entendimento em questão não se confunde com aquele adotado no âmbito do RE nº 612.043/PR, que complementa a tese adotada no RE 573.232/SC, ambos julgados com repercussão geral, e que trata de ações propostas por associação, hipótese em que os beneficiários do título executivo são aqueles residentes na área compreendida na jurisdição do órgão julgador e que detinham, antes do ajuizamento da ação, a condição de filiados e constaram da lista apresentada com a peça inicial. Este entendimento, por sua vez, está em harmonia com a previsão do art. 5º, XXI da CF que exige a autorização expressa e específica do associado para a atuação judicial da associação em seu nome.

O presente cumprimento de sentença decorre da ação coletiva n. 0032162-18.2007.4.03.6100, proposta pelo Sindicato dos Trabalhadores em Saúde e Previdência no Estado de São Paulo (SINSPREV).

Na referida ação, houve acordo firmado (Termo de Conciliação) pelas partes e homologado judicialmente, em que foi pactuado:

- “a) que os pagamentos apurados como devidos serão realizados por precatório ou requisição de pequeno valor (...);
- b) em acolher os cálculos apresentados pela União, e conferidos pelo Sindicato autor, que contemplam:
 - i. data inicial de cálculo: 26/11/2002 (aplicação da prescrição quinquenal);
 - ii. data final de cálculo: 29/02/2008;
 - (...)
- c) que inexistem quaisquer direitos decorrentes do mesmo fato ou fundamento jurídico que deu origem à ação judicial em questão, para mais nada ser reclamado sob o mesmo título, em ações individuais ou coletivas, em face da União Federal, dando-se ampla e geral quitação relativamente aos montantes devidos, relativamente ao objeto do presente termo;
- (...)”

Conquanto a ação coletiva proposta pelo sindicato tenha efeito perante toda a categoria representada, sob pena de violação à representatividade sindical prevista no artigo 8º da Constituição Federal, verifica-se que o acordo foi específico em dispor que a União pagaria os valores pleiteados pelo Sindicato autor da ação coletiva aos seus substituídos, os quais foram apresentados na própria ação coletiva, nada mencionando sobre o direito de todos os servidores da categoria profissional ao recebimento da Gratificação de Desempenho da Atividade da Seguridade Social e do Trabalho (GDASST).

Desta forma, houve uma limitação subjetiva na aludida ação coletiva.

Cumprir destacar que as petições conjuntas da União Federal e do SINSPREV apresentam os nomes dos servidores e os valores individuais para os quais acordaram a expedição da requisição de pequeno valor, deixando incontestado que a ação coletiva se limitou a tais servidores, mormente porquanto, como dito, o acordo promovido entre as partes foi direcionado ao pagamento dos valores apurados naquela ação.

Destarte, a parte autora, que não consta nas listas das petições conjuntas juntadas pelas partes nos autos da ação coletiva n. 0032162-18.2007.4.03.6100, não detém legitimidade ativa para o presente cumprimento de sentença.

Diante do exposto, nego provimento à apelação, na forma da fundamentação acima, e, nos termos do artigo 85, parágrafo 11º, do CPC, majoro em 1% a condenação da parte apelante ao pagamento de honorários advocatícios.

É o voto.

Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS - Relator para o Acórdão

VOTO

O Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA: peço vênias ao e. Relator para divergir.

A questão em discussão no presente recurso diz respeito ao alcance de decisão proferida em ação coletiva promovida por sindicato de trabalhadores.

Com efeito, a representação sindical em relação a inativos não possui tamanha extensão, a ponto de alcançar pensionistas.

Nesse contexto, agiu com acerto a sentença ao dispor que “Assim sendo, verifica-se que a exequente não possui título executivo judicial a aparelhar a presente fase de cumprimento de sentença, isto porque, em 26 de novembro de 2007 (data do ajuizamento da ação coletiva), não era representada pelo Sindicato dos Trabalhadores em Saúde e Previdência no Estado de São Paulo, o qual não tem legitimidade para substituir pensionistas.”

Some-se a isso o fato do título exequendo, o qual surgiu no mundo jurídico a partir de acordo regularmente homologado, firmado entre o SINSPREV e a União, tem abrangência somente em relação aos representados constantes da lista apresentada pelo próprio sindicato, da qual não consta a apelante.

Por conseguinte, havendo limitação subjetiva no título exequendo, somente aqueles constantes da lista é que possuem legitimidade para a execução, conforme iterativa jurisprudência desse Colegiado:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO INDIVIDUAL. SENTENÇA EM AÇÃO COLETIVA. LIMITAÇÃO DO TÍTULO JUDICIAL AOS SUBSTITUÍDOS DO SINDICATO-AUTOR CONS-

TANTES DE LISTA. EXPRESSA FORMAÇÃO DA COISA JULGADA EM RELAÇÃO AOS NOMINADOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ARBITRAMENTO. OBSERVÂNCIA ÀS REGRAS DO ART. 85, §§ 2º, 3º E 5º, CPC. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

1. Apelação interposta pelos exequentes contra sentença que julgou extinto o processo, sem resolução de mérito, nos termos do artigo 485, inciso VI do Novo Código de Processo Civil, por ilegitimidade ativa, em ação que objetivava execução da sentença coletiva proferida nos autos da Ação Coletiva nº 0000292-57.2004.4.03.6100, ajuizada pelo SINTRAJUD, em face da União Federal, que fora condenada a proceder à incorporação das parcelas de Quintos/Décimos –VPNI ao Patrimônio jurídico dos Substituídos, bem como ao pagamento das diferenças resultantes da incorporação da mencionadas parcelas.

2. O Sindicato ostenta legitimidade para postular direitos dos substituídos, em ação coletiva, independentemente de autorização destes e da existência de lista contemplando nominalmente cada um dos substituídos. E, por conseguinte, revela-se cabível a exigência do direito conquistado na ação coletiva de maneira individual, em execução apartada.

3. No caso dos autos, porém, a questão transborda do posicionamento acima referido, porquanto a peculiaridade é de que o título judicial formado é quem delimitou sua abrangência aos nominados na lista da ação coletiva.

4. A coisa julgada constituiu-se apenas para os nominados na lista da ação coletiva, como expressamente constou da sentença, transitada em julgado.

5. O arbitramento dos honorários está adstrito ao critério de valoração delineado no atual Código de Processo Civil/2015, pois a sentença restou proferida sob sua égide, consoante orientação do Colendo Superior Tribunal de Justiça nos Enunciados administrativos números 3, 4 e 7.

6. O arbitramento por equidade é possível em algumas hipóteses (art. 85, §8º, CPC), quais sejam, proveito econômico inestimável ou irrisório e valor da causa muito baixo, às quais não se enquadra o caso dos autos.

7. Recente posicionamento do Colendo Superior Tribunal de Justiça é pela impossibilidade da estipulação dos honorários sucumbenciais por equidade, quando se tratar de proveito econômico elevado, ou seja, fora das hipóteses do art. 85, §8º, CPC.

8. O Tribunal da Cidadania afirmou a obrigatoriedade da incidência da regra do art. 85, §2º, CPC, definida como regra geral para o estabelecimento dos honorários sucumbenciais.

9. O valor da causa indicado na inicial supera duzentos salários-mínimos, mas não ultrapassa dois mil salários-mínimos, a ensejar o arbitramento dos honorários com respeito aos incisos I e II do art. 85, §3º c.c. §5º, CPC/2015, de maneira escalonada, ou seja, honorários de 10% sobre o valor da causa até duzentos salários-mínimos e de 8% sobre o que sobejar.

10. Majorada a verba honorária em 1%, para constar 11% sobre o valor da causa até duzentos salários-mínimos e de 9% sobre o que sobejar, nos termos do art. 85, §11º, CPC.

11. Apelação desprovida.

(TRF 3ª Região, 1ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL 5011966-87.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA, julgado 06.08.2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 28.08.2020)

Diante do exposto, ausente a legitimidade da recorrente para pleitear a execução em nome próprio, divirjo do Relator e nego provimento ao recurso de apelação.

Majoro os honorários para 11% do valor da causa, observado o benefício da justiça gratuita concedido nos autos.

É o voto.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA

AGRAVO DE INSTRUMENTO

5000024-83.2021.4.03.0000

Agravante: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Agravado: O.D.P. LOCAÇÕES, COMÉRCIO E TRANSPORTES LTDA - EPP

Relator Originário: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA

Relator para o Acórdão: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 20/01/2022

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. REDIRECIONAMENTO DE EXECUÇÃO FISCAL. MANIPULAÇÃO FRAUDULENTA DE PESSOA JURÍDICA. TEMA DECIDIDO EM INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. APLICABILIDADE IMEDIATA. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO EM PARTE.

1. A questão posta nos autos diz respeito à exigência e o cabimento de instauração de incidente de desconconsideração da personalidade jurídica para o redirecionamento ao sócio-gerente da executada.

2. O Órgão Especial deste E. Tribunal, ao julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas nº 0017610-97.2016.4.03.0000, concluiu que o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica é aplicável ao redirecionamento de execução fiscal fundado em grupo econômico, confusão patrimonial, desvio de finalidade, dissolução irregular e outras hipóteses de manipulação fraudulenta de pessoa jurídica.

3. De acordo com o artigo 985, I, do CPC, o julgamento proferido em incidente de resolução de demandas repetitivas possui eficácia vinculante na esfera de jurisdição do órgão julgador, garantindo uma jurisprudência uniforme dos Tribunais e a realização dos valores da segurança jurídica, isonomia e proteção da confiança.

4. Na hipótese, trata-se de questão que se ajusta perfeitamente à orientação fixada no incidente de resolução de demandas repetitivas nº 0017610-97.2016.4.03.0000, no sentido de que deve ser instaurado o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, como garantia da ampla defesa e do contraditório de quem não figurou no processo administrativo fiscal e vem a responder por débitos de outro sujeito de direito (artigo 133 do CPC).

5. O incidente de resolução de demandas repetitivas tem poder de vinculação autônomo e direto, como se pode extrair da repercussão do julgamento na área de jurisdição do órgão julgador e por todo o procedimento. O CPC, no artigo 985, prevê que, após a publicação do acórdão, ele constituirá precedente obrigatório, a ser observado pelos Juízos de primeiro grau e órgãos fracionários do Tribunal, sob pena de reclamação, com todo o alcance estabelecido em normas esparsas do Código - concessão de tutela de evidência (artigo 311, II), improcedência liminar do pedido (artigo 332, III), dispensa de remessa oficial (artigo 496, §4º, III) e poderes do relator de recursos (artigo 932, IV, c, e V, c).

6. Não condiz com a repercussão e a própria principiologia do instituto – direcionada à realização dos valores da segurança jurídica, isonomia, proteção da confiança e razoável tramitação dos processos – a subordinação da eficácia ao julgamento de

recurso especial ou extraordinário. O acórdão do Tribunal Superior substituiria por inteiro a decisão do incidente, inclusive no poder de vinculação e de realização dos valores, o que contraria a posição de precedente obrigatório e autônomo conferido ao IRDR (artigos 927, III, e 985 do CPC).

7. Conclui-se que, para uma visão sistemática e harmônica do CPC, a suspensão até o trânsito em julgado e o efeito suspensivo dos recursos especial e extraordinário somente se aplicam ao IRDR acompanhado de requerimento de sobrestamento da controvérsia em âmbito nacional. Se a questão se encontra restrita ao órgão julgador do incidente, como no IRDR nº 0017610-97.2016.4.03.0000, não se justifica a suspensão automática, sob pena de inutilização do instituto, em toda a sua principiologia, alcance e unidade.

8. De qualquer forma, ainda que se negue efeito imediato ao acórdão do Órgão Especial, a dispensa do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica na execução fiscal não pode ser imposta pela própria tramitação do incidente. Isso porque o relator, no início do IRDR nº 0017610-97.2016.4.03.0000, não se limitou a decretar a suspensão dos processos individuais e coletivos que tratavam da controvérsia (artigo 982, I, do CPC); concedeu, na verdade, tutela provisória, a fim de que o redirecionamento das execuções fiscais prosseguisse mediante simples petição nos autos, sem a instauração do incidente de despersonalização.

9. Não se encontra vedada a exigência de instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica. Pode decorrer da própria eficácia do acórdão proferido no incidente de resolução de demandas repetitivas ou da revogação da tutela provisória concedida no início dele. Com a previsão da despersonalização, a abordagem imediata da responsabilidade do sócio apelante se mostra inviável. A questão deverá ser discutida no incidente.

10. Agravo de instrumento provido em parte, para determinar instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, Prosseguindo o julgamento, a Turma, por maioria, deu parcial provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto do Des. Fed. ANTONIO CEDENHO, vencidos o Relator e a Juíza Federal Convocada DENISE AVELAR, que lhe davam provimento. Lavrará o acórdão o Des. Fed. ANTONIO CEDENHO, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator para o Acórdão

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que, em execução fiscal, indeferiu redirecionamento para inclusão de sócia no polo passivo porque “*os patrimônios do sócio e da empresa constituem bens distintos, não havendo confusão entre as esferas social e particular*”, nem quaisquer das hipóteses do artigo 135, CTN, fixada verba honorária de 1% do valor atribuído a causa, nos termos do artigo 88 do CPC.

Alegou que: (1) a empresa encerrou irregularmente atividades sem prévio pagamento dos tributos; (2) deixou de ser localizada no domicílio fiscal, decidindo a Corte Superior não ser exigível que o administrador responsável pelo ilícito integre o quadro social quando do fato gerador ou vencimento do tributo; (3) a cessação das atividades da pessoa jurídica não prescinde do cumprimento dos artigos 51, 1.033 a 1.038 e 1.013 a 1.112 do Código Civil, incluindo deliberação social pela dissolução, liquidação do ativo, pagamento do passivo e distribuição do saldo remanescente aos sócios para regular extinção e baixa no registro; (4) o encerramento irregular das atividades caracteriza infração à lei, prevista na regra matriz da responsabilidade tributária de terceiros, conforme artigo 135, III, CTN; (5) é assente na jurisprudência o entendimento de que a dissolução irregular se reveste da ilicitude necessária para responsabilização do administrador; (6) a não localização da empresa no domicílio fiscal gera presunção de dissolução irregular e responsabilização do gestor, hipótese aceita com tal amplitude pela jurisprudência que se tornou objeto da Súmula 435 do Superior Tribunal de Justiça; (7) a dissolução irregular de pessoa jurídica é fato jurídico que dificilmente é passível de prova direta, pois configura situação de fato sobre a qual não existe documentação formal apta à comprovação; e (8) deve ser determinada a inclusão da sócia Daniele Morini Fortaleza no polo passivo.

Houve contraminuta.

É o relatório.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator Originário

VOTO

Senhores Desembargadores, dispõe a Súmula 435 da Corte Superior que: *“Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente”*.

No caso, ajuizada a execução fiscal em 13/08/2018 para cobrança de débitos vencidos entre 20/03/2014 e 29/07/2016 (ID's 9979918 a 9979923, origem), houve despacho para citação em 19/09/2018, expedindo-se mandado em cujo cumprimento certificou o oficial de justiça, em 25/10/2018 que (ID 11944703):

“Certifico e dou fé, eu, Oficial de Justiça Avaliador infra-assinado que, em cumprimento ao r. mandado, dirigi-me ao endereço indicado, Rua José Bueno de Camargo Sobrinho, 2-19, Bauru/SP, e sendo aí, fui informado que no local residem o Sr. Dorival e Sra. Neide. Nenhum dos moradores figura como representante legal da executada.

Em pesquisa na ferramenta WebService constata-se que o representante legal é Giovanna Daniele Morini Fortaleza, com endereço em Presidente Prudente, Rua do algodão, 175.

Em pesquisa na JUCESP constata-se o mesmo endereço da sócia Daniele. Entretanto, há outro sócio: Valdenil Soares Duarte, com residência em Presidente Prudente, Rua João de Matos, 255, Jardim Vale Verde.

Assim sendo, deixei de proceder à citação e intimação e demais atos.”

Após tentativa infrutífera de bloqueio eletrônico de ativos financeiros (ID's 16183433 e 22106688), a exequente pleiteou mandado de constatação da situação da executada (ID's 26710518 e 31388956, origem), deferido em 13/05/2020, tendo o oficial de Justiça certificado em 04/08/2020 que (ID 36475603):

“Certifico que, em cumprimento ao r. mandado de constatação de atividades, dirigi-me ao endereço indicado, Rua Moacyr Zelindo Passoni, 8-16, Bauru/SP, e aí sendo, constatei que no imóvel reside a genitora da Sra. Simone da Silva Leite Robim, representante legal da executada. No local, não há o exercício de atividades da empresa. Trata-se de imóvel residencial. Certifico e dou fé, eu, Oficial de Justiça Avaliador infra-assinado que, em cumprimento ao r. mandado, dirigi-me ao endereço indicado, Rua José Bueno de Camargo Sobrinho, 2-19, Bauru/SP, e sendo aí, fui informado que no local não há nenhuma empresa com o nome da executada. Nenhum dos moradores figura como representante legal da executada. Na ocasião, fui informado que o representante legal é Giovanna Daniele Morini Fortaleza, com endereço em Presidente Prudente, Rua do algodão, 175. Assim sendo, constatei que a empresa O.D.P. LOCACOES, COMERCIO E TRASPORTES LTDA – EPP não está em atividades no local.”

Em 25/09/2020, a exequente requereu inclusão da sócia Giovanna Daniele Morini Fortaleza na execução fiscal por redirecionamento (ID 39289466, origem), tendo esta sido intimada para manifestação (ID 39309543, idem), juntando petição em 13/10/2020 (ID 40087786 a ID 40088928, idem) e, após manifestação da exequente, foi indeferida a inclusão da sócia, arbitrando-se honorários advocatícios em 1% do valor atribuído a causa, nos termos do artigo 88 do CPC (ID 41907375, idem).

A decisão agravada apontou a Súmula 430/STJ e a inexistência de dissolução irregular, pois não houve ocultação de bens, enquanto infração, que não se confunde com o mero encerramento da atividade empresarial para efeito do artigo 135, III, CTN.

Todavia, é expressa a jurisprudência no sentido de que, para redirecionamento da execução fiscal, a dissolução irregular é presumida a partir da não localização da empresa em seu endereço cadastral, exigindo-se, para encerramento regular de atividades empresariais, registro de distrato social com cumprimento de exigências legais.

Ao contrário do decidido, os requisitos legais para o redirecionamento constam dos autos, constando certidões de oficial de justiça, em 25/10/2018 e 04/08/2020, indicando que representantes legais não foram localizados, nem se constatou o funcionamento da empresa no endereço da “*Rua José Bueno de Camargo Sobrinho, 2-19, Bauru/SP*”, havendo, portanto, do que se extrai dos autos os indícios da dissolução irregular da sociedade nos termos da Súmula 435/STJ, que autoriza o redirecionamento aos sócios-gerentes.

Neste ponto, convém destacar que na própria contraminuta consta a informação de que “*a pessoa jurídica da qual a Agravada era sócia, passou por revés financeiro encerrando suas atividades por motivos alheios à sua vontade no ano de 2019*” (ID 152437860, f. 2).

Ademais, conforme ficha cadastral da JUCESP (ID 39289468, do feito de origem), a pessoa de Giovanna Daniele Morini foi admitida na sociedade em 13/07/2009 na situação de sócia e administradora, e alterado o endereço da sede para a “*Rua José Bueno de Camargo Sobrinho, 2-19, Bauru/SP*” em 08/05/2014.

Assim, considerando que a sócia ingressou na sociedade antes de vencidos os débitos em cobro, mantendo-se no quadro social até o momento (afastando discussões sobre o Tema 962/STJ), estreme de dúvida a possibilidade de que figure no polo passivo da execução fiscal.

Neste sentido, já decidiu esta Turma:

AI 5001285-25.2017.4.03.0000, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, DJe de 15/04/2020: “DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. SÓCIO. REDIRECIONAMENTO. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. CERTIDÃO DO OFICIAL DE

JUSTIÇA. SÚMULA 435/STJ. POSSIBILIDADE. TEMAS 962 E 981 STJ. 1. Consolidada a jurisprudência, no sentido de que a infração, capaz de suscitar a aplicação do artigo 135, III, do CTN, não ocorre com a mera inadimplência fiscal, daí que não basta provar que deixou a empresa de recolher tributos na gestão societária de um dos sócios, pois necessário que se demonstre, que o administrador praticou atos de gestão com excesso de poderes, infração à lei, contrato social ou estatuto, o que inclui, especialmente, a responsabilidade por eventual dissolução irregular da sociedade. 2. Presume-se irregularmente dissolvida a empresa que deixar de funcionar no domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, assim legitimando o redirecionamento da execução fiscal aos respectivos sócios. 3. Prosseguimento do feito em relação aos sócios que compunham o quadro social à época dos fatos geradores e da dissolução irregular, sobrestando-se em relação àquele que regularmente se afastou sem dar causa à posterior dissolução irregular, e àquele admitido posteriormente aos fatos geradores, até o julgamento dos recursos repetitivos, objeto dos Temas 962 e 981, pelo Superior Tribunal de Justiça. 4. Agravo de instrumento parcialmente provido.”

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para reformar a decisão agravada para que seja redirecionada a execução fiscal nos termos pleiteados, prejudicada a imposição de verba honorária à exequente.

É como voto.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator Originário

VOTO

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO:

Este Tribunal, através do Órgão Especial, ao julgar o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 0017610-97.2016.4.03.0000, concluiu que o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica é aplicável ao redirecionamento de execução fiscal fundado em grupo econômico, confusão patrimonial, desvio de finalidade, dissolução irregular e outras hipóteses de manipulação fraudulenta de pessoa jurídica, conforme ementa de acórdão já publicado:

DIREITO CIVIL, PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR) (CPC, ART. 976). DEMANDAS PARADIGMAS: CABIMENTO DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA (IDPJ) (CPC, ART. 133) EM EXECUÇÃO FISCAL. TESE FIRMADA PELA COMPATIBILIDADE E INDISPENSABILIDADE DO IDPJ PARA COMPROVAÇÃO DE RESPONSABILIDADE EM DECORRÊNCIA DE CONFUSÃO PATRIMONIAL, DISSOLUÇÃO IRREGULAR, FORMAÇÃO DE GRUPO ECONÔMICO, ABUSO DE DIREITO, EXCESSO DE PODERES OU INFRAÇÃO À LEI, AO CONTRATO OU AO ESTATUTO SOCIAL (CTN, ART. 135, INCISOS I, II E III) E PARA INCLUSÃO DAS PESSOAS QUE TENHAM INTERESSE COMUM NA SITUAÇÃO QUE CONSTITUA O FATO GERADOR DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL, DESDE QUE NÃO INCLUÍDOS NA CDA. PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL EM FACE DOS DEMAIS COOBRIGADOS. DESNECESSIDADE DE SUSPENSÃO DOS ATOS EXECUTÓRIOS. LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA: LEI 13.874/19. CÓD. CIV. ARTS. 49-A, 50, 264 E 265; CPC-15, ARTS. 7º, 9º, 10, 133 A 137 E 795 E PARÁGRAFO. CTN. ARTS. 124, I E II, 133, INCISOS I E II, 134 E INCISOS, E 135, INCISOS I, II E III. LEI DE EXECUÇÃO FISCAL (6.830/80), ART. 4º, § 2º. LEI 8.212/91, ART. 30, INCISO IX. PORTARIA RFB 2.284/2.010.

1. Preenchidos os requisitos para a admissibilidade do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) diante da repetição de processos contendo controvérsia sobre o cabimento

do Incidente de Desconstituição da Personalidade Jurídica (IDPJ) em sede de Execução Fiscal, para a atração de possível responsável tributário.

2. A Lei da Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2.019) reintroduziu no ordenamento jurídico a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, que não podem ser confundidas com os seus sócios, associados, instituidores ou administradores (Cód. Civ. art. 49-A), e também disciplinou as hipóteses de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial (Cód. Civ. art. 50 e seus parágrafos), além de estabelecer paradigma interpretativo de seus postulados “na aplicação e na interpretação do direito civil, empresarial, econômico, urbanístico e do trabalho” (art. 1º, § 1º).

3. A Lei de Execuções Fiscais (Lei nº 6.830/1.980) em seu artigo 4º, § 2º, prevê que “à dívida da Fazenda Pública, de qualquer natureza, aplicam-se as normas relativas à responsabilidade prevista na legislação tributária, civil e comercial”, o que remete à aplicação do artigo 50 do Código Civil para a pretensão de redirecionamento da responsabilidade tributária em Execução Fiscal já em curso, dado que as normas civis de assunção de responsabilidade devem ser observadas, e aplicadas, na constituição e exigência da dívida ativa da Fazenda Pública, por expressa determinação legal.

4. Consideradas as garantias processuais e procedimentais tendentes a garantir o contraditório (CPC-15, arts. 7º, 9º e 10), aplicáveis também no seio do Processo de Execução Fiscal, para a determinação, *in concreto*, das condicionantes postas pelo artigo 50 e seus parágrafos, do Código Civil, não se mostra possível que tal se dê sem que se instaure um incidente em que se confira à parte o amplo direito de defesa, até que se prove, ao fim e ao cabo a presença dos pressupostos da confusão patrimonial e do desvio de finalidade agora legalmente disciplinados, abrangentes das hipóteses de excesso de poderes e infração à lei (vide sobre obrigatoriedade do IDPJ: CPC-15, art. 795, § 4º).

5. Não fossem bastantes as garantias processuais e procedimentais tendentes a garantir o contraditório (CPC-15, arts. 7º, 9º e 10), aplicáveis também no seio do processo de Execução Fiscal, o certo é que não pode, por via judicial, afastar-se o postulado da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas sem resguardar o especial direito de ser ouvida a respeito da pretensão, previamente, a exemplo do que já ocorre no âmbito administrativo.

6. O redirecionamento de execução fiscal a pessoa jurídica que integra o mesmo grupo econômico da sociedade empresária originalmente executada, mas que não foi identificada no ato de lançamento, ou cuja responsabilidade não foi apurada em procedimento administrativo tributário prévio à emissão da CDA, depende mesmo da comprovação do abuso de personalidade, caracterizado pelo desvio de finalidade ou confusão patrimonial, tal como consta do art. 50 do Código Civil, daí porque, nessa hipótese, é obrigatória a instauração do incidente de desconsideração da personalidade da pessoa jurídica devedora (CPC-15, art. 133, c.c. art. 795, § 4º).

7. O artigo 124, ao prever que são “solidariamente obrigadas as pessoas que I - tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal: e II - as pessoas expressamente designadas por lei”, não autoriza o redirecionamento da responsabilidade tributária de modo automático, dado que o interesse comum, previsto no inciso I, diz respeito ao interesse jurídico das pessoas na relação tributária, que se dá quando os sujeitos, conjuntamente, fazem parte da situação que permite a ocorrência do fato gerador: por isso, só o interesse econômico decorrente da situação não legitima a atribuição da responsabilidade; o inciso II, ao se referir às pessoas expressamente designadas por lei, remete à norma que atribui a responsabilidade tributária; de toda sorte, não se pode conjugar essa norma com outras espécies de responsabilidade, como, p. ex., a civil ou a trabalhista, para o fim de se concluir pela sujeição passiva de pessoa jurídica tão só por compor um grupo econômico que engloba a devedora original, diante da autonomia das pessoas jurídicas (Cód. Civ., art. 49-A).

8. As hipóteses postas no artigo 133, inciso II e artigo 134 do CTN cuidam, em verdade, de responsabilidade subsidiária e não solidária, devendo se observar a técnica do benefício de

ordem na exigência do tributo, situação que não demanda a instauração de IDPJ, bastante para tanto a demonstração de execução frustrada em face do devedor originário (contribuinte), trazendo-se à lide executória a pessoa expressamente indicada em lei (responsável).

9. Para as hipóteses contempladas no artigo 135 e incisos do CTN, em que se têm responsabilidades concorrentes, não excludentes, mas não solidárias, exige-se a demonstração da prática de atos específicos definidos na lei que não podem ser inferidos ou deduzidos sem que se estabeleça prévio e indispensável contraditório, impondo-se a instauração do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica, também para a atribuição de responsabilidade inversa (CPC-15, art. 795 e parágrafos).

10. Quanto à suspensão do processo de Execução Fiscal, em razão da instauração do IDPJ, tem-se que a melhor interpretação a ser conferida ao instituto é a de que a Execução Fiscal, em relação aos demais coobrigados já integrados à lide executória não se suspenderá, devendo se instaurar o incidente de modo paralelo, sem prejuízo do regular prosseguimento da pretensão executória, até que advenha a solução sobre a ampliação (ou não) do rol de coobrigados, observando-se a autonomia dos atos executórios em face do devedor originário contra quem se constituiu, validamente, a CDA.

11. Fixa-se, com tais fundamentos, a seguinte tese jurídica: “Não cabe instauração de incidente de desconsideração da personalidade jurídica nas hipóteses de redirecionamento da execução fiscal desde que fundada, exclusivamente, em responsabilidade tributária nas hipóteses dos artigos 132, 133, I e II e 134 do CTN, sendo o IDPJ indispensável para a comprovação de responsabilidade em decorrência de confusão patrimonial, dissolução irregular, formação de grupo econômico, abuso de direito, excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato ou ao estatuto social (CTN, art. 135, incisos I, II e III), e para a inclusão das pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, desde que não incluídos na CDA, tudo sem prejuízo do regular andamento da Execução Fiscal em face dos demais coobrigados”.

12. Pedido parcialmente acolhido.

(TRF3, IRDR nº 0017610-97.2016.4.03.0000, Relator Baptista Pereira, Órgão Especial, DJ 19/05/2021).

De acordo com o artigo 985, I, do CPC, o julgamento proferido em incidente de resolução de demandas repetitivas possui eficácia vinculante na esfera de jurisdição do órgão julgador, garantindo uma jurisprudência uniforme dos Tribunais e a realização dos valores da segurança jurídica, isonomia e proteção da confiança.

Na hipótese, a União fundamentou o pedido de redirecionamento contra a sócia-administradora Giovanna Daniele Morini Fortaleza na ocorrência de dissolução irregular de O.D.P Locações, Comércio e Transportes Ltda. – EPP.

Trata-se de questão que se ajusta perfeitamente à orientação fixada no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 0017610-97.2016.4.03.0000, no sentido de que deve ser instaurado o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, como garantia da ampla defesa e do contraditório de quem não figurou no processo administrativo fiscal e vem a responder por débitos de outro sujeito de direito (artigo 133 do CPC).

A tese de que o acórdão do Órgão Especial não teria aplicação imediata, em função da suspensão dos processos individuais e coletivos até o trânsito em julgado e do efeito suspensivo dos recursos especial e extraordinário, não procede.

Uma interpretação sistemática e teleológica das normas sobre julgamento de casos repetitivos indica que a suspensão prevista nos artigos 982, §5º, e 987, §1º, do CPC, somente se aplica aos casos em que haja requerimento dirigido ao STJ e STF de sobrestamento da controvérsia em âmbito nacional.

Isso porque o incidente de resolução de demandas repetitivas tem poder de vinculação autônomo e direto, como se pode extrair da repercussão do julgamento na área de jurisdição do órgão julgador e por todo o procedimento. O CPC, no artigo 985, prevê que, após a publicação do acórdão, ele constituirá precedente obrigatório, a ser observado pelos Juízes de primeiro grau e órgãos fracionários do Tribunal, sob pena de reclamação, com todo o alcance estabelecido em normas esparsas do Código - concessão de tutela de evidência (artigo 311, II), improcedência liminar do pedido (artigo 332, III), dispensa de remessa oficial (artigo 496, §4º, III) e poderes do relator de recursos (artigo 932, IV, c, e V, c).

Não condiz com a repercussão e a própria principiologia do instituto – direcionada à realização dos valores da segurança jurídica, isonomia, proteção da confiança e razoável tramitação dos processos – a subordinação da eficácia ao julgamento de recurso especial ou extraordinário. O acórdão do Tribunal Superior substituiria por inteiro a decisão do incidente, inclusive no poder de vinculação e de realização dos valores, o que contraria a posição de precedente obrigatório e autônomo conferido ao IRDR (artigos 927, III, e 985 do CPC).

Observa-se que o recurso especial ou extraordinário a ser interposto segue praticamente o regime atribuído ao julgamento de casos repetitivos no Tribunal Superior. Não se trata de recurso adaptado ao incidente de resolução de demandas repetitivas, mas daquele previsto para a própria sistemática de recurso especial ou extraordinário repetitivo (artigo 987 do CPC e artigo 256-H do Regimento Interno do STJ), de maneira que não há sentido em inutilizar o incidente de resolução de demandas repetitivas, enquanto mecanismo com a mesma função dos recursos repetitivos e destinado a assegurar os princípios da segurança jurídica, isonomia, proteção da confiança e razoável tramitação dos processos.

Se o procedimento comporta mais de uma ferramenta, guiada pela mesma principiologia, não se mostra coerente neutralizar uma delas, mediante inteira submissão à outra. Ainda mais diante da constatação de que o envolvimento da jurisdição superior demanda um evento futuro e incerto, como a interposição de recurso especial ou extraordinário (artigo 987, *caput*, do CPC).

Se o legislador pretendesse efetivamente a confirmação por Tribunal Superior, deveria ter previsto remessa necessária e não recurso especial ou extraordinário, cuja interposição se mostra incerta, condicionando o interesse público que justificaria a subordinação da eficácia do julgamento à jurisdição superior.

A conclusão muda naturalmente de figura, na hipótese de requerimento de sobrestamento da controvérsia em âmbito nacional (artigo 982, §3º, do CPC). Nesse caso, a jurisdição do STF e STJ já se encontra ativada para um alcance excedente à área de atuação do órgão julgador do IRDR, justificando a necessidade de trânsito em julgado e o processamento dos recursos com efeito suspensivo.

Conclui-se que, para uma visão sistemática e harmônica do CPC, a suspensão até o trânsito em julgado e o efeito suspensivo dos recursos especial e extraordinário somente se aplicam ao IRDR acompanhado de requerimento de sobrestamento da controvérsia em âmbito nacional. Se a questão se encontra restrita ao órgão julgador do incidente, como no IRDR nº 0017610-97.2016.4.03.0000, não se justifica a suspensão automática, sob pena de inutilização do instituto, em toda a sua principiologia, alcance e unidade.

Portanto, o fato de a União ter interposto recursos especial e extraordinário no IRDR nº 0017610-97.2016.4.03.0000 não exerce influência. O acórdão do Órgão Especial do Tribunal é imediatamente aplicável.

O Superior Tribunal de Justiça tem proferido decisões no sentido da desnecessidade de trânsito em julgado:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OMISÃO NÃO CONFIGURADA. LITISCONSÓRCIO ATIVO FACULTATIVO. VALOR DA CAUSA INFERIOR A SESENTA SALÁRIOS MÍNIMOS. VALOR INDIVIDUAL DE CADA LITISCONSORTE. COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL. SÚMULA 83/STJ. MATÉRIA FIRMADA EM IRDR. DESNECESSIDADE DO TRÂNSITO EM JULGADO PARA SUA APLICAÇÃO. REVISÃO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. Não se configurou a ofensa ao art. 1.022 do Código de Processo Civil de 2015, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia.
2. Em relação ao mérito, o Tribunal de origem julgou em consonância com a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça segundo a qual, “em se tratando de litisconsórcio ativo facultativo, a fixação da competência dos Juizados Especiais deve observar o valor de cada autor, individualmente, e não o valor global da demanda” (AgRg no AREsp 472.074/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 3/2/2015).
3. Ressalta-se que a jurisprudência do STJ considera que não é necessário aguardar o trânsito em julgado de matéria firmada em IRDR para sua aplicação (REsp 1879554/SC, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 31/08/2020).
4. Ademais, é evidente que alterar as conclusões adotadas pela Corte de origem a respeito do valor da causa e da iliquidez da obrigação, como defendido nas razões recursais, demanda novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em Recurso Especial, conforme o óbice previsto na Súmula 7/STJ.
5. Agravo conhecido para conhecer em parte do Recurso Especial, e, nessa extensão, negar-lhe provimento.
(STJ, AResp 1786933, Relator Herman Benjamin, Segunda Turma, DJ 23/03/2021).

De qualquer forma, ainda que se negue efeito imediato ao acórdão do Órgão Especial, a dispensa do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica na execução fiscal não pode ser imposta pela própria tramitação do incidente.

Isso porque o relator, no início do IRDR nº 0017610-97.2016.4.03.0000, não se limitou a decretar a suspensão dos processos individuais e coletivos que tratavam da controvérsia (artigo 982, I, do CPC); concedeu, na verdade, tutela provisória, a fim de que o redirecionamento das execuções fiscais prosseguisse mediante simples petição nos autos, sem a instauração do incidente de despersonalização.

Ora, a tutela provisória perdeu naturalmente os efeitos diante do julgamento final do incidente no Tribunal, pela própria superveniência de cognição exauriente e pela noção de procedimento. Não existe mais a possibilidade de prosseguimento da execução com o descarte por completo do incidente de desconconsideração, de modo que só resta uma opção: a suspensão de todos os pedidos de redirecionamento até o trânsito em julgado, sem prejuízo do requerimento de tutela de urgência no período (artigo 982, I e §2º, do CPC).

Nesse caso, a União teria de apresentar perigo da demora acima do convencional na execução fiscal e os Juízos de primeiro grau possuiriam, no exame da tutela provisória, liberdade para aplicar ou não o incidente de desconconsideração, podendo, inclusive, invocar a fundamentação do acórdão proferido no incidente de resolução de demandas repetitivas, a título de convicção, embasamento fático e não de imposição, precedente obrigatório.

Desse modo, não se encontra vedada a exigência de instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica. Pode decorrer da própria eficácia do acórdão proferido no incidente de resolução de demandas repetitivas ou da revogação da tutela provisória concedida no início dele.

Com a previsão da despersonalização, a abordagem imediata da responsabilidade dos administradores se mostra inviável. A questão será discutida no incidente, sem possibilidade de rejeição imediata, como fez o Juízo de Origem, ou de acolhimento imediato, como pretende a União. O provimento parcial do recurso se impõe.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao agravo de instrumento, para determinar a instauração de incidente de descon sideração da personalidade jurídica.

É o voto.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator para o Acórdão

AGRAVO DE INSTRUMENTO

5001996-88.2021.4.03.0000

Agravantes: CELIA LERIPIO DE OLIVEIRA, JESSICA LERIPIO DE OLIVEIRA, STEFANY LERIPIO DE OLIVEIRA, PAMELA LERIPIO OLIVEIRA
Agravado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL INÊS VIRGÍNIA
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 20/12/2021

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. TÍTULO EXEQUENDO COM TRÂNSITO EM JULGADO ANTERIOR AO ACÓRDÃO DO RE 870.947/SE PELO STF. TEMA 810 STF. TEMAS 491/STJ E 492/STJ. APLICAÇÃO DA LEI 11.960/2009. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS DEVIDOS. IMPUGNAÇÃO REJEITADA. AGRAVO DE INSTRUMENTO PARCIALMENTE PROVIDO.

- Cumprimento de sentença da ação Civil Pública 0011237-82.2003.403.6183.
- Na fase de cumprimento e liquidação de sentença, deve ser observada a regra da fidelidade ao título executivo, a qual encontra-se positivada no artigo 509, §4º, do CPC/2015 (art. 475-G, do CPC/73): *“Na liquidação é vedado discutir de novo a lide ou modificar a sentença que a julgou.”*
- TEMA 810 (RE 870.947/SE), a discussão girava em torno da *“Validade da correção monetária e dos juros moratórios incidentes sobre as condenações à Fazenda Pública, conforme previstos no art. 1º-F, da Lei 9494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009”*.
- No julgamento do mencionado RE ficou decidido que não havia previsão legal que assegurasse o índice de juros de 1% (um por cento) ao mês nas relações não tributárias.
- TEMA 810: *“(…) quanto às condenações oriundas de relação jurídica não-tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09 (…)”*
- REsp 1.205.946/SP, que firmou as teses de: *“valores resultantes de condenações proferidas contra a Fazenda Pública após a entrada em vigor da Lei 11.960/09 devem observar os critérios de atualização (correção monetária e juros) nela disciplinados, enquanto vigorarem. Por outro lado, no período anterior, tais acessórios deverão seguir os parâmetros definidos pela legislação então vigente.”* (TEMAS 491/STJ E 492/STJ).
- No caso presente, sabe-se que o acórdão consolidador do título exequendo foi prolatado em 10/02/2009, ou seja, *antes da vigência da Lei 11.960, de 29/06/2009*.
- Adequações no título exequendo, já que: *“as alterações legislativas acerca dos critérios de juros de mora em momento posterior ao título formado devem ser observadas, por ser norma de trato sucessivo, razão pela qual os efeitos da Lei nº 11.960/09 têm aplicação imediata aos processos em curso, consoante decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso representativo de controvérsia repetitiva (REsp nº 1.205.946/SP), não se admitindo apenas a sua retroatividade.”* (AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5012228-33.2019.4.03.0000, RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO).

- O título se formado *após* à vigência da Lei 11.960/2009, a parte prejudicada, caso quisesse, poderia ter recorrido à época e, não o fazendo, prevalece os efeitos da coisa julgada.
- O acórdão exequendo, quando prolatado, fixou os juros moratórios de acordo com os parâmetros legislativos à época do julgamento, inexistindo interesse do INSS, naquele momento, de insurgir-se contra a fixação de tal percentual em sede de apelo, o que não significa, entretanto, que a modificação ocorrida em virtude da superveniência legislativa não deva ser contemplada na fase executiva do julgado, segundo entendimento consolidado na jurisprudência.
- Na incidência dos juros moratórios, é de rigor a aplicabilidade do art. 1º-F, da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei nº 11.960/2009 (tal como previsto na Resolução 658/2020-CJF), não merecendo nenhuma repreenda a decisão agravada neste quesito.
- Artigo 85, §1º, do CPC/2015, estabelecer que: *“São devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente”*, o mesmo artigo, em seu §7º, excepciona a hipótese em que não serão devidos honorários por parte da Fazenda Pública: *“Não serão devidos honorários no cumprimento de sentença contra Fazenda Pública que enseje expedição de precatório, desde que não tenha sido impugnada”*.
- São devidos honorários advocatícios por parte da Fazenda Pública na fase de cumprimento de sentença - quando oferecer impugnação - que fixo tendo por base a diferença entre os valores acolhidos e aqueles apurados pelo INSS, segundo os parâmetros estabelecidos nos arts. 85 e 86, ambos do CPC.
- Agravo parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sétima Turma, por unanimidade, decidiu dar parcial provimento ao Agravo de Instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargadora Federal INÊS VIRGÍNIA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal INÊS VIRGÍNIA (Relatora): Trata-se de agravo de instrumento interposto por CELIA LERIPIO DE OLIVEIRA, entre outros, contra decisão proferida pelo Juízo da 3ª Vara Previdenciária/SP, nos autos de cumprimento de sentença nº 5017041-18.2018.403.6183 (oriundo da ACP 0011237-82.2003.403.6183), que homologou os cálculos da contadoria judicial e deixando de arbitrar honorários sucumbenciais.

Alega a parte agravante que no título ficou expressamente asseverado o percentual dos juros de mora, no patamar de 1% ao mês, a partir da citação, além de que os honorários são devidos e devem ser arbitrados na forma do art. 85, §3º, do CPC, no percentual máximo, sobre o valor da condenação.

Foi indeferido o efeito suspensivo.

Não há contrarrazões.

É o relatório.

Desembargadora Federal INÊS VIRGÍNIA - Relatora

VOTO

A *Exma. Sra. Desembargadora Federal INÊS VIRGÍNIA (Relatora)*: Da consulta aos autos subjacentes nº 5017041-18.2018.403.6183, verifica-se que eles são originados da ação civil pública nº 0011237-82.2003.403.6183, movida pelo Ministério Público Federal, em ação civil pública em desfavor do INSS.

A ação Civil Pública 0011237-82.2003.403.6183 foi ajuizada em 14/11/2003 e no Acórdão prolatado em 10/02/2009 - transitado em julgado em 21/10/2013 - o INSS foi condenado: a) a revisar os benefícios previdenciários concedidos no Estado de São Paulo, cujo cálculo da renda mensal inicial (RMI) incluía a competência de fevereiro de 1994, aplicando o IRSM integral no percentual de 39,7% na atualização dos salários-de-contribuição desta competência que integraram a base de cálculo; b) a implantar as diferenças positivas apuradas em razão do recálculo; c) observada a prescrição quinquenal, as parcelas vencidas seriam corrigidas na forma do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal; d) *os juros moratórios à taxa de 1%(um por cento) ao mês, em forma decrescente, da citação - termo inicial da mora do INSS (art. 219, CPC), estendendo-se até a data da elaboração da conta de liquidação.*

Com a formação do título exequendo, foi decidido que os beneficiários legítimos da ação civil pública deveriam promover execuções individuais.

In casu, iniciada a fase de cumprimento da sentença, os credores apresentaram seus cálculos (R\$ 184.102,43) que foram impugnados pelo executado, que arguiu excesso na execução, convencido de que o valor correto era de R\$ 90.857,28.

Persistido a lide, os autos foram encaminhados à Contadoria Judicial da 1ª Instância, para cumprimento da decisão judicial que assim ordenou:

“(...) O título judicial, proferido em 10/02/2009, mencionou a incidência dos juros de mora à taxa de 1% (um por cento) ao mês a partir da citação, contudo, a partir de 29 de junho de 2009, passou a vigor a Lei 11.960/09, devendo esta ser aplicada de imediato aos processos em andamento com relação aos cálculos de juros de mora, conforme consta na Resolução 267/2013 do CJF.

Dessa forma, determino o retorno dos autos à Contadoria Judicial para elaborar o cálculo, observando quanto aos juros o Manual de Orientações e Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal da seguinte forma: a partir da citação (11/2003) até 06/2009 aplica-se 1,0% ao mês – simples e; a partir de 07/2009, aplica-se o mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança, que atualmente correspondem a 0,5% (meio por cento) ao mês, aplicados de forma simples (art. 1º F da Lei nº 9.494, de 10.9.97, com a redação dada pela Lei nº 11.960, de 29/06/2009). São Paulo, 21 de janeiro de 2020”

Elaborados os cálculos, o Setor contábil da 1ª Instância apresentou o montante de R\$ 143.289,20, que foram acolhidos na decisão agravada.

Assim, adveio o presente agravo dos credores.

Pois bem.

Imperativo é que, na fase de cumprimento e liquidação de sentença, deve ser observada a regra da fidelidade ao título executivo, a qual encontra-se positivada no artigo 509, §4º, do CPC/2015 (art. 475-G, do CPC/73): *“Na liquidação é vedado discutir de novo a lide ou modificar a sentença que a julgou.”*

No presente recurso, a controvérsia gira em torno dos juros e dos honorários sucumbenciais.

Importa trazer a lembrança de que, quando o STF reconheceu a repercussão geral do *TEMA 810* (RE 870.947/SE), a discussão girava em torno da *“Validade da correção monetária e dos juros moratórios incidentes sobre as condenações à Fazenda Pública, conforme previstos no art. 1º-F, da Lei 9494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009”*.

No julgamento do mencionado RE ficou decidido que não havia previsão legal que assegurasse o índice de juros de 1% (um por cento) ao mês nas relações não tributárias, portanto, nas lides com a Fazenda Pública a apuração com base nos índices da caderneta de poupança é constitucional: *“(…) quanto às condenações oriundas de relação jurídica não-tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09 (...)”*

É preciso também, a lembrança o julgamento do REsp 1.205.946/SP, que firmou as teses de: *“valores resultantes de condenações proferidas contra a Fazenda Pública após a entrada em vigor da Lei 11.960/09 devem observar os critérios de atualização (correção monetária e juros) nela disciplinados, enquanto vigorarem. Por outro lado, no período anterior, tais acessórios deverão seguir os parâmetros definidos pela legislação então vigente.”* (TEMAS 491/STJ E 492/STJ).

No caso presente, sabe-se que o acórdão consolidador do título exequendo foi prolatado em 10/02/2009, ou seja, antes da vigência da Lei 11.960, de 29/06/2009.

Então, não há como discordar de que a parte executada não teve possibilidade de, eventualmente, recorrer da decisão judicial, razão essa que impede o acolhimento dos argumentos sustentados pelos agravantes, sendo necessárias algumas adequações no título exequendo, já que: *“as alterações legislativas acerca dos critérios de juros de mora em momento posterior ao título formado devem ser observadas, por ser norma de trato sucessivo, razão pela qual os efeitos da Lei nº 11.960/09 têm aplicação imediata aos processos em curso, consoante decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso representativo de controvérsia repetitiva (REsp nº 1.205.946/SP), não se admitindo apenas a sua retroatividade.”* (AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5012228-33.2019.4.03.0000, RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO).

Ressalto que, havendo o título se formado após à vigência da Lei 11.960/2009, a parte prejudicada, caso quisesse, poderia ter recorrido à época e, não o fazendo, prevalece os efeitos da coisa julgada.

Desse modo, não assiste razão aos agravantes requererem a manutenção da taxa de juros de 1% (um por cento) ao mês durante todo o período do cálculo dos atrasados. O acórdão exequendo, quando prolatado, fixou os juros moratórios de acordo com os parâmetros legislativos à época do julgamento, inexistindo interesse do INSS, naquele momento, de insurgir-se contra a fixação de tal percentual em sede de apelo, o que não significa, entretanto, que a modificação ocorrida em virtude da superveniência legislativa não deva ser contemplada na fase executiva do julgado, segundo entendimento consolidado na jurisprudência.

Assim, no tocante a incidência dos juros moratórios, é de rigor a aplicabilidade do art. 1º-F, da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei nº 11.960/2009 (tal como previsto na Resolução 658/2020-CJF), não merecendo nenhuma repreensão a decisão agravada neste quesito.

Porém, quanto aos honorários sucumbenciais, a decisão guerreada deve ser alterada.

Além do artigo 85, §1º, do CPC/2015, estabelecer que: “São devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente”, o mesmo artigo, em seu §7º, excepciona a hipótese em que não serão devidos honorários por parte da Fazenda Pública: “Não serão devidos honorários no cumprimento de sentença contra Fazenda Pública que enseje expedição de precatório, desde que não tenha sido impugnada”.

Ora, uma vez que não houve o acolhimento da impugnação Autárquica, é certo que são devidos honorários advocatícios por parte da Fazenda Pública na fase de cumprimento de sentença - quando oferecer impugnação - que fixo tendo por base a diferença entre os valores acolhidos e aqueles apurados pelo INSS, segundo os parâmetros estabelecidos nos arts. 85 e 86, ambos do CPC.

Nesse sentido:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DEVIDOS. AGRAVO PROVIDO.

1. A Súmula 519 do STJ foi editada antes da entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), que em sua reformulação prevê a obrigatoriedade da condenação em honorários advocatícios na fase de cumprimento de sentença.

2. De rigor a condenação do INSS em honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da diferença havida entre os valores efetivamente acolhidos e aqueles apurados pelo INSS, nos termos do art. 85, §§ 2º e 3º, do CPC/2015.

3. Agravo de instrumento provido.” - (TRF 3ª Região, 8ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5020753-04.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal DIVA PRESTES MARCONDES MALERBI, julgado em 10/03/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 16/03/2020)

“PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INCIDENTE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. SUCUMBÊNCIA MÍNIMA DO EXEQUENTE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO. RECURSO DO AUTOR PROVIDO.

1 - É expressa a previsão legal de arbitramento de honorários advocatícios na fase de cumprimento de sentença, conforme art. 85, §1º, do CPC.

2 - No caso em tela, verifica-se que o “quantum debeatur” finalmente homologado (R\$49.349,04) em muito se aproxima dos valores apurados pelo credor quando da apresentação de sua memória de cálculo (R\$50.222,85), ao passo que, bem ao reverso, se distancia significativamente do valor proposto pela Autarquia Previdenciária (R\$40.863,50).

3 - Havendo sucumbência mínima por parte do credor, deve o INSS responder, integralmente, pelo pagamento dos honorários advocatícios, na exata compreensão do disposto no art. 86, parágrafo único, do CPC.

4 - Figurando a Fazenda Pública como parte, a verba honorária deverá observar os critérios estabelecidos no §3º do já citado art. 85, mormente considerando que as condenações pecuniárias da autarquia são suportadas por toda a sociedade.

5 - Honorários advocatícios fixados, moderadamente, em 10% (dez por cento) sobre o valor da diferença havida entre os valores efetivamente acolhidos e aqueles apurados pelo INSS.

6 - Agravo de instrumento do autor provido.” - TRF 3ª Região, 7ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5027459-03.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CARLOS EDUARDO DELGADO, julgado em 31/03/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 06/04/2020)

Ante o exposto, *DOU PARCIAL PROVIMENTO* ao presente recurso, *tão somente* para condenar o INSS ao pagamento dos honorários advocatícios, que fixo em 10% (dez por cento) sobre a diferença entre o valor efetivamente acolhido e aquele apurado pelo executado, nos termos da fundamentação.

É O VOTO.

Desembargadora Federal INÊS VIRGÍNIA - Relatora

AGRAVO DE INSTRUMENTO

5009840-89.2021.4.03.0000

Agravante: SERVIÇO SOCIAL DA INDÚSTRIA - SESI, SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM INDUSTRIAL

Agravada: TECNOGEO ENGENHARIA E FUNDAÇÕES LIMITADA

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 18/01/2022

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ENTIDADE TERCEIRA. INGRESSO NA LIDE. ILEGITIMIDADE. LEI 11.457/2007. RECEITA FEDERAL DO BRASIL. FISCALIZAÇÃO, ARRECADAÇÃO, COBRANÇA E RECOLHIMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES IMPUGNADAS. PRECEDENTES.

1. Não se cogita de sobrestamento do presente feito, vez que a matéria afeta ao Tema 1.079/STJ (RESP's 1.898.532 e 1.905.870) não é objeto do presente agravo de instrumento.

2. A decisão agravada destacou, em primeiro plano, a interpretação da Corte Superior sobre o alcance do disposto no artigo 932, CPC, ressaltando o cabimento da apreciação monocrática, a partir de tal permissivo, também em caso de jurisprudência dominante de Tribunal Superior, sem prejuízo da impugnação à decisão do relator através de agravo interno para exame colegiado da pretensão, não subsistindo, assim, vício capaz de anular o julgamento por tal fundamento. Assim, tendo a decisão agravada demonstrado encontrar-se respaldada em entendimento jurisprudencial consolidado na Corte Superior, não tem espaço nem relevância a impugnação à aplicação do artigo 932, CPC, mesmo porque a controvérsia, com o agravo interno, foi integralmente devolvida à apreciação da Turma.

3. A integração de entidade terceira no polo passivo da ação colide frontalmente com a Lei 11.457/2007, pois as atribuições conferidas à Receita Federal do Brasil para planejar, executar, acompanhar e avaliar atividades de tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança e recolhimento de contribuições das alíneas *a*, *b* e *c* do parágrafo único do artigo 11 da Lei 8.112/1991 (artigo 2º) foram objeto de expressa extensão às contribuições de que se cuida nos autos, sem a distinção preconizada, desde que incidentes sobre a mesma base de cálculo das contribuições previdenciárias, com a instituição de retribuição sobre o valor arrecadado para custear serviços prestados, e de regime equiparado, entre tais contribuições, para efeito de prazos, condições, sanções e privilégios, a demonstrar que o legislador expressamente atribuiu à União, através da RFB, a responsabilidade de atuar, administrativa e judicialmente, na defesa de todas as contribuições, próprias ou destinadas a terceiros, conforme previsão específica, ainda que os recursos objetivem custear entidades do sistema "S" que, neste particular, não são diferenciadas, pela lei, de outros terceiros, como INCRA ou FNDE.

4. A atuação processual da União, em tais casos, é exclusiva, afastando a concorrência de entidades terceiras, ainda que na condição processual de assistentes litisconsorciais ou simples, com a ressalva apenas das situações em que, segundo previsão legal, a cobrança pode ser e seja efetuada diretamente pela destinatária da contribuição, não

havendo que se cogitar, portanto, de objeção à aplicação, seja da Lei 11.457/2007, seja da jurisprudência consolidada da Corte Superior quanto ao sentido, conteúdo e extensão do regime legal aplicável à espécie, neste tocante.

5. Além da explanação de todas as circunstâncias relevantes, indicação da jurisprudência consolidada, a decisão agravada destacou, em particular, a improcedência do pedido de ingresso de entidades terceiras como assistentes, igualmente à luz de jurisprudência da Corte Superior.

6. Agravo interno desprovido.

ACÓRDÃO

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

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno contra desprovimento de agravo de instrumento interposto para ingresso de entidades terceiras na relação processual dos autos de base na qualidade de assistentes litisconsorciais ou, subsidiariamente, assistentes simples da União.

Alegaram o SESI e o SENAI que: (1) cabível o sobrestamento do presente feito, diante da determinação da Corte Superior para suspensão nacional dos processos que versem sobre a matéria tratada no RESP 1.898.532, afetado ao rito dos recursos repetitivos; (2) apenas buscam defender a manutenção de direito próprio, pois como titulares do crédito tributário discutido na demanda de origem são diretamente afetados pela decisão a ser proferida, restando, assim, evidenciado o interesse jurídico no feito; e (3) nos termos do artigo 18, parágrafo único, do CPC, podem intervir no feito como assistentes da União, já que esta atua como substituta processual por força do artigo 3º da Lei 11.457/2007.

Houve manifestação em contrarrazões.

É o relatório.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

VOTO

Senhores Desembargadores, preliminarmente, não se cogita de sobrestamento do presente feito, vez que a matéria afeta ao Tema 1.079/STJ (RESP's 1.898.532 e 1.905.870) não é objeto do presente agravo de instrumento.

No mérito, a decisão agravada destacou, em primeiro plano, a interpretação da Corte Superior sobre o alcance do disposto no artigo 932, CPC, ressaltando o cabimento da apreciação monocrática, a partir de tal permissivo, também em caso de jurisprudência dominante de Tribunal Superior, sem prejuízo da impugnação à decisão do relator através de agravo interno para exame colegiado da pretensão, não subsistindo, assim, vício capaz de anular o julgamento por tal fundamento.

Assim, tendo a decisão agravada demonstrado encontrar-se respaldada em entendimento jurisprudencial consolidado na Corte Superior, não tem espaço nem relevância a impugnação à aplicação do artigo 932, CPC, mesmo porque a controvérsia, com o agravo interno, foi integralmente devolvida à apreciação da Turma.

O recurso discute a legitimidade de entidades terceiras para integrar a lide, ao menos como assistentes litisconsorciais ou simples, fundando-se na distinção quanto ao tipo de contribuição exigível, segundo natureza, características e objetivos, de modo a impedir a adoção da solução aplicada.

Sucedee, porém, que, conforme assentado, a distinção e a pretensão colidem frontalmente com a Lei 11.457, de 16/03/2007, considerando que as atribuições conferidas à Receita Federal do Brasil para planejar, executar, acompanhar e avaliar atividades de tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança e recolhimento de contribuições das alíneas *a*, *b* e *c* do parágrafo único do artigo 11 da Lei 8.112/1991 (artigo 2º) foram objeto de expressa extensão às contribuições de que se cuida nos autos de origem, sem a distinção preconizada, desde que incidentes sobre a mesma base de cálculo das contribuições previdenciárias, com a instituição de retribuição sobre o valor arrecadado para custear serviços prestados, e de regime equiparado, entre tais contribuições, para efeito de prazos, condições, sanções e privilégios, a demonstrar que o legislador expressamente atribuiu à União, através da RFB, a responsabilidade de atuar, administrativa e judicialmente, na defesa de todas as contribuições, próprias ou destinadas a terceiros, conforme previsão específica, ainda que os recursos objetivem custear entidades do sistema “S” que, neste particular, não são diferenciadas, pela lei, de outros terceiros, como INCRA ou FNDE.

A atuação processual da União, em tais casos, é exclusiva, afastando a concorrência de entidades terceiras, ainda que na condição processual de assistentes litisconsorciais ou simples, com a ressalva apenas das situações em que, segundo previsão legal, a cobrança pode ser e seja efetuada diretamente pela destinatária da contribuição, não havendo que se cogitar, portanto, de objeção à aplicação, seja da Lei 11.457/2007, seja da jurisprudência consolidada da Corte Superior quanto ao sentido, conteúdo e extensão do regime legal aplicável à espécie, neste tocante.

Além da explanação de todas as circunstâncias relevantes, indicação da jurisprudência consolidada (*v.g.*: REsp 1.619.954, Rel. Min. GURGEL DE FARIA, julgado em 10/05/2019, e REsp 1.822.596, Rel. Min. CAMPBELL MARQUES, DJe 27/11/2020), a decisão agravada destacou, em particular, a improcedência do ingresso de entidades terceiras como assistentes, pois *“assenta a jurisprudência superior que “para o ingresso de terceiro nos autos como assistente simples, é necessária a presença de interesse jurídico, ou seja, a demonstração da existência de relação jurídica integrada pelo assistente que será diretamente atingida pelo provimento jurisdicional, não bastando o mero interesse econômico, moral ou corporativo” (REsp 1.656.361, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 22/04/2019). Sendo certo que o deslinde de lide com eficácia inter partes a respeito da exigibilidade de contribuições a terceiros não afetará direitos ou obrigações concernentes à relação jurídica entre estes e a União (teórica assistida), se não no tocante à eventual diminuição pontual do repasse decorrente do título judicial, forçoso reconhecer que as entidades destinatárias das contribuições recolhidas pelo Fisco federal possuem interesse meramente econômico na lide, incapaz de validar ingresso no processo na qualidade de assistentes (cf. REsp 1.798.937, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, DJe 15/08/2019)”*.

Perceba-se, pois, que a decisão agravada apontou jurisprudência consolidada sobre a tese jurídica discutida, firmada no sentido da inviabilidade do ingresso na lide das entidades

terceiras agravantes, pelo que inviável o acolhimento do agravo interno, que apenas reiterou a pretensão, sem acrescentar qualquer fato ou fundamento jurídico que não tenha sido enfrentado com base em sedimentada orientação pretoriana, restando, assim, inviável a reforma postulada.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno.

É como voto.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

Direito Processual Penal



“HABEAS CORPUS” CRIMINAL

5022447-37.2021.4.03.0000

Impetrante: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

Paciente: GILMAR CRISTINO DOS SANTOS

Impetrada: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 4ª VARA FEDERAL CRIMINAL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 06/01/2022

EMENTA

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. PRISÃO PREVENTIVA. ORDEM DENEGADA.

1. A prisão preventiva é espécie de prisão cautelar que pode ser decretada pelo juiz em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial, como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado (CPP, artigos 311 e 312, na redação dada pela Lei nº 13.964/2019), somente sendo determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (CPP, artigos 282, § 6º, e 319). É a *ultima ratio* do sistema de medidas cautelares previsto no Código de Processo Penal, especialmente depois da Lei nº 13.964, de 24.12.2019.

2. Prisão preventiva mantida, decretada após o paciente ser preso em flagrante por roubo, crime de gravidade concreta, com denúncia já recebida, na qual lhe é imputada a prática do crime capitulado no art. 157, *caput* e §§ 2º, II e V, e 2º-A, I, do Código Penal, de natureza hedionda (art. 1º, II, “a” e “b”, da Lei nº 8.072/90). Além da prova da materialidade e indícios suficientes de autoria (decorrentes da prisão em flagrante e da congruência dos depoimentos dos policiais que efetuaram a prisão, assim como o da vítima, motorista de uma empresa franqueado dos Correios, acerca dos fatos, especialmente sobre o envolvimento do paciente), há demonstração do perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado (CPP, art. 312), que, segundo declarou, já cumpriu pena por crimes de furto e roubo, tendo voltado à liberdade em 2018. Em razão disso, existe fundado risco de reiteração delitiva, de modo que, ao menos por ora, não há como se falar em substituição da prisão do paciente por outras medidas cautelares (CPP, art. 319).

3. Apesar de o paciente alegar sofrer de bronquite asmática, isso, por si só, não o enquadra no grupo de risco de que trata o inciso I do art. 4º da Recomendação nº 62/2020 do CNJ, inclusive porque não se trata de comorbidade que não possa ser tratada dentro do sistema prisional em que se encontra. Nada obstante, a população privada de liberdade vem sendo devidamente vacinada e está na ordem de prioridades do plano nacional de vacinação. Além disso, o paciente, com 28 anos de idade, já deve ter tomado ao menos a primeira dose da vacina contra a Covid-19.

4. Não é o caso de se substituir a prisão preventiva pela prisão domiciliar porque o paciente não se enquadra em nenhuma das hipóteses previstas no art. 318 do Código de Processo Penal.

5. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Décima Primeira Turma, por unanimidade, denegou a ordem de *habeas corpus*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União (DPU), em favor de GILMAR CRISTINO DOS SANTOS, contra a decisão da 4ª Vara Federal de São Paulo (SP) que, na audiência de custódia, decretou a prisão preventiva do paciente, após ele ser preso em flagrante pela prática, em tese, do crime de roubo perpetrado em face de agente franqueado dos Correios (arts. art. 157, § 2º, II e V, e § 2º-A, I, do Código Penal).

A impetrante alega, em síntese, que não há motivo que justifique a prisão preventiva do paciente, não estando presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal.

Alega que a medida não é indispensável para a instrução criminal, tendo em vista as provas já colhidas e o tempo decorrido desde a sua prisão, tampouco há risco de fuga ou qualquer dado de periculosidade ínsito ao paciente, que já havia cumprido integralmente a pena que lhe fora imposta anteriormente, não havendo nada a indicar que, em caso de nova condenação, a situação não se repetiria.

Aduz que o paciente tem uma filha de 2 anos e 6 meses de idade e sua mulher está grávida, pelo que é cabível a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar, tendo em vista o princípio do melhor interesse da criança, positivado no art. 227 da Constituição Federal. Também sustenta a possibilidade de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, sob pena desta se transformar em mera antecipação de pena, com evidente constrangimento ilegal ao paciente.

Além disso, a DPU insurge-se contra a prisão do paciente no atual e excepcional cenário de pandemia, mencionando a Recomendação nº 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e informa que, como não conseguiu contato com a esposa do paciente até o momento, não teve como instruir o *writ* com os documentos que comprovam as alegações por ele feitas na audiência de custódia, inclusive comprovante de endereço.

Por isso, pediu a concessão liminar da ordem para que fosse revogada a prisão preventiva do paciente.

O pedido de liminar foi indeferido (ID 195730588).

A autoridade impetrada prestou informações (ID 196382670).

A Procuradoria Regional da República opinou pela denegação da ordem (ID 196466731).

É o relatório.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO (Relator):

A prisão preventiva é espécie de prisão cautelar que pode ser decretada pelo juiz em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial, como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado (CPP, artigos 311 e 312, na redação dada pela Lei nº 13.964/2019), somente sendo determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (CPP, artigos 282, § 6º, e 319). É a *ultima ratio* do sistema de medidas cautelares previsto no Código de Processo Penal, especialmente depois da Lei nº 13.964, de 24.12.2019.

No caso, o paciente foi preso em flagrante porque, segundo o policial que o conduziu à autoridade policial (ID 195463073, p. 54):

[...] trafegava pela Av. Raimundo Pereira de Magalhães - Parada de Taipas/SP, momento em que foi fechado pelo veículo Fiat/Fiorino – placas: PXD-2372, diante disto desconfiou da situação visto que o condutor de tal veículo apresentava nervosismo demais, sendo assim acionou os sinais sonoros e luminosos da viatura, onde neste momento o veículo Fiat/Fiorino passou a se evadir do local, inclusive adentrando a contramão de direção, pondo em risco demais transeuntes. Que então a perseguição durou cerca de dois minutos, quando então na Rua Nova Roma, nº 215 – Parada de Taipas/SP, o veículo Fiat/Fiorino, colidiu contra outro veículo (se evadiu do local por medo), tendo o condutor da Fiat/Fiorino após a colisão se evadido a pé, quando então outro meliante saiu do compartimento de carga, e passou também a empreender fuga. Desta maneira, o Policial foi ao seu encalço, e cerca de 100 metros a frente, logrou êxito em deter o indiciado que estava no compartimento de carga. Que, em revista pessoal, o indiciado foi identificado como GILMAR CRISTINO DOS SANTOS. Que após deter o indiciado, localizou a vítima que estava retida dentro do veículo Fiat/Fiorino no banco do passageiro, o qual informou que havia sido roubado por dois indivíduos quando logo em seguida encontraram com a viatura Policial. Desta maneira foi chamado apoio ao local, comparecendo os Policiais do Setor de Investigação desta Unidade, sendo o indiciado conduzido a esta repartição para as providências de praxe.

Ao converter a prisão em flagrante do paciente em prisão preventiva, a autoridade impetrada assim fundamentou sua decisão (ID 195463073, pp. 25/29):

Trata-se de auto de prisão em flagrante ocorrido na data de ontem em que GILMAR CRISTINO DOS SANTOS foi preso, em tese, pelo cometimento do crime de roubo. Segundo declarado pelos policiais militares e carteiro dos Correios, dois rapazes anunciaram o assalto na altura do número 215 da Rua Nova Roma, em São Paulo. O carteiro foi alocado no banco do passageiro da Fiat Fiorino dos Correios, enquanto um dos assaltantes dirigia e o outro ficou no compartimento de cargas. O veículo foi avistado pelos Policiais, que estranharam o nervosismo do motorista e após empreenderem perseguição seguida de fuga dos assaltantes, prenderam o custodiado. Ouvido nesta oportunidade, Gilmar informou que reside na Avenida João Paulo I, número 119 há 25 anos. O imóvel era da sua avó, que passou para sua mãe e, posteriormente para o custodiado. Ele reside com sua mãe, sua esposa que está grávida e a filha de 2 anos e 6 me-

ses. Foi mostrada a imagem do local de sua moradia através do site Google Street View, com confirmação do local conforme “print” em anexo.

Tem uma filha menor de idade que assim como ele tem bronquite asmática e ambos fazem uso da “bombinha inalatória” Aerolin, quando necessário. Não está com ela no momento porque, segundo ele, a bombinha foi jogada no córrego.

Já foi preso e condenado por furto e por roubo, ambos os crimes datados do ano de 2013. Ficou 5 anos preso e foi solto em 2018. De lá para cá alegou que trabalhou em um lava rápido, depois em um buffet, e há cerca de um ano e meio aproximadamente está trabalhando como ajudante geral em uma terceirizada da Tobias Figueiredo. Deixou sua CTPS há uns 15 dias para ser registrado.

Sobre a prisão, o custodiado alegou ter sido vítima de violência policial. Segue o resumo de seu depoimento, cuja íntegra do relato está gravada em audiovisual:

Foi preso ontem aproximadamente às 17h30, mas não lembra o nome da rua e nem o bairro. Foi preso quando voltava do trabalho. Quando o policial o abordou, ele veio de encontro, fez com que ele deitasse no chão e pisou no seu pescoço dizendo ‘é você mesmo, neguinho’. Não sabe o nome do policial, mas descreve que sofreu violência de dois policiais civis que descreveu como sendo homens brancos, o primeiro de camisa e calça pretas sociais e sapato social marrom; e, o segundo de calça jeans, tênis vermelho e camiseta polo. Este segundo policial, inclusive, jogou sua mochila no córrego, perto do local da apreensão. Nela continha seu documento de identificação, sua marmita e sua caixa de som.

Além disso, Gilmar afirmou que foi levado para uma delegacia que não sabe dizer qual foi, depois o IML onde fez o exame de corpo de delito, e, posteriormente para a unidade policial de Cajamar onde se encontra no momento.

Alegou que não foi feito qualquer reconhecimento. Foi colocado em uma espécie de banheiro para esperar a confecção dos documentos. Disse também que não lhe foi oportunizada a ligação para seus familiares.

Ao final, foram realizados requerimentos. MPF solicitou a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva e Defesa requereu o relaxamento do flagrante, ou, assim não entendendo a conversão da prisão em medidas cautelares diversas. Ambas as manifestações foram orais e constam na mídia anexa.

FUNDAMENTO E DECIDO.

Homologo a prisão em flagrante ocorrida na data de ontem, uma vez que foram devidamente cumpridos os requisitos do artigo 302 e seguintes do CPP, em especial o inciso III.

A alegação de violência, a princípio não foi reforçada com nenhum outro indício, mas nem por isso deixará de ser devidamente apurada.

O flagrante, está formalmente em ordem, ao menos até o momento, sem nenhum outro indício de ilegalidade.

A alegação de flagrante presumido também é unilateral, não tendo nenhum outro elemento a corroborar essa tese, muito pelo contrário.

Outrossim, o caso demonstra que as medidas cautelares diversas da prisão seriam ineficientes, por enquanto sendo de rigor a decretação da prisão preventiva requerida pelo órgão de acusação nos termos do artigo 312 do CPP.

Anoto em primeiro lugar que Gilmar Cristiano foi preso em flagrante, logo após o crime, seguido de tentativa de fuga. Neste primeiro momento existem no auto de prisão em flagrante três depoimentos neste sentido.

Ainda não há nos autos qualquer comprovação de ocupação lícita do acusado.

O crime foi cometido com grave ameaça à pessoa, seguida da privação de sua liberdade, o que é bastante grave. Soma-se a isso o fato de que o mundo do crime não é estranho ao custodiado, com histórico anterior de furto e roubo.

As medidas cautelares diversas da prisão, *a princípio*, não se revelariam suficientes para assegurar a conveniência da instrução penal e assegurar a eventual aplicação da lei penal.

Anoto que ao menos até que se faça o reconhecimento com a testemunha Eduardo, é preciso que ocorra a privação da liberdade.

[...]

Por esta série de motivos, DECRETO A PRISÃO PREVENTIVA DE GILMAR CRISTINO DOS SANTOS.

Não há motivos para, nesse momento processual, com denúncia já recebida, na qual se imputada ao paciente a prática do crime capitulado no art. 157, *caput* e §§ 2º, II e V, e 2º-A, I, do Código Penal. e em fase de resposta à acusação, revogar a prisão preventiva impugnada.

O crime imputado ao paciente é de gravidade concreta, de natureza hedionda (art. 1º, II, “a” e “b”, da Lei nº 8.072/90) e, além da prova da materialidade e indícios suficientes de autoria (decorrentes da prisão em flagrante e da congruência dos depoimentos dos policiais que efetuaram a prisão, assim como o da vítima, motorista de uma empresa franqueado dos Correios, acerca dos fatos, especialmente sobre o envolvimento do paciente, ID 195463073, pp. 54/56), há demonstração do perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado (CPP, art. 312), que, segundo declarou, já cumpriu pena por crimes de furto e roubo, tendo voltado à liberdade em 2018. Em razão disso, existe fundado risco de reiteração delitiva, de modo que, ao menos por ora, não há como se falar em substituição da prisão do paciente por outras medidas cautelares (CPP, art. 319). Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PRISÃO PREVENTIVA. MODUS OPERANDI. PERICULOSIDADE. REINCIDÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. EVENTUAIS CIRCUNSTÂNCIAS PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. CORONAVIRUS. AGRAVANTE QUE NÃO SE INSERE EM GRUPO DE RISCO. CRIME COMETIDO MEDIANTE VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A prisão preventiva é uma medida excepcional, de natureza cautelar, que autoriza o Estado, observadas as balizas legais e demonstrada a absoluta necessidade, restringir a liberdade do cidadão antes de eventual condenação com trânsito em julgado (art. 5º, LXI, LXV, LXVI e art. 93, IX, da CF). Exige-se, ainda, na linha inicialmente perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal e agora normatizada a partir da edição da Lei n. 13.964/2019, que a decisão esteja pautada em motivação concreta de fatos novos ou contemporâneos, bem como demonstrado o lastro probatório que se ajuste às hipóteses excepcionais da norma em abstrato e revelem a imprescindibilidade da medida, vedadas considerações genéricas e vazias sobre a gravidade do crime.
2. No caso, a prisão encontra fundamentos idôneos na gravidade da conduta, cujo modus operandi demonstra ousadia e periculosidade. O agravante foi preso em flagrante pela suposta prática de roubo de veículo dos Correios, com restrição da liberdade de um dos funcionários da empresa e tentativa de fuga quando avistado pelos policiais. Além disso, ele é reincidente, ostentando condenações definitivas pelos crimes de receptação e porte/posse de arma com numeração suprimida, circunstância que reforça os indícios de sua periculosidade.
3. Eventuais condições subjetivas favoráveis, tais como residência fixa e trabalho lícito, por si sós, não obstam a segregação cautelar, pois estão presentes os requisitos legais para a decretação da prisão preventiva.
4. A recomendação contida na Resolução n. 62, de 18 de março de 2020, do CNJ não implica automática substituição da prisão cautelar pela domiciliar. É necessário que o eventual beneficiário do instituto demonstre: a) sua inequívoca adequação no chamado grupo de vulneráveis da COVID-19; b) a impossibilidade de receber tratamento no estabelecimento prisional em que se encontra; e c) risco real de que o estabelecimento em que se encontra, e que o segrega do convívio social, cause mais risco do que o ambiente em que a sociedade está inserida, inócua na espécie.

5. Hipótese na qual os documentos carreados aos autos não evidenciam que o acusado se encontra no grupo de risco ou nas hipóteses previstas na Recomendação n. 62 do CNJ, para fins de revogação da prisão preventiva, ou concessão da prisão domiciliar.
6. Agravo desprovido. (STJ, AgRg no RHC 130.607/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 02.02.2021, DJe 04.02.2021)

Além disso, a despeito da justificativa da impetrante, não há prova nos autos de que o paciente vinha exercendo atividade lícita, de modo a prover suas necessidades e as de sua família. Contudo, mesmo que houvesse essa prova, eventuais condições pessoais favoráveis, por si só, não impediriam a decretação - tampouco a manutenção - da prisão preventiva, desde que existissem (como existem, no caso) motivos que a justifiquem. A propósito:

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. PRONÚNCIA. NEGATIVA DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA. MODUS OPERANDI. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. 4 HOMICÍDIOS. VIA PÚBLICA. DISPUTA TERRITORIAL DE TRÁFICO DE DROGAS.

1. A validade da segregação cautelar está condicionada à observância, em decisão devidamente fundamentada, aos requisitos insertos no art. 312 do Código de Processo Penal, revelando-se indispensável a demonstração de em que consiste o *periculum libertatis*.

[...]

4. *Conforme magistério jurisprudencial do Pretório Excelso, “a necessidade de se interromper ou diminuir a atuação de integrantes de organização criminosa enquadra-se no conceito de garantia da ordem pública, constituindo fundamentação cautelar idônea e suficiente para a prisão preventiva” (STF, Primeira Turma, HC n. 95.024/SP, relatora Ministra Cármen Lúcia, DJe 20/2/2009).*

5. Condições subjetivas favoráveis do paciente, por si só, não impedem a prisão cautelar, caso se verifiquem presentes os requisitos legais para a decretação da segregação provisória (Precedentes).

6. *Mostra-se indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, quando a segregação encontra-se fundada na gravidade efetiva do delito, indicando que as providências menos gravosas seriam insuficientes para acautelar a ordem pública e evitar a prática de novos crimes.*

7. Ordem denegada.

(STJ, HC 485.432/BA, Sexta Turma, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, j. 27.08.2019, DJe 06.09.2019; destaquei).

No que toca à pandemia de Covid-19, também não se justifica a concessão liminar da ordem, tendo em vista o disposto no art. 4º da Recomendação nº 62/2020 do CNJ. Ocorre que essa Recomendação exorta os magistrados com competência para a fase de conhecimento criminal que, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, considerem:

I – a reavaliação das prisões provisórias, nos termos do art. 316, do Código de Processo Penal, priorizando-se: a) mulheres gestantes, lactantes, mães ou pessoas responsáveis por criança de até doze anos ou por pessoa com deficiência, assim como idosos, indígenas, pessoas com deficiência ou que se enquadrem no grupo de risco; b) pessoas presas em estabelecimentos penais que estejam com ocupação superior à capacidade, que não disponham de equipe de saúde lotada no estabelecimento, que estejam sob ordem de interdição, com medidas cautelares determinadas por órgão do sistema de jurisdição internacional, ou que disponham de insta-

lações que favoreçam a propagação do novo coronavírus; c) prisões preventivas que tenham excedido o prazo de 90 (noventa) dias ou que estejam relacionadas a crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa;

II – a suspensão do dever de apresentação periódica ao juízo das pessoas em liberdade provisória ou suspensão condicional do processo, pelo prazo de 90 (noventa) dias;

III – a máxima excepcionalidade de novas ordens de prisão preventiva, observado o protocolo das autoridades sanitárias”.

No entanto, apesar de o paciente alegar sofrer de bronquite asmática, isso, por si só, não o enquadra no grupo de risco de que trata o inciso I do art. 4º da mencionada Recomendação, inclusive porque não se trata de comorbidade que não possa ser tratada dentro do sistema prisional em que se encontra, tanto assim que a autoridade impetrada permitiu *“que a família do custodiado forneça a medicação aerolín, ou, caso não possa, que fique avisado o responsável por sua custódia cautelar para que tenha a medicação de sobreaviso, caso seja necessário”*. Nada obstante, a população privada de liberdade vem sendo devidamente vacinada e está na ordem de prioridades do plano nacional de vacinação. Além disso, o paciente, com 28 anos de idade, já deve ter tomado ao menos a primeira dose da vacina contra a Covid-19.

Por fim, não é o caso de se substituir a prisão preventiva pela prisão domiciliar porque o paciente não se enquadra em nenhuma das hipóteses previstas no art. 318 do Código de Processo Penal.

Desse modo, dadas as circunstâncias fáticas e específicas do caso concreto, não verifico ilegalidade na prisão preventiva do paciente, cuja decretação foi devidamente motivada e fundamentada pelo juízo impetrado e sua manutenção se faz necessária para a garantia da ordem pública, sendo, portanto, o caso de denegar a ordem.

A propósito, destaco o seguinte trecho do parecer subscrito pelo Procurador Regional da República Vinícius Fernando Alves Fermino (ID 196466731):

Não bastasse a gravidade concreta, agravada pelo perigo a que expostos terceiros na via pública e a própria vítima, que foi forçada a acompanhar os agentes criminosos, a manifestada intenção de fuga verbera em dissonância com as teses da impetração.

Daí porque é patente que, diante da periculosidade resultante da gravidade concreta, e da vontade de evadir-se, o estado de liberdade do paciente conduziria a inegável risco para a ordem pública e para a aplicação da lei penal, que somente pode ser neutralizado pela segregação. Demais disso, a vida pregressa do paciente, que cumpriu pena por condenação anterior por furto e roubo, revela que o processamento criminal e a execução de reprimenda anterior não foram suficientes para conter seu pendor delituoso, o que faz clara a necessidade imperativa da custódia para evitar a reiteração delitiva.

Tampouco contribui para o êxito da impetração a alegada necessidade de cuidar da prole, até porque esta estaria assistida pela genitora, pelo que se extrai da própria alegação defensiva. Por fim, a situação de pandemia em razão do novo coronavírus não importa, no caso, na revogação da prisão preventiva ou na substituição por medidas cautelares diversas da prisão. A emergência decorrente da pandemia resultante da transmissão do novo coronavírus e a Recomendação CNJ nº 62/2020 não impõem, pelo menos na atualidade, a soltura indiscriminada de pessoas recolhidas ao sistema prisional. (...)

No caso em tela, o paciente praticou crime hediondo, mediante grave ameaça à pessoa e restrição à liberdade da vítima, executado mediante a simulação do emprego de arma de fogo, de modo a evidenciar a periculosidade.

Fosse pouco, o paciente possui outros registros criminais anteriores, com condenação pela prática de roubo, em clara evidência da reiteração delitiva. (...)

Nesse quadro, apesar de alegar sofrer de bronquite, a prisão se faz necessária, obviamente com todos os cuidados adicionais de saúde que isso requer, dada a afirmada comorbidade, no interior do estabelecimento carcerário.

No aspecto, não existem documentos nos autos a demonstrar que, na unidade prisional em que está recolhido o paciente, haja superlotação, indisponibilidade de serviços de saúde razoáveis, omissão na tomada de medidas preventivas possíveis em relação ao contágio pelo novo coronavírus e nem mesmo efetiva contaminação de pessoas detidas ou que trabalham no local. Demais disso, para além da vacinação, que recai com prioridade entre os detentos, as circunstâncias do flagrante não indicam que o paciente estivesse tomando providências preventivas de isolamento social quando da prática criminosa, muito menos em nível maior do que as que são possíveis mesmo no ambiente prisional.

Posto isso, *DENEGO A ORDEM de habeas corpus.*

É o voto.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

“HABEAS CORPUS” CRIMINAL

5027105-07.2021.4.03.0000

Impetrante e Paciente: MANOEL MESSIAS DA SILVA

Impetrada: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 1ª VARA FEDERAL CRIMINAL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 07/01/2022

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS. PREENCHIMENTO. CRIME DE HOMICÍDIO. VIGILANTE DA CEF. DECISÃO FUNDAMENTADA. INSUFICIÊNCIA DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. *Habeas corpus* impetrado contra ato mediante o qual se denegou a liberdade provisória, mantendo a prisão preventiva do paciente.

2. O paciente teve sua prisão preventiva decretada e mantida pela autoridade apontada como coatora ante a existência de elementos iniciais sólidos de materialidade e autoria delitivas. Os elementos trazidos nesta via não ilidiram os fundamentos do ato apontado como coator.

3. Circunstâncias que revelam a necessidade da prisão preventiva ante a gravidade concreta da conduta em tese praticada pelo paciente, vigilante de agência bancária da CEF, preso em flagrante quando chegava em sua residência depois de deixar o local dos fatos onde, após desentendimento que chegou às vias de fato com a vítima, que exercia a função de auxiliar de limpeza no mesmo local, desferiu contra ela disparo de arma de fogo, causando-lhe a morte poucos minutos depois.

4. O ato apontado como coator contém em seu bojo fundamentos que demonstram o preenchimento concreto dos requisitos e pressupostos para decretação da prisão preventiva. Tanto a decisão que decretou a prisão preventiva como a decisão posterior que a manteve estão suficientemente fundamentadas, em observância ao art. 93, IX, da Constituição Federal. A custódia cautelar revelou-se necessária com base em dados concretos coletados, não se tratando de meras ilações acerca da gravidade abstrata do ocorrido, como alega o impetrante.

5. A existência de condições favoráveis não constitui circunstância garantidora da liberdade provisória, quando demonstrada a presença de outros elementos que justificam a medida constritiva excepcional.

6. Conforme constou da decisão impugnada, o crime em questão teria sido praticado pelo paciente, pessoa que naquele momento portava arma de fogo exatamente para proteção da integridade física das pessoas que trabalham no interior da agência, sejam eles funcionários ou qualquer pessoa que venha a precisar dos serviços bancários, já que exercia a função de vigilante armado. O próprio exercício desta função, por implicar no porte de arma de fogo, exige extrema capacidade de autocontrole, já que o profissional não pode se prevalecer de tal condição para se impor perante qualquer um que não esteja, de alguma forma, agindo contra a normalidade e segurança que lhe cabe preservar, de forma que a conduta do paciente revela periculosidade para o próprio meio social.

7. Diante da gravidade concreta e das circunstâncias em que teria sido praticado o delito, as medidas cautelares alternativas revelam-se insuficientes para garantir a ordem pública.
8. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Décima Primeira Turma, por unanimidade, denegou a ordem de *habeas corpus*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

RELATÓRIO

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de MANOEL MESIAS DA SILVA, apontando constrangimento ilegal proveniente de ato praticado pelo Juízo da 1ª Vara Criminal Federal de São Paulo/SP, consistente na decretação da prisão preventiva.

Consta que Manoel foi preso em flagrante pela prática, em tese, do crime previsto no art. 121 do Código Penal. Narra a exordial acusatória que, em 17 de agosto de 2021, por volta das 8h, no interior da agência da Caixa Econômica Federal situada na Praça da República, 299, República, São Paulo/SP, o réu, no exercício da função de vigilante armado da referida agência bancária, teria efetuado disparo de arma de fogo na direção do auxiliar de limpeza Renato de Souza Nascimento, causando-lhe a morte poucos minutos depois, em decorrência de “anemia aguda por hemorragia interna traumática”.

A prisão em flagrante foi convertida em preventiva e o pedido de revogação da prisão cautelar restou indeferido.

Neste *habeas corpus*, a impetrante aduz que a ausência de fundamentação idônea da decisão que decretou a prisão preventiva, já que o argumento de que o paciente poderia empreender fuga não procede, havendo interesse em demonstrar que agiu em legítima defesa.

Alega que não se encontram presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva, os quais estão previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, pois o paciente é pessoa trabalhadora, possui registro em carteira, é pai de família, primário e possui residência fixa.

Assevera, por fim, que não há elementos concretos que indiquem a possibilidade de reiteração delitiva, que o paciente não representa risco à aplicação da lei penal e que, no curso da instrução, colaborará com a Justiça.

Pede, liminarmente, a revogação da prisão preventiva e a expedição de alvará de soltura ou, subsidiariamente, a aplicação de cautelares diversas da prisão. Ao final, postulam a concessão definitiva da ordem para que seja revogada a custódia cautelar, ainda que mediante a aplicação de medidas cautelares alternativas.

A liminar foi indeferida (ID 209823890).

A autoridade apontada como coatora prestou informações (ID 210174162).

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (ID 210313639).

É o relatório.

Em mesa.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

VOTO

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI:

Examino o conteúdo da impetração.

Colhe-se da decisão guerreada a seguinte fundamentação para a homologação da prisão em flagrante e conversão em preventiva (ID 76936311 dos autos nº 5005935-60.2021.4.03.6181):

“[...] DECIDO. Consta dos autos que MANOEL MESSIAS DA SILVA, vigilante da Agência da CEF na Praça da República, após desentendimento verbal e partindo para as vias de fato com RENATO DE SOUZA NASCIMENTO, funcionário da limpeza da Agência, sacou de sua arma e disparou contra este, o qual veio a falecer. Foi relatado que Manoel e a vítima, Renato, se desentenderam por conta da revista pessoal que é feita nos funcionários quando entram e saem da agência. Renato haveria dado cabeçadas em Manoel, e se preparava para bater mais uma vez quando Manoel sacou sua arma e atirou, acertando no peito da vítima. O autor do fato foi preso pela PM quando chegava em sua residência. Há nos autos prova da situação de flagrância, consoante prevê o artigo 302 do Código de Processo Penal, porquanto o autuado foi preso chegando em sua residência logo após a ocorrência do fato. Destaca-se o vídeo do momento em que a situação ocorreu (ID76532957), e a confissão do autuado, aduzindo ter agido em legítima defesa. Passo à análise da situação de liberdade do réu.

Há nos autos prova da materialidade e indícios de autoria delitiva. A pena máxima prevista para o crime é superior a quatro anos. Trata-se de crime praticado intencionalmente, sem a ocorrência de qualquer excludente de ilicitude, conforme mencionado acima, além de ter sido praticado por quem estava portando arma de fogo exatamente para proteção da integridade física das pessoas que trabalham no interior da agência, sejam eles funcionários da Instituição Financeira ou prestadores de serviços terceirizados, além de toda e qualquer pessoa que venha a precisar dos serviços bancários. Estar armado exige de quem porta qualquer espécie de arma de fogo uma capacidade de autocontrole acima dos demais, uma vez que, preparado para tal fato, o Vigilante bancário, ou qualquer outro profissional que utiliza armamento, não pode se prevalecer de tal condição para se impor perante qualquer um que não esteja, de alguma forma, agindo contra a normalidade e segurança que lhe cabe preservar. Independentemente de qualquer discussão que possa ter ocorrido anteriormente entre agressor e vítima, não há justificativa alguma para que a pessoa, na qual se depositou confiança para preservação da ordem e segurança, venha a se tornar o efetivo agressor de forma desproporcional ao que a situação exigia. Eventual concessão de imediata liberdade ao autuado afigura-se tão desproporcional quanto sua conduta, sendo a manutenção de sua prisão necessária para garantia da ordem pública, sob a perspectiva da necessidade de afastar-se qualquer possibilidade de novos conflitos entre aqueles que venham a se sentir atingidos pelo crime praticado. Da mesma forma, demonstra-se conveniente a manutenção do encarceramento preventivo para a instrução criminal, além da própria necessidade de aplicação da lei penal, haja vista que o autuado, também, conforme imagens anexadas aos autos, após a prática do crime, pegou seus pertences e saiu calmamente do local, demonstrando grande desprezo pela vida humana. Outrossim, em que pese o autuado ter residência fixa e conhecida, pela gravidade da infração, entende-se que medidas cautelares diversas da prisão são insuficientes para garantir a ordem pública e até mesmo resguardar a instrução criminal e eventual aplicação da lei penal.

Mister se faz, portanto, a decretação da prisão preventiva para garantia da ordem pública, da instrução criminal e para assegurar eventual aplicação da lei penal. Diante de todo o exposto, **CONVERTO A PRISÃO EM FLAGRANTE DE MANOEL MESSIAS DA SILVA, EM PRISÃO PREVENTIVA**, para garantia da ordem pública, assegurar a instrução criminal e eventual aplicação da lei penal, com fundamento no artigo 310, inciso II, 312 e 313, inciso I, todos do Código de Processo Penal. **EXPEÇA-SE O COMPETENTE MANDADO DE PRISÃO**, fazendo constar que se trata de conversão de prisão em flagrante em preventiva. Comunique-se a Autoridade Policial. Após, remetam-se os autos ao MPF para requerer o que entender cabível”.

O pedido de revogação da prisão preventiva restou assim indeferido:

“Por fim, quanto à prisão preventiva do réu, compreendo que a mesma deve ser mantida, ao menos por ora.

A custódia cautelar do acusado foi decretada em razão da presença de materialidade e indícios veementes de autoria da prática do delito de homicídio, crime grave, perpetrado no exercício da função de vigilante bancário, em pleno ambiente de prestação de serviço público.

São os seguintes os fundamentos do decreto de prisão preventiva do réu:

‘(...) Há nos autos prova da materialidade e indícios de autoria delitiva. A pena máxima prevista para o crime é superior a quatro anos. Trata-se de crime praticado intencionalmente, sem a ocorrência de qualquer excludente de ilicitude, conforme mencionado acima, além de ter sido praticado por quem estava portando arma de fogo exatamente para proteção da integridade física das pessoas que trabalham no interior da agência, sejam eles funcionários da Instituição Financeira ou prestadores de serviços terceirizados, além de toda e qualquer pessoa que venha a precisar dos serviços bancários. Estar armado exige de quem porta qualquer espécie de arma de fogo uma capacidade de autocontrole acima dos demais, uma vez que, preparado para tal fato, o Vigilante bancário, ou qualquer outro profissional que utiliza armamento, não pode se prevalecer de tal condição para se impor perante qualquer um que não esteja, de alguma forma, agindo contra a normalidade e segurança que lhe cabe preservar. Independentemente de qualquer discussão que possa ter ocorrido anteriormente entre agressor e vítima, não há justificativa alguma para que a pessoa, na qual se depositou confiança para preservação da ordem e segurança, venha a se tornar o efetivo agressor de forma desproporcional ao que a situação exigia.

Eventual concessão de imediata liberdade ao autuado afigura-se tão desproporcional quanto sua conduta, sendo a manutenção de sua prisão necessária para garantia da ordem pública, sob a perspectiva da necessidade de afastar-se qualquer possibilidade de novos conflitos entre aqueles que venham a se sentir atingidos pelo crime praticado.

Da mesma forma, demonstra-se conveniente a manutenção do encarceramento preventivo para a instrução criminal, além da própria necessidade de aplicação da lei penal, haja vista que o autuado, também, conforme imagens anexadas aos autos, após a prática do crime, pegou seus pertences e saiu calmamente do local, demonstrando grande desprezo pela vida humana. Outrossim, em que pese o autuado ter residência fixa e conhecida, pela gravidade da infração, entende-se que medidas cautelares diversas da prisão são insuficientes para garantir a ordem pública e até mesmo resguardar a instrução criminal e eventual aplicação da lei penal. Mister se faz, portanto, a decretação da prisão preventiva para garantia da ordem pública, da instrução criminal e para assegurar eventual aplicação da lei penal. (...)’ (ID 76936311)

Pois bem. Compreendo que tais fundamentos permanecem hígidos, sobretudo a necessidade de se assegurar o regular processamento da ação penal e a futura aplicação da lei penal, já que é alto o risco de que, uma vez em liberdade, o acusado venha a se evadir do distrito da culpa. A prisão preventiva pode ser revogada caso se verifique, no curso do processo, a falta de motivo para que subsista (art. 316 do CPP), isto é, caso constatada a sua desnecessidade para os fins previstos na lei.

No entanto, por ora, ressalvado o princípio da presunção de inocência, não há nos autos nenhum elemento novo que afaste a existência do crime e os indícios suficientes de autoria, bem como evidencie a prescindibilidade da prisão cautelar.

Ressalto que o fato de o acusado ostentar condições subjetivas favoráveis, tais como residência fixa, ocupação lícita e bons antecedentes, por si só, não é suficiente a infirmar a necessidade da manutenção da medida.

Outrossim, ante a necessidade da prisão, pelos motivos acima expostos, não se revela cabível a sua substituição por alguma outra medida cautelar alternativa (arts. 282, § 6º, e 319 do Código de Processo Penal).

Diante do exposto, indefiro o requerimento ID 77165405 e mantenho a prisão preventiva de MANOEL MESSIAS DA SILVA.

Como se sabe, os pressupostos por meio dos quais se afere a necessidade de decretação da prisão preventiva são traduzidos pela doutrina no *fumus commissi delicti* e no *periculum libertatis* (equivalentes, respectivamente, ao *fumus boni juris* e ao *periculum in mora*, requisitos necessários para decretação de medidas cautelares em geral). O primeiro se refere aos ponderáveis elementos concretos que tornam provável o efetivo cometimento do crime. Já o *periculum libertatis* diz com o risco concreto de que, sem a decretação da medida, se efetive o dano grave (seja ao processo e seu eventual resultado, seja à ordem pública ou à ordem econômica). Ausente um dos pressupostos, não deve haver a decretação da medida extrema. Deve haver também, por certo, o preenchimento de um dos requisitos alternativos previstos no art. 313 do Código de Processo Penal.

Posto isso, entendo que o ato apontado como coator contém em seu bojo fundamentos que demonstram o preenchimento concreto dos requisitos e pressupostos para decretação da prisão preventiva. Tanto a decisão que decretou a prisão preventiva como a decisão posterior que a manteve estão suficientemente fundamentadas, em observância ao art. 93, IX, da Constituição Federal. A custódia cautelar revelou-se necessária com base em dados concretos coletados, não se tratando de meras ilações acerca da gravidade abstrata do ocorrido, como alega o impetrante.

No caso concreto, extrai-se do auto de prisão em flagrante que o paciente foi preso em flagrante quando chegava em sua residência após deixar o local dos fatos onde, após desentendimento que chegou às vias de fato com a vítima, que exercia a função de auxiliar de limpeza, desferiu contra ela disparo de arma de fogo, causando-lhe a morte poucos minutos depois.

Consta que o paciente e a vítima trabalhavam na mesma agência da Caixa Econômica Federal e vinham tendo desentendimentos em razão da triagem que era realizada pelo paciente nas pessoas que entravam e saíam da agência, inclusive funcionários. Na manhã de 17 de agosto de 2021 houve mais um desentendimento entre eles, que culminou na morte da vítima atingida por disparo da arma de fogo que o paciente portava.

Há, no processo de origem, elementos iniciais sólidos de materialidade delitiva, a partir de documentos em que se relata o flagrante (auto de prisão em flagrante). Há, outrossim, depoimentos de testemunhas e do próprio paciente, além do auto de apresentação e apreensão, segundo o qual o paciente foi preso em flagrante logo após deixar o local onde teria efetuado disparo de arma de fogo contra a vítima, nas dependências de agência da CEF, onde ambos trabalhavam, o que foi por ele corroborado em sua oitiva em sede policial, oportunidade em que afirmou que agiu em legítima defesa.

Vislumbro, pois, a existência de *fumus commissi delicti*.

Há, igualmente, elementos que denotam o *periculum libertatis*. Extrai-se da decisão impugnada que a prisão preventiva justificou-se diante do risco à ordem pública, que, segundo a autoridade impetrada, estaria evidenciado pela gravidade concreta da conduta, pelo risco à instrução criminal e da própria aplicação da lei penal, já que o paciente teria, logo após o crime, teria deixado o local, elementos que sustentaram a avaliação da autoridade apontada como coatora no sentido de haver periculosidade concreta na libertação do agente, o que se me afigura correto no contexto fático de que se cuida.

A própria natureza da conduta, crime doloso contra a vida, evidencia a sua gravidade concreta e permite a decretação da prisão preventiva como forma de resguardar a ordem pública, conforme precedente do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

Ementa: *HABEAS CORPUS*. CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA. PRISÃO CAUTELAR. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. DELIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL DESSE FUNDAMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA. ORDEM DENEGADA. 1. Muito já se escreveu sobre esse fundamento específico da prisão preventiva, previsto no art. 312 do CPP. Para alguns estudiosos, serviria ele de instrumento para evitar que o acusado, em liberdade, praticasse novos crimes ou colocasse em risco a vida das pessoas que desejassem colaborar com a Justiça, causando insegurança no meio social. Outros preferem associar a ordem pública à credibilidade do Poder Judiciário e das instituições públicas. Por fim, há também aqueles que encaixam no conceito de ordem pública a gravidade do crime ou a reprovabilidade da conduta, sem falar no proverbial clamor público, muitas vezes confundido com a repercussão, na mídia, causada pelo suposto delito. 2. No seu cotidiano exercício de interpretação constitucional do Direito Penal e Processual Penal, o Supremo Tribunal Federal já consolidou o entendimento de que o uso de expressões fortemente retóricas ou emocionais, além do apelo à credibilidade da Justiça ou ao clamor público, não se prestam para preencher o conteúdo da expressão ordem pública. Seja porque não ultrapassam o campo da mera ornamentação linguística, seja porque desbordam da instrumentalidade inerente a toda e qualquer prisão provisória, antecipando, não raras vezes, o juízo sobre a culpa do acusado. 3. Em matéria de prisão cautelar, a expressão ordem pública, justamente, é a que me parece de mais difícil formulação conceitual. Como a Constituição fala de preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, fico a pensar que ordem pública é algo diferente da incolumidade do patrimônio, como é algo diferente da incolumidade das pessoas. É um *tertium genus*. Um conceito negativo mesmo: ordem pública é bem jurídico distinto da incolumidade das pessoas e do patrimônio. Enquanto a incolumidade das pessoas e do patrimônio alheio vai servir como a própria razão de ser da criminalização das condutas a ela contrárias, a ordem pública é algo também socialmente valioso e por isso juridicamente protegido, mas que não se confunde mesmo com tal incolumidade. Mais que isso: cuida-se de bem jurídico a preservar por efeito, justamente, do modo personalizado ou das especialíssimas circunstâncias subjetivas em que se deu a concreta violação da integridade das pessoas e do patrimônio de outrem, como também da saúde pública. Pelo que ela, ordem pública, se revela como bem jurídico distinto daquela incolumidade em si, mas que pode resultar mais ou menos fragilizado pelo próprio modo ou em função das circunstâncias em que penalmente violada a esfera de integridade das pessoas ou do patrimônio de terceiros. Daí a sua categorização jurídico-positiva, não como descrição de delito ou cominação de pena, mas como pressuposto de prisão cautelar; ou seja, como imperiosa necessidade de acautelar o meio social contra fatores de perturbação que já se localizam na peculiar execução de certos crimes. Não da incomum gravidade desse ou daquele delito, entenda-se. Mas da incomum gravidade da protagonização em si do crime e de suas circunstâncias. 4. Não há como desenlaçar a necessidade de preservação da ordem pública e o acautelamento do meio social. No mesmo passo em que o conceito de ordem pública se desvincula do conceito de incolumidade das pessoas e do patrimônio alheio, ele se liga umbilicalmente ao conceito de acautelamento do meio social.

Acautelamento que não se confunde com a mera satisfação de um sentimento generalizado de insegurança, senão com medidas de efetiva proteção de uma certa comunidade; ou seja, se a ambiência fática permite ao magistrado aferir que a liberdade de determinado indivíduo implicará a insegurança objetiva de outras pessoas, com sérios reflexos no seio da própria comunidade, abre-se espaço para o manejo da prisão em prol da ordem pública. Insegurança objetiva, portanto, que direciona o juízo do magistrado para a concretude da realidade que o cerca. Não para um retórico ou especulativo apelo à indeterminação semântica daquilo que tradicionalmente se entende por paz pública. 5. *No caso, a custódia preventiva do paciente não foi decretada tão-somente em meras suposições de risco à garantia da ordem pública, ou na gravidade em abstrato do crime debitado ao paciente. Trata-se de decisão que indicou objetivamente dados concretos quanto à premente necessidade de acautelamento do meio social, notadamente quanto ao modus operandi brutalmente incomum. Deveras, quando da maneira de execução do delito sobressair a extrema periculosidade do agente, o decreto de prisão ganha a possibilidade de estabelecer um vínculo funcional entre o modus operandi do suposto crime e a garantia da ordem pública. Isso na linha de que a liberdade do paciente implicará a insegurança objetiva de outras pessoas, com sérios reflexos no seio da própria comunidade.* 6. *Ordem denegada.* (STF - HC: 111244 SP, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 10/04/2012, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-124 DIVULG 25-06-2012 PUBLIC 26-06-2012). – G. N.

Conforme constou da decisão impugnada, o crime em questão teria sido praticado pelo paciente, pessoa que naquele momento portava arma de fogo exatamente para proteção da integridade física das pessoas que trabalham no interior da agência, sejam eles funcionários, além de toda e qualquer pessoa que venha a precisar dos serviços bancários, já que exercia a função de vigilante armado. O próprio exercício desta função, por implicar no porte de arma de fogo, exige extrema capacidade de autocontrole, já que o profissional não pode se prevalecer de tal condição para se impor perante qualquer um que não esteja, de alguma forma, agindo contra a normalidade e segurança que lhe cabe preservar, de forma que a conduta do paciente revela periculosidade para o próprio meio social.

No tocante às condições pessoais favoráveis, a impetrante sustenta que o paciente não possui antecedentes criminais, é pessoa trabalhadora e possui residência fixa na companhia de sua esposa e filhos. Além disso, sustenta que Manoel agiu em legítima defesa.

A fim de comprovar tais alegações, foram apresentados cartas de próprio punho atestando a boa conduta do paciente; fatura de água e esgoto em seu nome, constando o seu endereço e declaração firmada por seu empregador.

Foram também trazidos aos autos certidões de antecedentes, no entanto, consta apenas envolvimento do paciente em outro delito supostamente praticado no ano de 2003, relacionado ao porte de armas.

De qualquer modo, ainda que cabalmente demonstradas as alegadas condições pessoais favoráveis, entendo que a gravidade concreta da conduta reclama a decretação da custódia cautelar para que seja assegurada a ordem pública e a aplicação da lei penal.

Ressalte-se que o exercício de atividade lícita e o fato de ter residência fixa não possuem o condão de afastar a imprescindibilidade da prisão preventiva, sobretudo porque apesar de o paciente ter afirmado, em sede de audiência de custódia, que ligou para seu supervisor com o intuito de se entregar às autoridades, certo é que as imagens juntadas aos autos originários demonstram que o réu, após efetuar o disparo de sua arma de fogo, recolheu seus pertences e saiu da agência bancária, não tendo sequer permanecido no local até a chegada da polícia, que teria sido acionada pelos demais funcionários.

Além disso, cumpre registrar que a colocação do paciente em liberdade poderia ocasionar seu retorno às atividades que exercia e que envolvem, pela própria essência, o manuseio de armas de fogo, já que possui registro para atuar como vigilante armado.

Observo que a existência de condições favoráveis não constituem circunstâncias garantidoras da liberdade provisória, quando demonstrada a presença de outros elementos que justificam a medida constritiva excepcional (RHC 9.888, rel. Min. Gilson Dipp, DJU 23.10.00; HC 40.561/MG, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 20.06.05, pág. 314).

Nesse sentido:

“RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO. ANÁLISE FÁTICO-PROBATÓRIA. INADMISSIBILIDADE NA VIA ELEITA. FLAGRANTE CONVERTIDO EM PRISÃO PREVENTIVA. REVOGAÇÃO DA CUSTÓDIA. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. QUANTIDADE, NATUREZA DELETÉRIA E FORMA DE ACONDICIONAMENTO DAS DROGAS APREENDIDAS. CIRCUNSTÂNCIAS DOS DELITOS. NECESSIDADE DE GARANTIR A ORDEM PÚBLICA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA. DESPROPORCIONALIDADE ENTRE A SEGREGAÇÃO PREVENTIVA E PENA PROVÁVEL. INVIABILIDADE DE EXAME NA VIA ELEITA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. RECURSO DESPROVIDO. 1. É inadmissível o enfrentamento da alegação acerca da desclassificação para o delito de porte de substância entorpecente para uso próprio, ante a necessária incursão probatória, incompatível com a via estreita do recurso ordinário em *habeas corpus*. 2. Em vista da natureza excepcional da prisão preventiva, somente se verifica a possibilidade da sua imposição quando evidenciado, de forma fundamentada e com base em dados concretos, o preenchimento dos pressupostos e requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal - CPP. Deve, ainda, ser mantida a prisão antecipada apenas quando não for possível a aplicação de medida cautelar diversa, nos termos previstos no art. 319 do CPP. 3. A prisão preventiva foi adequadamente motivada, tendo sido demonstrada pelas instâncias ordinárias, com base em elementos extraídos dos autos, a gravidade concreta da conduta e a periculosidade do recorrente, evidenciadas pela quantidade, natureza deletéria e forma de acondicionamento das drogas localizadas - 34 gramas de cocaína na forma de tabletes -, circunstâncias que, somadas ao fato de a apreensão dos entorpecentes ter ocorrido após denúncias anônimas de que na residência funcionava uma boca de fumo, demonstram risco ao meio social, recomendando a sua custódia cautelar especialmente para garantia da ordem pública. 4. É entendimento do Superior Tribunal de Justiça que as condições favoráveis do recorrente, por si sós, não impedem a manutenção da prisão cautelar quando devidamente fundamentada. 5. Inaplicável medida cautelar alternativa quando as circunstâncias evidenciam que as providências menos gravosas seriam insuficientes para a manutenção da ordem pública. 6. Não há falar em desproporcionalidade entre o decreto prisional preventivo e eventual condenação, tendo em vista ser inadmissível, em recurso ordinário em *habeas corpus*, a antecipação da quantidade de pena que eventualmente poderá ser imposta, menos ainda se iniciará o cumprimento da reprimenda em regime diverso do fechado. Recurso ordinário desprovido.” (RHC 201800231513, JOEL ILAN PACIORNIK - QUINTA TURMA, DJE DATA:02/04/2018 ..DTPB:.)

Postas essas circunstâncias, não se vislumbra ilegalidade no ato apontado como coator, não sendo cabível, à luz dos elementos trazidos neste *habeas corpus*, inferir a inocorrência dos pressupostos da prisão preventiva em concreto. Igualmente, não ocorre hipótese de concessão da ordem de ofício, ante a inexistência de teratologia na decisão, a qual, ao contrário, revela-se (com base no que consta destes autos) devidamente fundamentada e lastreada em elementos

probatórios que indicam o *periculum libertatis* e o *fumus comissi delicti* no caso em análise (conforme explanado acima).

Por fim, diante da gravidade concreta e das circunstâncias em que teria sido praticado o delito, as medidas cautelares alternativas revelam-se insuficientes para garantir a ordem pública.

Ante o exposto, denego a ordem de *habeas corpus*.

É como voto.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

“HABEAS CORPUS” CRIMINAL

5030421-28.2021.4.03.0000

Impetrante: DAVI SANTOS PILLON

Paciente: SILVIO ROMERO CORDEIRO DA SILVA

Impetrada: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 3ª VARA FEDERAL CRIMINAL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 02/02/2022

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. ARTIGO 337-A DO CP. CITAÇÃO VIA APLICATIVO “WHATSAPP”. VALIDADE. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. PRINCÍPIO DO *PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF*. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PREJUDICADO. ORDEM DENEGADA.

- Consta que o Ministério Público Federal ofereceu denúncia em desfavor do paciente, e outro, como incursos nas penas do artigo 337-A do Código Penal, recebida em 16.11.2021.
- O paciente teria sido citado no dia 25 de novembro de 2021, via aplicativo *whatsApp*, após o sr. oficial de justiça avaliador incumbido do cumprimento da decisão ter se dirigido ao domicílio do acusado para cita-lo, sem obter sucesso. A citação foi realizada via aplicativo *whatsApp*, após confirmação, via áudio, de ser tratar do número do celular do ora paciente.

- É possível presumir-se que a citação se deu de maneira válida, considerando a presença dos três elementos indutivos da autenticidade do destinatário, quais sejam: número de telefone, confirmação escrita e foto individual, sem falar no fato de ter constituído advogado para representá-lo.

- É certo que nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa. O presente *Writ* não logrou êxito na comprovação do alegado prejuízo decorrente da inobservância do alegado procedimento previsto, tendo somente suscitado genericamente a matéria, mostrando-se inviável, pois, o reconhecimento de qualquer nulidade processual, em atenção ao princípio do *pas de nullité sans grief*. Precedente jurisprudencial.

- Quanto à alegação veiculada em sede de Embargos de Declaração, de ocorrência de contradição por não constar o “aceite” do ora paciente, não se vislumbra a existência do vício apontado.

- Nas mensagens juntadas aos autos pelo Sr. Oficial de Justiça há a foto do paciente no aplicativo utilizado para fazer a citação, o Sr. Oficial de Justiça realizou chamada de vídeo com o paciente, o número de telefone consta da certidão do Sr. Oficial de Justiça e houve contato telefônico com o paciente e troca de mensagens de áudio em que o paciente confirma que é a pessoa constante do mandado.

- Ademais, o paciente teve total acesso ao conteúdo da intimação por “WhatsApp”, tanto é que constitui defensor para representá-lo, como certificado pelo Sr. Oficial de Justiça no Autos nº 0006058-22.2016.4.03.6181.

- O servidor público (oficial de justiça avaliador) possui fé pública, de forma que a recusa no “aceite” pelo citado não invalida a citação realizada, que se perfaz com a certidão do referido servidor.

- Não tendo sido identificado nenhum prejuízo decorrente do procedimento adotado, resta afastada a alegação de nulidade da citação realizada via aplicativo *whatsApp*.
- Embargos de Declaração prejudicados.
- Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Décima Primeira Turma, por unanimidade, decidiu DENEGAR a ordem de Habeas Corpus e JULGAR PREJUDICADO os Embargos de Declaração interpostos, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

RELATÓRIO

O DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS:

Trata-se de *Habeas Corpus*, com pedido de liminar, impetrado pelo advogado David Santos Pillon, em favor de *SILVIO ROMERO CORDEIRO DA SILVA*, contra ato praticado pelo sr. Oficial de Justiça Avaliador (em cumprimento à decisão do MM. Juízo da 3ª Vara Criminal Federal de São Paulo/SP (Dra. Flávia Serizawa e Silva), que recebeu a denúncia ofertada pelo Ministério Público Federal em desfavor do ora paciente e de outro indivíduo, determinando a citação de ambos, nos autos da Ação Penal nº 0006058-22.2016.4.03.6181), que teria realizado a citação do ora paciente via aplicativo *whatsApp*.

Extraí-se dos autos que o órgão ministerial ofereceu denúncia em desfavor do paciente e de outro indivíduo pela suposta prática do crime previsto no artigo 337-A, na forma dos artigos 29 e 71, todos do CP, em 16.11.2021 (ID221696610 - p. 2/5).

O magistrado de origem recebeu a denúncia e determinou a citação dos acusados na mesma data (ID221696610 - p. 8/11).

O Oficial de Justiça Avaliador incumbido do cumprimento da decisão dirigiu-se ao domicílio do acusado para cita-lo (Rua Aldo Piassi, 393, São Miguel Paulista/SP), tendo sido informado na ocasião que ele se encontrava na casa de familiares na zona rural de Monteiro/PA, para realização de tratamento médico com previsão de retorno em janeiro de 2022. A citação foi realizada via aplicativo *whatsApp*, após confirmação, via áudio, de ser tratar do número do celular do ora paciente (ID221696610 - p. 8).

A impetração pugna pela suspensão do prazo de apresentação da defesa preliminar. No mérito, pleiteia pela nulidade da citação realizada via aplicativo *whatsApp*.

Sinteticamente, sustenta que a citação no processo penal somente é possível de forma pessoal, nos termos do artigo 395 do CPP, sob pena de afronta ao princípio da Legalidade, bem como que os procedimentos excepcionais adotados em face da ocorrência da Pandemia da COVID-19, não podem ser utilizados antes de tentada todas as outras formas previstas em lei, no caso, a expedição de carta precatória para realizar a citação do paciente.

As informações foram prestadas pelo r. juízo *a quo*, noticiando que a tese levantada, neste *writ*, não teria sido objeto de apreciação por aquele juízo (ID221798591).

A liminar foi indeferida (ID222014463).

Foram interpostos Embargos de de Declaração da decisão que indeferiu a liminar, alegando a ocorrência de contradição em razão de não constar o “aceite” do ora paciente (ID241345015).

A Procuradoria Regional da República manifestou-se pela denegação da ordem (ID246631668).

É o relatório.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

VOTO

O DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS:

O paciente objetiva o deferimento de ordem de *Habeas Corpus* para o fim de anular a citação realizada via aplicativo *whatsApp*.

De acordo com a documentação apresentada e com as informações prestadas pela autoridade impetrada, a tese levantada, neste *writ*, não teria sido objeto de apreciação por aquele juízo, de modo que o exame do requerimento nesta via importa supressão de instância.

Ainda assim, passa-se a análise do *writ*, a fim de se verificar acerca da existência de nulidade a ser reconhecida *ex officio*.

In casu, consta que o Ministério Público Federal ofereceu denúncia em desfavor de *SILVIO ROMERO CORDEIRO DA SILVA*, ora paciente, e outro, como incursos nas penas do artigo 337-A do Código Penal, recebida em 16.11.2021.

O paciente teria sido citado no dia 25 de novembro de 2021, via aplicativo *whatsApp*, após o sr. oficial de justiça avaliador incumbido do cumprimento da decisão ter se dirigido ao domicílio do acusado para cita-lo (Rua Aldo Piassi, 393, São Miguel Paulista/SP), sem obter sucesso. Na ocasião, foi informado que o paciente se encontrava na casa de familiares na zona rural de Monteiro/PA, para realização de tratamento médico com previsão de retorno em janeiro de 2022. A citação foi realizada via aplicativo *whatsApp*, após confirmação, via áudio, de ser tratar do número do celular do ora paciente (ID221696610 - p. 8).

A autoridade ora impetrada, por sua vez, informou (ID221798591):

(...)

Por sua vez, o paciente foi citado no dia 25 de novembro de 2021, não apresentando resposta à acusação até o momento, ainda que decorrido o prazo legal para tanto, ressaltando que a tese aventada pela defesa constituída do paciente não foi objeto de apreciação por este juízo. Cumpre, no entanto, elucidar a questão aventada na presente impetração já foi objeto de apreciação pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do Habeas Corpus 641877 (2021/0024612-7, de 15 de março de 2021), ocasião em que o Exmo. Ministro Relator RIBEIRO DANTAS assim se pronunciou:

“(...) Inicialmente, destaque-se que o tema dos autos é bastante novo e motivado em grande medida pelo estado atual de coisas, notadamente pelas restrições de locomoção impostas pela pandemia da Covid-19. Nesta Corte, foi possível encontrar os seguintes habeas corpus com tema semelhante: HC 633.317/DF; HC 644.629/RJ; HC 644.544/DF; e HC 644.543/DF. Assim, diante da potencialidade de futuras nulidades em cascata, decidi submeter o tema a este colendo Colegiado. De fato, a citação do acusado revela-se um dos atos mais importantes do processo. É por meio dela que o indivíduo toma conhecimento dos fatos que o Estado, por meio do jus puniendi lhe direciona e, assim, passa a poder demonstrar os seus contra-

-argumentos à versão acusatória estatal. Aperfeiçoa-se, assim, a relação jurídico-processual penal ensejadora do contraditório e da ampla defesa, por meio do devido processo legal (art. 5º, LIV e LV, da CF). É essa versão estatal devidamente contraditada pelo acusado que torna possível, eventualmente, impor-se pena ao indivíduo (Princípio da necessidade). Diversamente do que se verifica na seara Processual Civil, em que se pode prescindir do Direito adjetivo para se concretizar determinado direito substantivo, no processo penal, o processo penal, para que se possa falar em pena, é indelével. Nas precisas palavras de Aury Lopes Júnior, podemos dizer que: “Existe uma íntima relação e interação entre a história das penas e o nascimento do processo penal, na medida em que o processo penal é um caminho necessário para alcançar-se a pena e, principalmente, um caminho que condiciona o exercício do poder de penar (essência do poder punitivo) à estrita observância de uma série de regras que compõe o devido processo penal (ou, se preferirem, são as regras do jogo, se pensarmos no célebre trabalho *Il processo come giuoco* de CALAMANDREI). Esse é o núcleo conceitual do “Princípio da Necessidade.” (LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*, 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 2018. p. 22; grifou-se). Veja-se que a citação produz vários efeitos no processo penal. Após ser citado, o réu que deixar de comparecer sem motivo justificado para qualquer ato ou mudar-se sem comunicar o novo endereço ao juízo sofrerá o efeito processual da revelia, não sendo mais intimados dos demais atos processuais (art. 367 do CPP). Note-se que o ato citatório é tão importante que o acusado citado por edital (citação ficta) tem a seu favor, desde que não constitua advogado, a suspensão do processo (o prazo prescricional, nessa hipótese, também é suspenso), de modo que a persecução penal só continue quando ele, ciente da acusação, possa exercer a sua defesa. Com efeito, não se pode prescindir, de maneira alguma, da autêntica, regular e comprovada citação do acusado, sob pena de se infringir a regra mais básica do processo penal, qual seja a da observância ao princípio do contraditório. Como explica Eugênio Pacelli, “O contraditório, ... junto ao princípio da ampla defesa, institui-se como a pedra fundamental ... do processo penal. E assim é porque, como cláusula de garantia instituída para a proteção do cidadão diante do aparato persecutório penal, encontra-se solidamente encastelado no interesse público da realização de um processo justo e equitativo, único caminho para a imposição da sanção de natureza penal.” (PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 76). Note-se, portanto, que, a princípio, vários óbices impediriam a citação via Whatsapp, seja de ordem formal, haja vista a competência privativa da União para legislar sobre processo (art. 22, I, da CF), ou de ordem material, em razão da ausência de previsão legal e possível malferimento de princípios como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. De todo modo, saliente-se que, apesar de a infringência à norma constitucional com conteúdo de garantia acarretar como sanção a nulidade absoluta, a doutrina corretamente indica ser “preciso examinar, caso a caso, se o vício ou ausência do ato processual defensivo prejudica a ampla defesa como um todo, ou se não têm eles esse alcance” (GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 11. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 75). Nessa obra, encontra-se a seguinte explanação: “Com a evolução dos estudos em torno do procedimento, motivados pela ideia de que ele constitui um dos elementos essenciais da relação jurídica processual, caminha-se para o exame da invalidade não mais com base apenas na atipicidade do ato, visto isoladamente, mas em face de sua função dentro do procedimento, realidade unitária de formação sucessiva.” (Ob. cit., p. 22) Com isso, é lícito assinalar que “sem ofensa ao sentido teleológico da norma não haverá prejuízo e, por isso, o reconhecimento da nulidade nessa hipótese constituiria consagração de um formalismo exagerado e inútil” (GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Ibidem*, p. 27). Aqui se verifica, portanto, a ausência de nulidade sem demonstração de prejuízo ou, em outros termos, princípio *pas nullité sans grief*. Nessa senda, registre-se não ser adequado fechar-se os olhos para a realidade. Excluir peremptória e abstratamente a possibilidade de utilização do Whatsapp para fins da prática de atos de comunicação processuais penais, como a citação e

a intimação, não se revelaria uma postura comedida. Não se trata de autorizar a confecção de normas processuais por tribunais, mas sim o reconhecimento, em abstrato, de situações que, com os devidos cuidados, afastariam, ao menos, a princípio, possíveis prejuízos ensejadores de futuras anulações. Isso porque a tecnologia em questão permite a troca de arquivos de texto e de imagens, o que possibilita ao oficial de justiça, com quase igual precisão da verificação pessoal, aferir a autenticidade do número telefônico, bem como da identidade do destinatário para o qual as mensagens são enviadas. É possível, assim, imaginar-se, por exemplo, que, após o agente público comunicar sua qualidade e a sua pretensão citatória, requeira a emissão, via Whatsapp, de arquivo com a foto de documento de identificação do acusado, um termo de ciência do ato citatório assinado de próprio punho, quando o oficial eventualmente possuir algum documento do citando para comparar as assinaturas, ou qualquer outra medida que torne incontestável tratar-se de conversa travada com o verdadeiro denunciado. Destaque-se, aqui, que a mera confirmação escrita da identidade pelo citando não nos parece suficiente para a finalidade de tornar o acusado ciente da imputação, especialmente quando não houver foto individual do citando no aplicativo que permita identificá-lo. Necessário distinguir, porém, essa situação daquela em que, além da escrita pelo citando, há no aplicativo foto individualizada dele. Nesse caso, ante a mitigação dos riscos, diante da concorrência de três elementos indutivos da autenticidade do destinatário, número de telefone, confirmação escrita e foto individual, entendo possível presumir-se que a citação se deu de maneira válida, ressalvado o direito do citando de, posteriormente, comprovar eventual nulidade, seja com registro de ocorrência de furto, roubo ou perda do celular na época da citação, com contrato de permuta da linha telefônica, com testemunhas ou qualquer outro meio válido que autorize concluir de forma assertiva não ter havido citação válida. (...)”

Consoante se depreende do voto emanado pelo Douto Relator ao enfrentar a questão, é que o Colendo Superior Tribunal de Justiça traçou basicamente um regramento composto por três elementos indutivos da autenticidade do destinatário para a validade da citação por “whatsapp” no processo penal: número de telefone, confirmação escrita da identidade pelo citando (p.ex. um termo de ciência do ato citatório assinado de próprio punho) e foto individual (p.ex. cópia do documento de identidade do citando ou a própria foto estampada no aplicativo).

Em continuidade, há que se salientar que o Conselho Nacional de Justiça entendeu válida a utilização da ferramenta whatsapp para a comunicação dos atos processuais às partes, por meio do Procedimento de Controle Administrativo 0003251-94.2016.20000000.

Com efeito, o Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região já confirma que a comunicação de atos judiciais, inclusive a citação, encontra amparo em ato normativo da Corregedoria da Justiça Federal da 4ª Região (Provimento 86/2019 e Recomendação 5169736), sobretudo em razão da atual pandemia do novo coronavírus.

Confira-se, nesse passo, aresto de lavra da 11ª Turma do Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região acerca do tema:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ARTIGO 304 C/C ARTIGO 297, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. CITAÇÃO ELETRÔNICA. APLICATIVO WHATSAPP. COMPARECIMENTO ESPONTÂNEO DA ACUSADA. INOCORRÊNCIA DE PREJUÍZOS AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA. ORDEM DENEGADA. 1. A paciente foi denunciada como incurso no delito previsto no artigo 304 c/c artigo 297, ambos do Código Penal, por ter, em tese, feito uso de documentos públicos materialmente falsos (diploma de bacharelado em educação física e histórico escolar) perante o Conselho Regional de Educação Física da 4ª Região CREF4/SP, com o objetivo de obter registro profissional. 2. O Oficial de Justiça certificou a citação da paciente cumprida mediante uso do aplicativo whatsapp. 3. A audiência por videoconferência via sistema Cisco da 4ª Vara Federal Criminal de São Paulo/SP foi realizada nos dias 07 e 09 de julho de 2020 com a participação de todas as partes. 4. Como se vê, a nulidade alegada pela Defensoria Pública da União, ora impetrante, efetivamente não ocorreu, uma vez que a magistrada de primeiro grau agiu com extrema cautela, nomeando-a para apresentação da

defesa prévia e para acompanhar o interrogatório da acusada na audiência de 07/07/2020, inexistindo assim qualquer prejuízo ao direito de defesa, nos termos do artigo 563, do Código de Processo Penal. 5. Ademais, o comparecimento espontâneo da paciente na audiência remota afastou qualquer possível irregularidade no ato citatório. 6. Ordem denegada. (HABEAS CORPUS CRIMINAL (307) Nº 5016109-81.2020.4.03.0000RELATOR: Gab. 39 - DES. FED. JOSÉ LUNARDELLIIMPETRANTE: DEFENSORIA PUBLICA DA UNIAOPACIENTE: ANA PAULA MUNIZ DE AGUIAR IMPETRADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 4ª VARA FEDERAL CRIMINAL OUTROS PARTICIPANTES:)
(...)

Com efeito, é possível presumir-se que a citação se deu de maneira válida, considerando a presença dos três elementos indutivos da autenticidade do destinatário, quais sejam: número de telefone, confirmação escrita e foto individual, sem falar no fato de ter constituído advogado para representá-lo.

Em que pese as alegações do paciente é certo que nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa. O presente *Writ* não logrou êxito na comprovação do alegado prejuízo decorrente da inobservância do alegado procedimento previsto, tendo somente suscitado genericamente a matéria, mostrando-se inviável, pois, o reconhecimento de qualquer nulidade processual, em atenção ao princípio do *pas de nullité sans grief*.

Nesse sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS. INVERSÃO. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. 1. A jurisprudência desta Corte firmou orientação de que ‘a inquirição das testemunhas pelo juiz antes que seja oportunizada a formulação das perguntas às partes, com a inversão da ordem prevista no art. 212 do Código de Processo Penal, constitui nulidade relativa. Não havendo demonstração do prejuízo, nos termos exigidos pelo art. 563 do mesmo estatuto processual, não se procede à anulação do ato’ (AgRg no HC n. 578.934/SP, relator Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 2/6/2020, DJe 8/6/2020). 2. No caso, ausente a demonstração de prejuízo sofrido pelo paciente, revela-se inviável o reconhecimento de qualquer nulidade processual, em atenção ao princípio do *pas de nullité sans grief*. 3. Agravo regimental desprovido. (STJ - AgRg no HC: 546061 SP 2019/0344005-8, Relator: Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Data de Julgamento: 25/08/2020, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/08/2020)” g.n.

Quanto à alegação veiculada em sede de Embargos de Declaração, de ocorrência de contradição por não constar o “aceite” do ora paciente, não se vislumbra a existência do vício apontado.

Como se vê das mensagens juntadas aos autos de primeiro grau pelo Sr. Oficial de Justiça (Ids 169803470, 169803472, 169803475 e 169803477 dos Autos nº 0006058-22.2016.4.03.6181), há a foto do paciente no aplicativo utilizado para fazer a citação, o Sr. Oficial de Justiça realizou chamada de vídeo com o paciente, o número de telefone consta da certidão do Sr. Oficial de Justiça (id 169802898 dos autos citados anteriormente) e houve contato telefônico com o paciente e troca de mensagens de áudio em que o paciente confirma que é a pessoa constante do mandado.

Ademais, o paciente teve total acesso ao conteúdo da intimação por “WhatsApp”, tanto é que constitui defensor para representá-lo, como certificado pelo Sr. Oficial de Justiça no Autos nº 0006058-22.2016.4.03.6181.

Como se não bastasse, o servidor público (oficial de justiça avaliador) possui fé pública, de forma que a recusa no “aceite” pelo citado não invalida a citação realizada, que se perfaz com a certidão do referido servidor, como no presente caso:

CERTIFICO que, no dia seguinte (25/11/21), às 15:41h, verificando que ainda não havia acessado o conteúdo dos arquivos e das mensagens encaminhadas no dia anterior, novamente, por duas vezes, tentei contatar o senhor Silvio, por ligação telefônica, porém, não atendeu. No entanto, logo em seguida, às 15:51h, recebi ligação do senhor Silvio, informando que, segundo orientação do seu advogado, não iria acusar o recebimento, pois a citação/intimação deveria ser pessoalmente. Expliquei-lhe que, conforme a ordem de serviço acima, publicada sob o n. 164/2020 do diário eletrônico da Justiça Federal da 3.^a Região, tratava-se de um procedimento em consonância com a orientação dada pela própria Justiça Federal da 3.^a Região e que estava dando-o por citado e intimado para responder a ação, no prazo de 10 dias, nos termos do mandado que lhe havia sido encaminhado, no dia anterior, juntamente com a contrafé. Por outro lado, em seguida ao contato telefônico, observei que o senhor Silvio havia acessado o conteúdo dos arquivos, às 15:47h, do dia 25/11/21, razão pela qual, por todo o exposto, em conformidade com a referida ordem de serviço, DOU POR CITADO e INTIMADO o réu Silvio Romero Cordeiro da Silva, no dia 25/11/21, às 15:51, data e horário em que manteve contato com este Oficial de Justiça, sendo que já havia, inclusive, acessado os documentos a ele encaminhados. Por fim, informo que segue, em anexo, os prints (screenshot) referentes aos contatos feitos com o réu.

Portanto, não tendo sido identificado nenhum prejuízo decorrente do procedimento adotado, resta afastada a alegação de nulidade da citação realizada via aplicativo *whatsapp*.

Diante de tais considerações não se vislumbra, portanto, a existência de constrangimento ilegal passível de ser sanada pela concessão da ordem de *Habeas Corpus*

Isto posto, *DENEGO* a ordem de *Habeas Corpus* e *JULGO PREJUDICADO* os Embargos de Declaração interpostos.

É o voto.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

Direito Tributário



APELAÇÃO CÍVEL

0000791-75.2017.4.03.6006

Apelante: FECULARIA SALTO PILÃO S/A
Apelada: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 10/01/2022

EMENTA

DIREITO ADUANEIRO. APREENSÃO DE MERCADORIA DESACOMPANHADA DE QUALQUER DOCUMENTAÇÃO RELATIVA À EXPORTAÇÃO. APELAÇÃO IMPROVIDA, DIANTE DO CONTEXTO FÁTICO E DA PROVA DOS AUTOS QUE MOSTRAM A PRÁTICA DE UMA VARIANTE DO “DELITO DE FORMIGUINHA”.

1. A pretensão de liberação do veículo transportador de carga vai de encontro à regra do art. 1º, I, da IN/SRF nº 118/92, pois a saída simplificada da mercadoria de valor até US\$ 2.000,00 do território nacional pressupõe a apresentação da respectiva nota fiscal e, *in casu*, os documentos apresentados revelam a inexistência de nota fiscal de saída da unidade de Guaíra.

2. No que diz respeito ao alegado erro no carregamento, não há nos autos elementos suficientes que corroborem a tese de que houve simples equívoco, e não tentativa deliberada de exportação clandestina. Ademais, há indícios de que a empresa autora seria a real destinatária da mercadoria apreendida, pois a finalidade do metabissulfito de sódio – “utilizado no processo produtivo, na maceração do milho”, como alega a autora na inicial – condiz com o objeto social principal da autora, que é a industrialização e comércio de mandioca e milho.

3. Resta certo que a autora conduzia em veículo de sua propriedade grande quantidade de mercadoria (2 toneladas) a ser exportada sem o devido registro em Manifesto Internacional de Carga ou documento equivalente, caracterizando infração aduaneira, nos termos dos arts. 675, I e II e 689, V, do Decreto nº 6.759/2009, art. 105, V, do Decreto-Lei nº 37/66 e art. 23, IV e § 1º do Decreto-Lei nº 1.455/76.

4. Improcede o argumento de inaplicabilidade do perdimento diante da ausência de dano ao Erário, posto que, conforme entendimento assente em nossa jurisprudência, este não se limita a eventual prejuízo financeiro, restando configurado com o desrespeito à legislação e ao controle aduaneiro, em detrimento da política fiscal e alfandegária do país (TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AMS - APELAÇÃO CÍVEL - 360027 - 0007714-19.2014.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, julgado em 04/08/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/08/2016).

5. A questão da proporcionalidade entre o valor do veículo e o valor das mercadorias apreendidas não pode se ater à cifra da mercadoria ilicitamente transportada, devendo ser analisada consoante as *particularidades de cada caso concreto*. Não há, de forma absoluta ou relativa, um marco da desproporção. Dessa forma, além do aspecto quantitativo da proporcionalidade, que diz respeito ao valor da mercadoria em confronto com o do veículo transportador, deve também ser analisada a questão atinente à habitualidade e frequência da conduta criminosa, sendo que em caso de reiteração, há de prevalecer a pena de perdimento do veículo (ainda que exista a

desproporcionalidade monetária dos valores do veículo em relação às mercadorias), como forma de coibir a constância da conduta ilícita. Sucede que é de sabença comum que os que desejam perpetrar contrabando ou descaminho *adotaram o solerte hábito de realizar o transporte da carga irregular em veículos de valor maior do que aquele das mercadorias que carregam, justamente para se safarem da pena de perdimento*. É uma variante do chamado “delito de formiguinha”. Nitidamente, esse é o caso; utilizou-se de veículo de grande valor para o transporte ilícito de carga bastante volumosa, embora o valor dela reste bem abaixo da valia do caminhão, estando demonstrado o emprego do ardil destinado a iludir a Receita Federal no que tange a apreensão do veículo, e o Judiciário em caso de postular-se a liberação.

6. Apelação improvida, com acréscimo de honorários da sucumbência.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, Prosseguindo no julgamento, realizado nos moldes do art. 942 do CPC, a Sexta Turma, por maioria, , negou provimento à apelação, nos termos do voto do Relator, no que foi acompanhado pelos votos dos Desembargadores Federais Paulo Domingues e Diva Malerbi, vencidos os Desembargadores Federais Souza Ribeiro e Nery Junior que davam provimento à apelação. Lavrará o acórdão o Relator, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johonsom di Salvo, Relator:

Ação ordinária, com pedido de tutela antecipada, ajuizada em 07/07/2017 por FECULÁRIA SALTO PILÃO S/A em face da UNIÃO (FAZENDA NACIONAL) objetivando a liberação dos veículos “Placas BKG 335, Marca Scania, modelo R114, de cor branca, ano de fabricação e modelo 2002/2002, chassi nº VLUR4X20009071979, e veículo carreta de Placa BKF862, marca RANDON 3 Eixos Graneleiro, cor vermelho, ano de fabricação e modelo 2005/2005, chassi nº 9ADG135355M214455”, que foram apreendidos pela Receita Federal do Brasil por apresentar, em posto fiscal de saída, Manifesto Internacional de Carga constando como vazio, constatando-se em vistoria física que estava carregado com uma quantidade relevante de mercadorias e sem a comprovação de regular exportação.

Na inicial a autora alega que no dia 05/05/2017 o veículo apreendido esteve na sede da empresa PILÃO AMIDOS S/A, em Guaíra/PR, com o objetivo de carregar 200 unidades de “big bag” vazios a serem transportados para a sua sede em Katuetê, no Paraguai. Todavia, o empilhador carregou por equívoco também duas toneladas de metabissulfito de sódio, fato desconhecido do motorista do caminhão.

Conta que os veículos foram retidos pela Receita Federal por transportar a mercadoria sem os documentos de exportação.

Sustenta que o metabissulfito de sódio é produto lícito, com nota fiscal, e foi carregado por equívoco, bem como possui valor irrisório (R\$ 3.800,00) se comparado com o valor dos veículos retidos (R\$ 130.000,00), não havendo que se cogitar de perdimento porque não representa nenhum prejuízo ao erário público.

Aduz, ainda, que não há prova de que a proprietária do veículo ou o seu representante legal concorreram de alguma forma para o suposto ilícito fiscal.

Defende que, nos termos da IN/SRF nº 118/92 não há necessidade de processo de exportação no transporte de mercadorias de até US\$ 2.000,00 e que, no caso, a mercadoria tem valor de R\$ 3.800,00, de modo que não estava obrigada a formalizar processo de exportação.

Atribuiu à causa o valor de R\$ 130.000,00.

O pedido de tutela antecipada foi *indeferido* (fls. 188/189), mas a decisão foi *reconsiderada* para determinar a restituição dos veículos apreendidos à autora, mediante compromisso de fiel depositária e prestação de caução de R\$ 10.000,00 (fl. 202).

A UNIÃO (FAZENDA NACIONAL) foi citada e apresentou contestação na qual alegou, em síntese, que a apresentação de nota fiscal de saída é condição *sine qua non* para a aplicação do art. 1º da Instrução Normativa nº 118/92, revestindo-se de plena legalidade a apreensão dos veículos e a decretação da pena de perdimento. Sustentou, ainda, que o volume de duas toneladas não pode ser considerado irrisório e que o perdimento não pode ser afastado em face da desproporção entre o valor do veículo e o valor da carga transportada, sob pena de ilidir a responsabilidade do infrator e incentivar a prática do descaminho aos proprietários de veículos de transporte de alto valor (fls. 237/246).

Houve réplica (fls. 261/271).

Houve audiência de instrução.

Na sequência, o Magistrado *a quo* proferiu sentença *julgando improcedente o pedido*, nos termos do art. 487, I, do CPC. Revogou a tutela provisória de urgência e condenou a autora ao pagamento de honorários advocatícios de 10% do valor atualizado da causa (fls. 278/280).

Os embargos de declaração opostos pela autora foram rejeitados (ID nº 163246627).

Irresignada, a parte autora apelou repisando os argumentos da inicial no sentido da inaplicabilidade da pena de perdimento aos veículos por força da licitude da mercadoria, do equívoco no carregamento do veículo, da ausência de responsabilidade da proprietária, da ausência de prejuízo ao erário, da desproporcionalidade entre o valor dos veículos e da mercadoria apreendida e da desnecessidade de apresentação de documentos de exportação nos termos da IN/SRF nº 118/92. Assim, requer o provimento da apelação, determinando-se a restituição dos veículos. Subsidiariamente, requer seja aplicada a pena de multa para a liberação dos veículos, nos termos do art. 75 da Lei nº 10.833/2003 (ID nº 163246832).

A ré não apresentou contrarrazões.

É o relatório.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

VOTO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johonsom di Salvo, Relator:

Consta no Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal de Mercadorias nº 0145100/SAANA001248/2017 que os veículos apreendidos foram abordados na saída do país e eram conduzidos por DIOSNEL FRANCO DIAZ, de nacionalidade paraguaia, que apresentou Manifesto Internacional de Carga Rodoviária/Declaração de Trânsito Aduaneiro (MIC/DTA), emitido pelo transportador FECULARIA SALTO PILÃO S/A, constando como “EM LASTRE” (vazio). No entanto, em vistoria, constatou-se que “os veículos transportavam (além de diversos

BIGs BAGs usados, vazios) aproximadamente 02 (duas) toneladas de Metabissulfito de Sódio, composto inorgânico usado como esterilizante e antioxidante/conservante, classificado na tabela TIPI son número 28321090 – Sulfitos de Sódio – outros” (fl. 248).

Assim, a mercadoria foi retida para fins de perdimento, nos termos do Decreto nº 6.759/2009, art. 689, IV e V, arts. 105, V, do Decreto-Lei nº 37/66 e art. 23, *caupt* e § 1º do Decreto-Lei nº 1.455/76, tendo em vista a sua evidente destinação para fins de *exportação clandestina*.

No caso, a pretensão vai de encontro à regra do art. 1º, I, da IN/SRF nº 118/92, pois a saída simplificada da mercadoria de valor até US\$ 2.000,00 do território nacional pressupõe a apresentação da respectiva nota fiscal e, *in casu*, os documentos apresentados revelam a inexistência de nota fiscal de saída da unidade de Guaíra.

No que diz respeito ao alegado erro no carregamento, como bem concluiu o magistrado *a quo*, não há nos autos elementos suficientes que corroborem a tese de que houve simples equívoco, e não tentativa deliberada de exportação clandestina. Vejamos:

“.....

No tocante ao alegado erro no carregamento, em que pese a testemunha ADENILSON AGUILEIRA DA SILVEIRA, operador de empilhadeira, em seu depoimento em juízo tenha assumido para si a responsabilidade pelo equivocado no caminhão, fato é que subsistiu razoável dúvida a respeito desse engano.

Isso porque ADENILSON afirmou que o metabissulfito de sódio deveria ter sido carregado noutro caminhão, mas não soube esclarecer o que de fato havia sido carregado nesse outro veículo, se o metabissulfito de sódio já havia sido despachado por engano. Também não soube dizer como o operador da balança na qual passam os veículos após o carregamento não percebeu o incremento de duas toneladas no peso bruto total do caminhão, considerando que os big bags teriam aproximadamente apenas duzentos quilos.

.....”

No caso, há indícios de que a empresa autora seria a real destinatária da mercadoria apreendida, pois a finalidade do metabissulfito de sódio – “utilizado no processo produtivo, na maceração do milho”, como alega a autora na inicial – condiz com o objeto social principal da autora, que é a industrialização e comércio de mandioca e milho.

Portanto, a autora conduzia em veículo de sua propriedade grande quantidade de mercadoria (2 toneladas) a ser exportada sem o devido registro em Manifesto Internacional de Carga ou documento equivalente, caracterizando infração aduaneira, nos termos dos arts. 675, I e II e 689, V, do Decreto nº 6.759/2009, art. 105, V, do Decreto-Lei nº 37/66 e art. 23, IV e § 1º do Decreto-Lei nº 1.455/76.

Também improcede o argumento de inaplicabilidade do perdimento diante da ausência de dano ao Erário, posto que, conforme entendimento assente em nossa jurisprudência, este não se limita a eventual prejuízo financeiro, restando configurado com o desrespeito à legislação e ao controle aduaneiro, em detrimento da política fiscal e alfandegária do país (TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AMS - APELAÇÃO CÍVEL - 360027 - 0007714-19.2014.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOHNSOM DI SALVO, julgado em 04/08/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/08/2016).

A questão da proporcionalidade entre o valor do veículo e o valor das mercadorias apreendidas não pode se ater à cifra da mercadoria ilicitamente transportada, devendo ser analisada consoante as *particularidades de cada caso concreto*. Não há, de forma absoluta ou relativa, um marco da desproporção.

Dessa forma, além do aspecto quantitativo da proporcionalidade, que diz respeito ao valor da mercadoria em confronto com o do veículo transportador, deve também ser analisada a questão atinente à habitualidade e frequência da conduta criminosa, sendo que em caso de reiteração, há de prevalecer a pena de perdimento do veículo (ainda que exista a desproporcionalidade monetária dos valores do veículo em relação às mercadorias), como forma de coibir a constância da conduta ilícita.

Sucedendo que é de sabença comum que os que desejam perpetrar contrabando ou descaminho adotaram o solerte hábito de realizar o transporte da carga irregular em veículos de valor maior do que aquele das mercadorias que carregam, justamente para se safarem da pena de perdimento.

Trata-se de uma variante do chamado “ilícito ou delito de formiguinha”.

Nitidamente, esse é o caso; utilizou-se de veículo de grande valor para o transporte ilícito de carga bastante volumosa, embora o valor dela reste bem abaixo da valia do caminhão, estando demonstrado o emprego do ardil destinado a iludir a Receita Federal no que tange a apreensão do veículo, e o Judiciário em caso de postular-se a liberação.

Ante o exposto, *NEGO provimento à apelação*, e aos honorários já fixados em sentença acresço mais 2,00 %.

É como voto.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA RIBEIRO - Peço vênia para divergir do voto do e. Relator. Entendo que a desproporcionalidade entre os valores das mercadorias (aproximadamente R\$ 4 mil) e dos veículos (R\$ 130 mil) apreendidos é manifesta (o segundo supera o primeiro em mais de 32 vezes), pelo que a aplicação da pena de perdimento revela-se irrazoável, conforme leitura constitucional da sanção corroborada por precedentes desta Corte. Também não ficou demonstrada nos autos a habitualidade infracional da parte autora. Diante do exposto, *DOU PROVIMENTO à apelação*.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA

5015013-35.2018.4.03.6100

Apelantes: APONTADOR BUSCA LOCAL LTDA., UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Apeladas: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, APONTADOR BUSCA LOCAL LTDA.

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 05/01/2022

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. INEXIGIBILIDADE DE RECOLHIMENTO DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. SALÁRIO MATERNIDADE. OBSERVÂNCIA À TESE FIRMADA PELO STF (TEMA 72). TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS. OBSERVÂNCIA À TESE FIRMADA PELO STF (TEMA 985).

1. Devolução dos autos pela Vice-Presidência, para eventual juízo de retratação, na forma do estabelecido no artigo 1.040, II do CPC em razão do julgamento do REsp 1.137.738.
2. Em acórdão publicado em 21/12/2020, o E. Supremo Tribunal Federal, em julgamento sob o rito dos recursos repetitivos, exarou a tese de que “*É inconstitucional a incidência da contribuição previdenciária a cargo do empregador sobre o salário-maternidade*” (Tema 72).
3. Já em relação ao terço constitucional de férias o E. Supremo Tribunal Federal, em julgamento sob o rito dos recursos repetitivos, exarou a tese de que “*É legítima a incidência de contribuição social sobre o valor satisfeito a título de terço constitucional de férias*” (Tema 985).
4. O acórdão proferido anteriormente pela Turma determinou o recolhimento da contribuição previdenciária incidente sobre o salário-maternidade e declarou a inexigibilidade da contribuição previdenciária incidente sobre o terço constitucional de férias.
5. Nos termos do artigo 1.040, II do CPC cabe o reexame da causa para adequação à jurisprudência consolidada, reconhecendo-se a inexigibilidade do recolhimento da contribuição previdenciária incidente sobre o salário-maternidade e a exigibilidade do recolhimento da contribuição previdenciária incidente sobre o terço constitucional de férias.
6. O resultado do acórdão deve ser mantido em relação às demais questões.
7. Acórdão reformado apenas para fins de adequação às novas orientações jurisprudenciais, firmadas em caráter vinculante.
8. Juízo de retratação positivo.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Primeira Turma, por unanimidade, em juízo de retratação positivo, coube, nos termos do artigo 1.040, II do CPC o reexame da causa para adequação à jurisprudência nos termos do voto, declarando-se

a inexistência da contribuição social incidente sobre o salário-maternidade e a exigibilidade da contribuição social sobre o terço constitucional de férias, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

RELATÓRIO

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA (RELATOR):

Trata-se de juízo de retratação de acórdão proferido pela Primeira Turma desta Corte Regional que, por unanimidade, negou provimento à apelação da parte autora e à remessa necessária e apelação da União Federal (Fazenda Nacional) mantendo a sentença que julgou improcedente pedido de declaração de inexistência de contribuição previdenciária incidente sobre o salário-maternidade e julgou procedente o pedido de declaração de inexistência de contribuição previdenciária incidente sobre o terço constitucional de férias.

A E. Vice-Presidência desta Corte Regional encaminhou os autos a esta Relatoria, para aplicação da *ratio decidendi* adotada no RE nº 576.967/PR, nos termos do art. 1040, II do CPC.

É o relatório.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

VOTO

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA (RELATOR):

A controvérsia posta em debate cinge-se à incidência ou não de contribuição previdenciária sobre a verba intitulada salário-maternidade e sobre o terço constitucional de férias.

O acórdão proferido anteriormente pela Turma negou provimento ao recurso de apelação da parte autora, o qual postulava a reforma da decisão de primeira instância que julgou improcedente pedido de declaração de inexistência de recolhimento da contribuição previdenciária incidente sobre o salário-maternidade. O mesmo acórdão também negou provimento à remessa necessária e ao recurso de apelação da União Federal (Fazenda Nacional), o qual por sua vez postulava a reforma da decisão de primeiro grau que julgou procedente o pedido de declaração de inexistência de recolhimento da contribuição previdenciária incidente sobre o terço constitucional de férias.

Em relação ao salário maternidade, o E. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 576.967/PR, fixou o Tema 72 de Repercussão Geral no sentido de que “*É inconstitucional a incidência da contribuição previdenciária a cargo do empregador sobre o salário-maternidade*”. Vejamos a ementa do referido julgado:

DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA DO EMPREGADOR. INCIDÊNCIA SOBRE O SALÁRIO-MATERNIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL.

1. Recurso extraordinário interposto em face de acórdão do TRF da 4ª Região, que entendeu pela constitucionalidade da incidência da contribuição previdenciária “patronal” sobre o salário-maternidade.

2. O salário-maternidade é prestação previdenciária paga pela Previdência Social à segurada durante os cento e vinte dias em que permanece afastada do trabalho em decorrência da licença-maternidade. Configura, portanto, verdadeiro benefício previdenciário.

3. Por não se tratar de contraprestação pelo trabalho ou de retribuição em razão do contrato de trabalho, o salário-maternidade não se amolda ao conceito de folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício. Como consequência, não pode compor a base de cálculo da contribuição previdenciária a cargo do empregador, não encontrando fundamento no art. 195, I, a, da Constituição. Qualquer incidência não prevista no referido dispositivo constitucional configura fonte de custeio alternativa, devendo estar prevista em lei complementar (art. 195, §4º). Inconstitucionalidade formal do art. 28, §2º, e da parte final da alínea a, do §9º, da Lei nº 8.212/91.

4. Esta Corte já definiu que as disposições constitucionais são legitimadoras de um tratamento diferenciado às mulheres desde que a norma instituidora amplie direitos fundamentais e atenda ao princípio da proporcionalidade na compensação das diferenças. No entanto, no presente caso, as normas impugnadas, ao imporem tributação que incide somente quando a trabalhadora é mulher e mãe cria obstáculo geral à contratação de mulheres, por questões exclusivamente biológicas, uma vez que torna a maternidade um ônus. Tal discriminação não encontra amparo na Constituição, que, ao contrário, estabelece isonomia entre homens e mulheres, bem como a proteção à maternidade, à família e à inclusão da mulher no mercado de trabalho. Inconstitucionalidade material dos referidos dispositivos.

5. Diante do exposto, dou provimento ao recurso extraordinário para declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade da incidência de contribuição previdenciária sobre o salário-maternidade, prevista no art. 28, §2º, e da parte final da alínea a, do §9º, da Lei nº 8.212/91, e proponho a fixação da seguinte tese: “É inconstitucional a incidência de contribuição previdenciária a cargo do empregador sobre o salário-maternidade”.

(STF, RE nº 576.967/PR, Relator(a): Min. LUÍS ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 26 de junho a 4 de agosto de 2020, DJE 21-10-2020)

Já no tocante ao terço constitucional de férias o E. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.072.485/PR, fixou o Tema 985 de Repercussão Geral no sentido de que “*É legítima a incidência de contribuição social sobre o valor satisfeito a título de terço constitucional de férias*”. Vejamos a ementa do referido julgado:

FÉRIAS – ACRÉSCIMO – CONTRIBUIÇÃO SOCIAL – INCIDÊNCIA. É legítima a incidência de contribuição social, a cargo do empregador, sobre os valores pagos ao empregado a título de terço constitucional de férias gozadas. (STF, RE nº 1.072.485/PR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Rel. para acórdão Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 21.8.2020 a 28.8.2020, DJE 02-10-2020) (Grifei).

Assim, devem ser aplicados os paradigmas citados para declarar a inexigibilidade do recolhimento da contribuição social incidente sobre o salário-maternidade e a exigibilidade do recolhimento da contribuição social incidente sobre o terço constitucional de férias.

O resultado do acórdão deve ser mantido em relação às demais questões.

Dispositivo

Ante o exposto, *em juízo de retratação positivo*, cabe, nos termos do artigo 1.040, II do CPC o reexame da causa para adequação à jurisprudência nos termos do voto, declarando-se a inexigibilidade da contribuição social incidente sobre o salário-maternidade e a exigibilidade da contribuição social sobre o terço constitucional de férias, nos termos supramencionados.

É o voto.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

APELAÇÃO CÍVEL

5004752-74.2019.4.03.6100

Apelante: CIELO S.A.

Apelada: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 18/01/2022

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA TRIBUTÁRIO. LEI 10.168/2000. CIDE. IRRF. ISS DEDUÇÃO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE.

1. Especificamente no que concerne ao sujeito passivo da contribuição em tela, a Lei nº 10.168, de 29/12/2000, assim dispôs em seu art. 2º, in verbis: “Art. 2º. Para fins de atendimento ao Programa de que trata o artigo anterior, fica instituída contribuição de intervenção no domínio econômico, devida pela pessoa jurídica detentora de licença de uso o adquirente de conhecimentos tecnológicos, bem como aquela signatária de contratos que impliquem transferência de tecnologia, firmados com residentes ou domiciliados no exterior.”

2. E, através da Lei nº 10.332, de 19/12/2001, foi introduzido o § 2º ao artigo retro citado, do seguinte teor: “§ 2º A partir de janeiro de 2002, a contribuição de que trata o *caput* deste artigo passa a ser devida também pelas pessoas jurídicas signatárias de contratos que tenham por objeto serviços técnicos e de assistência administrativa e semelhantes a serem prestados por residentes ou domiciliados no exterior, bem assim pelas pessoas jurídicas que pagarem, creditarem, entregarem empregarem ou remeterem royalties, a qualquer título, a beneficiários residentes ou domiciliados no exterior.

3. O Regulamento do Imposto de Renda preceitua em seu Art. 710. Estão sujeitas à incidência na fonte, à alíquota de quinze por cento, as importâncias pagas, creditadas, entregues, empregadas ou remetidas para o exterior a título de royalties, a qualquer título (Medida Provisória nº 1.749-37, de 1999, art. 3º).

4. Verifico assim que a base de cálculos é idêntica: os valores pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos, a cada mês, a residentes ou domiciliados no exterior.

5. Analisando as normas supramencionadas, tem-se que os tributos incidem de forma simultânea sobre o pagamento dos royalties.

6. Dessa forma, o conceito remuneração deve ser entendido como o valor total (bruto) contratado, incluindo-se os valores correspondentes ao IRRF, afigurando-se inviável sua dedução da base de cálculo da CIDE- Royalties.

7. No que diz respeito ao valor que deve ser entendido por “remuneração” para fins de incidência da CIDE reiteradamente a Receita Federal tem se manifestado no sentido de que esta é o valor total (bruto) contratado, incluindo-se os valores correspondentes ao IRRF e ao Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS).

8. Isto porque, tanto o IRRF como o ISS são tributos devidos sobre a remuneração a ser recebida pelo residente estrangeiro, porém devem ser retidos e pagos no Brasil pelo contratante na qualidade de responsável tributário.

9. Como consequência, a Receita Federal entende que caso as partes contratantes acordem em um valor a ser remetido ao exterior líquido de tributos, o contratante brasileiro

deve promover o reajustamento da base de cálculo da CIDE, incluindo os valores de IRRF e do ISS, tal como o faz para o cálculo e recolhimento destes últimos tributos.

10. Cumpre ainda destacar que as leis que disciplinam a matéria não preveem exceções, deduções ou isenções. Assim, é clara a opção do legislador em vedar a pleiteada dedução, pois assim o desejasse, deveria constar, expressamente, do texto legal, o que não ocorre.

11. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, na sequência do julgamento, após o voto-vista do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e o voto da Des. Fed. MARLI FERREIRA no mesmo sentido do Relator, foi proferida a seguinte decisão: a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à apelação da impetrante, nos termos do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram o Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e a Des. Fed. MARLI FERREIRA. Ausente, justificadamente, em razão de férias, o Des. Fed. MARCELO SARAIVA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

RELATÓRIO

Cuida-se de mandado de segurança impetrado por Cielo S.A objetivando o reconhecimento do direito de excluir o IRRF e o ISS da base de cálculo da “Cide -Royalties” com fulcro na Lei 10.168/00 (que instituiu a “CIDE-Royalties”). Requer, também, seja declarado o seu direito à recuperação, dos valores indevidamente recolhidos em razão da inclusão do IRRF e do ISS na base da CIDE, nos cinco anos que antecederam à propositura da ação, bem como eventualmente recolhidos no curso do processo, mediante compensação administrativa ou pela execução da sentença na via judicial.

Sobreveio a prolação de sentença denegatória da segurança (ID nº 138838618), após embargos de declaração, pelo MM. Juízo “a quo”. Custas “ex lege”. Sem condenação em honorários advocatícios, nos termos do art. 25 da Lei nº 12.016/2009.

Inconformada com a r. decisão, apela a impetrante pugna pela reforma da sentença, aduzindo em síntese, que o valor da remuneração repassada ao prestador de serço no exterior não engloba o valor do IRRF e do ISS, razão pela qual, devem ser excluídos da base de cálculo da CIDE, que é a o valor da remuneração. Pede, por fim, declarado o seu direito à recuperação, dos valores indevidamente recolhidos em razão da inclusão do IRRF e do ISS na base da CIDE, nos cinco anos que antecederam à propositura da ação, bem como eventualmente recolhidos no curso do processo, mediante compensação administrativa ou pela execução da sentença na via judicial.

Com as contrarrazões, subiram os autos a essa e. Corte.

O Ministério Público Federal opinou pelo prosseguimento do feito.

Houve decisão de recebimento da apelação somente no efeito devolutivo, nos moldes do §3º, do art. 14 da Lei nº 12.016/2209 (ID nº 141466757).

É o relatório.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

VOTO

Cinge-se o objeto da controvérsia na possibilidade de recolhimento da Contribuição Sobre Intervenção no Domínio Econômico -CIDE. prevista na Lei nº 10.168/2001 exclusivamente sobre o valor efetivamente remetido a título de royalties, ou seja, excluindo-se o valor do Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF) e o Imposto Sobre Serviços (ISS) da base de cálculo da referida contribuição.

Especificamente no que concerne ao sujeito passivo da contribuição em tela, a Lei nº 10.168, de 29/12/2000, assim dispôs em seu art. 2º, *in verbis*:

“Art. 2º. Para fins de atendimento ao Programa de que trata o artigo anterior, fica instituída contribuição de intervenção no domínio econômico, devida pela pessoa jurídica detentora de licença de uso o adquirente de conhecimentos tecnológicos, bem como aquela signatária de contratos que impliquem transferência de tecnologia, firmados com residentes ou domiciliados no exterior.”

E, através da Lei nº 10.332, de 19/12/2001, foi introduzido o § 2º ao artigo retro citado, do seguinte teor:

“§ 2º A partir de janeiro de 2002, a contribuição de que trata o *caput* deste artigo passa a ser devida também pelas pessoas jurídicas signatárias de contratos que tenham por objeto serviços técnicos e de assistência administrativa e semelhantes a serem prestados por residentes ou domiciliados no exterior, bem assim pelas pessoas jurídicas que pagarem, creditarem, entregarem empregarem ou remeterem royalties, a qualquer título, a beneficiários residentes ou domiciliados no exterior.

O Regulamento do Imposto de Renda:

Art. 710. Estão sujeitas à incidência na fonte, à alíquota de quinze por cento, as importâncias pagas, creditadas, entregues, empregadas ou remetidas para o exterior a título de royalties, a qualquer título (Medida Provisória nº 1.749-37, de 1999, art. 3º).

A base de cálculos é idêntica: os valores pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos, a cada mês, a residentes ou domiciliados no exterior.

Nos termos da lei nº 10.168/2001, a CIDE tem por objetivo o custeio do Programa de Estímulo à Interação Universidade-Empresa para o Apoio à Inovação, tendo por fato gerador a transferência onerosa de tecnologia detida por residente ou domiciliado no exterior para pessoa jurídica. Sua base de cálculo será a contraprestação ofertada, a título de remuneração, pela transferência.

Analisando as normas supramencionadas, tem-se que os tributos incidem de forma simultânea sobre o pagamento dos royalties.

Os pagamentos realizados em decorrência de serviços tomados de prestadores de serviços estrangeiros estão sujeitos à retenção do imposto de renda retido na fonte (IRRF) à alíquota de 15 %, assim como sofrem a incidência da CIDE à alíquota de 10%, havendo, em verdade, incidência de tributos de forma simultânea sobre o mesmo fato gerador em sua integralidade, que, afinal, corresponde à renda auferida.

In casu,, o conceito remuneração deve ser entendido como o valor total (bruto) contratado, incluindo-se os valores correspondentes ao IRRF, afigurando-se inviável sua dedução da base de cálculo da CIDE-Royalties.

Cumpra ainda destacar que as leis que disciplinam a matéria não preveem exceções, deduções ou isenções. Assim, é clara a opção do legislador em vedar a pleiteada dedução, pois o desejasse, deveria constar, expressamente, do texto legal, o que não ocorre.

Por seu turno, o artigo 5º, da Lei nº 4.154/62, com redação idêntica à do artigo 725 do Regulamento do Imposto de Renda (Decreto nº 3.000/99), determina, em seu art. 5º que, ressalvados os casos previstos nos artigos 100 e 101 do Regulamento mencionado no artigo 1º, quando a fonte pagadora assumir o ônus do imposto devido pelo beneficiado, a importância paga, creditada, empregada, remetida ou entregue, será considerada como líquida, cabendo o reajustamento do respectivo rendimento bruto, sobre o qual recairá o tributo.

No que diz respeito ao valor que deve ser entendido por “remuneração” para fins de incidência da CIDE, reiteradamente a Receita Federal tem se manifestado no sentido de que esta é o valor total (bruto) contratado, incluindo-se os valores correspondentes ao IRRF e ao Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS).

Isto porque, tanto o IRRF como o ISS são tributos devidos sobre a remuneração a ser recebida pelo residente estrangeiro, porém devem ser retidos e pagos no Brasil pelo contratante na qualidade de responsável tributário.

Como consequência, a Receita Federal entende que caso as partes contratantes acordem em um valor a ser remetido ao exterior líquido de tributos, o contratante brasileiro deve promover o reajustamento da base de cálculo da CIDE, incluindo os valores de IRRF e do ISS tal como o faz para o cálculo e recolhimento destes últimos tributos.

O entendimento da RFB decorre de interpretação analógica calcada nas regras atinentes ao IRRF, especificamente no artigo 5º da Lei nº 4.154, de 28 de novembro de 1962, o qual determina que *“quando a fonte pagadora assumir o ônus do imposto devido pelo beneficiado, a importância paga, creditada, empregada, remetida ou entregue, será considerada como líquida, cabendo o reajustamento do respectivo rendimento bruto, sobre o qual recairá o tributo”*. Tal dispositivo é fielmente reproduzido pelo artigo 725 do Regulamento do Imposto de Renda.

Em suma, a base de cálculo da contribuição de intervenção no domínio econômico é o valor total da operação contratada, sem quaisquer deduções, mesmo que a fonte pagadora brasileira tenha assumido o ônus do imposto, isto porque o fato de as partes acordarem quem irá assumir o ônus financeiro do IRRF em nada modifica a remuneração pactuada. Os tributos incidem de forma simultânea sobre o pagamento dos *royalties*.

Nesse sentido, colaciono os seguintes precedentes. Confira-se:

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CIDE-ROYALTIES. LEI 10.168/00. EXCLUSÃO DO IRRF DA BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA SIMULTÂNEA, ENVOLVENDO SUJEITOS PASSIVOS DIVERSOS. CONCEITO DE REMUNERAÇÃO E RENDA AUFERIDA. 1. A CIDE é um tributo destinado a viabilizar a intervenção estatal na economia para organizar e desenvolver setor essencial, que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição de liberdade de iniciativa (RE 177.137-2, STF - Tribunal Pleno - voto do Min. Ilmar Galvão - DJ 18.04.97). 2. Nos termos do artigo 2º, parágrafo 3º da Lei 10.168/00, a base de cálculo da CIDE corresponde aos valores pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos a residentes ou domiciliados no exterior, a

cada mês, como remuneração das obrigações contratadas, sobre a qual deverá ser aplicada a alíquota de 10%. 3. A discussão posta no caso concreto é relativa à incidência do IRRF na base de cálculo da CIDE, sobre a remessa de royalties ao exterior e o conceito de remuneração para fins de incidência da referida contribuição. 4. O Regulamento do Imposto de Renda, em seu art. 710, preceitua que estão sujeitas à incidência na fonte, à alíquota de quinze por cento, as importâncias pagas, creditadas, entregues, empregadas ou remetidas para o exterior a título de royalties, a qualquer título. 5. O artigo 5º, da Lei nº 4.154/62, com redação idêntica à do artigo 725 do Regulamento do Imposto de Renda (Decreto nº 3.000/99), determina, em seu art. 5º que, ressalvados os casos previstos nos artigos 100 e 101 do Regulamento mencionado no artigo 1º, quando a fonte pagadora assumir o ônus do imposto devido pelo beneficiado, a importância paga, creditada, empregada, remetida ou entregue, será considerada como líquida, cabendo o reajustamento do respectivo rendimento bruto, sobre o qual recairá o tributo. 6. Os pagamentos realizados em decorrência de serviços tomados de prestadores de serviços estrangeiros estão sujeitos à retenção do imposto de renda retido na fonte (IRRF), à alíquota de 15 %, assim como sofrem a incidência da CIDE, à alíquota de 10%, havendo, em verdade, incidência de tributos de forma simultânea sobre o mesmo fato gerador em sua integralidade que corresponde à renda auferida. 7. O conceito remuneração deve ser entendido como o valor total (bruto) contratado, incluindo-se os valores correspondentes ao IRRF, afigurando-se inviável sua dedução da base de cálculo da CIDE-Royalties. 8. A base de cálculo da contribuição de intervenção no domínio econômico é o valor total da operação contratada, sem quaisquer deduções, mesmo que a fonte pagadora brasileira tenha assumido o ônus do imposto, pois o fato de as partes acordarem quem irá assumir o ônus financeiro do IRRF em nada modifica a remuneração pactuada. Precedentes do TRF da 3ª região. 9. Apelação não provida. (TRF-1 - AMS: 00332786320064013800, Relator: JUIZ FEDERAL MIGUEL ÂNGELO DE ALVARENGA LOPES, Data de Julgamento: 23/04/2018, OITAVA TURMA, Data de Publicação: 25/05/2018)

MANDADO DE SEGURANÇA - IRRF - BASE DE CÁLCULO DA CIDE - REMESSA DE ROYALTIES AO EXTERIOR.

1- Trata-se de discussão sobre a incidência do IRRF na base de cálculo da CIDE, sobre a remessa de royalties ao exterior.

2- A Lei Federal nº 10.168/10: Art. 2º. Para fins de atendimento ao Programa de que trata o artigo anterior, fica instituída contribuição de intervenção no domínio econômico, devida pela pessoa jurídica detentora de licença de uso ou adquirente de conhecimentos tecnológicos, bem como aquela signatária de contratos que impliquem transferência de tecnologia, firmados com residentes ou domiciliados no exterior. § 1º. Consideram-se, para fins desta Lei, contratos de transferência de tecnologia os relativos à exploração de patentes ou de uso de marcas e os de fornecimento de tecnologia e prestação de assistência técnica. (...). § 2º. A partir de 1º de janeiro de 2002, a contribuição de que trata o *caput* deste artigo passa a ser devida também pelas pessoas jurídicas signatárias de contratos que tenham por objeto serviços técnicos e de assistência administrativa e semelhantes a serem prestados por residentes ou domiciliados no exterior, bem assim pelas pessoas jurídicas que pagarem, creditarem, entregarem, empregarem ou remeterem royalties, a qualquer título, a beneficiários residentes ou domiciliados no exterior. § 3º. A contribuição incidirá sobre os valores pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos, a cada mês, a residentes ou domiciliados no exterior, a título de remuneração decorrente das obrigações indicadas no *caput* e no § 2º deste artigo. § 4º. A alíquota da contribuição será de 10% (dez por cento).

3- O Regulamento do Imposto de Renda: Art. 710. Estão sujeitas à incidência na fonte, à alíquota de quinze por cento, as importâncias pagas, creditadas, entregues, empregadas ou remetidas para o exterior a título de royalties a qualquer título (Medida Provisória nº 1.749-37, de 1999, art. 3º).

4- A base de cálculos é idêntica: os valores pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos, a cada mês, a residentes ou domiciliados no exterior. Os tributos incidem de forma simultânea sobre o pagamento dos royalties. Em decorrência, não é possível a exclusão do IRRF da base de cálculo da CIDE.

5- Jurisprudência desta Turma.

6- Apelação e remessa oficial providas.

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AMS - APELAÇÃO CÍVEL - 342310 - 0008020-71.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL FÁBIO PRIETO, julgado em 25/05/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/06/2017)

APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO IRRF DA BASE DE CÁLCULO DA CIDE-ROYALTIES. PREVISTA NA LEI 10.168/00. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA SIMULTÂNEA, ENVOLVENDO SUJEITOS PASSIVOS DIVERSOS. CONCEITO DE RENDA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. SEGURANÇA DENEGADA.

1. Nos termos da Lei 10.168/00, a CIDE tem por objetivo o custeio do Programa de Estímulo à Interação Universidade-Empresa para o Apoio à Inovação, tendo por fato gerador a transferência onerosa de tecnologia detida por residente ou domiciliado no exterior para pessoa jurídica. Sua base de cálculo será a contraprestação ofertada, a título de remuneração pela transferência.

2. O imposto de renda retido na operação, por força do art. 710 do RIR/99, tem por fato gerador a disponibilidade econômica ou jurídica da renda auferida pelo residente no exterior, tendo por base de cálculo também a contraprestação alcançada pela transferência.

3. Na espécie, não obstante terem fatos geradores e sujeitos passivos diversos, ambos os tributos incidem de forma simultânea, quando realizado o pagamento pela transferência da tecnologia. Caberá ao adquirente da tecnologia, na qualidade de contribuinte, recolher a CIDE, e, na qualidade de responsável tributário, reter o imposto de renda, tomando por base de cálculo de ambos o pagamento efetuado.

4. O valor da operação não se altera pela retenção, pois o instituto tem por fulcro apenas antecipar o que seria devido pelo titular da tecnologia no exterior pela obtenção da renda, já no momento do pagamento, para fins de facilitar o recolhimento do imposto e a sua fiscalização.

5. Entendimento obediente do previsto no art. 43 do CTN, pois nosso ordenamento adota um conceito de renda amplo para fins de tributação, bastando a sua disponibilidade econômica ou jurídica para a incidência tributária, independentemente do valor efetivamente auferido pelo contribuinte. Apesar do artigo questionado referir-se ao imposto de renda, é plenamente aplicável à CIDE - ROYALTIES, visto se valer do mesmo conceito ao caracterizar a base de cálculo da contribuição, como se percebe da redação idêntica utilizada no art. 2º, § 3º, da Lei 10.168/00 e no art. 710 do RIR/99. Ademais, o legislador não instituiu a dedução do IRRF do valor da operação para fins de incidência da CIDE, ou o inverso, até porque os contribuintes não são os mesmos.

6. Recurso de apelação e reexame necessário providos, denegando-se a segurança com cassação da liminar.

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AMS - APELAÇÃO CÍVEL - 338576 - 0016434-92.2011.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, julgado em 07/04/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:19/04/2016)

Sendo assim, entendo que não merece acolhimento a pretensão recursal, razão pela, mantenho a r.sentença impugnada.

Ante o exposto, *nego* provimento à apelação da impetrante.

É como voto.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

VOTO-VISTA

Apelação da Cielo S/A contra sentença que denegou a ordem pleiteada para obter provimento jurisdicional que determinasse à autoridade impetrada reconhecer o seu direito ao recolhimento da CIDE prevista no artigo 2º da Lei nº 10.168/00 sem a inclusão do IRRF e do ISS na respectiva base de cálculo, bem como que lhe garantisse a recuperação dos valores indevidamente recolhidos a tal título nos últimos cinco anos anteriores à propositura da ação (138838618).

O eminente relator Des. Fed. Marcelo Saraiva votou no sentido de negar provimento ao recurso. Pede vista para melhor exame dos autos.

A impetrante é empresa que atua no credenciamento de estabelecimentos comerciais para uso de mecanismos de pagamento (cartões de crédito e débito), bem como na prestação da respectiva assistência, de forma que celebrou contratos com as administradoras de cartões de crédito para utilização da tecnologia que disponibilizam, mediante pagamentos mensais, razão pela qual é contribuinte da denominada CIDE-*royalties*. Assevera, todavia, que a inclusão do IRRF e do ISS na base de cálculo da CIDE constitui alargamento indevido que viola o princípio da legalidade tributária (artigos 150, inciso I, da CF e 97, inciso IV, do CTN), uma vez que não há previsão legal nesse sentido e que os valores não são pagos, creditados, entregues ou remetidos a beneficiário no exterior, na medida em que o IRRF é repassado para a União e o ISS, aos municípios, de forma que não se enquadram na descrição da base de cálculo da CIDE contida na Lei nº 10.168/2000. Afirma, ainda, que os impostos são devidos sobre a remuneração, então não compõem a quantia recebida a tal título, e que entender de forma diversa não condiz com a previsão constitucional, uma vez que a cobrança da CIDE ocorre com base no valor da operação (artigo 149, §2º, inciso III, alínea “a”, da CF) caracterizada pela remessa ao exterior.

Nos anos 2000, com a promulgação da Lei nº 10.168, foi instituída a contribuição de intervenção no domínio econômico – CIDE destinada a financiar o Programa de Estímulo à Interação Universidade-Empresa para o Apoio à Inovação, com o objetivo principal de: *“estimular o desenvolvimento tecnológico brasileiro, mediante programas de pesquisa científica e tecnológica cooperativa entre universidades, centros de pesquisa e o setor produtivo”* (artigo 1º) e cuja arrecadação seria: *“destinada ao Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – FNDCT, criado pelo Decreto-Lei no 719, de 31 de julho de 1969, e restabelecido pela Lei no 8.172, de 18 de janeiro de 1991”* (artigo 4º).

Buscou-se por meio da referida legislação: *“fomentar o desenvolvimento tecnológico nacional por meio da intervenção em determinado setor da economia, a partir da tributação da remessa de divisas ao exterior, propiciando o fortalecimento do mercado interno de produção e consumo dos referidos serviços, bens e tecnologia”* (STJ - REsp: 1186160 SP 2010/0053463-2, Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, j. em 26/08/2010, 2ª Turma, publicação: DJe 30/09/2010).

Sobre a base de cálculo da aludida contribuição dispôs a Lei nº 10.168/2000:

Art. 2º Para fins de atendimento ao Programa de que trata o artigo anterior, fica instituída contribuição de intervenção no domínio econômico, devida pela pessoa jurídica detentora de licença de uso ou adquirente de conhecimentos tecnológicos, bem como aquela signatária de contratos que impliquem transferência de tecnologia, firmados com residentes ou domiciliados no exterior.

(...)

§ 2º A partir de 1º de janeiro de 2002, a contribuição de que trata o *caput* deste artigo passa a ser devida também pelas pessoas jurídicas signatárias de contratos que tenham por objeto serviços técnicos e de assistência administrativa e semelhantes a serem prestados por residentes ou domiciliados no exterior, bem assim pelas pessoas jurídicas que pagarem, creditarem, entregarem, empregarem ou remeterem royalties, a qualquer título, a beneficiários residentes ou domiciliados no exterior. (Redação dada pela Lei nº 10.332/2001)

§ 3º A contribuição incidirá sobre os valores pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos, a cada mês, a residentes ou domiciliados no exterior, a título de remuneração decorrente das obrigações indicadas no *caput* e no § 2º deste artigo.

§ 4º A alíquota da contribuição será de 10% (dez por cento).

O artigo 10 do Decreto nº 4.195, de 11 de abril de 2002, regulamentador das Leis nº 10.168/2000 e 10.332/2001, especificou:

Art. 10. A contribuição de que trata o art. 2º da Lei nº 10.168, de 2000, incidirá sobre as importâncias pagas, creditadas, entregues, empregadas ou remetidas, a cada mês, a residentes ou domiciliados no exterior, a título de royalties ou remuneração, previstos nos respectivos contratos, que tenham por objeto:

I - fornecimento de tecnologia;

II- prestação de assistência técnica:

a) serviços de assistência técnica;

b) serviços técnicos especializados;

III- serviços técnicos e de assistência administrativa e semelhantes;

IV- cessão e licença de uso de marcas; e

V- cessão e licença de exploração de patentes.

Quanto à possibilidade de inclusão do imposto de renda retido na fonte na base de cálculo da CIDE-*royalties*, instituída pela Lei n. 10.168/2000, prevê o artigo 2º-A:

Art. 2º-A. Fica reduzida para 15% (quinze por cento), a partir de 1º de janeiro de 2002, a alíquota do imposto de renda na fonte incidente sobre as importâncias pagas, creditadas, entregues, empregadas ou remetidas ao exterior a título de remuneração de serviços de assistência administrativa e semelhantes. (Incluído pela Lei nº 10.332, de 2001)

Remuneração, nesse contexto, é representada pelo valor total (bruto) contratado, incluídos os valores correspondentes ao IRRF e ao ISS, eis que se trata de tributos devidos sobre o montante a ser recebido pelo residente estrangeiro, porém retido e pago no Brasil pelo contratante, na qualidade de responsável tributário, como decorrência do disposto no artigo 5º da Lei nº 4.154/62 (cuja redação é idêntica à do artigo 725 do Regulamento do Imposto de Renda - Decreto nº 3.000/99):

Art. 5º Ressalvados os casos previstos nos artigos 100 e 101 do Regulamento mencionado no artigo 1º, quando a fonte pagadora assumir o ônus do imposto devido pelo beneficiado, a importância paga, creditada, empregada, remetida ou entregue, será considerada como líquida, cabendo o reajustamento do respectivo rendimento bruto, sobre o qual recairá o tributo.

Vê-se que a base de cálculo da CIDE corresponde aos valores pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos ao exterior, tal qual a do IR e do ISS do prestador de serviço, de maneira que incidem de forma simultânea sobre o pagamento dos *royalties*. Todavia, os

tributos recaem sobre o *valor da operação*, ainda que gerem uma obrigação tributária para quem o recebe, na qualidade de contribuinte sobre a renda e sobre o serviço, e outra para quem o paga, na qualidade de responsável tributário pela retenção. É o que estabelece o artigo 149, §2º, inciso III, alínea “a”:

Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

(...)

§ 2º As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico de que trata o *caput* deste artigo:

(...)

III - poderão ter alíquotas:

a) *ad valorem*, tendo por base o faturamento, a receita bruta ou o *valor da operação* e, no caso de importação, o valor aduaneiro;

No caso dos autos, o valor da operação é aquele pago, creditado, entregue, empregado ou remetido a residentes ou domiciliados no exterior, a título de remuneração decorrente de prestação de serviços técnicos e de assistência administrativa, e corresponde ao valor do contrato firmado. Não há no artigo 2º e parágrafos da Lei nº 10.168/2000, com as alterações feitas pela Lei nº 10.332/2001, referência a lucro ou custo ao tratar das hipóteses de incidência da CIDE, de forma que descabe investigar, para cada remessa ao exterior com esse propósito, se o valor compreende margem de lucro, ou se equivale ao custo do serviço prestado (TRF-2 - APELREEX: 01781610420164025101 RJ 0178161-04.2016.4.02.5101, Relator: LUIZ ANTONIO SOARES, Data de Julgamento: 29/10/2019, 4ª TURMA ESPECIALIZADA)

Não há, tampouco, *bis in idem* ou incidência de tributo sobre tributo, porquanto o contribuinte do IR e do ISS é a pessoa jurídica sediada no exterior que recebe a remuneração e presta serviço, ao passo que o contribuinte da CIDE é a pessoa jurídica que remete *royalties* ao exterior e é tomadora dos serviços prestados. Ausentes, portanto, quaisquer ofensas ao princípio da legalidade tributária (artigos 150, inciso I, da CF e 97, inciso IV, do CTN) que obstem a inclusão do IRRF e do ISS na base de cálculo da CIDE-*royalties*, na medida em que se trata do valor total da operação contratada. Registre-se, ainda, que o Supremo Tribunal Federal já consagrou entendimento no sentido da ausência de vedação constitucional à identidade de base de cálculo, fato gerador e alíquota entre a contribuição de intervenção no domínio econômico e os outros tributos (RE 420029, Relator: Min. Cezar Peluso, julgado em 30/07/2009, publicado em DJ: 25/08/2009). Por fim, segue precedente sobre o tema:

TRIBUTÁRIO - PROCESSUAL CIVIL - CIDE - LEI 10.168/2000 - BIS IN IDEM - IMPOSTO SOBRE A RENDA - INEXISTÊNCIA - ACÓRDÃO OMISSÃO - NÃO-OCORRÊNCIA - FINALIDADE ADEQUADA NECESSIDADE DE LEI COMPLEMENTAR PARA INSTITUIÇÃO MATÉRIA CONSTITUCIONAL.

1. Inexiste omissão em acórdão que decide motivadamente a lide.

2. A exigência de lei complementar para a instituição de contribuição de intervenção no domínio econômico é matéria constitucional por implicar na interpretação do art. 149 da Constituição Federal.

3. A CIDE prevista na Lei 10.168/2000 com redação da Lei 10.233/2001 tem por finalidade a aplicação no Programa de Estímulo à Interação Universidade-Empresa para o Apoio à

Inovação, atendendo a interesses específicos, com benefícios diretos e indiretos, na forma de projetos de pesquisa e desenvolvimento, de implantação de infra-estrutura, de capacitação de recursos humanos, de apoio à produção e à formação de parques industriais, entre outras medidas, nos termos dos Decretos nºs 3.949/01 e 4.195/02

4. A CIDE é tributo vinculado com destinação específica, razão pela qual inexistente bis in idem com a legislação do imposto sobre a renda.

5. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, não provido.

(STJ - REsp: 1120553 RJ 2009/0017340-0, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 17/12/2009, T2 SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/02/2010).

Diante de tais considerações, de rigor a manutenção da sentença que denegou a segurança pleiteada.

Ante o exposto, *acompanho integralmente o relator* para desprover a apelação da parte impetrante.

É como voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE

AGRAVO DE INSTRUMENTO

5013491-32.2021.4.03.0000

Agravante: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Agravada: POLO WEAR PIRACICABA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA.

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ZAUHY

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 18/01/2022

EMENTA

DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA SOBRE RECEBÍVEIS DE CARTÃO DE CRÉDITO. EQUIPARAÇÃO À PENHORA SOBRE FATURAMENTO. NÃO ESGOTAMENTO DE DILIGÊNCIAS. IMPOSSIBILIDADE NA ESPÉCIE. SUSPENSÃO DA TRAMITAÇÃO DOS PROCESSOS QUE VERSEM SOBRE O TEMA. POSSIBILIDADE DE APRECIACÃO DE MEDIDAS URGENTES. AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO.

1. Recurso que versa sobre a possibilidade de constrição de recebíveis de titularidade da agravada junto a empresas de cartão de crédito.
2. Esta Egrégia Primeira Turma firmou entendimento no sentido de que a penhora de recebíveis de cartão de crédito deve ser equiparada à penhora sobre o faturamento das empresas devedoras e que havendo similitudes entre ambos cenários o tratamento jurídico deve ser o mesmo, cabendo exigir da Fazenda Pública que esgote as medidas constritivas que poderiam ser adotadas.
3. Caso em que após a citação da agravada, a agravante requereu a suspensão do feito com fundamento no artigo 40 da Lei nº 6.830/80 e, posteriormente, o desarquivamento do feito executivo e a penhora de créditos que a agravada tem a receber de terceiros.
4. Não foram esgotadas todas as tentativas de constrição que poderiam ser realizadas, sendo inviável cogitar-se da penhora de recebíveis de cartão de crédito.
5. Não há óbices à apreciação da questão neste momento processual por se tratar de penhora recebíveis de cartão de crédito que é apenas equiparada à penhora sobre o faturamento e por se tratar de medida urgente, passível de apreciação ainda que o tema tenha sido afetado pelo C. STJ e determinada a suspensão nacional de julgamentos.
6. Agravo de Instrumento improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Primeira Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela *UNIÃO* contra decisão que, nos autos da Execução Fiscal ajuizada na origem, indeferiu o pedido de penhora de créditos da agravada junto a terceiros, nos seguintes termos:

“(…) Ante o exposto:

Indefiro, por precoce, a penhora de direitos creditícios, nos moldes vindicados pela exequente.

“(…)”

(negrito original)

Alega a agravante que citada no feito de origem, a agravada não pagou ou parcelou a dívida, tampouco nomeou bens em garantia do juízo. Afirma que após ter sido deferido pedido de suspensão do processo, sobreveio notícia de que a agravada possui valores a receber junto a operadoras de cartão de crédito (Redcard e Elo), razão pela qual requereu a penhora de tais créditos, o que foi indeferido pelo juízo de origem. Sustenta, contudo, que a penhora de recebíveis consiste em penhora de crédito, o que é juridicamente possível nos termos do artigo 11, VIII da Lei nº 6.830/80, bem como dos artigos 789 e 855 a 860 do CPC. Argumenta que a execução é realizada no interesse do credor e que privar a Fazenda Pública de obter uma constrição eficaz mesmo quando o executado, apesar de citado, sequer nomeou qualquer bem em garantia do juízo, é subverter esta concepção processual.

Pugnou pela concessão de efeito suspensivo que foi indeferido (Num. 161866991 – Pág. 1/3).

Intimada, a agravada apresentou contraminuta Num. 182878631 – Pág. 1/10) pugnando pelo reconhecimento da preclusão lógica em razão da prática, pela agravante, de ato incompatível com a vontade de recorrer consistente no pedido de bloqueio de ativos financeiros pelo Sisbajud. No mérito, afirmou que a execução fiscal deve ser garantida observando-se a ordem de preferência do artigo 11 da LEF e que a penhora de recebíveis está prevista no inciso VIII daquele dispositivo legal. Alegou que a jurisprudência se firmou no sentido de que a constrição de recebíveis junto às administradoras de cartões de crédito não prescinde da demonstração efetiva de que foram esgotados os meios disponíveis para a localização de outros bens penhoráveis, equiparando-os ao faturamento da empresa. Argumentou que no caso dos autos a agravante não comprovou ter realizado diligências para demonstrar eventual impossibilidade de execução.

Neste ponto, vieram-me conclusos os autos.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY - Relator

VOTO

Conforme deixei registrado ao apreciar o pedido de efeito suspensivo, o debate instalado nos autos diz respeito a possibilidade de constrição de recebíveis de titularidade da agravada junto a empresas de cartão de crédito. Examinando os autos, tenho que não assiste razão à agravante.

De partida, afasto a alegação de preclusão lógica suscitada pela agravada. Com efeito, o pedido de bloqueio de ativos financeiros formulado pela agravante no feito de origem não se mostra dissonante com a vontade de recorrer da decisão agravada, mas, diversamente, decorre da própria negativa do pedido de penhora de recebíveis junto a terceiros para satisfação do crédito perseguido no executivo fiscal.

No mérito, registro que esta Egrégia Primeira Turma firmou entendimento no sentido de que a penhora de recebíveis de cartão de crédito deve ser equiparada à penhora sobre o faturamento das empresas devedoras porque em ambas as situações os valores que a empresa contribuinte teria a receber e a computar como faturamento deixam de ser direcionados ao seu

patrimônio. Havendo, assim, similitudes inegáveis entre um cenário fático e outro o tratamento jurídico deve ser o mesmo, cabendo exigir da Fazenda Pública que esgote as medidas constritivas que poderiam ser adotadas, tal como se exige no âmbito da penhora sobre o faturamento.

Nesse sentido, transcrevo:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. *EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA DE RECEBÍVEIS DE CARTÃO DE CRÉDITO. EQUIPARAÇÃO À PENHORA SOBRE O FATURAMENTO DA EMPRESA. NÃO ESGOTAMENTO DE OUTROS MEIOS PARA LOCALIZAÇÃO DE BENS DO DEVEDOR. RECURSO NÃO PROVIDO. I – Registre-se que a jurisprudência é pacífica no sentido de que a penhora de recebíveis de cartão de crédito equipara-se à penhora sobre o faturamento, devendo ser observadas as mesmas restrições aplicáveis a esta última hipótese. II – Desde que a situação seja excepcional e uma vez que não comprometa a atividade empresarial, deve ser admitida a penhora de recebíveis de cartão de crédito. Precedentes. III – Ao compulsar os autos da execução fiscal, verifica-se que a exequente não esgotou todas as tentativas de haver os valores devidos por meio da constrição de outros bens do devedor. Nesse sentido, bem pontuou o magistrado na decisão agravada: “(...) os créditos recebidos pela executada referentes a eventuais transações comerciais feitas por intermédio de cartões de crédito, fatalmente são depositados em conta corrente, de maneira que o objetivo buscado pela exequente pode facilmente ser alcançado pela penhora de ativos financeiros existentes na conta corrente da executada. Se não localizados valores com tal providência, nenhuma utilidade prática tem o deferimento do pedido formulado nos autos, até porque não há qualquer indicativo de que a executada mantém relações comerciais com as operadoras indicadas.” IV – Mantida a r. decisão agravada. V – Agravo de instrumento a que se nega provimento.” (TRF 3ª Região, 1ª Turma, AI 5015636-95.2020.4.03.0000, Relator Desembargador Federal Valdeci dos Santos, e – DJF3 09/12/2020)*

Em consulta à execução fiscal de origem, verifico que após a citação da agravada (Num. 45428866 – Pág. 33/34 do processo de origem), a agravante requereu a suspensão do feito com fundamento no artigo 40 da Lei nº 6.830/80, o que foi deferido pelo juízo de origem (Num. 45428866 – Pág. 36/37 do processo de origem). Posteriormente, contudo, a agravante requereu o desarquivamento do feito executivo e a penhora de créditos que a agravada tem a receber junto às empresas Redecard e Cielo (Num. 45820866 – Pág. 1 do processo de origem).

Como se percebe, não foram esgotadas todas as tentativas de constrição que poderiam ser realizadas, porquanto outras providências podiam ser adotadas como a expedição de ofícios a órgãos registradores de bens como Cartórios de Registro de Imóveis e a determinação de indisponibilidade de bens. Assim, não havendo o esgotamento das diligências possíveis, inviável cogitar-se da penhora de recebíveis de cartão de crédito, que, como vimos, equipara-se à penhora sobre faturamento.

Anoto, por derradeiro, não desconhecer a determinação do C. STJ de suspensão da tramitação de processos em todo território nacional que versem sobre (i) a necessidade de esgotamento das diligências como pré-requisito para a penhora do faturamento, (ii) a equiparação da penhora de faturamento à constrição preferencial sobre dinheiro e (iii) a caracterização da penhora do faturamento como medida que implica violação do princípio da menor onerosidade¹.

Tenho, todavia, que não há óbices à apreciação da questão neste momento processual; em primeiro por não se tratar propriamente de penhora de faturamento, mas de recebíveis de

¹ REsp nº 1.835.864/SP

cartão de crédito que é apenas *equiparada* à penhora sobre o faturamento e, em segundo, por se tratar de medida urgente, passível de apreciação ainda que o tema tenha sido afetado pelo C. STJ e determinada a suspensão nacional de julgamentos. Neste sentido:

“PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO FISCAL – PENHORA SOBRE REPASSES DE CARTÃO DE CRÉDITO: IMPOSSIBILIDADE, NO ATUAL MOMENTO PROCESSUAL.

1. *A penhora realizada sobre os repasses mensais das empresas de cartão de crédito ao executado é modalidade de penhora sobre faturamento.*

2. *A afetação de tema para julgamento pelo regime de recursos repetitivos, com a determinação da suspensão nacional de julgamentos, não impede a análise das medidas urgentes, nos termos do artigo 300, do Código de Processo Civil.*

3. No atual momento processual, não há prova sobre o esgotamento das tentativas de localização de bens penhoráveis.

4. Agravo de instrumento improvido.” (negritei)

(TRF 3ª Região. Sexta Turma, AI/SP 5021521-90.2020.4.03.0000, Relator Desembargador Federal Toru Yamamoto, e – DJF3 26/02/2021)

Diante dos fundamentos expostos, *nego provimento* ao agravo de instrumento, nos termos da fundamentação supra.

É o voto.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY - Relator

Sentenças



PROCEDIMENTO COMUM CÍVEL

5001203-60.2019.4.03.6131

Autora: MORIMOTO E MORIMOTO LOTERIAS LTDA - ME
Ré: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE BOTUCATU - SP
Juiz Federal: MAURO SALLES FERREIRA LEITE
Disponibilização da Sentença: DJEN 16/02/2022

SENTENÇA

Trata-se de ação de conhecimento, de cunho anulatório c.c. obrigação de fazer, ajuizada sob procedimento comum, com pedido de tutela de urgência, movimentada por *MORIMOTO E MORIMOTO LOTERIAS LTDA.* em face da *CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – CEF*, tendo por objetivo o reestabelecimento da permissão administrativa para exploração dos serviços de casa lotérica concedidos pela ré, determinando a religação do sinal dos terminais T.F.L. Em apertada suma, sustenta a requerente que explora comercialmente jogos de loteria através de contrato de permissão na modalidade adesão. Que, na data de 24/01/2019, foi surpreendida com o bloqueio de seus terminais T.F.L que são o coração da casa lotérica, através deles é que todas as operações de uma U.L. são feitas. Que, em 28/01/2019, foi notificada pela requerida de uma suposta ausência de prestação de contas referente a falta de depósito, que poderia acarretar a suspensão da U.L. Que não existe prova dessa ausência de repasses à ré, que o inquérito aberto perante a Polícia Federal requereu a juntada de documentos para a comprovação do alegado, o que ainda não foi providenciado pela requerida, que nem mesmo a filmagem da abertura dos envelopes das remessas de dinheiro foi fornecida para a autora, o que permitiria conferir se os valores constantes dos envelopes correspondem aos valores lançados pela autora na remessa. Sustenta que a requerida, sem qualquer critério, altera os valores que alega serem devidos, chegando a afirmar que o valor da dívida da autora que resultou no bloqueio da lotérica era da ordem de R\$ 550.000,00, e que essas cifras não ostentam qualquer base. Requer, como tutela de urgência, a imediata reabertura da lotérica, determinando que se reestabeleça o sinal dos terminais T.F.L, sob pena, de multa diária em caso de descumprimento da ordem.

Medida liminar indeferida por meio da decisão que está registrada sob o id n. 22395853. Fustigada por agravo, manejado sob a forma de instrumento, sobreveio decisão definitiva de *desprovisionamento do recurso*, proferida pelo *E. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO* (id n. 41958783).

Sobrevém contestação da *CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – CEF* (id n. 24576756), por meio da qual sustenta a higidez do ato administrativo praticado por seus agentes competentes, aduzindo haver detectado, em relação à empresa autora, situação de desconformidade na prestação de contas da agência lotérica, constatando divergência entre os valores declarados pela autora e aqueles efetivamente repassados à instituição bancária, o que justificou a instauração do procedimento administrativo de apuração, que culminou com a cassação da outorga administrativa, conclusão essa que deve ser prestigiada nessa oportunidade. Pugna pela improcedência do pedido da requerente. Sem prejuízo, a ré avia *reconvenção*, com pedido incidental de tutela de urgência, por meio do qual se pretende conseguir ordem judicial para compelir a reconvinada a devolver os equipamentos que adornam a unidade lotérica (UL) em questão, cuja detenção a ela foi cedida por força do contrato de permissão firmado com a

reconvinte. *Pedido liminar deferido* em sede reconvençional, por meio da decisão que segue registrada sob o id n. 25320042. A autora/ reconvinda oferece contestação (id n. 27331232), ratificando, em suma, os mesmos fundamentos já deduzidos com a inicial, razão pela qual entende que a reconvenção deve ser rechaçada.

Aberta a instrução, o feito foi encaminhado para a realização de Audiência de Instrução e Julgamento (id n. 123455318), oportunidade na qual foram ouvidas as testemunhas indicadas pela autora (depoimento colhido na condição de mero informante – pessoa impedida de depor) e pela ré. Seguiu-se o encerramento da instrução, com oportunidade para manifestação das partes em memoriais escritos, acostados sob os id's n. 135181019 e n. 135621237.

Vieram os autos com conclusão.

É o relatório.

Decido.

Encontro presentes os pressupostos processuais e as condições da ação. Feito bem processado, contraditório preservado, partes legítimas e bem representadas, não há nulidades a reconhecer, anulabilidades e/ ou irregularidades a suprir ou sanar. Encerrada a instrução, com a realização das provas propostas pelas partes litigantes, é o caso de passar ao julgamento do mérito.

A ação ora proposta efetivamente não procede.

E isto porque o evoluir da instrução processual aqui realizada não deu conta de demonstrar que o procedimento administrativo questionado na vestibular tenha incorrido em qualquer tipo de arbitrariedade, ilegalidade ou que estivesse fundamentado em premissas dissociadas da realidade, de modo a interditar a conclusão no sentido de que o ato aqui impugnado pela requerente pudesse ser desqualificado por meio do provimento jurisdicional de mérito.

E isto porque, *em primeiro lugar*, o processo de intervenção efetivado pela entidade permissionária da prestação de serviços de loteria (CEF) em relação ao estabelecimento empresarial da requerente teve por base procedimento apuratório interno, decorrente de motivos suficientemente claros e objetivos (ausência de repasse de valores que seriam devidos à concedente), que foram esclarecidos à parte requerente durante o curso do procedimento, com oportunidade para o oferecimento de defesa administrativa por parte da sindicada, faculdade de que mesma se valeu nos momentos adequados. Mais do que isso, seguiu-se à apuração administrativa, a instauração de um inquérito policial, ainda em trâmite, instaurado por autoridade competente, de sorte que – ainda que à míngua de toda a documentação suficiente apta a embasar a formação de um juízo de convicção que permita o oferecimento de uma denúncia criminal – o que indica, ao menos em linha de princípio, para a existência de indícios de materialidade e autoria do fato aqui imputado à requerente.

Mais do que isso, é de se anotar, *em segundo lugar*, que o contraditório plasmado nos autos da presente demanda acabou, em verdade, por desmentir as alegações sobre as quais a autora construiu a sua tese de nulidade do procedimento que culminou com a cassação da sua outorga administrativa para a exploração do segmento econômico de casa lotérica.

É de se anotar, nesse particular, que as alegações da parte promovente, em grande medida corroboradas pelo depoimento de *DANIEL DA CRUZ LOPES*, pessoa ouvida na condição de mero informante (por se tratar de marido de uma das sócias da pessoa jurídica – pessoa impedida de depor e com interesse presumido no desfecho da lide), não restaram confirmadas sob o pálio do contraditório estabelecido nos autos. Veja-se, no ponto, que a alegação desse informante no sentido de que os débitos imputados à lotérica seriam oriundos de administração

anterior do empreendimento foram clara e abertamente desmentidos pelo testemunho de *JOSÉ HENRIQUE PIOZZI DA SILVA*, servidor da requerida, e que teve contato com os fatos aqui aviventados – este ouvido sob compromisso da verdade, rechaçada a contradita proposta pela parte autora – no sentido de que os débitos atribuídos à empresa requerente se referiam, sim, a períodos de prestação de contas da administração atual do empreendimento. Esclarece mais essa testemunha, que, nas tratativas administrativas referentes às inconsistências constadas entre os valores declarados pela empresa e aqueles que foram efetivamente transferidos à *CEF*, essa alegação foi levantada pelos gestores atuais do empreendimento, ao que lhes foi esclarecido, naquele momento, que quaisquer débitos anteriores relativos à empresa são questões subjacentes ao negócio de aquisição, questão estritamente privada entre alienante e adquirente do fundo empresarial, até se trata de valoração que integra o preço da negociação. *Ou seja*: ainda que houvesse débitos decorrentes de administrações anteriores, essa questão jamais poderia – característica típica dos contratos administrativos de concessão de serviços – ser oposta à concedente, devendo ser liquidada diretamente entre alienante e adquirente no negócio jurídico, integrando o valor de eventuais dívidas da empresa ao preço da negociação.

Nesse ponto, decerto será ainda necessário aduzir que a empresa postulante – isto ela própria confessa através do depoimento do informante ouvido em juízo – efetuou um empréstimo para a quitação dessa dívida, o que implica, sem sombra de dúvida, situação de reconhecimento do débito que a ela foi imputado pela instituição concedente, tanto que procurou efetuar a rolagem da dívida, o que corrobora a posição adotada no sentido de que a empresa autora reconhece, para os efeitos jurídicos que disso decorrem, que as dívidas a ela imputadas estão mesmo sob sua responsabilidade.

Também não se susteve em juízo a versão de que as discrepâncias observadas entre os valores declarados pela autora e aqueles que efetivamente eram transferidos à entidade bancária seriam decorrentes de meras divergências operacionais ligadas ao transporte de valores. Em testemunho bastante seguro e contundente a respeito deste ponto, *JOSÉ HENRIQUE PIOZZI DA SILVA* esclarece que – embora essa circunstância tenha sido observada em algumas ocasiões –, o certo é que, no caso dos autos, essas divergências *foram levadas em consideração*, integraram o relato da conferência de contas relativas à empresa, e que, mesmo efetuadas as correções a tanto relativas, sobejava valor expressivo acerca do qual a autora não apresentou qualquer justificativa.

Nesse ponto, é de se observar que a parte autora jamais conseguiu comprovar, seja em juízo, seja na via administrativa – na linha, aliás, daquilo que essa mesma testemunha afirma – de forma circunstanciada e contábil, as tais discrepâncias de contas que a ela foram atribuídas pela ré. Nesse ponto, é sintomático que, em lide dessa natureza, essencialmente fulcrada em divergências quanto à prestação de contas de fluxo financeiro em empresas, a autora não tenha, sequer, requerido a confecção de uma prova pericial contábil, de molde a impugnar, de forma pontual e específica, como a ela competia (*art. 373, I do CPC*), as conclusões administrativas adotadas pela ré. Nesse ponto, aliás, veja-se que a cogitação constante da preambular no sentido de que a análise dos registros de imagem eventualmente colhidos junto à sede da empresa, seria o único meio de comprovar que os repasses devidos à *CEF* foram efetivamente realizados – prova que a requerente, ademais, na oportunidade da especificação de provas, não requereu – também não se prestaria à essa finalidade, na medida em que não há como extrair, da mera inspeção visual de imagens relativas à *entrega do dinheiro* a conclusão no sentido de haver, ou não, *discrepância de valores*.

De toda forma, a prova testemunhal colhida em contraditório, única requerida pelas partes para a comprovação de suas respectivas teses, também não foi capaz de agregar credi-

bilidade à posição desvelada pela parte autora, de sorte que não atendido o ônus probatório a ela atribuído de comprovação das alegações por ela formuladas.

Até porque, sabido que, em lide se devota à desconstituição de ato oficial perpetrado por entidade da administração indireta, como no caso, à míngua de prova robusta da existência de ilegalidade e/ ou arbitrariedade a atingir direito subjetivo do postulante, devem prevalecer as conclusões estipuladas pela autoridade administrativa competente, uma vez que decorrem de sindicância interna, estabelecida sob o crivo de um contraditório preliminar, e que não podem ser olvidadas pelo julgador, à míngua da demonstração cabal e incontestada da ilegalidade do ato sujeito ao *judicial review*. Nesse sentido, aliás, tem-se mostrado absolutamente indissociante a posição jurisprudencial dos Tribunais Federais do País, que reforçam este aspecto no que concerne aos lançamentos tributários. Nesse sentido, já se posicionou o *C. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ*, ao dispor que, *verbis*:

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO - FGTS - CORREÇÃO MONETÁRIA - EXPURGO INFLACIONÁRIO DE MARÇO/90 (84,32%) - VALIDADE DO EDITAL 04/90 COMO MEIO DE PROVA - FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO DO AUTOR - ART. 333, I DO CPC - DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL CONFIGURADO - ART 940 DO CC - SÚMULA 282/STF - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - SÚMULA 7/STJ.

“1. Aplico o teor da Súmula 282/STF no que se refere ao art. 940 do CC, por ausência de prequestionamento.

2. A CEF veiculou, no DOU de 19/04/90, Seção I, página 7.382, o Edital 04/90, através de qual foi determinado o creditamento nas contas vinculadas do FGTS o índice de 84,32% relativamente à correção monetária de março/90.

3. *Ato administrativo que goza da presunção juris tantum de veracidade, cabendo aos titulares das contas vinculadas, a teor do art. 333, I do CPC, o ônus de provar que, no seu caso específico, o referido índice não foi aplicado*, mediante apresentação de extrato emitido pelo banco depositário ou, pela CEF, após a centralização das contas. Havendo resistência, a prova pode ser exibida em juízo.

4. O fato de o STJ ter se posicionado no sentido de dispensar os titulares das contas da apresentação dos extratos quando do ajuizamento das demandas em nada interfere na situação dos autos, porque naquela hipótese era suficiente provar a titularidade no período cuja correção se reclama. Aqui, *diferentemente, questiona-se a aplicação de percentual definido em ato administrativo, que goza da presunção juris tantum de veracidade*.

5. Aplico o teor da Súmula 7/STJ no que se refere aos honorários advocatícios.

6. Recurso especial improvido” (g.n.).

[REsp - RECURSO ESPECIAL - 445727 2002.00.81598-1, ELIANA CALMON, STJ - SEGUNDA TURMA, DJ DATA:16/08/2004 PG:00184].

No mesmo sentido: Processo: AG 200805000281488 – AG - Agravo de Instrumento – 87779, Relator(a) : Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, Sigla do órgão : TRF5, Órgão julgador : Terceira Turma, Fonte : DJE - Data: 20/10/2010 - Página: 180, Decisão: UNÂNIME, Data da Decisão : 14/10/2010, Data da Publicação : 20/10/2010.

Bem por isso é que, em tema de relações regidas pelo Direito Público (Direito Administrativo *strictu sensu*), mostra-se irrita a pretensão de inversão do ônus da prova (art. 373, § 1º do CPC), competindo ao administrado o ônus da prova de suas alegações, situação que se amolda exatamente ao caso concreto na medida em que o evoluir da instrução processual não conseguiu demonstrar qualquer erro, ilegalidade ou arbitrariedade cometida pela ré a ensejar a sua correção pela via da actio.

É, deveras, *improcedente* a postulação formulada na ação.

DE RECONVENÇÃO. ESBULHO CONFIGURADO. REINTEGRAÇÃO DEVIDA.

E se é essa a conclusão com relação ao pleito deduzido na demanda principal, também não resta muita dúvida de que, nesse caso, o pleito reconvenicional deve ser *acolhido*.

Deveras, na linha daquilo que já se pontuava desde a decisão que denegou o pleito liminar pretendido pela reconvinida, o ato administrativo que embasou a decisão revocatória do negócio jurídico estabelecido entre as partes ora litigantes está fundamentado sobre motivos suficientemente claros e objetivos, devidamente esclarecidos à reconvinida, e constatados mediante procedimento apuratório oficial – interno à instituição financeira –, de forma a dar conta do ônus processual de fundo constitucional do *due process of law*, até porque foram amplamente corroborados no âmbito da instrução realizada no âmbito do presente feito.

Com efeito, ao fim da instrução probatória, se mostram ainda mais robustos os argumentos que sustentam a decisão administrativa aqui objurgada, o que se extrai da vasta documentação juntada a estes virtuais pela ré/ reconvinde, de sorte a confirmar o argumento que sustenta a validade do ato administrativo sub escrutínio.

Nesses termos, e não se havendo demonstrado, no curso do contraditório, serem falsas ou mal assentadas as premissas sobre as quais se erigiu a decisão administrativa aqui contestada, sobrevindo, antes, juntada de documentação farta que, ainda que indiciariamente, indica em sentido coerente com aquilo que ali restou decidido, a outra conclusão não se pode chegar senão a de que é devida a restituição dos bens, adornos e equipamentos cedidos à reconvinida por força do contrato de permissão para exploração da casa lotérica.

Com efeito, cediço que os bens cedidos pelo Poder Público – com ou sem a exigência de contraprestação pelo seu uso – ao particular o são em caráter *estritamente precário, revogável*, nem sequer induzindo posse *ad usucapionem* a justificar a sua retenção por parte do permissionário período de tempo superior àquele pelo qual durar o contrato. Nesse sentido, é torrencial a jurisprudência:

ADMINISTRATIVO. BENS PÚBLICOS. TERRENO DE MARINHA EM REGIME DE AFO-
RAMENTO. POSSIBILIDADE DE USUCAPIÃO ESPECIAL URBANA DO DOMÍNIO ÚTIL.

“- Compete à Justiça Federal, com jurisdição no foro da situação do imóvel, o processamento e julgamento de pedido de usucapião especial urbana de domínio útil relativo a terreno de marinha.

- *Os atos de mera permissão, tolerância ou ocupação consentida não induzem posse “ad usucapionem”, situação caracterizada quando há um acordo, expresso ou tácito, no sentido de que a propriedade do imóvel continuará com o seu dono.*

- Se o imóvel é destinado ao trabalhador, a “permanência consentida” é presumida durante o contrato de trabalho, por se tratar de espécie de contraprestação pelo labor despendido (salário “in natura”: fornecimento de moradia). *Cessado o contrato de trabalho, cessa a presunção da “permanência consentida”, salvo se por outro motivo consentir o proprietário.*

- Necessidade de produção de prova em audiência para se saber a que título se deu a permanência no imóvel, após a cessação do contrato de trabalho. Sentença que merece, por essa razão, ser anulada.

- Apelação do autor provida, para anular a sentença. Apelação da UNIÃO prejudicada, por versar apenas sobre a condenação do autor nas verbas da sucumbência” (g.n.).

[AC - Apelação Cível - 453876 2004.83.00.009444-9, Desembargadora Federal Nilcéa Maria Barbosa Maggi, TRF5 - Segunda Turma, DJE - Data: 19/04/2012 - Página: 451].

Em idêntico sentido:

PROCESSUAL CIVIL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. UFSCAR. OCUPAÇÃO IRREGULAR DE IMÓVEL DA UNIVERSIDADE. CONTRATO ADMINISTRATIVO DE CONCESSÃO DE USO. FALECIMENTO DO OCUPANTE (PAI DO APELANTE). ESBULHO CARACATERIZADO. RECURSO IMPROVIDO.

“1. Ação de Reintegração de Posse com pedido de liminar ajuizada pela Fundação Universidade Federal de São Carlos (UFSCar) contra Benedito Pinheiro dos Santos Filho objetivando a concessão de provimento jurisdicional para determinar a reintegração de posse da Autora com relação ao imóvel de número 14, situado à Rodovia Anhanguera Km 174, no Campus Universitário de Araras/SP. Sobreveio sentença de procedência da Ação de Reintegração de Posse quanto ao imóvel residencial n. 14, situado no Campus Universitário em Araras/SP, condenando o Réu ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, no valor de R\$ 200,00 (duzentos reais), nos termos do artigo 20, § 4º, do CPC/1973.

2. A Autora (UFSCar) afirmou na exordial que a maioria dos funcionários do extinto Instituto do Açúcar e do Alcool - IAA (Autarquia Federal) foram redistribuídos do quadro de pessoal da Universidade, entre eles o Sr. Benedito Pinheiro dos Santos, Pai de Benedito Pinheiro dos Santos Filho, ora Apelante. O extinto Instituto do Açúcar e do Alcool - IAA, Autarquia Federal, no dia 22/08/1989 firmou com Benedito Pinheiro dos Santos (atualmente falecido em 04/08/1996) Termo de Ocupação de Unidade Residencial com relação ao imóvel residencial, com 121,68 m2, inscrito no Cartório de Registro de Imóveis e Anexo de Araras/SP, situado na Via Anhanguera, Km 174, casa 14, Araras/SP, mediante o pagamento de um Taxa de Ocupação com desconto em folha de pagamento.

3. *A concessão do direito de habitação foi a título precário para a ocupação e uso do imóvel residencial n. 14, situado no Campus de Araras, destinado exclusivamente à moradia dos servidores em atividade. O Réu foi notificado extrajudicialmente para desocupar o imóvel, mas permanece no local até a presente data, configurando, portanto, o esbulho possessório, com fulcro nos artigos 1.228 e seguintes do Código Civil de 2002.*

3. A documentação trazida pela Autora, ora Apelada, serviu para a comprovação de que a permanência do Réu no imóvel “sub judice” é ilegal. A Cláusula Quinta do Termo de Ocupação de Unidade Residencial estabelece que: “Extingue-se o direito à utilização do imóvel, por parte do OCUPANTE, com a rescisão de pleno direito deste Instrumento, nas ocorrências seguintes: a) - exoneração; b) - demissão; c) - cessão, requisição e/ou transferência para outro Órgão; d) - aposentadoria; e) - falecimento. f) - descumprimento das normas regulamentares e de comportamento incompatível com as disciplina e bem-estar coletivo da comunidade do núcleo residencial; g) - remoção”.

4. No Cadastramento do Instituto do Açúcar e do Alcool - IAA, atualmente sucedido pela UFSCar, consta a informação de que o servidor público inativo, falecido aos 86 anos, era trabalhador do campo e exercia o cargo de Agente de Atividade Agropecuária, fl. 24, portanto, o ingressou do Réu, ora Apelante, na propriedade da Universidade para moradia configura esbulho possessório, porque o Apelante não mantém nenhum vínculo com a Apelada. Em virtude do falecimento do Sr. Benedito Pinheiro dos Santos no dia 04/08/1996 (Pai do Apelante), conforme demonstra a Certidão de Óbito de fl. 26, ocorreu a extinção do Termo de Ocupação de Unidade Residencial ou Termo de Permissão de Uso.

5. Da extinção do Termo de Permissão de Uso. Artigo 16 do Decreto 980/1993: “Cessa de pleno direito a permissão de uso de imóvel residencial, quando o seu ocupante: ... VI – falecer”. A UFSCar encaminhou notificação administrativa (processo administrativo n. 23112000671/2003-50) para o Réu desocupar o imóvel (fl. 35), mas houve recusa no seu recebimento. No depoimento prestado na Audiência realizada em 18/05/2005 o Réu declarou o seguinte: “O depoente alega que foi funcionário do IAA de 1953 a 1988, quando o Presidente Collor privatizou o Instituto. A partir de 1988 o depoente foi transferido para o Ministério

do Trabalho, que é o órgão que faz o pagamento de seus vencimentos, o mesmo nome que consta de seu demonstrativo de pagamento. O depoente é solteiro e sempre morou com o seu pai e mãe na colônia IAA. O pai também era funcionário do IAA e se aposentou pelo próprio Instituto, antes da transferência do imóvel e de suas instalações para a UFSCAR. Não tem contrato escrito de sessão com o IAA, pois esse contrato foi firmado pela pai. Continua morando na UFSCAR. Não é proprietário de imóvel nesta cidade”, fl. 222.

6. O próprio Apelante deixa claro em seu depoimento que ocupa o imóvel n. 14, sem autorização da Apelada, confirmando os fatos alegados na exordial. Não há como acolher as razões apresentadas pelo Apelante, porque o Contrato anterior de permissão de uso está extinto, porque a entrega do imóvel n. 14 Lote foi concedido originalmente ao outra pessoa, no caso o Pai do Apelante.

7. Do Contrato firmado pelas Partes. Percebe-se, claramente, que o Contrato é tipicamente administrativo, inconfundível com a Locação, que possui regime jurídico próprio. O Contrato de permissão constitui ato administrativo unilateral e discricionário no qual o Poder Público faculta ao particular o uso de bem público, a título precário, mediante o pagamento de taxa de ocupação. O Contrato celebrado entre as Partes não enseja a propositura da Ação de Despejo, porque o extinto IAA, atualmente sucedido pela UFSCar, permitiu, a título precário o uso do bem público descrito no aludido instrumento de contratação. Artigo 103 do CC/2002. Nesse sentido: TJSP; Apelação 0007003-98.2015.8.26.0642; Relator (a): Heraldo de Oliveira; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Privado; Foro de Ubatuba - 2ª Vara; Data do Julgamento: 19/04/2017; Data de Registro: 19/04/2017, TJSP; Apelação 9127728-27.2007.8.26.0000; Relator (a): Jurandir de Sousa Oliveira; Órgão Julgador: 18ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 4ª VC F Reg Lapa; Data do Julgamento: 01/12/2008; Data de Registro: 22/12/2008, TJSP; Apelação 1012175-97.2015.8.26.0320; Relator (a): Sandra Galhardo Esteves; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Privado; Foro de Limeira - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 16/08/2017; Data de Registro: 16/08/2017 e TJSP; Apelação 0002398-42.2013.8.26.0008; Relator (a): Helio Faria; Órgão Julgador: 18ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional VIII - Tatuapé - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 30/09/2015; Data de Registro: 06/10/2015.

8. *Caracterizado o esbulho possessório pela não devolução do imóvel após o envio da notificação extrajudicial.*

9. Apelação improvida” (g.n.).

[ApCiv 0007593-62.2003.4.03.6109, DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:21/11/2018].

No caso dos autos, como visto e demonstrado no curso da instrução processual, ficou satisfatoriamente demonstrada a retenção indevida dos bens cedidos à permissionária/ reconvinde, na medida em que, comprovada a notificação extrajudicial para a devolução dos bens a ela dirigida pela reconvinde (documento juntado sob id n. 24577787), a reconvinde *não* atendeu. Considerada a natureza jurídica da detenção a que ficam sujeitos os bens cedidos em permissão (*posse precária* ou *mera detenção*), a falta de atendimento à notificação para devolução dos mesmos, configura prática de esbulho possessório, o que autoriza a intervenção judicial para a correção da lesão ao direito da ré reconvinde.

Em face do que aqui se expôs, é imperativo que se atenda, na íntegra, o pedido formulado pela ré/ reconvinde, não apenas no que se refere à devolução dos equipamentos cedidos por força do contrato aqui em questão, e que estão relacionados na *Notificação Extrajudicial n. 11389 do 2º Registro de Títulos e Documentos da Comarca de Botucatu/ SP* (id n. 24577787), mas também no que tange ao pedido de descaracterização do prédio, que deve ser restituído ao seu estado anterior à instalação da lotérica, autorizada, a cargo da ré reconvinde, a remoção de quaisquer sinais, placas, dísticos ou signos de marca que permitam qualquer associação com

loja lotérica autorizada pela reconvinte. Cabe à autora/ reconvinda franquear à CEF o acesso ao imóvel para a retirada dos equipamentos.

DISPOSITIVO

Do exposto, e considerando o mais que dos autos consta:

[A] JULGO IMPROCEDENTES os pedidos deduzidos na ação principal, com resolução do mérito da lide, na forma do art. 487, I do CPC;

[B] JULGO PROCEDENTE a reconvenção, com resolução do mérito da lide, na forma do art. 487, I do CPC, mantida, em seus ulteriores termos, a decisão liminar ali decidida, registrada sob o id n. 25320042. Nessa conformidade, determino a restituição, em definitivo, à ré reconvinte (CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – CEF), dos equipamentos cedidos por força do contrato aqui em questão, e que estão relacionados na Notificação Extrajudicial n. 11389 do 2º Registro de Títulos e Documentos da Comarca de Botucatu/ SP (id n. 24577787), e, também, a descaracterização do prédio, que deve ser restituído ao seu estado anterior à instalação da lotérica, autorizada, a cargo da ré reconvinte, a remoção de quaisquer sinais, placas, dísticos ou signos de marca que permitam qualquer associação com loja lotérica autorizada pela reconvinte. Cabe à autora/ reconvinda franquear à CEF o acesso ao imóvel para a retirada dos equipamentos.

Sem condenação em custas e despesas processuais, tendo em vista o benefício da Assistência Judiciária. Arca a autora, vencida, com os honorários advocatícios, que, com base no que prescreve o art. 85, § 2º do CPC, estabeleço em 10% sobre o valor atualizado da causa à data da efetiva liquidação do débito. *Execução suspensa, na forma do que dispõe o art. 98, § 3º do CPC.*

P.I.

BOTUCATU, 14 de janeiro de 2022.

Juiz Federal MAURO SALLES FERREIRA LEITE

PROCEDIMENTO COMUM CÍVEL

5003637-55.2019.4.03.6120

Autores: ANTONIO FRANCISCO DE OLIVEIRA, ELIANA SOUZA BARBOSA DE OLIVEIRA

Ré: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE ARARAQUARA - SP

Juiz Federal: MÁRCIO CRISTIANO EBERT

Disponibilização da Sentença: DJEN 19/02/2021

SENTENÇA

I – RELATÓRIO

Trata-se de ação proposta por Antonio Francisco de Oliveira e Eliana Souza Barbosa contra a Caixa Econômica Federal, em que se busca a transferência de contrato habitacional, o ressarcimento de valores retirados de conta dos autores e a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais.

A inicial¹ narra que em 2014 os autores venderam um imóvel que possuíam em Iguaraçu do Tietê, com a intenção de adquirir outro em Araraquara. A venda da casa em Iguaraçu do Tietê se deu por meio de financiamento habitacional, cujos recursos seriam integralmente empregados para a aquisição do imóvel em Araraquara. Com a intermediação de uma corretora, os autores negociaram a aquisição de imóvel de propriedade de Walquíria Cristina Gimenez, irmã de André Luís Gimenez, que à época dos fatos era gerente de agência da Caixa — ainda de acordo com a inicial, na prática o imóvel pertencia a André, sendo que Walquíria apenas teria *emprestado* o nome para que o irmão financiasse a aquisição. Esse imóvel é objeto de financiamento com a Caixa, porém naquele momento não foi possível a transferência do contrato, já que tanto os adquirentes quanto a vendedora possuíam restrições de crédito.

Em razão desse obstáculo, os compradores e a vendedora firmaram um compromisso de promessa de compra e venda, estabelecendo que a partir dali as prestações do financiamento seriam pagas pelos adquirentes, e que os vendedores transfeririam a propriedade do imóvel tão logo a dívida com a Caixa fosse liquidada.

Na sequência, o autor Antonio se dirigiu à Caixa para encerrar a conta onde fora depositado o saldo referente à venda da casa em Iguaraçu do Tietê. Porém, para sua surpresa constatou que o dinheiro havia sido transferido para a conta da esposa de André Gimenez.

Desde então os autores vêm tentando a transferência do financiamento para o nome de Eliana, que por força de acordo de separação entre os demandantes ficou com o imóvel.

Requerem a condenação da Caixa à obrigação de transferir o financiamento para o nome de Eliana. Pedem também a condenação da ré à restituição em dobro dos R\$ 74 mil retirados da conta de Antonio, bem como o pagamento de indenização por danos morais, em valor não inferior a dez mil reais para cada demandante.

Em sua contestação² a requerida sustentou que o contrato que os autores pretendem transferir foi firmado por Walquíria Cristina Gimenez em fevereiro de 2011. Pelas regras da

¹ Num. 23653332.

² Num. 38980315.

alienação fiduciária e normativos da Caixa, a transferência do financiamento se processa pela liquidação do contrato e a celebração de outro, incidente sobre o mesmo imóvel. Para tanto, contudo, é necessário que as partes envolvidas no negócio não tenham restrição de crédito, bem como que o adquirente comprove capacidade financeira para assumir as prestações do financiamento.

A ré pondera que na prática os autores celebraram um contrato de gaveta, negócio que não contou com a participação da Caixa. Destacou que o ajuste incidiu sobre imóvel financiado, sendo que o contrato de financiamento expressamente veda a transferência do bem sem o consentimento do agente financeiro. Logo, a Caixa não está obrigada a transferir o contrato para o nome da atual ocupante do imóvel, embora não se oponha à regularização da situação fática, desde que a transferência do financiamento observe os normativos do banco.

Quanto à transferência dos valores, sustentou que a operação foi efetuada por determinação dos autores e que esses recursos serviram de entrada para a aquisição do imóvel que se pretende transferir para o nome dos demandantes.

Por fim, ponderou que os autores não demonstraram a prática de nenhum ato pela Caixa que justifique o pedido de indenização por danos morais.

Foi realizada audiência de instrução³, na qual foi colhido o depoimento pessoal dos autores e inquiridas quatro testemunhas.

As partes apresentaram alegações finais⁴.

É a síntese do necessário.

II - FUNDAMENTAÇÃO

Há três questões que devem ser enfrentadas nesta ação. A primeira é se a Caixa está obrigada a transferir o financiamento titulado por Walquíria Cristina Gimenez para o nome dos autores. A segunda é se os autores têm direito à restituição dos valores transferidos da conta do demandante Antonio Francisco de Oliveira para a conta de Mariana Gimenez e, caso acolhida a pretensão, se a devolução deve ser pelo valor simples ou em dobro. E a terceira questão consiste em definir se alguma das condutas da Caixa gerou abalo moral nos autores passível de indenização.

Tomo como ponto de partida para a análise dessas questões a prova colhida em audiência.

No depoimento pessoal os autores narraram que quando foram procurar um imóvel em Araraquara acionaram a corretora Célia, que já conheciam há vários anos. Foi Célia quem intermediou a venda da casa em Iguaraçu do Tietê e a aquisição do imóvel em Araraquara. A venda da casa em Iguaraçu do Tietê correu sem qualquer problema, inclusive para a celebração do financiamento. Já a aquisição do imóvel em Araraquara foi cercada de contratemplos. Para começar, os documentos exigidos para o financiamento do imóvel de Araraquara não foram os mesmos exigidos no negócio da casa de Iguaraçu do Tietê. A corretora dizia que o proprietário do imóvel era André Gimenez, mas nunca tiveram contato direto com ele. Posteriormente descobriram que o contrato estava em nome de Walquíria, irmã de André. Como Walquíria tinha restrições financeiras, a Caixa não permitiu a transferência do financiamento. André e a corretora sempre diziam “*estamos tentando, estamos tentando*”, mas a transferência nunca foi feita. O imóvel de Araraquara foi negociado por R\$ 170 mil, dos quais cento e vinte mil foram pagos com os recursos auferidos com a venda da casa em Iguaraçu do Tietê. Tudo foi intermediado pela corretora, sem

3 Num. 42475177, seguido dos arquivos de vídeo das oitivas.

4 Num. 43937086 dos autores e Num. 43935721 da ré.

a circulação de dinheiro pela mão dos autores. A autora Eliana mora na casa desde a assinatura do contrato de promessa de compra e venda. Desde então paga as prestações, cujos boletos vêm em nome de Walquíria. Quando da aquisição o saldo devedor do financiamento era de cerca de R\$ 50 mil. O valor transferido para a esposa de André estava compreendido na entrada do imóvel, mas a transferência se deu sem o conhecimento dos autores. Eliana confirmou que os R\$ 74 mil transferidos da conta de Antonio faziam parte da entrada de cento e vinte mil reais ajustada com André. Questionada então por que razão pedem a devolução em dobro desse dinheiro, Eliana disse que *“... é que se eles não resolverem a nossa situação, a gente compra outra casa. Porque do jeito que tá eu não tenho nenhuma documentação... eu não tenho uma procuração dessa casa, porque eles ficaram com medo de dar a procuração e a gente vender a casa. Mas eu não tenho intenção nenhuma de vender a casa”*. Afirmou que se sente desconfortável com a precariedade de sua situação, pois não tem garantias de que o imóvel será transferido para seu nome. Teme que em caso de morte o imóvel não seja transferido para seus herdeiros. Eliana nunca foi procurada por Walquíria para sair da casa. Sabe que após o ajuizamento desta ação André Gimenez contactou Antonio, dizendo que queria resolver a situação. Mas a própria Eliana orientou o marido a não responder, pois a questão já estava em juízo. Os autores preferem que o financiamento seja transferido para o nome de Eliana, mas não há problema em transferir para o nome de ambos. A renda mensal de Eliana gira entre três e quatro mil reais, de modo que não haveria dificuldade em assumir as prestações do financiamento em nome próprio. Todavia, ambos os autores admitiram possuir restrições de crédito. Em 2014 Eliana tinha restrições de crédito, mas colocou as dívidas em dia para viabilizar a venda do imóvel de Iguaçu do Tietê — essa manobra foi possível por meio de um empréstimo feito pela corretora Célia. Num primeiro momento Mariana, esposa de André, não queria entregar a chave do imóvel, pois a entrada ainda não havia sido paga integralmente. Os autores se mudaram para a casa em 14 de setembro de 2014. Antonio disse que abriu uma conta na Caixa em Américo Brasiliense por orientação de Mariana, que na época era noiva de André e correspondente bancária da Caixa, atuando na área de intermediação de financiamento imobiliário. Antonio não questionou por que seria melhor abrir a conta na agência de Américo Brasiliense. Só tomaram conhecimento de que o financiamento estava em nome de Walquíria depois que se mudaram, quando receberam uma correspondência apontando a existência de prestações em aberto. Antonio teve dificuldade para descobrir para onde foi transferido o saldo de R\$ 74 mil que estava em sua conta, já que o gerente Altair não quis informar o destinatário da transferência — Altair teria dito que *“não importa na mão de quem caiu o dinheiro... a casa foi vendida”*. Depois outro funcionário informou que o dinheiro foi transferido para a conta de Mariana. Isso causou estranheza a Antonio, já que durante toda negociação se dizia que o imóvel pertencia a André. Nas conversas com Célia nunca foi mencionado que o dinheiro seria transferido para a conta de Mariana.

A testemunha Célia disse que trabalha como corretora há 32 anos. Raramente representa clientes por meio de procuração, mas nesse caso tinha mandato outorgado pela mutuária de direito, Walquíria. Porém, os mutuários sempre souberam que na prática o imóvel pertencia a André. Confirmou que emprestou dinheiro para os autores colocarem o nome em dia e, assim, vender o imóvel em Iguaçu do Tietê. Disse que orientou os autores a abrirem conta na agência da Caixa em Américo Brasiliense, porque possuía conta lá e, por isso, tinha mais facilidade de acesso e relacionamento com a equipe daquela unidade. O plano era financiar a aquisição do imóvel de André, porém a titular do financiamento (Walquíria) tinha restrições que inviabilizavam a transferência do financiamento. Posteriormente o autor Antonio teve restrições que também impediam a transferência do financiamento. Os autores tomaram posse da casa com base na confiança de que seguiriam pagando o saldo devedor do financiamento.

Ainda faltava um pouco da entrada, mas a depoente postergou o pagamento de sua comissão para facilitar o negócio e convenceu Andre e Mariana a entregarem as chaves antes mesmo da integralização da entrada. Fez isso para ajudar Eliana. Nunca fez nenhuma operação relacionada a esse negócio sem a participação de Eliana, que inclusive acompanhou a depoente quando trataram com o gerente da Caixa de Américo Brasiliense a transferência dos valores da conta de Antonio. Ficou combinado que assim que a Caixa depositasse o dinheiro ele seria transferido para Mariana — “... *não tinha nem como não transferir, é justo e honesto que fizessem a transferência... eles [André e Mariana] confiaram nisso para deixar entrarem antes*”. Já conhecia André antes desse negócio, em razão de seu relacionamento com a Caixa. O imóvel vai ser transferido depois que o saldo devedor for liquidado e a comissão da depoente for paga.

O depoente Altair é funcionário da Caixa, lotado na agência de Américo Brasiliense. Lembra que quando da primeira tentativa de transferência do financiamento o processo foi bloqueado por restrições de crédito de algum dos envolvidos. Quem cuidou desse processo foi o gerente Nalon. Quanto à transferência dos valores, explicou que essa operação pode ser feita na boca do caixa ou diretamente pelo gerente. A transferência entre contas da Caixa (hipótese dos autos) se dá por meio de operação chamada TEF. Lembra que posteriormente, por volta de 2016, Eliana e Antonio o procuraram para saber o destino do dinheiro transferido, informação que foi prestada. Não sendo caso de conta conjunta, a movimentação só pode ser feita pelo titular ou por terceiro munido de procuração.

A testemunha Mariana participou das tratativas da venda da casa. Ficou acertado que os compradores dariam uma entrada e assumiriam o saldo devedor do financiamento atual do imóvel. Como não foi possível a transferência do financiamento, ficou acertado que Eliana e Antonio assumiriam as parcelas em nome de Walquíria, ajuste celebrado por meio de contrato de gaveta. Uma vez liquidado o financiamento, o imóvel será transferido para Eliana e Antonio. O casal também precisa acertar a comissão da corretora. O financiamento não foi transferido em razão de restrições ao crédito por parte de Eliana e Antonio.

A testemunha Walquíria disse que embora o contrato de financiamento estivesse em seu nome, na prática o imóvel pertencia a André. É por isso que os valores depositados na conta de Antonio foram transferidos para Mariana, esposa de André. Tentaram transferir o financiamento para o nome dos autores, mas tanto a depoente quanto Eliana e Antonio tinham restrições ao crédito que impediam a operação. Conforme ajustado entre as partes, liquidado o saldo devedor o imóvel será transferido aos compradores.

Pois bem. A conjugação da prova oral com os documentos anexados aos autos permite uma adequada compreensão da cadeia de fatos. E o que aconteceu foi o seguinte.

Os autores, com a intermediação da corretora Célia, ajustaram com André Gimenez a aquisição de um imóvel da propriedade deste, mas que formalmente estava em nome de Walquíria Gimenez, irmã de André. O preço ajustado foi de R\$ 170 mil, que seriam pagos da seguinte forma: parte à vista, com recursos levantados com a venda de imóvel dos autores em Iguaçu do Tietê e o restante por meio da assunção do financiamento em nome de Walquíria. O plano inicial era transferir o financiamento do nome de Walquíria para o dos autores, mas os três envolvidos no negócio estavam com restrições ao crédito que inviabilizaram essa operação. A alternativa foi ajustar um contrato particular de promessa de compra e venda (contrato de gaveta) por meio do qual a vendedora se comprometeu a transferir a propriedade do imóvel após a quitação do saldo devedor do financiamento, cujas prestações passariam a ser pagas pelos adquirentes — na prática, quem vem pagando o financiamento é Eliana, conforme ajustado entre o casal por ocasião da separação.

Os autores se mudaram para o imóvel em 2014, antes mesmo da liquidação do valor ajustado para a entrada, que acabou sendo pago conforme o combinado. E desde então as partes envolvidas vêm cumprindo as obrigações assumidas, ou seja, os adquirentes estão pagando as prestações e os vendedores não estão perturbando a posse de Eliana. Resta saber se com a quitação do saldo devedor os vendedores honrarão o compromisso de transferir o imóvel para os compradores. A julgar pelo depoimento das testemunhas Walquíria e Mariana, não há motivo para os autores temerem problemas. No entanto, a marca registrada do contrato de gaveta é imprevisibilidade, de modo que só o futuro vai dizer se o combinado será cumprido.

O contrato de gaveta é um bom exemplo da aplicação do folclórico jeitinho brasileiro ao campo dos negócios imobiliários. Os contratos de financiamento possuem cláusulas que vedam a transferência sem anuência do agente financeiro, mas isso nunca impediu a negociação de imóveis financiados por meio de combinados apenas entre adquirente e vendedor. Porém, como todo negócio celebrado sob o signo do improviso e ao largo das regras estritas, o contrato de gaveta é cercado de riscos, abre ensejo para mil e um embaraços que, quando não impedem a realização do objeto do contrato, podem tornar tudo muito mais difícil — por exemplo, se o vendedor falecer, o imóvel é inventariado; se contrai dívidas, pode ser objeto de penhora; se for muito malandro, pode vender o bem a outro incauto e por aí vai. A pessoa que financia um imóvel tem a garantia de que quando da quitação do saldo devedor o banco irá levantar o gravame da matrícula e *voilà!*: o mutuário se converte em dono de fato e de direito. Já para o gaveteiro a liquidação do saldo devedor é apenas uma fase que antecede a transferência da propriedade para seu nome, que não raras vezes só se resolve na justiça, com prognóstico sempre cercado de incertezas.

Justamente por não contar com a intervenção do agente financeiro, o contrato de gaveta não gera obrigações em relação ao financiador do crédito imobiliário. Logo, ainda que comprovada a aquisição do imóvel pelos autores, a Caixa não pode ser compelida a transferir o financiamento para o nome dos adquirentes.

Bem pensadas as coisas, a Caixa não se opõe à transferência do financiamento, que na prática se processa por meio de um novo contrato, no valor do saldo devedor da obrigação a ser liquidada. Porém, como não poderia deixar de ser, o banco exige que a operação seja efetuada segundo seus normativos, que por sua vez não veiculam condições exóticas ou excessivamente onerosas para as partes. As duas condições básicas para a transferência do financiamento são (i) que as partes envolvidas no negócio não tenham restrições de crédito e (ii) que os novos mutuários tenham renda suficiente para assumir as prestações. Ocorre que tanto a atual mutuária quanto os autores possuem restrições ao crédito, situação que impede a transferência do financiamento.

Por conseguinte, o pedido de condenação da Caixa à obrigação de fazer, consistente na transferência do contrato, deve ser rejeitado.

Melhor sorte não assiste aos autores quanto à pretensão de restituição dos valores transferidos da conta do demandante Antonio, em 23 de outubro de 2014.

Conforme se extrai dos comprovantes de transferência⁵[5] apresentados pela Caixa, em 22 de outubro de 2014 foi creditado na conta do autor Antonio R\$ 73.263,91. No dia seguinte esse montante foi transferido para conta de Mariana Gimenez, esposa de André Gimenez.

5 Num. 29559061 e Num. 29559063.

A inicial articula que o dinheiro foi transferido da conta de Antonio “... *sem o seu consentimento ou ciência*”, mas hoje se sabe que a história não é bem assim. A prova produzida na audiência, em especial no depoimento dos autores, não deixa dúvida de que os valores transferidos faziam parte do negócio ajustado entre vendedores e compradores. Esse montante foi levantado com a venda do imóvel dos autores em Iguaçu do Tietê e compunha parte da entrada ajustada para a compra da casa em Araraquara, que na prática pertencia a André Gimenez. Diante desse contexto, não causa estranheza que os valores tenham sido transferidos para a conta da esposa do proprietário, da mesma forma que não haveria problema se os recursos fossem transferidos para a conta de André, de Walquíria ou de terceiro indicado pelos vendedores.

Assentado que os valores foram utilizados para a entrada conforme ajustado entre as partes do negócio, é de se presumir que o gerente da Caixa que viabilizou a transferência não agiu por iniciativa própria, mas sim seguindo as determinações dos adquirentes. Considerando que toda movimentação bancária deixa registro, não é razoável supor que um funcionário da Caixa autorizaria a movimentação de mais de setenta mil reais sem ter a certeza de que estava fazendo o certo, segundo os interesses do cliente da conta de onde os valores foram transferidos.

A própria dinâmica dos fatos corrobora a regularidade da operação, uma vez que os autores procuraram a Caixa em busca do recibo dois anos depois da transferência e só ajuizaram a ação pedido o ressarcimento cinco anos após o fato. Aguardar dois anos para apurar onde foram parar mais de setenta mil reais não é a conduta esperada de quem se diz ter sido surpreendido com a transferência.

Em suma, não há prova de que a transferência se deu de forma irregular, de modo que os autores não têm direito à devolução do numerário, muito menos em dobro.

Não obstante a rejeição, cabe abrir um parêntesis para registrar que em certa medida o pedido de devolução dos valores transferidos causa perplexidade, sobretudo porque alinhado em cumulação própria simples com a pretensão de transferir o financiamento de Walquíria para o nome dos autores. Se esses pedidos fossem acolhidos tal qual formulados, a casa adquirida por R\$ 170 mil acabaria saindo por R\$ 22 mil, já que os autores embolsariam quase cento e cinquenta mil em razão da alegada transferência indevida. Tal disparidade evidencia que os pedidos só fariam sentido se formulados em cumulação imprópria alternativa.

Por fim, tendo em vista o não acolhimento dos pedidos de transferência do financiamento e de restituição dos valores transferidos, tenho por prejudicado o pedido de condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais. Com efeito, a rejeição dessas pretensões afasta a ocorrência de ato ilícito praticado pela Caixa Econômica Federal, assim como de dano atribuível a essa conduta, o que prejudica a análise do nexo de causalidade. Da mesma forma que não é possível uma ponte ligando nada a coisa alguma, não se admite nexo causal entre elementos inexistentes.

III — DISPOSITIVO

Diante do exposto, julgo *IMPROCEDENTE O PEDIDO*, extinguindo o feito com resolução de méritos, nos termos do art. 487, inciso I do Código de Processo Civil.

Condeno os autores ao pagamento das custas e de honorários à Caixa, que fixo em 10% do valor atualizado da causa. Todavia, fica suspensa a exigibilidade das verbas de sucumbência enquanto persistirem as condições que justificaram a concessão da assistência judiciária gratuita.

Caso interposto recurso, abra-se vista à contraparte. Apresentadas contrarrazões ou decorrido o prazo sem manifestação, encaminhem-se os autos ao TRF da 3ª Região.

Transitado em julgado, intimem-se as partes a requerer o que de direito (art. 513 c/c art. 534, CPC), no prazo de 15 dias. No silêncio, arquivem-se os autos.

Publique-se. Intimem-se.

ARARAQUARA, 4 de fevereiro de 2021.

Juiz Federal MARCIO CRISTIANO EBERT

PROCEDIMENTO COMUM CÍVEL

5000583-72.2020.4.03.6144

Autora: MARIA DO CARMO DE CASTRO DELFINO
 Réu: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
 Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE BARUERI - SP
 Juíza Federal: MARILAINÉ ALMEIDA SANTOS
 Disponibilização da Sentença: DJEN 09/04/2021

SENTENÇA

Vistos etc.

Trata-se de ação proposta por MARIA DO CARMO DE CASTRO DELFINO, em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL (INSS), tendo por objeto a revisão de aposentadoria por invalidez NB 602175680-4, mediante cômputo do período de *02.01.2001 a 10.01.2010*, alegadamente laborado pelo ex-segurado Sebastião Delfino Filho, junto à empresa ANTONIO FRANCISCO BESERRA CENTRO – ME, com reconhecimento em ação reclamatória trabalhista de autos n. 1000403-34.2015.5.02.0231, que tramitou perante a Vara do Trabalho de Carapicuíba-SP. Requereu a inclusão, no período básico de cálculo daquele benefício, dos salários-de-contribuição relativos ao interstício reconhecido, com reflexos na renda mensal de pensão por morte NB. 188.708.907-9. Pugnou, ainda, pelo pagamento das diferenças vencidas, acrescidas de juros moratórios e de correção monetária.

Atribuiu à causa o montante de R\$ 263.107,33 (duzentos e sessenta e três mil, cento e sete reais e trinta e três centavos).

Com a petição inicial, juntou procuração e documentos.

Despacho deferiu a gratuidade de justiça e determinou a citação da parte requerida.

O INSS apresentou contestação.

Ato ordinatório intimou a parte autora para réplica.

A parte requerente ofertou réplica à contestação.

Ambas as partes foram intimadas para a especificação de outras provas.

A Autarquia Federal requereu a expedição de ofício aos empregadores, no período de 2001 a 2010, para informar os períodos e a carga horária laborada pelo Sr. Sebastião Delfino Filho.

A parte autora informou não ter outras provas a produzir.

Despacho determinou a realização de audiência de instrução, indicando, como testemunha do Juízo, o representante legal do alegado empregador ANTONIO FRANCISCO BESERRA CENTRO – ME.

As partes informaram sua anuência com a realização de audiência telepresencial. A parte autora arrolou a sobredita testemunha.

Despacho designou data de audiência virtual de instrução.

Em razão de feriado legal, foi redesignada a audiência.

Ato ordinatório orientou as partes sobre o procedimento de audiência telepresencial.

Audiência de instrução virtual realizada conforme termo anexado aos autos.

RELATADOS. DECIDO.

A parte autora relata nos autos que foi cônjuge do Sr. *Sebastião Delfino Filho* e que o mesmo teria laborado, como contador empregado, no interstício de *02.01.2001 a 10.01.2010*, na empresa *ANTONIO FRANCISCO BESERRA CENTRO – ME*.

O Sr. *Sebastião Delfino Filho* percebeu benefício de auxílio-doença com DIB em *19.09.2012*, conforme documento de ID 28381764 - Pág. 1. Tal benefício foi transmutado em aposentadoria por invalidez *NB 602175680-4 (DIB 14.06.2013)*, ID 28381765 - Pág. 1.

O ex-segurado ajuizou ação reclamatória trabalhista, em *26.03.2015*, para obter o reconhecimento do suposto contrato de trabalho no interstício de *02.01.2001 a 10.01.2010*, em face da empresa *ANTONIO FRANCISCO BESERRA CENTRO – ME* – ID 28381767 - Pág. 20.

Pelo que consta, a parte autora não anexou, na ação reclamatória trabalhista, início de prova material do vínculo alegado.

Em contestação (ID 28381773 - Pág. 14-18), o reclamado impugnou o vínculo trabalhista, sustentando genericamente:

“A única vinculação existente, repita-se, foi comercial, de tal sorte que a prestação de serviço ocorreu de forma esporádica e independentemente de qualquer subordinação ou dependência econômica, que pudesse caracterizar relação de emprego. O Reclamante prestou serviços para a Reclamada em períodos alternados e espaçados, ocasião em que a Reclamante encerrou, por vontade própria, o exercício de suas atividades.”

Conforme ata de ID 28381773 - Pág. 19, em audiência de instrução naquele feito, realizada na data de *28.05.2015*, a preposta do reclamado, *Terezinha Ramalho*, teria confessado o vínculo laboral, afirmando:

“Que ao que sabe o reclamante foi funcionário da reclamada; que a depoente ano conhece o reclamante; que ao que sabe o autor foi funcionário de 2001 a 2010; que o autor era contador; que não sabe ao certo o salário do autor, informando que ultimamente ele recebia em torno de R\$ 4.000,00/5.000,00 mensais. Nada mais”.

A única testemunha inquirida naquela reclamatória, *ADRIANA SANTOS MOREIRA DE MOURA*, conforme ID 28381773 - Pág. 19-20, confirmou o labor do ex-segurado, nestes termos:

“Que fez bicos na reclamada de 2002 a 2007, atuando na parte de vendas; que não faz ideia de quanto o autor auferia; que laborava diariamente nos meses de novembro e dezembro de cada ano; que nesse períodos via o reclamante trabalhando diariamente e que ele ficava numa sala; que o autor era contador e não sabe o que fazia especificamente. Nada mais”.

A r. sentença, proferida em *01.06.2015*, na reclamatória trabalhista, com base na confissão da preposta e na prova testemunhal produzida, reconheceu o vínculo pleiteado e determinou a sua anotação em Carteira de Trabalho e Previdência Social do reclamante – ID 28381768 - Pág. 1-3. Como não houve requerimento na petição inicial, a sentença não condenou o reclamado ao pagamento de verbas rescisórias e ao recolhimento de contribuições previdenciárias.

O reclamado não interpôs recurso em face daquela sentença, que transitou em julgado na data de *16.06.2015*, conforme certidão de ID 28381767 - Pág. 19.

Em razão da decisão trabalhista, o ex-segurado protocolizou pedido administrativo de revisão de aposentadoria em 27.06.2016 – ID 28381767 - Pág. 1. Reiterou o pedido de revisão em 27.03.2018 – ID 28381770 - Pág. 2.

O ex-segurado faleceu em 29.05.2018, a teor da certidão de óbito colacionada aos autos.

No feito sob apreciação, a parte autora sustenta que o ex-segurado percebia os seguintes salários mensais junto à empresa *ANTONIO FRANCISCO BESERRA CENTRO – ME*:

Ano de 2001: R\$1.850,00;

2002: R\$2.125,00;

2003: R\$2.314,00;

2004: R\$2.570,00;

2005: R\$2.890,00;

2006: R\$3.054,00;

2007: R\$3.231,00;

2008: R\$3.850,00;

2009: R\$4.231,00;

2010: R\$ 4.620,00.

A parte requerente não juntou início de prova material do aventado contrato de trabalho e dos salários supostamente pagos.

O extrato do Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS) de ID 28381771 - Pág. 1-16, demonstra que, no mesmo período do alegado contrato de trabalho, o ex-segurado mantinha recolhimentos como contribuinte individual, à base de um salário mínimo, nas competências:

01/03/2001 a 30/06/2001

01/10/2001 a 31/03/2002

01/06/2002 a 30/06/2002

01/10/2002 a 31/10/2002

01/12/2002 a 31/03/2003

01/05/2003 a 31/07/2003

01/10/2003 a 31/10/2003

01/02/2004 a 31/05/2004

01/08/2004 a 31/10/2004

01/01/2005 a 31/01/2005

01/09/2006 a 31/10/2006

01/03/2007 a 30/04/2007

01/07/2007 a 30/11/2007

01/04/2008 a 30/04/2008

01/10/2009 a 31/10/2009 (*DELFINO ESCRITORIO CONTABIL – SOCIEDADE SIMPLES LTDA.*)

01/12/2009 a 31/12/2009 (*DELFINO ESCRITORIO CONTABIL – SOCIEDADE SIMPLES LTDA.*)

01/07/2010 a 30/09/2012 (*DELFINO ESCRITORIO CONTABIL – SOCIEDADE SIMPLES LTDA.*)

Extrato de pesquisa anexo demonstra que o escritório *DELFINO ESCRITORIO CONTABIL – SOCIEDADE SIMPLES LTDA.* – CNPJ 02.108.830/0001-62 possuía o Sr. Sebastião Delfino Filho no seu quadro societário, tendo data de abertura em 11.09.1997. Ou seja, o falecido exercia, ao tempo do período invocado como contrato de trabalho neste feito, atividade autônoma de contador.

O extrato do CNIS revela, ainda, que consta para o ex-segurado, no interregno alegadamente laborado na empresa *ANTONIO FRANCISCO BESERRA CENTRO – ME*, períodos de concomitantes vínculos empregatícios:

03/11/2003 a 22/03/2007 (UNIC ORGANIZACAO LTDA) – empresa de propriedade de sua cônjuge, a parte autora, *MARIA DO CARMO DE CASTRO DELFINO* – Salários de R\$ 616,00 a R\$ 1.764,00;

01/12/2006 a 09/2011 (JOAO VALENTIM RAMOS BARUERI) – Salários de R\$ 1.000,00 a R\$ 2.876,70;

01/05/2008 a 09/2012 (DELFINO & FERNANDES PAPELARIA LTDA) – de propriedade do filho da autora e do ex-segurado – *IURES DE CASTRO DELFINO* – Salários de R\$ 1.000,00 a R\$ 1.300,00;

04/01/2010 a 08/2010 (CARLA KEITE CALSOLARI DE OLIVEIRA) – Salários de R\$ 31,13 a R\$ 937,48.

Os valores salariais dos vínculos laborais do ex-segurado formalizados junto à Previdência Social são bem inferiores aos alegados pela parte autora nesta ação, considerando-se os exercícios de pagamento.

Em seu depoimento pessoal, a parte autora afirmou que o Sr. Sebastião era contador, e, de 2001 a 2010, ele trabalhou como prestador de serviços para várias empresas, dentre as quais a Fernandes Delfino. Disse não se recordar sobre as demais empresas nas quais ele trabalhou. Admitiu que o Sr. Sebastião era prestador de serviços autônomo, porém, em várias empresas, ele era registrado, e, em outras, não. Não sabe em quantas empresas ele trabalhava, cerca de quatro a cinco empresas. Relatou que o falecido trabalhou para a empresa Antonio Francisco Beserra Centro ME, sendo que, nesta, trabalhou mais tempo, de 2001 a 2010. Referiu que o Sr. Sebastião foi autônomo em tal empresa durante 9 anos, onde trabalhava três vezes por semana, durante quatro horas por dia, na parte da tarde. Narrou que o Sr. Sebastião recebia ordens do Sr. Antonio Beserra, o qual era o patrão, que dava as ordens. Informou que o falecido percebia pagamento mensal, que o Sr. Antonio pagava muito bem, sendo o último pagamento em mais de R\$ 4.000,00. Afirmou que o Sr. Sebastião não trabalhava em escritório próprio; que ele não possuía escritório em nome dele. Confirmou que o Sr. Sebastião trabalhou na empresa UNIC ORGANIZACAO LTDA., de 03/11/2003 a 22/03/2007, não se recordando da carga horária. Relatou que, em tal empresa, o *de cujus* trabalhava de dois a três dias por semana, até em dias de domingo. Não se lembra do nome do proprietário. Disse a depoente que não é proprietária dessa empresa. Mencionou que, pelo que sabe, não consta seu nome no quadro societário desta empresa. Que, às vezes, o falecido colocava o nome da depoente nas “coisas” e esta não ficava sabendo. Confirmou que o ex-segurado trabalhou na empresa JOAO VALENTIM RAMOS BARUERI, de 01/12/2006 a 09/2011, na parte da manhã, duas ou três vezes por semana. Acrescentou que o Sr. Sebastião alternava os dias nas empresas. Confirmou que o ex-segurado também trabalhou, de 01/05/2008 a 09/2012, na DELFINO & FERNANDES PAPELARIA LTDA, de propriedade de Iures de Castro Delfino, filho do falecido e da autora, onde o Sr. Sebastião trabalhava integral às vezes, e, em outros dias não, duas ou três vezes por semana. Disse não se recordar se, no período de 04/01/2010 a 01/02/2010, o Sr. Sebastião

trabalhou para CARLA KEITE CALSOLARI DE OLIVEIRA. Afirmou não se lembrar se o Sr. Sebastião figurou no quadro societário da empresa DELFINO ESCRITORIO CONTABIL – SOCIEDADE SIMPLES LTDA., de 2009 a 2012. Relatou que conhece TEREZINHA RAMALHO da audiência trabalhista na qual ela esteve presente, não sabendo se ela trabalhou para o Sr. Sebastião. Disse lembrar que ela foi testemunha do Sr. Antonio Beserra na ação trabalhista. Relatou que conhece ADRIANA SANTOS MOREIRA DE MOURA da audiência na Justiça do Trabalho. Admitiu que Adriana trabalhou na empresa do filho da autora, Iures, e que a mesma já trabalhava com o filho da autora por ocasião daquela audiência. Afirmou não conhecer a empresa ICD Assessoria e Eventos EIRELI, não sabendo se seu filho Iures de Castro Delfino figura no quadro societário da mesma. Disse que o filho Iures é contador, tem empresa própria, denominada Delfino Contabilidade. Admitiu que o Sr. Sebastião também era dono da Delfino Contabilidade. Disse que TEREZINHA RAMALHO e ADRIANA SANTOS MOREIRA DE MOURA não têm relação com os membros do grupo familiar da parte autora. Acrescentou que Adriana é secretária do filho da autora. Reiterou que, ao que sabe, a requerente não é sócia da UNIC ORGANIZACAO LTDA., e, se o finado marido colocou o seu nome na empresa, não tem conhecimento. Disse que, pelo que sabe, o Sr. Sebastião não colocou o nome da autora em empresa sem que ela soubesse. Admitiu que assinou documento para abertura de empresa, mas não se lembra mais qual era. Acresceu que o Sr. Sebastião trabalhava sozinho, não contratava ninguém para trabalhar com ele. Referiu que o único escritório que o Sr. Sebastião tinha, na época, era a Contabilidade Delfino, do qual o filho é sócio, situado em Carapicuíba. Mencionou que o Sr. Sebastião trabalhava nas empresas também. Disse que ele fazia serviços no escritório próprio aos finais de semana e trabalhava nas empresas em outros dias.

Vê-se claramente que o depoimento da parte autora foi evasivo e incoerente. Ora disse que o falecido marido, Sr. Sebastião, trabalhava como autônomo na empresa Antonio Francisco Beserra Centro ME, ora sugeriu vínculo empregatício. Mencionou que o Sr. Sebastião não possuía escritório próprio de contabilidade, mas, ao depois, admitiu que o mesmo era sócio do escritório Contabilidade Delfino, juntamente com seu filho. Relatou ter conhecido ADRIANA SANTOS MOREIRA DE MOURA em audiência na Justiça do Trabalho, e, adiante, confessou que tal testemunha já trabalhava com o filho da autora naquela ocasião. Cabe destacar que a autora disse desconhecer se o Sr. Sebastião trabalhou para CARLA KEITE CALSOLARI DE OLIVEIRA, no interregno de 04/01/2010 a 01/02/2010, no entanto, conforme extrato do CNIS da autora, a mesma também trabalhou para tal empregadora de 04/01/2010 a 08/2010. Ainda, afirmou que o Sr. Sebastião trabalhava sozinho no escritório, no entanto, o extrato anexo do CNIS atesta que TEREZINHA RAMALHO, de 01/12/2011 a 30/12/2015, foi funcionária do DELFINO ESCRITORIO CONTABIL – SOCIEDADE SIMPLES LTDA., do qual era sócio o Sr. Sebastião Delfino Filho. Por fim, confirmou que o ex-segurado laborou na empresa UNIC ORGANIZACAO LTDA., mas disse desconhecer que a própria autora figura no quadro societário de tal pessoa jurídica.

Por sua vez, a testemunha do Juízo e da parte autora, ANTONIO FRANCISCO BESERRA, disse que conheceu o Sr. Sebastião Delfino Filho no final do ano 2000, quando estava precisando de alguém que o auxiliasse nos negócios, um contador. Afirmou que entrevistou o Sr. Sebastião, e, no início de 2001, ele começou a trabalhar com a testemunha, na empresa deste, Antonio Francisco Beserra Centro ME. Informou que a empresa ANTONIO FRANCISCO BESERRA CENTRO – ME atua no ramo de comércio de vestuário em geral. Disse que não se recorda do capital social da empresa, indicado nos atos constitutivos há 20 anos. Acrescentou que o capital social atual, com estoque, é de R\$ 200.000,00. Disse não se recordar da movimentação financeira mensal da empresa no ano de 2009, necessitando verificar.

Respondeu que, depois da saída do Sr. Sebastião, contratou escritório para prestar esse serviço de folha de pagamento, recursos humanos e apuração de impostos, pagando a tal escritório valor mensal de R\$ 2.400,00. Acrescentou que a própria testemunha passou a cuidar da parte administrativa da empresa. Mencionou que a empresa, no período de 2001 a 2010, contava com uma média de 08 colaboradores, sendo que, o início, a maioria trabalhava sem vínculo empregatício, sem registro. Afirmou que, em 2009, não se lembra quantos empregados tinham carteira assinada. Informou que o Sr. Sebastião era contador, ajudava no controle de estoque, formação de preços, contratação, dispensa de pessoal e apuração de impostos. Respondeu que o Sr. Sebastião trabalhou para a sua empresa sem vínculo empregatício, três vezes por semana, sendo quatro horas diárias, mas que ele estendia, ficava a semana toda, de segunda a sexta, somente em datas comemorativas, como dias dos pais e das mães. Relatou que o Sr. Sebastião foi contratado sem vínculo empregatício, como tinham combinado, três vezes por semana, durante quatro horas diárias. Reportou que o Sr. Sebastião tinha autonomia para trabalhar. Disse que o falecido percebia pagamento mensal, que, no início, era cerca de R\$ 1.800,00 a R\$ 2.000,00, depois corrigiu anualmente, sendo negociados os valores. Afirmou que, em 2009, o Sr. Sebastião recebia R\$ 4.000,00 ou R\$ 4.200,00. Respondeu que, há mais de 10 anos, pagava mais caro porque o Sr. Sebastião fazia a parte administrativa, porém, hoje, a testemunha estudou e passou a fazer tal trabalho, então paga por serviços mais simples de escritório contábil. Afirmou que não possui recibos, ficha de empregado ou comprovantes de transferências bancárias referentes aos pagamentos salariais do Sr. Sebastião. Respondeu que o pagava em espécie. Acresceu que, atualmente, os pagamentos são feitos pelos seus clientes em cartão de crédito e que precisaria checar os documentos de 2009 para saber o montante da época percebido em dinheiro. Disse que não descontava a contribuição previdenciária do valor pago pelos serviços do Sr. Sebastião porque ele não possuía vínculo empregatício com a empresa da testemunha. Afirmou que combinou com o Sr. Sebastião para ele trabalhar na sua empresa, e, por acordo, ficou de trabalhar dessa maneira naquele período, pois o mesmo trabalhava para outras empresas concomitantemente. Respondeu que não recolheu as contribuições previdenciárias do Sr. Sebastião porque não se tratava de vínculo empregatício. Disse não ter conhecimento se o Sr. Sebastião também trabalhava como contador autônomo, nem se possuía escritório próprio de contabilidade. Afirmou desconhecer se o Sr. Sebastião trabalhava para UNIC ORGANIZACAO LTDA., JOAO VALENTIM RAMOS BARUERI, DELFINO & FERNANDES PAPELARIA LTDA e CARLA KEITE CALSOLARI DE OLIVEIRA, concomitantemente. A testemunha confirmou que trabalhou na empresa SWIFT ARMOUR S/A INDUSTRIA E COMERCIO, no entanto, disse não saber se Sebastião trabalhou, contemporaneamente. Admitiu que sua empresa já respondeu a outras reclamações trabalhistas, não se recordando quantas. Confirmou o teor da contestação da reclamatória trabalhista, na qual impugnou o vínculo. Disse que o Sr. Sebastião deixou de trabalhar para sua empresa visando cuidar da saúde dele, porque não estava se sentindo bem. Relatou que TEREZINHA RAMALHO prestou serviços à empresa da testemunha, sendo supervisora líder, sem carteira assinada, de 2009 a 2014/2015. Respondeu que indicou TEREZINHA RAMALHO como preposta para a audiência trabalhista ajuizada pelo Sr. Sebastião porque ela era líder e responsável, e, naquela ocasião, ela acrescentava à empresa. Referiu não saber porque TEREZINHA RAMALHO confessou o vínculo e que o depoente não autorizou tal confissão. Disse que a preposta TEREZINHA RAMALHO não representou a empresa da testemunha em outras reclamações trabalhistas, pelo que se lembra. Referiu não ter conhecimento se TEREZINHA RAMALHO possuía vínculo empregatício com a empresa DELFINO ESCRITORIO CONTABIL – SOCIEDADE SIMPLES LTDA., de propriedade do Sr. Sebastião, no período de 01/12/2011 a 30/12/2015, ou seja, inclusive na

data da audiência trabalhista realizada em 28.05.2015. Afirmou não saber se o Sr. Sebastião figurava no quadro societário de DELFINO ESCRITORIO CONTABIL – SOCIEDADE SIMPLES LTDA. de 2009 a 2012. Respondeu que não era do conhecimento do depoente, então reclamado, que o próprio indicou, como sua preposta no processo trabalhista, uma empregada do reclamante. Disse que não sabia dessa informação. Reiterou que TEREZINHA RAMALHO trabalhou para o depoente como líder. Afirmou que a testemunha da reclamação trabalhista, ADRIANA SANTOS MOREIRA DE MOURA, trabalhou como vendedora na sua empresa, sem CTPS assinada. Referiu que não ouviu falar da empresa ICD Assessoria e Eventos EIRELI. Reportou que conhece Iures de Castro Delfino, mas não sabe se ele é proprietário da empresa ICD. Respondeu que não tem conhecimento de que a preposta da RT, TEREZINHA RAMALHO (de 02/01/2017 até a data atual), e a testemunha da RT, ADRIANA SANTOS MOREIRA DE MOURA (01/05/2011 até a data atual), são funcionárias da empresa ICD. Mencionou desconhecer a relação de TEREZINHA RAMALHO e de ADRIANA SANTOS MOREIRA DE MOURA com a família do Sr. Sebastião. Explicou que não recorreu da sentença em reclamação trabalhista porque deixou a cargo do advogado. Acrescentou que o advogado não recorreu, não sabendo o motivo específico. A testemunha afirmou que não se recorda do valor das suas próprias contribuições sociais, como contribuinte individual, no ano de 2009, mas sabe que sempre contribuiu com o mínimo. Quando questionado da razão pela qual recolhia, como contribuinte individual, para si, em 2009, o valor de R\$ 1.020,00, a título de contribuições previdenciárias, e, supostamente, pagava salário de R\$ 4.231,00 ao Sr. Sebastião, no mesmo ano, disse que sempre recolheu no mínimo. Afirmou que o empregado tinha um salário maior que a renda declarada do empregador pelo que ele fazia no momento.

O teor do depoimento da testemunha também apresenta lacunas e incongruências. Disse que conheceu o Sr. Sebastião Delfino Filho no final do ano 2000, no entanto, extratos do CNIS anexos revelam que o falecido e a testemunha trabalharam na empresa SWIFT ARMOUR S A INDUSTRIA E COMERCIO na mesma época, de 26.01.1987 a 06.01.1993. A testemunha afirmou que não se recorda do capital social e da movimentação financeira mensal da sua empresa, no ano de 2009, mas soube precisar, mesmo tendo oito funcionários à época, que, de início, pagava cerca de R\$ 1.800,00 a R\$ 2.000,00, pelos serviços prestados pelo Sr. Sebastião, e, em 2009, de R\$ 4.000,00 a R\$ 4.200,00, em espécie, razão pela qual não possui comprovantes ou recibos de pagamento.

O apurado nos autos demonstra que não constituiu verdadeiro litígio a ação reclusatória trabalhista de autos n. 1000403-34.2015.5.02.0231, promovida pelo ex-segurado *Sebastião Delfino Filho*, junto à Vara do Trabalho de Carapicuíba-SP, com o escopo de obter o reconhecimento de suposto vínculo laboral no período de 02.01.2001 a 10.01.2010, tendo como reclamada a empresa *ANTONIO FRANCISCO BESERRA CENTRO – ME*.

A petição inicial daquela ação trabalhista não foi instruída por início de prova material do contrato de trabalho alegado.

Foi apresentada defesa genérica.

A preposta do reclamado, *TEREZINHA RAMALHO*, possuía vínculo empregatício com a empresa DELFINO ESCRITORIO CONTABIL – SOCIEDADE SIMPLES LTDA., de propriedade do reclamante, *Sebastião Delfino Filho*, no interstício de 01/12/2011 a 30/12/2015, a teor do extrato do CNIS anexo. Vale dizer que, na data da audiência trabalhista realizada em 28.05.2015, a preposta do reclamado mantinha subordinação laboral em relação ao reclamante.

Não fosse isso o bastante, a única testemunha inquirida naquela reclusatória, *ADRIANA SANTOS MOREIRA DE MOURA*, desde 01/05/2011, e até esta data, conforme dados do CNIS,

mantém vínculo empregatício junto à empresa ICD ASSESSORIA E EVENTOS EIRELI, cujo proprietário, Iures de Castro Delfino, é filho do então reclamante, *Sebastião Delfino Filho* e da ora autora.

Demais disso, a preposta do reclamado, *TEREZINHA RAMALHO*, de 02/01/2017 até a data atual, também é funcionária da empresa ICD.

A confissão da preposta *TEREZINHA RAMALHO* e o depoimento testemunhal de *ADRIANA SANTOS MOREIRA DE MOURA* consistiram nos únicos elementos probatórios produzidos naquele feito e que subsidiaram a sentença de procedência.

Por fim, não houve interposição de recurso pelo reclamado naquela ação.

À vista dos indícios de simulação de processo trabalhista, o vínculo laboral reconhecido na ação reumatória de autos *n. 1000403-34.2015.5.02.0231* não pode ser computado como tempo de serviço do ex-segurado *Sebastião Delfino Filho*.

Sobre a questão, há o seguinte pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL X JUSTIÇA ESTADUAL. INQUÉRITO POLICIAL. SIMULAÇÃO DE LIDE PROCESSUAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO, RECONHECENDO DIFERENÇAS SALARIAIS NÃO CONSTANTES NA CARTEIRA DE TRABALHO DE EMPREGADO FALECIDO, COM O INTUITO DE PROMOVER O AUMENTO DA PENSÃO POR MORTE PAGA PELO INSS À VIÚVA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. SÚM 122/STJ.

1. A simulação de Reclamação trabalhista na qual se celebra acordo reconhecendo diferenças salariais não constantes na Carteira de Trabalho de empregado falecido, com o intuito de promover o aumento da pensão por morte paga pelo INSS à viúva, assemelha-se ao emprego de fraude para obtenção de benefício previdenciário que pode ser enquadrada no art. 171, § 3º, do Código Penal, e é da competência da Justiça Federal, dada a nítida intenção de induzir em erro o Judiciário, assim como em virtude de lesão potencial a interesse do INSS.

2. A possibilidade de descoberta de outras provas e/ou evidências, no decorrer das investigações, levando a conclusões diferentes, demonstra não ser possível firmar peremptoriamente a competência definitiva para julgamento do presente inquérito policial. Isso não obstante, tendo em conta que a definição do Juízo competente em tais hipóteses se dá em razão dos indícios coletados até então, revela-se a competência da Justiça Federal para condução do Inquérito Policial.

3. Reconhecida a competência da Justiça Federal para o delito de fraude processual com o objetivo de fraudar a previdência social, todos os eventuais outros delitos a ele conexos devem, também, ser julgados pela Justiça Federal, a teor do verbete sumular n. 122, da Súmula STJ, segundo o qual, “Compete à Justiça Federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do art. 78, II, “a”, do Código de Processo Penal.” 4. Conflito conhecido, para declarar a competência do Juízo Federal da 1ª Vara de Francisco Beltrão - Seção Judiciária do Paraná, o Suscitado, para conduzir o inquérito policial.

(CC 154.959/PR, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/03/2018, DJe 27/03/2018)

Pelo exposto, resolvendo o mérito na forma do art. 487, I, do Código de Processo Civil, *JULGO IMPROCEDENTE* o pedido.

Condeno a parte autora ao pagamento de custas e de honorários de sucumbência, que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, consoante o *caput* e §§ 2º, e 3º, I, do art. 85, do CPC. Entretanto, em face do deferimento de gratuidade de justiça nestes

autos, fica suspensa a exigibilidade, conforme os §§ 2º e 3º, do art. 98, do mesmo diploma processualístico.

Oficie-se, imediatamente, ao Ministério Público Federal e ao Ministério Público do Trabalho, remetendo-lhes, por meio eletrônico, cópia integral destes autos, para ciência e providências que entenderem cabíveis.

No caso de interposição de recurso tempestivo, intime-se a parte apelada para contrarrazoar, no prazo legal. Havendo preliminar em contrarrazões, intime-se a parte apelante para manifestação, na forma do art. 1.009, §2º, do Código de Processo Civil. Após, com ou sem a apresentação das contrarrazões, remetam-se os autos eletrônicos ao Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, observadas as cautelas de praxe.

Com o trânsito em julgado, nada mais sendo requerido, remetam-se os autos virtuais ao arquivo, dando-se baixa na distribuição.

Seguem anexos os extratos das pesquisas efetuadas.

Registro eletrônico. Publique-se. Intimem-se.

BARUERI, 2 de abril de 2021.

Juíza Federal MARILAINÉ ALMEIDA SANTOS

AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

5020183-17.2020.4.03.6100

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - PR/SP

Réu: CARLOS IVAM DE SOUZA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 26ª VARA CÍVEL DE SÃO PAULO - SP

Juíza Federal: SÍLVIA FIGUEIREDO MARQUES

Disponibilização da Sentença: DJEN 06/12/2021

SENTENÇA

O Ministério Público Federal ajuizou a presente ação civil de improbidade administrativa contra CARLOS IVAM DE SOUZA.

Narra a inicial, que o requerido, nos anos de 2008 a 2010, enriqueceu ilicitamente ao adquirir para si, no cargo de auditor fiscal da Receita Federal, bens com valores desproporcionais à sua renda, no valor de R\$ 567.963,95, oriundo de 314 créditos e depósitos efetuados em sua conta bancária, sem origem comprovada. Praticou, assim, o ato de improbidade administrativa, previsto no art. 9º, VII da Lei n. 8.429/92, além de violar os princípios que regem a Administração Pública, previsto no artigo 11, *caput* da Lei n. 8.429/92.

O autor noticiou o falecimento do requerido (Id 40837245) e pediu a citação dos herdeiros (Id 41072555).

Foi, então, determinada a citação do Espólio de Carlos Ivam de Souza, que apresentou defesa preliminar (Id 43342266).

Foi afastada a alegação de ilegitimidade passiva dos herdeiros e deferida a indisponibilidade dos bens, no limite de R\$ 567.953,95 (Id 43515322).

Pela decisão Id 45552155, foi determinado que o autor emendasse a inicial, adequando seus pedidos ao espólio, o que foi feito no Id 46124307.

O autor afirma, assim, que o falecido servidor público praticou, no período de 7.1.08 a 28.12.10, as condutas que se enquadram nos atos de improbidade, descritas no inciso VII do artigo 9º e no artigo 11, *caput* da Lei nº 8.429/92. E, nos termos do artigo 8º da referida lei, esclarece que os herdeiros do auditor fiscal devem responder até o limite do valor da herança.

Com base no artigo 12, inciso I e III da Lei nº 8.429/92, o autor pede a condenação do espólio de Carlos Ivam de Souza, até o limite do valor da herança, à perda dos bens ilicitamente acrescidos ao patrimônio do de cujus, perda definitiva da função pública de Auditor Fiscal da Receita Federal (de modo a retirar o direito à pensão ou qualquer outro decorrente da morte do agente público) e pagamento de multa civil de R\$ 500.000,00.

A inicial foi recebida com ressalvas.

O feito teve regular prosseguimento até que, após a especificação de provas, pelas partes, foi deferida a perícia contábil e determinado o depósito dos honorários periciais (id 150124110).

O réu, então, apresentou embargos de declaração, mencionando a alteração ocorrida na Lei de Improbidade Administrativa (id 150342108). A petição foi recebida como pedido de reconsideração e foi determinado ao autor que se manifestasse a respeito do prosseguimento da ação, especificamente quanto ao art. 9º, VII da Lei n. 14.230/21.

O autor, então, no id 165123586, afirmou ter interesse no prosseguimento da ação. Alega que CARLOS IVAM DE SOUZA, no exercício do cargo de auditor fiscal da Receita Federal, adquiriu bens em valor desproporcional à renda por ele auferida como agente público. Sustenta que no caso, o entendimento da jurisprudência é que o dolo genérico é suficiente para a caracterização do ato de improbidade.

Afirma, o autor, que o dolo específico, exigido pela nova Lei, ofende o princípio da proporcionalidade e o direito fundamental à probidade. E, além disso, a Lei não deveria ser aplicada de forma retroativa.

Alega que a nova Lei agravou algumas sanções e, por isso, não pode retroagir. E, muito menos, pode haver aplicação parcial da norma, beneficiando o réu na parte que lhe é favorável.

O réu manifestou-se no id 168574629.

É o relatório. Decido.

A questão ora colocada diz respeito, simplesmente, à possibilidade ou não de as regras da Lei n. 14.230/21, que alteraram a Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/92), retroagirem para beneficiar o agente público processado por ato de improbidade administrativa.

No caso, CARLOS IVAM foi considerado incurso no art. 9º, VII da Lei. Este previa constituir ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º da lei e, notadamente: *“Adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público.”*

Havia, assim, a presunção de que, caso o agente adquirisse bens em valor incompatível com seu salário, ele o teria feito por meio da prática de ato ímprobo. Ou seja, caberia a ele, agente, comprovar a origem lícita dos valores que possibilitaram a aquisição dos bens.

Entretanto, a Lei foi alterada. E o novo art. 9º menciona a *prática de ato doloso*. Em outras palavras, deve estar descrito na inicial da ação de improbidade e, também, comprovado na referida ação, o *dolo*.

Foi, assim, dada a oportunidade, neste feito, ao autor, para se manifestar, oportunidade esta em que lhe caberia, se fosse o caso, esclarecer a prática de dolo pelo agente, para que a ação fosse adiante.

Em lugar de o fazer, o autor sustenta a tese de que a Lei antiga é que se aplica ao caso e, assim, não teria que tratar da questão.

Ora, não é verdade.

A Constituição da República, em seu art. 5º, XL, estabelece que *a lei penal não retroage, salvo para beneficiar o réu*.

E é assim pela simples razão de que, se determinada conduta era considerada criminosa e a sociedade, por intermédio de seus representantes do Poder Legislativo, entendeu que deveria deixar de configurar crime, verifica-se que houve uma *evolução no entendimento da matéria*.

Exemplificando, algo como o adultério, que antes era crime, com a evolução da sociedade, deixou de ser considerado ato criminoso. Ainda que moralmente reprovável, entendeu-se que a intervenção do Estado para punir a prática não era mais adequada.

O mesmo raciocínio é válido para os atos de improbidade administrativa. É que a LIA, falando de forma genérica, prevê sanções para determinados atos do agente público. E, como Lei sancionadora que é, aproxima-se, muito, das Leis penais.

Tanto isso é verdade que as garantias do processo penal, de modo geral, são observadas nas ações de improbidade. Assim, a inicial deve descrever pormenorizadamente a conduta de forma a possibilitar a mais completa defesa do réu, e daí por diante.

A conclusão, para o presente caso, é a de que, se a Lei agora exige o *dolo* além da aquisição dos bens de forma incompatível com o salário do agente e o autor não aponta a presença deste, *não há como se dar prosseguimento à ação*.

Diante disso, JULGO EXTINTO O PRESENTE FEITO, sem resolução do mérito, por falta de interesse de agir superveniente, nos termos do artigo 485, VI do Código de Processo Civil.

Determino, em consequência, o levantamento da indisponibilidade dos bens, anteriormente decretada.

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se.

São Paulo, 3 de dezembro de 2021

Juíza Federal SÍLVIA FIGUEIREDO MARQUES

PROCEDIMENTO COMUM CÍVEL**5000016-97.2022.4.03.6135**

Autora: FED NAC DOS CONF E CONS DE CARGA E DVP TRAB DE BLOCOS ARRUMADORES E AMARRADORES DE NAVIOS NAS ATIV PORTUÁRIAS, FEDERAÇÃO NACIONAL DOS ESTIVADORES, FEDERAÇÃO NACIONAL DOS PORTUÁRIOS, SINDICATO DOS ESTIVADORES TRABALHADORES AVULSOS E COM VÍNCULO EMPREGATÍCIO EM ESTIVA NO PORTO DE SÃO SEBASTIÃO UBATUBA CARAGUATATUBA E ILHABELA

Ré: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL - PGFN)

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE CARAGUATATUBA - SP

Juiz Federal: GUSTAVO CATUNDA MENDES

Disponibilização da Sentença: DJEN 07/02/2022

DECISÃO**I - RELATÓRIO**

Trata-se de ação ordinária em face da UNIÃO FEDERAL proposta pela “FEDERAÇÃO NACIONAL DOS CONFERENTES E CONSERTADORES DE CARGA E DESCARGA, VIGIAS PORTUARIOS, TRABALHADORES DE BLOCO, ARRUMADORES E AMARRADORES DE NAVIOS, NAS ATIVIDADES PORTUARIAS - FENCCOVIB”, “FEDERAÇÃO NACIONAL DOS ESTIVADORES – FNE”, “FEDERAÇÃO NACIONAL DOS PORTUÁRIOS – FNP”, bem como “SINDICATO DOS ESTIVADORES DE SÃO SEBASTIAO”.

Os fatos reportam que “o Porto de São Sebastião foi escolhido pelo Ministério da Infraestrutura para ser um dos portos privatizados no projeto de governo que consiste na desestatização das Autoridades Portuárias brasileira”, com referência à “abertura efetiva do prazo para consulta pública (n. 20-2021) (em anexo), sobre a desestatização do Porto de São Sebastião”, sendo que “o prazo da consulta pública determinado no aviso n. 20-2021-ANTAQ foi justamente no período de 27/12/2021 a 09/02/2022”.

Sustenta a parte autora a relevância da “audiência pública” que cuida da desestatização do Porto de São Sebastião, na medida em que “os Autores representam a mão de obra portuária cuja existência é, sem dúvida nenhuma, um trabalho imprescindível que fomenta a economia do Brasil em todas as atividades de movimentação de cargas dentro da área do porto organizado”.

Verifica-se que a “consulta pública” fora autorizada a partir do “Processo: 50300.017851/2021-18”, tendo como “Parte: MINISTÉRIO DA INFRAESTRUTURA (37.115.342/0001-67)”, com “AVISO DE AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 20/2021-ANTAQ” realizado pela “DIRETORIA DA AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS – ANTAQ”, sendo, portanto, os órgãos responsáveis pelos atos preparatórios e executórios da “consulta pública”.

Após distribuída a presente ação perante este Juízo Federal, pelos fundamentos expostos houve declínio de competência jurisdicional, bem como afastamento do pedido de reconsideração formulado pelos autores.

A partir da redistribuição do feito perante a 5ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Brasília-DF, foi suscitado conflito negativo de competência, com posterior ordem de remessa pelo Eg. Superior Tribunal de Justiça para conhecimento e julgamento da ação por este Juízo Federal, em razão a competência relativa territorial.

Ainda, pela parte autora houve última manifestação no sentido de que “*foi publicado no dia 28 de janeiro de 2022, a DELIBERAÇÃO Nº 18, estabelecendo que a audiência pública prevista no âmbito do Aviso de Audiência Pública nº 20/2021-ANTAQ, ocorrerá no dia 07 de fevereiro de 2022, com início às 15h.*”, conforme documento comprobatório.

É, em síntese, o relatório. Fundamento e decido.

II – FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

II.1 – CONSULTA PÚBLICA – ACÓRDÃO n. 783-ANTAQ E AVISO DE CONSULTA PÚBLICA-ANTAQ N. 20/2021– RESSALVAS, AJUSTES E REQUISITOS ANTECEDENTES NECESSÁRIOS – SEGURANÇA JURÍDICA – DIREITO DE INFORMAÇÃO E DE PETIÇÃO

Aduz a parte autora acerca da concretização do *projeto de governo que consiste na desestatização das Autoridades Portuárias brasileira*, objeto da “*consulta pública determinado no aviso n. 20-2021-ANTAQ... no período de 27/12/2021 a 09/02/2022*”, com reflexos importantes na comunidade local, o que justifica as preocupações e cautelas dos trabalhadores portuários e seu órgão de representação local, o “SINDICATO DOS ESTIVADORES DE SÃO SEBASTIAO”.

Na verdade, a petição inicial aponta para suposta precariedade e inércia do Ministério da Infraestrutura e Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ no cumprimento de condição (ref. “*conta vinculada*”) e atendimento às cautelas necessárias, com PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA para a SUSPENSÃO da “*consulta pública determinado no aviso n. 20-2021-ANTAQ*”, que, segundo consta, “*ocorrerá no dia 07 de fevereiro de 2022*” próximo.

A tutela de urgência e seu eventual deferimento condiciona-se ao preenchimento de dois requisitos: a) a probabilidade do direito invocado (*fumus boni iuris*); b) o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*).

Ante a vigência no “novo” Código de Processo Civil a partir da Lei nº 13.105, de 16/03/2015, impõe-se sua observância nos seguintes termos:

“Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.

Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental. (...)”

Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória (...)”

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.” (Grifo nosso).

Assim, nos termos do art. 300, do Código de Processo Civil, para a concessão da *tutela de urgência* ora pleiteada, exige-se a presença de certos *requisitos legais*, quais sejam: (i) “*elementos que evidenciem a probabilidade do direito*” alegado (“*fumus boni iuris*”); (ii) o

“perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo” ante o transcurso do tempo (“*periculum in mora*”), bem como (iii) a ausência de “perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão”.

Ou seja, para a apreciação do pedido de tutela de urgência, cabe analisar a presença ou não dos requisitos legais.

No presente caso, neste *juízo de cognição sumária*, está consubstanciada a *probabilidade do direito* (“*FUMUS BONI IURIS*”) invocado, eis que a parte autora impugna a suposta *irregularidade do procedimento administrativo* de órgãos do Poder Executivo Federal, alegando *descumprimento pelo Ministério da Infraestrutura de decisão proferida pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ* (Acórdão nº 783- ANTAQ), que, em resumo, determinou de forma expressa *ajustes prévios na documentação da “Conta Vinculada”* - que já existia para percepção de valores destinados a investir na modernização do Porto de São Sebastião, *imprescindível para a comunidade local e regional, inclusive mão-de-obra portuária* -, para que posteriormente se agendasse a consulta pública.

Segundo o *Edital n. 783-ANTAQ* em questão, a *Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ* autoriza, em *processo administrativo* em trâmite perante o Ministério da Infraestrutura, a “*realização de consulta e audiência públicas visando a obtenção de subsídios para aprimoramento dos documentos técnicos e jurídicos relativos à realização de certame licitatório referente à concessão do Porto de São Sebastião/SP*”, sob “*ressalvas*” destinadas ao Ministério da Infraestrutura e Comissão Permanente de Licitação de Arrendamentos Portuários da ANTAQ (CPLA), todos órgãos do Poder Executivo Federal com sede e atuação em Brasília-Capital/DF.

O caso em análise envolve, portanto, discussão sobre *ato originário do processo administrativo n. 50300.017851/2021-18* em curso no Ministério de Infraestrutura, sob atuação da Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ e sua Comissão Permanente de Licitação de Arrendamentos Portuários (CPLA), relativo a “*projeto de governo que consiste na desestatização das Autoridades Portuárias brasileira*”, em especial o Porto de São Sebastião, situado no Litoral Norte do Estado de São Paulo.

Ocorre que, conforme sustenta a parte autora nos autos, e que deverá ser submetido ao *contraditório e dilação probatória*:

“NÃO foi feito o estudo de viabilidade Ambiental... não foi feito o EVTEA, elemento crucial de estudos ambientais, do novo modelo de Autoridade Portuária privada a ser implementado pelo Governo Federal.”

“a própria ANTAQ publicou o aviso da abertura efetiva do prazo para consulta pública (n. 20-2021) (em anexo), sobre a desestatização do Porto de São Sebastião, ou seja, ANTES que o Ministério da Infraestrutura tivesse cumprido com a condição exigida no acórdão n. 783- ANTAQ.”

“a condução dos trabalhos sobre a desestatização está gerando DESCONFIANÇA E RECEIO de que o novo modelo de uma Autoridade Portuária privada proposto pelo Governo Federal PREJUDICARÁ A REGIÃO e a comunidade portuária de São Sebastião... O processo deveria ser PÚBLICO e TRANSPARENTE para que a possibilidade de contribuição fosse legítima.”

“os fundamentos técnicos consubstanciados nos supostos estudos (se é que eles foram feitos) jamais foram divulgados”

“não se previu a designação de audiência pública com a COMUNIDADE PORTUÁRIA no intuito de possibilitar aos atingidos direta ou indiretamente pela nova modelagem a elaboração de questionamentos necessários”

Com efeito, cumpre ressaltar que a *realização de forma satisfatória da “consulta pública”* objeto dos autos, com as *necessárias cautelas e informações técnicas*, inclusive acerca da “conta vinculada”, planos de carga e estudos ambientais, bem como *oferta dos dados ao público e interessados*, certamente depende da *atuação diligente dos órgãos federais envolvidos com o “Processo: 50300.017851/2021-18”*, em especial o “*MINISTÉRIO DA INFRAESTRUTURA*” e “*AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS – ANTAQ*”, sob controle externo do *MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DA UNIÃO*.

Nestes termos, a *segurança jurídica*, bem como a *prudência e a cautela necessárias* recomendam que, *previamente à efetiva realização da “consulta pública”*, autorizada pela ANTAQ a partir do “*AVISO DE AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 20/2021-ANTAQ*”, seja *oportunizado o exercício do contraditório e ampla defesa* através da *prestação de informações técnicas pelo “MINISTÉRIO DA INFRAESTRUTURA” e “AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS – ANTAQ”*, sobretudo acerca do *pleno atendimento às ressalvas e prévios “ajustes nas documentações referentes à exclusão da denominada Conta Vinculada” e demais requisitos* suscitados pelos autores, conforme consta do “*AVISO DE AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 20/2021-ANTAQ*”:

ACÓRDÃO Nº 783-ANTAQ, DE 15 DE DEZEMBRO DE 2021

Processo: 50300.017851/2021-18

Parte: MINISTÉRIO DA INFRAESTRUTURA (37.115.342/0001-67)

Ementa: Desestatização do Porto Organizado de São Sebastião/SP. Autorização da abertura de consulta e audiência públicas para a realização de certame licitatório referente à concessão do Porto condicionada à ajustes, por parte do Ministério de Infraestrutura, na documentação referente à exclusão da denominada “Conta Vinculada”. Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os Diretores da Agência Nacional de Transportes Aquaviários, reunidos para a 514ª Reunião Ordinária da Diretoria Colegiada, realizada em 09/12/2021, ante as razões expostas pela Relatora, em : I - autorizar a realização de consulta e audiência públicas visando a obtenção de subsídios para aprimoramento dos documentos técnicos e jurídicos relativos à realização de certame licitatório referente à concessão do Porto de São Sebastião/SP, desde que observadas as seguintes ressalvas: II - que o Ministério de Infraestrutura (MINFRA) promova ajustes nas documentações referentes à exclusão da denominada Conta Vinculada; III - que após o recebimento da documentação atualizada pelo MINFRA, a Comissão Permanente de Licitação de Arrendamentos Portuários da ANTAQ (CPLA) realize os ajustes pertinentes nas minutas de edital e contrato e adote os procedimentos necessários com vistas à abertura das fases de Consulta e Audiência Públicas. Participaram da deliberação o Diretor-Geral, Eduardo Nery, o Diretor Adalberto Tokarski e a Relatora, Diretora Flávia Moraes Takafashi.

EDUARDO NERY MACHADO FILHO

Diretor-Geral

Outrossim, o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (“*PERICULUM IN MORA*”) restou demonstrado, na medida em que os atos preparatórios e executórios da consulta pública da ANTAQ, seja os trâmites de ordem administrativa e técnica, seja o pleno acesso pelo público em geral, mão-de-obra portuária e entes interessados às “*minutas e documentos técnicos*”, bem como “*participação*” através de “*contribuições, subsídios e sugestões*”, devem ocorrer com antecedência segura e razoável perante os órgãos do Poder Executivo Federal:

AVISO DE AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 20/2021-ANTAQ

A DIRETORIA DA AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS - ANTAQ, no uso de suas atribuições regimentais, considerando o disposto no art. 68 da Lei nº 10.233, de 2001, bem como o que consta do Processo nº 50300.017851/2021-18 e tendo em vista o deliberado em sua 514ª Reunião Ordinária, realizada em 9 de dezembro de 2021,

COMUNICA:

Aos usuários e agentes do setor aquaviário nacional e, bem assim, aos demais interessados em geral, que realizará CONSULTA E AUDIÊNCIA PÚBLICAS, no período de 27/12/2021 a 09/02/2022, visando o recebimento de contribuições na forma abaixo especificada, com o seguinte objetivo e forma de participação:

1. Objetivo:

Obter contribuições, subsídios e sugestões para o aprimoramento dos documentos técnicos e jurídicos, relativos à realização de certame licitatório de concessão do porto organizado de São Sebastião.

2. Acesso às minutas jurídicas e documentos técnicos:

As minutas jurídicas e os documentos técnicos objeto do presente aviso de audiência pública estarão disponíveis no seguinte endereço eletrônico: <https://www.gov.br/antaq/pt-br/acesso-a-informacao/participacao-social/participacao-social/>.

3. Conteúdo e forma de participação:

Serão consideradas pela Agência apenas as contribuições, subsídios e sugestões que tenham por objeto as minutas colocadas em consulta e audiência públicas.

As contribuições poderão ser dirigidas à ANTAQ até às 23h59 do dia 09/02/2022, exclusivamente por meio e na forma do formulário eletrônico disponível no site <https://www.gov.br/antaq/pt-br>, não sendo aceitas contribuições enviadas por meio diverso.

Será permitido, exclusivamente através do e-mail anexo_audiencia202021@antaq.gov.br, mediante identificação do contribuinte e no prazo estipulado neste aviso, anexar imagens digitais, tais como mapas, plantas e fotos, sendo que as contribuições em texto deverão ser preenchidas nos campos apropriados do formulário eletrônico.

Conforme referido pela parte autora em relação aos *propósitos da Consulta Pública*, que envolve “*oitiva da população local e de outras partes interessadas*” e indicação de “*implicações para a população*”, e ainda sintetizado neste momento processual de *cognição sumária em sede de tutela de urgência*:

Nos termos do art. 5º, §§1º e 2º, do Decreto 4.340/02 – regulamentador da Lei 9.985/00 –, a consulta pública consiste em “reuniões públicas ou, a critério do órgão ambiental competente, outras formas de oitiva da população local e de outras partes interessadas” (§1º).

Além disso, prevê o dispositivo legal que, no âmbito desse procedimento, cabe ao órgão executor “indicar, de modo claro e em linguagem acessível, as implicações para a população residente no interior e no entorno da unidade proposta” (§2º).

Em Resumo:

1) A ANTAQ condicionou a abertura da consulta pública à ajustes, por parte do Ministério de Infraestrutura, na documentação referente à exclusão da denominada “Conta Vinculada” – o que não ocorreu;

2) O Ministério da Infraestrutura ainda não se manifestou sobre a solicitação da ANTAQ e por consequência não realizou qualquer ajuste na documentação;

3) O ajuste que deveria ter sido feito sobre a conta vinculada, não foi cumprido, portanto, não é possível verificar se seria sua inclusão ou exclusão ao edital de licitação;

4) Foi determinado no acórdão 783-ANTAQ que apenas após o recebimento da documentação atualizada pelo MINFRA, a Comissão Permanente de Licitação de Arrendamentos Portuários da ANTAQ (CPLA) realizaria os ajustes pertinentes nas minutas de edital e contrato e adotaria os procedimentos necessários com vistas à abertura das fases de Consulta e Audiência Públicas;

5) A ANTAQ realizou a abertura do prazo da Consulta Pública para o dia 27/12/2021, antes de qualquer ajuste no edital;

6) No edital lançado e até o momento, não consta qualquer ajuste ou explicação sobre a conta vinculada. Inclusive, na Nota Técnica 24-2021-SGMC-SNETA-DNOP-SNPTA (em anexo), publicado dia 30/12/2021 (17h:23min), não há referência quanto a conta vinculada.

Com efeito, neste momento processual, verifica-se que as cautelas de ajustes prévios na documentação necessária e observância de prazo hábil e razoável de antecedência à realização da “consulta pública”, bem como sua devida publicidade e abertura efetivas ao público interessado de fato não ocorreram, na medida em que houve publicação do Acórdão n. 783-ANTAQ e Aviso de Audiência Pública n. 20/21-ANTAQ, em 16 e 17/12/2021, ou seja, às vésperas do início do recesso e férias coletivas de instituições e entidades públicas e privadas, ao apagar das luzes da virada de ano em plena pandemia da COVID-19, e há pouco mais de 30 (trinta) dias antecedentes à realização da “consulta pública” definida para ocorrer em 07/02/2022 próximo.

Ainda, extrai-se da última publicação da ANTAQ, *Deliberação n. 18, de 28/01/2022*, que a “audiência pública” “*ocorrerá no modelo VIRTUAL no dia 07 de fevereiro de 2022, com início às 15h e término quando da manifestação do último credenciado, sendo 18h o horário limite para encerramento*”, com grave limitação tempo de duração (3 horas) e de inscrições para interessados em manifestação (“*O período de inscrição será das 9h às 14h do dia 07 de fevereiro de 2022*”), o que gera sérios riscos de se atender muito mais à formalidade de sua realização, do que ao cumprimento efetivo de seu propósito específico de ser um ambiente

aberto de debates, esclarecimento de dúvidas e apresentação de proposições relacionadas à relevante desestatização do Porto de São Sebastião, devendo para tanto ter abertura e ampla publicidade ao público interessado, inclusive para plena ciência dos estudos prévios de impactos e implicações à comunidade e localidade regionais.

Portanto, em sede de cognição sumária e presentes os requisitos legais do “*fumus boni iuris*” (fumaça do bom direito) “*periculum in mora*” (perigo da demora), impõe-se o acolhimento do pedido de TUTELA DE URGÊNCIA para SUSPENSÃO IMEDIATA DA “CONSULTA PÚBLICA” objeto do Acórdão n. 783-ANTAQ e Aviso de Audiência Pública n. 20/21-ANTAQ, em 16 e 17/12/2021, sobretudo visando se preservar a segurança jurídica, a prudência e cautela para a efetividade dos atos preparatórios ao “*certame licitatório de concessão do porto organizado de São Sebastião*”, sem prejuízo de se preservar o direito à informação e o direito de petição perante os órgãos públicos envolvidos, sobretudo pela comunidade interessada e mão-de-obra portuária impactada.

III - DISPOSITIVO

Em face do exposto DEFIRO o pedido de TUTELA DE URGÊNCIA em face da ré UNIÃO FEDERAL, visto que presentes seus requisitos legais autorizadores, para:

1) DETERMINAR a “SUSPENSÃO DA “CONSULTA PÚBLICA” objeto do “ACÓRDÃO-ANTAQ N. 783/2021 E AVISO DE AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 20/2021-ANTAQ”, relativa ao “*Certame Licitatório de Concessão do Porto Organizado de São Sebastião*”, que segundo consta da “*Deliberação n. 18, de 28/01/2022, ocorreria “no dia 07 de fevereiro de 2022” e*

2) DETERMINAR a continuidade de forma efetiva, pública e aberta a todos interessados dos “Objetivos” de “*OBTER contribuições, subsídios e sugestões para o aprimoramento dos documentos técnicos e jurídicos*”, bem como dar “ACESSO às minutas jurídicas e documentos técnicos”, através dos canais eletrônicos disponibilizados pelo MINISTÉRIO DA INFRAESTRUTURA e AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS – ANTAQ (*vide* Aviso de Audiência Pública n. 20/2021-ANTAQ), por prazo indeterminado e até ulterior ordem deste Juízo Federal, sob devida advertência dos ônus legais em caso de eventual descumprimento, inclusive improbidade administrativa e crime de desobediência dos agentes responsáveis.

CITE-SE a ré UNIÃO FEDERAL e INTIMEM-SE AS PARTES desta decisão em sede de tutela de urgência, autorizada a comunicação pela forma mais expedita, sobretudo de forma eletrônica.

Ainda, ficam os AUTORES INTIMADOS a justificar e retificar o valor atribuído à presente causa (“R\$10.000,00” - Dez mil reais), com recolhimento de eventuais custas judiciais complementares, sendo que o valor da causa deve refletir o benefício econômico e proveito financeiro pretendido, sob pena de arbitramento judicial, nos termos da lei processual civil (CPC, art. 291, § 3º).

INTIME-SE o Ministério Público Federal para oportuna manifestação para justificar sua atuação como *custos legis* (CPC, art. 178).

Diante das especificidades da causa e de modo a adequar o rito processual às necessidades do conflito, deixo para momento oportuno a designação de audiência de conciliação, com fulcro no art. 139, VI, do CPC, e no Enunciado nº 35 da ENFAM.

Comunique-se ao Excelentíssimo Ministro Francisco Falcão, do Eg. Superior Tribunal de Justiça, Eminente Relator do CC n. 185706/DF, com as homenagens deste Juízo Federal de Caraguatatuba-SP.

Visando dar efetividade à garantia estabelecida no art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, servirá cópia da presente decisão como OFÍCIO e MANDADO/CARTA PRECATÓRIA DE CITAÇÃO E INTIMAÇÃO, que deverá ser encaminhada para cumprimento.

CARAGUATATUBA, 04 de fevereiro de 2022.

Juiz Federal GUSTAVO CATUNDA MENDES



Súmulas

SÚMULAS DO TRF DA 3ª REGIÃO (*)

SÚMULA Nº 01

Em matéria fiscal é cabível medida cautelar de depósito, inclusive quando a ação principal for declaratória de inexistência de obrigação tributária.

SÚMULA Nº 02

É direito do contribuinte, em ação cautelar, fazer o depósito integral de quantia em dinheiro para suspender a exigibilidade de crédito tributário.

SÚMULA Nº 03

É ilegal a exigência da comprovação do prévio recolhimento do Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços como condição para a liberação de mercadorias importadas.

SÚMULA Nº 04 (Revisada)

A Fazenda Pública – nesta expressão incluídas as autarquias – nas execuções fiscais, não está sujeita ao prévio pagamento de despesas para custear diligência de oficial de justiça.

- Vide IUJ Ag nº 90.03.020242-7, publicado na RTRF3R 24/268 e Incidente de Revisão de Súmula no Ag nº 95.03.023526-0, publicado na RTRF3R 36/306.
- O Pleno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, na sessão ordinária de 01 de julho de 1997, acolheu a Revisão da Súmula nº 04, a que se atribuiu o nº 11, tendo sido publicada nos DJU de 20/02/98, Seção II, págs. 151 e 152; DJU de 25/02/98, Seção II, pág. 215 e DJU de 26/02/98, Seção II, pág. 381.

(*) N.E. - Enunciados de acordo com a publicação no Diário Oficial.

SÚMULA Nº 05

O preceito contido no artigo 201, parágrafo 5º, da Constituição da República consubstancia norma de eficácia imediata, independentemente sua aplicabilidade da edição de lei regulamentadora ou instituidora da fonte de custeio.

- Vide PRSU nº 93.03.108046-7, publicado na RTRF3R 92/500.

SÚMULA Nº 06

O reajuste dos proventos resultantes de benefícios previdenciários deve obedecer às prescrições legais, afastadas as normas administrativas que disponham de maneira diversa.

- Vide PRSU nº 93.03.108040-8, publicado na RTRF3R 92/478.

SÚMULA Nº 07

Para a apuração da renda mensal inicial dos benefícios previdenciários concedidos antes da Constituição Federal de 1988, a correção dos 24 (vinte e quatro) salários-de-contribuição, anteriores aos últimos 12 (doze), deve ser feita em conformidade com o que prevê o artigo 1º da Lei 6.423/77.

- Vide PRSU nº 93.03.108041-6, publicado na RTRF3R 92/481.

SÚMULA Nº 08

Em se tratando de matéria previdenciária, incide a correção monetária a partir do vencimento de cada prestação do benefício, procedendo-se à atualização em consonância com os índices legalmente estabelecidos, tendo em vista o período compreendido entre o mês em que deveria ter sido pago, e o mês do referido pagamento.

- Vide PRSU nº 93.03.108042-4, publicado na RTRF3R 92/485.

SÚMULA Nº 09

Em matéria previdenciária, torna-se desnecessário o prévio exaurimento da via administrativa, como condição de ajuizamento da ação.

- Vide PRSU nº 93.03.113720-5, publicado na RTRF3R 92/503.

SÚMULA Nº 10

O artigo 475, inciso II, do CPC (remessa oficial) foi recepcionado pela vigente Constituição Federal.

- Vide Relevante Questão Jurídica na AC nº 94.03.017049-2, publicada na RTRF3R 28/289.

SÚMULA Nº 11

Na execução fiscal, a Fazenda Pública está obrigada a adiantar as despesas de transporte do oficial de justiça.

- Vide Incidente de Revisão de Súmula no Ag nº 95.03.023526-0, publicado na RTRF3R 36/306.

SÚMULA Nº 12

Não incide o imposto de renda sobre a verba indenizatória recebida a título da denominada demissão incentivada ou voluntária.

- Vide IUJ AMS nº 95.03.095720-6, publicado na RTRF3R 40/338.

SÚMULA Nº 13

O artigo 201, parágrafo 6º, da Constituição da República tem aplicabilidade imediata para efeito de pagamento de gratificação natalina dos anos de 1988 e 1989.

- Vide PRSU nº 93.03.108043-2, publicado na RTRF3R 92/489.

SÚMULA Nº 14

O salário mínimo de NCz\$ 120,00 (cento e vinte cruzados novos) é aplicável ao cálculo dos benefícios previdenciários no mês de junho de 1989.

- Vide PRSU nº 93.03.108044-0, publicado na RTRF3R 92/493.

SÚMULA Nº 15

Os extratos bancários não constituem documentos indispensáveis à propositura da ação em que se pleiteia a atualização monetária dos depósitos de contas do FGTS.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021024-5, publicado na RTRF3R 92/538.

SÚMULA Nº 16

Basta a comprovação da propriedade do veículo para assegurar a devolução, pela média de consumo, do empréstimo compulsório sobre a compra de gasolina e álcool previsto no Decreto-lei nº 2.288/1986.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021039-7, publicado na RTRF3R 92/547.

SÚMULA Nº 17

Não incide o imposto de renda sobre verba indenizatória paga a título de férias vencidas e não gozadas em caso de rescisão contratual.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021042-7, publicado na RTRF3R 92/555.

SÚMULA Nº 18

O critério do artigo 58 do ADCT é aplicável a partir de 05/04/1989 até a regulamentação da Lei de Benefícios pelo Decreto nº 357 de 09/12/91.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021048-8, publicado na RTRF3R 92/596 e Despacho publicado na RTRF3R 102/782.

SÚMULA Nº 19

É aplicável a variação do Índice de Reajuste do Salário Mínimo, no percentual de 39,67%, na atualização dos salários-de-contribuição anteriores a março de 1994, a fim de apurar a renda mensal inicial do benefício previdenciário.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021050-6, publicado na RTRF3R 92/614.

SÚMULA Nº 20

A regra do parágrafo 3º do artigo 109 da Constituição Federal abrange não só os segurados e beneficiários da Previdência Social, como também aqueles que pretendem ver declarada tal condição.

- Vide PRSU nº 2002.03.00.052631-4, publicado na RTRF3R 92/507.

SÚMULA Nº 21

A União Federal possui legitimidade passiva nas ações decorrentes do empréstimo compulsório previsto no Decreto-lei nº 2.288/86.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021040-3, publicado na RTRF3R 92/550.

SÚMULA Nº 22

É extensível aos beneficiários da Assistência Social (inciso V do artigo 203 da CF) a regra de delegação de competência do parágrafo 3º do artigo 109 da Constituição Federal, sendo exclusiva a legitimidade passiva do INSS.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021046-4, publicado na RTRF3R 92/569.

SÚMULA Nº 23

É territorial e não funcional a divisão da Seção Judiciária de São Paulo em Subseções. Sendo territorial, a competência é relativa, não podendo ser declinada de ofício, conforme dispõe o artigo 112 do CPC e Súmula 33 do STJ.

SÚMULA Nº 24

É facultado aos segurados ou beneficiário da Previdência Social ajuizar ação na Justiça Estadual de seu domicílio, sempre que esse não for sede de Vara da Justiça Federal.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021045-2, publicado na RTRF3R 92/559.

SÚMULA Nº 25

Os benefícios previdenciários concedidos até a promulgação da Constituição Federal de 1988 serão reajustados pelo critério da primeira parte da Súmula nº 260 do Tribunal Federal de Recursos até o dia 04 de abril de 1989.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021049-0, publicado na RTRF3R 92/601.

SÚMULA Nº 26

Não serão remetidas aos Juizados Especiais Federais as causas previdenciárias e assistenciais ajuizadas até sua instalação, em tramitação em Vara Federal ou Vara Estadual no exercício de jurisdição federal delegada.

SÚMULA Nº 27

É inaplicável a Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal, em ação rescisória de competência da Segunda Seção, quando implicar exclusivamente em interpretação de texto constitucional.

SÚMULA Nº 28

O PIS é devido no regime da Lei Complementar nº 7/70 e legislação subsequente, até o termo inicial de vigência da MP nº 1.212/95, diante da suspensão dos Decretos-leis nº 2.445/88 e nº 2.449/88 pela Resolução nº 49/95, do Senado Federal.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021038-5, publicado na RTRF3R 92/544.

SÚMULA Nº 29

Nas ações em que se discute a correção monetária dos depósitos das contas vinculadas do FGTS, a legitimidade passiva é exclusiva da Caixa Econômica Federal - CEF.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021023-3, publicado na RTRF3R 92/534.

SÚMULA Nº 30

É constitucional o empréstimo compulsório sobre o consumo de energia elétrica previsto na Lei 4.156/62, sendo legítima a sua cobrança até o exercício de 1993.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021041-5, publicado na RTRF3R 92/553.

SÚMULA Nº 31

Na hipótese de suspensão da execução fiscal, com fundamento no artigo 40 da Lei 6.830/80, decorrido o prazo legal, serão os autos arquivados sem extinção do processo ou baixa na distribuição.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.016705-4, publicado na RTRF3R 92/524.

SÚMULA Nº 32

É competente o relator para dirimir conflito de competência em matéria penal através de decisão monocrática, por aplicação analógica do artigo 120, § único do Código de Processo Civil autorizada pelo artigo 3º do Código de Processo Penal.

SÚMULA Nº 33

Vigora no processo penal, por aplicação analógica do artigo 87 do Código de Processo Civil autorizada pelo artigo 3º do Código de Processo Penal, o princípio da *perpetuatio jurisdictionis*.

SÚMULA Nº 34

O inquérito não deve ser redistribuído para Vara Federal Criminal Especializada enquanto não se destinar a apuração de crime contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492/86) ou delito de “lavagem” de ativos (Lei nº 9.613/98).

SÚMULA Nº 35

Os efeitos penais do artigo 9º, da Lei nº 10.684/03 aplicam-se ao Programa de Parcelamento Excepcional - PAEX.

- Vide Incidente de Uniformização de Jurisprudência Criminal nº 0014013-56.2006.4.03.6181, publicado no RTRF3R 107/161.

SÚMULA Nº 36

É incabível a redistribuição de ações no âmbito dos Juizados Especiais Federais, salvo no caso de Varas situadas em uma mesma base territorial.

- Vide CC nº 0011900-67.2014.4.03.0000, publicado na RTRF3R 124/95.

SÚMULA 37

Compete à 3ª Seção julgar as ações referentes à devolução dos valores recebidos indevidamente a título de benefício previdenciário, independentemente do tipo de ação proposta.

- Vide CC nº 0012712.41.2016.4.03.0000 e CC nº 0012713-26.2016.4.03.0000 publicados na RTRF3R 134/85 e 134/93, respectivamente.

SÚMULA Nº 38

Ausente controvérsia a respeito dos requisitos para a concessão ou revisão de benefício da seguridade social, cumpre à unidade judiciária com competência cível o julgamento de demanda que verse sobre a regularidade de processo administrativo previdenciário.

- Vide CCCiv nº 5011468-50.2020.4.03.0000, publicado na RTRF3R 147/99.

SÚMULAS DA TURMA REGIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO DOS JUÍZADOS ESPECIAIS FEDERAIS DA 3ª REGIÃO¹

SÚMULA Nº 1

Na hipótese de direito adquirido ao pecúlio, o prazo prescricional começa a fluir a partir do afastamento do trabalho. (Origem: Enunciado 02 do JEFSP; Súmula nº 02 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 2

Com a implantação do Plano de Benefício da Previdência Social, oriundo da Lei nº 8.213/91, o benefício previdenciário de prestação continuada não mais está mais vinculado ao número de salários mínimos existentes quando de sua concessão. (Origem: Enunciado 03 do JEFSP; Súmula nº 03 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 3

É devida a revisão da renda mensal inicial do benefício previdenciário cujo período básico de cálculo considerou o salário de contribuição de fevereiro de 1994, a ser corrigido pelo índice de 39,67% (trinta e nove vírgula sessenta e sete por cento), relativo ao IRSM daquela competência. (Origem: Enunciado 04 do JEFSP; Súmula nº 04 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

¹ **Súmulas 1 a 19** aprovadas pelos membros da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região em Sessão realizada nos dias 30 e 31 de março de 2015, renumeradas em Sessão de 03 de junho de 2015, conforme publicação no Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3ª Região, Edição nº 109/2015, Publicações Judiciais II – JEF, disponibilizado em 17 de junho de 2015. **Súmulas 20 a 23** aprovadas pelos membros da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região em Sessão realizada no dia 28 de agosto de 2015, numeradas em Sessão de 22 de outubro de 2015, conforme publicação no Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3ª Região, Edição nº 198/2015, Publicações Judiciais II – JEF, disponibilizado em 26 de outubro de 2015.

SÚMULA Nº 4

A renda mensal “per capita” correspondente a 1/4 (um quarto) do salário mínimo não constitui critério absoluto de aferição da miserabilidade para fins de concessão de benefício assistencial. (Origem: Enunciado 01 do JEFSP; Súmula nº 05 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 5

A comprovação de tempo de serviço rural ou urbano depende de início de prova material da prestação de serviço, nos termos do artigo 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91. (Origem: Enunciado 07 do JEFSP; Súmula nº 07 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 6

Nos benefícios concedidos a partir de 01.03.94, na hipótese do salário de benefício exceder ao limite previsto no artigo 29, § 2º, da Lei nº 8.213/91, aplica-se o disposto no artigo 21, § 3º, da Lei nº 8.880/94. (Origem: Enunciado 12 do JEFSP; Súmula nº 10 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 7

Em caso de morte de filho segurado, os pais têm direito à pensão por morte, se provada a dependência econômica, ainda que não seja exclusiva. (Origem: Enunciado 14 do JEFSP; Súmula nº 11 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 8

Para a concessão de aposentadoria por idade, desde que preenchidos os requisitos legais, é irrelevante o fato de o requerente, ao atingir a idade mínima, não mais ostentar a qualidade de segurado. (Origem: Enunciado 16 do JEFSP; Súmula nº 12 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 9

Em matéria de comprovação de tempo de serviço especial, aplica-se a legislação vigente à época da prestação de serviço. (Origem: Enunciado 17 do JEFSP; Súmula nº 13 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 10

É possível a expedição de precatório no Juizado Especial Federal, nos termos do artigo 17, § 4º, da Lei nº 10.259/2001, quando o valor da condenação exceder 60 (sessenta) salários mínimos. (Origem: Enunciado 20 do JEFSP; Súmula nº 16 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 11

A qualidade de segurado, para fins de concessão de auxílio-doença e de aposentadoria por invalidez, deve ser verificada quando do início da incapacidade. (Origem: Enunciado 23 do JEFSP; Súmula nº 18 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 12

Incide a contribuição previdenciária sobre o 13º salário nos termos do § 2º do artigo 7º da Lei nº 8.620/93. (Origem: Enunciado 33 do JEFSP; Súmula nº 27 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 13

Os requisitos para concessão do benefício de aposentadoria por idade não precisam ser cumpridos simultaneamente. (Origem: Súmula 05, do JEFMS; Súmula nº 28 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 14

O valor do benefício equivalente a um salário mínimo, concedida a idoso, a partir de 65 anos, também não é computado para fins do cálculo da renda familiar a que se

refere o artigo 20, § 3º da Lei nº 8.742/93. (Origem: Súmula 12 do JEFMS; Súmula nº 30 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 15

O recolhimento de 1/3 (um terço) do número de contribuições, relativo à carência do benefício pretendido, permite a contagem de todas as contribuições anteriores, ainda que correspondentes a períodos descontínuos. (Origem: Súmula 15 do JEFMS; Súmula nº 31 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 16

É devida a correção monetária nos pagamentos administrativos de valores em atraso desde a data do início do benefício e a partir do vencimento de cada parcela. (Origem: Súmula 01 do JEFAME; Súmula nº 32 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 17

É quinquenal a prescrição para pleitear a correção do saldo de contas vinculadas de PIS-PASEP. (Origem: Súmula 02 do JEFAME; Súmula nº 33 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 18

A garantia constitucional de reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, inserta no § 4º do art. 201 da Constituição Federal de 1988, não confere ao Judiciário o poder de modificar critérios de reajustamento eleitos pelo legislador, substituindo-os por outros que entenda mais adequados para repor as perdas geradas pela inflação, sob pena de ingerência indevida de um Poder na esfera do outro. (Origem: Súmula 08 do JEFAME; Súmula nº 35 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 19

A regra definidora do período de carência para fins de concessão do benefício de aposentadoria por idade do filiado ao Regime Geral Previdenciário antes de 24/07/1991 é a do art. 142 da Lei 8.213/91, ainda que tenha havido perda da qualidade de segurado. (Origem: Enunciado nº 06 da Turma Recursal da Seção Judiciária de Mato Grosso do Sul)

SÚMULA Nº 20

Não cabe mandado de segurança no âmbito dos juizados especiais federais. Das decisões que põem fim ao processo, não cobertas pela coisa julgada, cabe recurso inominado. (Origem: processo 0000146-33.2015.4.03.9300; processo 0000635-67.2015.4.03.9301)

SÚMULA Nº 21

Na concessão do benefício assistencial, deverá ser observado como critério objetivo a renda *per capita* de 1/2 salário mínimo gerando presunção relativa de miserabilidade, a qual poderá ser infirmada por critérios subjetivos em caso de renda superior ou inferior a 1/2 salário mínimo. (Origem: processos 0000147-18.2015.4.03.9300, 0000148-03.2015.4.03.9300, 0000149-85.2015.4.03.9300, 0000150-70.2015.4.03.9300, 0000151-55.2015.4.03.9300, 0000152-40.2015.4.03.9300; processos 0000920-19.2014.4.03.6319, 0001666-45.2014.4.03.6331, 0006066-92.2014.4.03.6302, 0010812-03.2014.4.03.6302, 0063790-91.2013.4.03.6301, 0092610-33.2007.4.03.6301)

SÚMULA Nº 22

Apenas os benefícios previdenciários e assistenciais no valor de um salário mínimo recebidos por qualquer membro do núcleo familiar devem ser excluídos para fins de apuração da renda mensal *per capita* objetivando a concessão de benefício de prestação continuada. (Origem: processos 0000147-18.2015.4.03.9300, 0000148-03.2015.4.03.9300, 0000149-85.2015.4.03.9300, 0000150-70.2015.4.03.9300, 0000151-55.2015.4.03.9300, 0000152-40.2015.4.03.9300; processos 0000920-19.2014.4.03.6319, 0001666-45.2014.4.03.6331, 0006066-92.2014.4.03.6302, 0010812-03.2014.4.03.6302, 0063790-91.2013.4.03.6301, 0092610-33.2007.4.03.6301)

SÚMULA Nº 23

O benefício de prestação continuada (LOAS) é subsidiário e para sua concessão não se prescinde da análise do dever legal de prestar alimentos previsto no Código Civil. (Origem: processos 0000147-18.2015.4.03.9300, 0000148-03.2015.4.03.9300, 0000149-85.2015.4.03.9300, 0000150-70.2015.4.03.9300, 0000151-55.2015.4.03.9300, 0000152-40.2015.4.03.9300; processos 0000920-19.2014.4.03.6319, 0001666-45.2014.4.03.6331, 0006066-92.2014.4.03.6302, 0010812-03.2014.4.03.6302, 0063790-91.2013.4.03.6301, 0092610-33.2007.4.03.6301)



JUSTIÇA FEDERAL
Tribunal Regional Federal da 3ª Região