

REVISTA

do TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

VOL. XXXIV - N. 157 - ABRIL/JUNHO DE 2023 - ISSN 1982-1506



**O Instituto Nacional do Seguro Social como “repeat player”
nos Juizados Especiais Federais**

Ewerton Teixeira Bueno



As citações e as intimações eletrônicas como forma de evolução na cooperação judiciária nacional

Vanessa Morceli dos Anjos de Marchi



O concurso singular de credores e as preferências legais: um debate realmente superado?

Guilherme Fraiha Granjo



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Democracia e direitos humanos: democracia militante e preservação do regime na jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo

Matheus Presotto e Silva

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO

REVISTA

Diretor da Revista

Desembargador Federal Souza Ribeiro

Publicação Oficial

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

ISSN 1982-1506

Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região	São Paulo	Vol. XXXIV	n. 157	p. 1-645	Abr./Jun. 2023

EXPEDIENTE

DIRETOR DA REVISTA: Desembargador Federal Souza Ribeiro

ASSESSORA: Simone de Alcantara Savazzoni

EQUIPE: André Luiz Porreca Ferreira Cunha /
Renata Bataglia Garcia

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, nem do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. 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
Gabinete do Desembargador Federal Diretor da Revista
Av. Paulista, 1.842, Torre Sul, 6º andar, quadrante 2
CEP 01310-936 - São Paulo - SP

www.trf3.jus.br/revista
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⁾
DAVID Diniz DANTAS - 04/10/2013 - Corregedor-Regional ⁽⁴⁾
Paulo Octavio BAPTISTA PEREIRA - 04/8/95
ANDRÉ NABARRETE Neto - 04/8/95
MARLI Marques FERREIRA - 04/8/95
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
MAURÍCIO Yukikazu KATO - 11/12/2014
GILBERTO Rodrigues JORDAN - 11/12/2014
HÉLIO Egydio de Matos NOGUEIRA - 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 - 20/12/2021
ALI MAZLOUM - 01/12/2022
HERBERT Cornélio Pieter DE BRUYN Júnior - 01/12/2022
MARCELO VIEIRA de Campos - 01/12/2022
ADRIANA PILEGGI de Soveral - 13/04/2023
RENATA Andrade LOTUFO - 13/04/2023
GISELLE de Amaro e FRANÇA - 13/04/2023
ANTÔNIO MORIMOTO Júnior - 20/06/2023

¹ Composição do TRF 3ª Região atualizada até 20/06/2023.

² Não integra as Turmas. Preside a Sessão Plenária e 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:

CARLOS MUTA
NELTON DOS SANTOS
WILSON ZAUHY - Presidente
ALESSANDRO DIAFERIA - Juiz Federal

SEGUNDA TURMA:

COTRIM GUIMARÃES
CARLOS FRANCISCO - Presidente
RENATA LOTUFO
GISELLE FRANÇA

SEGUNDA SEÇÃO

TERCEIRA TURMA:

NERY JÚNIOR - Presidente
CONSUELO YOSHIDA
CARLOS DELGADO
ADRIANA PILEGGI

SEXTA TURMA:

MAIRAN MAIA
JOHONSOM DI SALVO
SOUZA RIBEIRO - Presidente
VALDECI DOS SANTOS

QUARTA TURMA:

ANDRÉ NABARRETE
MARLI FERREIRA
MÔNICA NOBRE - Presidente
MARCELO SARAIVA

TERCEIRA SEÇÃO

SÉTIMA TURMA:

INÊS VIRGÍNIA - Presidente
MARCELO VIEIRA
ANTÔNIO MORIMOTO
JEAN MARCOS - Juiz Federal

NONA TURMA:

DALDICE SANTANA - Presidente
GILBERTO JORDAN
AUDREY GASPARINI - Juíza Federal
NILSON LOPES - Juiz Federal

OITAVA TURMA:

THEREZINHA CAZERTA - Presidente
TORU YAMAMOTO
HERBERT DE BRUYN
DENILSON BRANCO - Juiz Federal

DÉCIMA TURMA:

BAPTISTA PEREIRA - Presidente
SÉRGIO NASCIMENTO
NELSON PORFÍRIO
LEILA PAIVA

QUARTA SEÇÃO

QUINTA TURMA:

ANDRÉ NEKATSCHALOW - Presidente
PAULO FONTES
MAURÍCIO KATO
ALI MAZLOUM

DÉCIMA PRIMEIRA TURMA:

JOSÉ LUNARDELLI
FAUSTO DE SANCTIS
NINO TOLDO - Presidente
HÉLIO NOGUEIRA

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 URSIAI (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

As citações e as intimações eletrônicas como forma de evolução na cooperação judiciária nacional

Vanessa Morceli dos Anjos de Marchi 17

O Instituto Nacional do Seguro Social como "repeat player" nos Juizados Especiais Federais

Ewerton Teixeira Bueno 31

Democracia e direitos humanos: democracia militante e preservação do regime na jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo

Matheus Presotto e Silva 47

O concurso singular de credores e as preferências legais: um debate realmente superado?

Guilherme Fraiha Granjo 61

JURISPRUDÊNCIA

DIREITO ADMINISTRATIVO

ANS. Multa administrativa. Implante coclear. Negativa de cobertura de materiais destinados à manutenção posterior da prótese. Impossibilidade. Multa pecuniária. Conversão em pena de advertência. Impossibilidade. Poder discricionário da administração pública.

ApCiv 5012639-46.2018.4.03.6100

Desembargador Federal Marcelo Saraiva 85

Ensino superior. Cancelamento de diploma. Possibilidade. Portaria nº 738/2016. Cassação posterior. Curso reconhecido pelo MEC.

ApCiv 5014788-78.2019.4.03.6100

Desembargadora Federal Mônica Nobre 109

Responsabilidade civil do Estado. Perseguições políticas perpetradas à época do regime militar. Imprescritibilidade. Possibilidade de cumulação com reparação prevista na Lei nº 10.559/2002. Dano moral "in re ipsa".

ApCiv 5001951-75.2021.4.03.6114

Desembargadora Federal Consuelo Yoshida 116

IRDR. Processo de "revalida". Curso de medicina. Apresentação de diploma no ato da inscrição. Ilegitimidade da exigência. Aplicação analógica da Súmula nº 266 do STJ.

IRDR 5016497-47.2021.4.03.0000

Desembargador Federal Nelton dos Santos..... 127

DIREITO AMBIENTAL

Ação Civil Pública. Julgamento conjunto. Reunião das 500 ações civis públicas. Impossibilidade. Inocorrência de cerceamento de defesa. Novo Código Florestal. Reservatórios artificiais de água destinados à geração de energia ou ao abastecimento público. Usina Hidrelétrica de Ilha Solteira. Utilização de área de preservação permanente do entorno do reservatório. Loteamento. Responsabilidade solidária. Plano de recuperação ambiental.

ApCiv 0001759-23.2009.4.03.6124

Desembargador Federal Souza Ribeiro..... 159

DIREITO CÍVEL

Compra de imóvel em feirão da casa própria promovido pela CEF. Relação de consumo reconhecida. Responsabilidade solidária da instituição financeira. Recusa de concessão de financiamento à incorporadora e à construtora responsáveis pelo empreendimento. Análise de risco de crédito feita a destempo. Danos materiais e morais configurados.

ApCiv 0024634-83.2014.4.03.6100

Juiz Federal Convocado Alessandro Diaferia..... 199

Contratos bancários. Alienação fiduciária. Leilões infrutíferos. Venda direta do bem. Pretensão de ressarcimento de valor que sobejar à dívida. Descabimento.

ApCiv 5000462-16.2019.4.03.6100

Desembargadora Federal Giselle França..... 208

FCVS. Indenização securitária por vícios de construção. Apólice pública - ramo 66. Sucessão hereditária da propriedade do imóvel. Demonstração dos requisitos previstos na Lei nº 10.150/2000. Quitação do contrato. Interpretação do seguro obrigatório consoante a sua função social, a boa-fé objetiva e a natureza adesiva. Imprescindibilidade da realização de prova pericial.

ApCiv 5001152-21.2019.4.03.6108

Desembargador Federal Wilson Zauhy 214

Contratos bancários. Alienação fiduciária. Leilões infrutíferos. Venda direta do bem. Pretensão de ressarcimento de valor que sobejar à dívida. Descabimento.

ApCiv 5017403-07.2020.4.03.6100

Juíza Federal Convocada Audrey Gasparini 228

FIES. Assunção de dívida. Art. 299 do Código Civil. Regime jurídico. Análise do caso concreto. Ausência de aceite por parte do agente financeiro.

AI 5004740-56.2021.4.03.0000

Desembargador Federal Carlos Francisco 233

DIREITO PENAL

Embargos Infringentes. Divergência. Redução à condição análoga a de escravo. Falsificação de documento público. Artigos 149 e 297, § 4º, do Código Penal. Aplicação do princípio da consunção. Violação a normas previdenciárias como meio para consecução do delito fim. Absolvção do delito de falso. Redução da pena definitiva do embargante.

ElfNu 0002028-02.2003.4.03.6115

Desembargador Federal Paulo Fontes 239

Embargos Infringentes. Crime continuado – art. 71 do CP. Conceito de "crimes da mesma espécie". Necessidade de que os delitos perpetrados estejam topograficamente previstos no mesmo dispositivo legal. Impossibilidade de incidência da ficção jurídica da continuidade delitiva entre as infrações penais descritas nos arts. 168-A e 337-A.

ElfNu 0003960-69.2014.4.03.6105

Desembargador Federal Fausto De Sanctis 252

Obtenção de financiamento mediante fraude. Veículo determinado. Artigo 19 da Lei nº 7.492/1986. Materialidade, autoria e dolo comprovados. Condenação mantida. Pena de multa. Proporcionalidade.

ApCrim 0012049-08.2018.4.03.6181

Desembargador Federal Hélio Nogueira 267

Contrabando. Brinquedos contrafeitos. Artigo 334-A, § 1º, IV, do CP. "Emendatio libelli". Artigo 383 do CPP. Artigo 190, I, da Lei nº 9.279/1996.

ApCrim 5002283-06.2019.4.03.6181

Desembargador Federal Ali Mazloum 274

Tentativa de saque de recursos do FGTS de terceiro mediante uso de cédula de identidade falsa. Art. 171, § 3º, c/c art. 14, II, do CP. Art. 304 c/c art. 297 do CP. Concurso material. Maus antecedentes. Reincidência. Inaplicabilidade da Súmula nº 269 do STJ. Regime fechado.

ApCrim 5000766-53.2022.4.03.6118

Desembargador Federal José Lunardelli 282

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

Embargos de Declaração. Aposentadoria especial. Requisitos preenchidos. Embargos acolhidos, com efeitos infringentes.

EDcl ApCiv 0000441-66.2012.4.03.6102

Desembargadora Federal Inês Virgínia 293

Desaposentação. Devolução de valores. Tutela antecipada posteriormente revogada. Tema nº 692/STJ.

ApCiv 0003371-71.2013.4.03.6183

Desembargador Federal Herbert de Bruyn 300

Aposentadoria por idade híbrida. Carência cumprida. Agravo Interno. Decisão monocrática. Art. 932, IV e V, c/c art. 927, ambos do CPC. Benefício devido.

Ag ApCiv 0025683-34.2016.4.03.9999

Juiz Federal Convocado Nilson Lopes 307

Aposentadoria por tempo de contribuição. Atividade especial. Dragista e encarregado de draga. Ruído. Agentes químicos. Enquadramento. Requisitos preenchidos.

ApCiv 5004113-44.2019.4.03.6104

Desembargadora Federal Daldice Santana 314

Aposentadoria por tempo de contribuição integral. Atividade especial. Médica. Trabalhos na CTPS. Conversão em tempo comum. RMI. Art. 29-C da Lei nº 8.213/1991.

ApCiv 5003018-45.2020.4.03.6103

Desembargador Federal Baptista Pereira 327

Recurso Inominado Cível. Turma Recursal do JEF/SP. Salário-maternidade a adotante.

5010971-77.2021.4.03.6183

Juiz Federal Douglas Camarinha Gonzales 339

Atividade especial. Trabalhador da agropecuária: ausência de especialidade. Não implementação dos requisitos.

ApCiv 5003029-89.2021.4.03.9999

Juiz Federal Convocado Denilson Branco 346

Pensão por morte. Óbito em 2019. Cônjuge. Dependência econômica presumida. Qualidade de segurado. Aplicação do artigo 15, § 1º, da Lei nº 8.213/1991. Comprovação de 120 contribuições ininterruptas. Prorrogação do período de graça. Direito adquirido. Concessão do benefício.

ApCiv 5005625-91.2021.4.03.6104

Desembargador Federal Gilberto Jordan 362

Reconhecimento de tempo de serviço rural. Início de prova material. Prova testemunhal. Inovação no pedido recursal.

ApCiv 5131496-86.2021.4.03.9999

Desembargadora Federal Therezinha Cazerta 370

Auxílio-reclusão. Trabalhador rural. Qualidade de segurado de baixa renda. Prescrição contra o absolutamente incapaz.

ApCiv 5068227-39.2022.4.03.9999

Desembargadora Federal Leila Paiva 381

Salário-maternidade. Segurada demitida sem justa causa durante o período de estabilidade. Responsabilidade pelo pagamento. Benefício de natureza previdenciária. Compensação pelo empregador. Devido o pagamento pelo INSS de forma direta.

ApCiv 5000574-83.2023.4.03.9999

Desembargador Federal Nelson Porfírio 399

Pensão por morte. Indígena. Companheiro. União estável. Comprovação. Termo inicial. Consectários legais. Implantação imediata do benefício.

ApCiv 5000912-57.2023.4.03.9999

Desembargador Federal Sérgio Nascimento 403

Pensão por morte. Dependência econômica comprovada em relação à genitora falecida. Conjunto probatório suficiente. Requisitos preenchidos. Cessação do benefício LOAS.

ApCiv 5001727-54.2023.4.03.9999

Desembargador Federal Marcelo Vieira 408

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Agravo Interno. Indeferimento de pedido de modulação dos efeitos da decisão proferida pelo STF nos autos do RE nº 1.072.485/PR, vinculado ao tema nº 985 de repercussão geral. Princípio da aplicação imediata (art. 1.040 do CPC). Impossibilidade de manutenção do sobrestamento.

Ag ApelRemNec 0009050-10.2013.4.03.6100

Desembargador Federal Antonio Cedenho 419

Embargos Declaração. Reanálise determinada pelo STJ. Revisão. Matéria de fato nova. Interesse processual. Termo inicial dos efeitos financeiros. Inexistência de alegação nas ações subjacente e rescisória. Princípio da congruência. Intangibilidade da coisa julgada recurso parcialmente provido. Acréscimo de fundamentação.

EDcl AR 5033445-98.2020.4.03.0000

Desembargador Federal Carlos Delgado 423

Ação de Adjudicação Compulsória cumulada com imissão na posse. Baixa do gravame hipotecário. Averbação do imóvel no CRI. Garantia real ofertada pela vendedora ao agente financeiro. Outorga do termo de liberação de hipoteca.

ApCiv 5007935-52.2021.4.03.6110

Desembargador Federal Cotrim Guimarães 433

Conflito Negativo de Competência. Medida cautelar preparatória de ação de ressarcimento da autarquia previdenciária contra terceiro que recebeu indevidamente benefício previdenciário. Competência da 1ª Seção desta Corte. Inaplicabilidade da Súmula nº 37 desta Corte.

CCCV 5016776-33.2021.4.03.0000

Desembargador Federal Mairan Maia 439

Competência. Conexão. Tríplex identidade.

AI 5007641-60.2022.4.03.0000

Desembargadora Federal Renata Lotufo 447

Agravo Interno. Mandado de Segurança. Inadequação da via eleita. Ausência de baixa em CTPS. Alegação de continuidade do labor. CNIS. Não demonstração de recolhimento. Necessidade de dilação probatória. Razões recursais não demonstram o desacerto do "decisum".

Ag ApCiv 5009644-63.2022.4.03.6183

Desembargador Federal Toru Yamamoto 450

Execução Fiscal. Redirecionamento. Instauração de incidente de desconconsideração da personalidade jurídica. Desnecessidade. Interposto recurso especial no IRDR 0017610-97.2015.4.03.0000. Efeito suspensivo automático.

AI 5026609-41.2022.4.03.0000

Desembargadora Federal Marli Ferreira 456

Justiça gratuita. Recebimento de valores brutos superiores a R\$ 3.636,00.

AI 5031531-28.2022.4.03.0000

Juiz Federal Convocado Jean Marcos 466

Conflito de Competência. Mandado de Segurança. Propositura no domicílio do impetrante. Opção.

CCCV 5002197-12.2023.4.03.0000

Desembargador Federal David Dantas 471

DIREITO PROCESSUAL PENAL

"Habeas Corpus". Tráfico internacional de drogas. ORCRIM. Prisão preventiva. Prova obtida por meio ilícito. Ausência dos requisitos objetivos do art. 312 do CPP. Ordem concedida.

HCCrim 5006699-49.2022.4.03.6104

Desembargador Federal Maurício Kato 479

Conflito Negativo de Competência. Estelionato. Tentativa. Falsificação de cheque. Local. Último ato de execução.

CJ 5002205-86.2023.4.03.0000

Desembargador Federal André Nekatschalow 497

"Habeas Corpus". ANPP. Confissão formal e circunstanciada da prática da infração penal. Ilegalidade inexistente. Não cabe ao Poder Judiciário fazer qualquer arbitramento quanto ao teor e ao alcance do acordo.

HCCrim 5005171-22.2023.4.03.0000

Desembargador Federal Nino Toldo 502

DIREITO TRIBUTÁRIO

PIS/COFINS. Cruzeiro marítimo com origem e destino em porto estrangeiro. Regime aduaneiro e tributação incidente sobre bens e serviços em território nacional.

ApCiv 0025014-09.2014.4.03.6100

Desembargador Federal Carlos Muta 511

Transporte de carga em regime de trânsito aduaneiro. Roubo. Termo de responsabilidade. Força maior. Responsabilidade objetiva. Causalidade. Ônus probatório.

ApCiv 5000521-91.2016.4.03.6105

Juiz Federal Convocado Renato Becho 519

Imposto de renda. Dedução com despesas odontológicas. Comprovação do serviço com a apresentação de recibos. Glosa fiscal. Impossibilidade.

ApelRemNec 5008692-13.2020.4.03.6100

Desembargador Federal Nery Júnior..... 527

PIS/COFINS e ICMS-ST. Revenda de lubrificantes e filtros. Substituição tributária do ICMS. Regime não cumulativo do PIS/COFINS. Técnica de tributação, mantida a relação tributária. Direito à exclusão. Compensação administrativa. Impossibilidade de vinculação de depósitos judiciais feitos em ação diversa.

ApCiv 5001759-69.2021.4.03.6106

Desembargador Federal Johonsom Di Salvo..... 533

Imposto de renda. Pessoa jurídica. Programa de alimentação do trabalhador. Benefício fiscal. Decreto nº 10.854/2021. Princípio da legalidade. Indevida inovação na ordem legal.

AI 5003067-91.2022.4.03.0000

Desembargador Federal Valdeci dos Santos..... 543

Execução Fiscal. Conselho de fiscalização profissional. Art. 8º da Lei nº 12.514/2011 com alteração pela Lei nº 14.195/2021. Valor mínimo da dívida. Inaplicabilidade às ações ajuizadas anteriormente à sua entrada em vigor. Sobrestamento. Impossibilidade.

AI 5019989-13.2022.4.03.0000

Desembargador Federal André Nabarrete 549

SENTENÇAS

Ação Civil Pública. Demolição de todas as obras edificadas sobre faixa de areia de praia no Saco da Ribeira, em Ubatuba. Regularização patrimonial das ocupações de terrenos de marinha e dos espelhos d'água perante a SPU (União). Emissão das licenças ambientais perante a CETESB (Estado de São Paulo) para o desenvolvimento das atividades potencialmente poluidoras ao meio ambiente (marina e garagem náutica).

0001313-92.2010.4.03.6121

Juiz Federal Gustavo Catunda Mendes 555

Ação de procedimento comum. Requerente do efetivo da Organização Militar de Barueri/SP. Movimentação para Curitiba/PR. Suspensão do desligamento, da ordem de movimentação ou de qualquer outro ato para desocupação do imóvel funcional do Próprio Nacional Residencial (PNR) de Barueri/SP, pelo prazo de 03 (três) meses a contar do parto de sua esposa, bem como que seja devolvido integralmente o prazo de movimentação.

5000548-79.2022.4.03.6100

Juíza Federal Denise Avelar 605

Mandado de Segurança. Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil. Pretensão de inscrição na OAB, mediante a superação de alegados equívocos cometidos pela banca examinadora na correção da prova prática do último concurso de admissão.

5001841-24.2022.4.03.6120

Juiz Federal Márcio Cristiano Ebert 610

Pensão por morte. Bisneto. Menor sob guarda. STF, ADI 4086 e 5083. Interpretação conforme ao § 2º do art. 16 da Lei nº 8.213/1991.

5009339-98.2022.4.03.6306

Juiz Federal José Renato Rodrigues 613

Ação de cobrança contra a União Federal. Portador de neoplasia maligna em estágio avançado. Medicamento de alto custo Nivolumabe, bem como tratamento de imunoterapia. Medicamento aprovado pela ANVISA, mas não disponibilizado pelo SUS em razão de seu preço.

5022912-45.2022.4.03.6100

Juíza Federal Silvia Figueiredo Marques 618

Ação de procedimento comum. Pedido de tutela de urgência. Pleito de declaração de nulidade das Portarias nºs 67/2022 e 17/2023 do MEC. Reajuste do piso nacional do magistério.

5000377-40.2023.4.03.6116

Juiz Federal Caio Cezar Maia de Oliveira 622

Mandado de Segurança. Saque de quantias depositadas junto à conta vinculada do FGTS. Filho portador de moléstia diagnosticada como Transtorno do Espectro Autista (TEA), nível moderado.

5000447-12.2023.4.03.6131

Juiz Federal Mauro Salles Ferreira Leite 626

SÚMULAS

Súmulas do TRF da 3ª Região 633

Súmulas da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região 641



Artigos Doutrinários

As citações e as intimações eletrônicas como forma de evolução na cooperação judiciária nacional



Vanessa Morceli dos Anjos de Marchi

Oficial de Justiça Federal no TRF da 3ª Região – São Paulo/SP. Mestre em Direito, Justiça e Desenvolvimento pelo IDP.

RESUMO: O presente artigo analisa o papel das citações e intimações judiciais realizadas de forma eletrônica, frente ao artigo 67 do Código de Processo Civil. Nesse desiderato, serão apresentadas reflexões sobre a possibilidade de realização, por servidores locais, de citações e intimações eletrônicas de pessoas físicas e jurídicas que estejam fora da área de jurisdição de um determinado tribunal, a fim de ponderar como tal instrumento poderia constituir, mesmo que de forma indireta, importante ferramenta de cooperação jurídica nacional, em substituição à carta precatória, para fins de comunicação de atos processuais, de maneira a colaborar para a concretização do princípio da eficiência, previsto no artigo 8º do Código de Processo Civil.

PALAVRAS-CHAVE: Citação e intimação eletrônica. Carta precatória. Cooperação judiciária nacional. Princípio da eficiência.

ABSTRACT: This article aims to analyze the role of summons and subpoenas carried out electronically per article 67 of the Code of Civil Procedure, which attributes to the Brazilian judiciary power, state or federal, specialized or common, in all instances and degrees of jurisdiction, the duty of reciprocal cooperation, through its judges and civil servants, based on the premise that the execution, by local servants, of summons and electronic subpoenas of individuals and legal entities that are outside the area of jurisdiction of a certain court, could constitute, even if indirectly, an important instrument of national legal cooperation replacing the instrument of the letter rogatory for the purpose of communicating procedural acts, meeting the details specified in the principle of efficiency in the article 8 of the Code of Civil Procedure.

KEYWORDS: Electronic summons. Letters rogatory. National judiciary cooperation. Principle of efficiency.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Da citação e da intimação judicial no processo eletrônico. 3 Das diversas modalidades de citação e a questão da competência territorial. 4 A citação eletrônica e o princípio de eficiência. 5 Cooperação judiciária nacional x cartas precatórias x citação judicial eletrônica. 6 Conclusão. Referências.

1 Introdução

A realização de atos de citação e intimação por intermédio de aplicativos de mensagens ganhou enorme relevância durante da pandemia de COVID-19. Com efeito, o assunto era tratado de forma relativamente tímida pelo Poder Judiciário, fora do âmbito dos Juizados Especiais, onde se prima pela informalidade, mas ganhou enorme relevância nos processos em tramitação nas Varas Fiscais, Cíveis, Previdenciárias, Trabalhistas e até mesmo Criminais.

Decerto, a substituição do processo físico pelo processo eletrônico teve como marco o ano de 2006, com a entrada em vigor da Lei nº 11.419/2006, a qual dispôs sobre a informatização do processo judicial. Apesar de leis anteriores já terem tratado do tema no âmbito dos Juizados Especiais, essa lei pode ser considerada um verdadeiro marco por ter abordado o assunto de forma ampla, chamando a atenção para a real necessidade de novas práticas de trabalho.

Outro grande estímulo à virtualização de atos de comunicação processual veio no ano de 2016, quando entrou em vigor o Código de Processo Civil (CPC), ratificando a possibilidade da prática de atos de comunicação processual por via eletrônica.

Essa modalidade avançou de forma exponencial durante a pandemia de Covid-19, diante da necessidade de não deixar os processos parados e de se evitar o contato pessoal entre servidores da Justiça e cidadãos, ensejando a elaboração de mais dois estímulos normativos com a publicação da Resolução nº 354 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 2020, e com a edição da Lei nº 14.195, em 2021, a qual trouxe modificações ao CPC.

Se a adesão ao formato eletrônico dos processos é algo superado, com 97,2% (noventa e sete ponto dois por cento) dos pleitos chegando à Justiça já em formato eletrônico¹, o formato das citações e intimações não acompanhou a mesma evolução, seguindo ainda, na maioria dos casos, a forma tradicional: via correio ou oficial de justiça, vez que a mudança ainda desperta muitas dúvidas de ordem prática, tendo em vista que a prática de atos processuais ainda está muito atrelada à ideia de competência territorial.

¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório Justiça em Números 2022*, p. 186. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2022.

Nessa perspectiva, certamente, a maior dúvida concerne à possibilidade da realização de citações e intimações de pessoas físicas e jurídicas que estejam fora da competência territorial do tribunal do qual emanou a ordem, por meio de aplicativos de mensagens ou correspondência eletrônica, utilizados por servidores vinculados ao tribunal onde tramita o processo, dispensando-se, assim, a necessidade de emissão de cartas precatórias à comarca ou subseção judiciária da sede da empresa ou do domicílio da pessoa que precisa ser citada ou intimada, quando essa modalidade não foi, inicialmente, requerida na petição inicial, pelo fato de a parte autora não dispor do endereço eletrônico da parte adversa.

De fato, grande parte dos endereços eletrônicos de pessoas físicas e jurídicas, que figuram no polo passivo da demanda, são obtidos pelos oficiais de justiça, quando realizam diligências de forma presencial, isto é, indo até o endereço físico indicado pela parte autora e, assim, obtendo a informação a partir do contato com vizinhos, parentes ou conhecidos, os quais indicam a mudança de endereço do citando/intimando, com o consequente fornecimento, de número de telefone/WhatsApp ou e-mail.

Diante desse contexto, surge o questionamento sobre a possibilidade desses profissionais realizarem atos de citação e intimação de forma remota, em relação a pessoas que não residem mais na comarca ou na subseção judiciária na qual tramita o processo, quando essa informação é obtida *a posteriori* e não por indicação da parte autora.

A resposta a essa pergunta envolve a análise conjunta de regras de competência para a realização de atos de comunicação processual em suas diversas modalidades (eletrônica, correio e oficial de justiça), correlacionando-as com o princípio da eficiência e a essência da cooperação judiciária nacional.

2 Da citação e da intimação judicial no processo judicial eletrônico

A Lei nº 11.419/2006, que dispôs sobre a informatização do processo judicial, tentou atrelar o processo em formato eletrônico às comunicações de atos processuais também eletrônicas, isto é, a ideia era que, tramitando o processo judicial em meio eletrônico, as citações e intimações deveriam também ocorrer de forma eletrônica, adaptando mecanismos tecnológicos de citação e intimação à nova realidade processual que se impunha, consoante disposto no seguinte artigo:

Art. 9º. No processo eletrônico, todas as citações, intimações e notificações, inclusive da Fazenda Pública, serão feitas por meio eletrônico, na forma desta lei.

Entretanto, trata-se de um dispositivo legal de 2006, elaborado em outra realidade histórica, por isso previa a utilização do mecanismo da plataforma de comunicação de atos processuais (portal próprio), ainda não desenvolvida

naquele momento. Não se pensava, à época, em realizar citações e intimações via aplicativos de mensagens, como WhatsApp, Messenger e Direct.

Especificamente sobre as citações, a Lei nº 11.419/2006 exigiu a necessidade de cadastro prévio (art. 5º, *caput*) e o CPC, seguindo essa mesma linha, determinou que a citação ocorresse, preferencialmente, por meio eletrônico, nos endereços eletrônicos indicados pelo citando no banco de dados do Poder Judiciário (art. 246, *caput*). Além disso, o parágrafo 1º desse mesmo artigo determina que as empresas públicas e privadas devem se cadastrar junto ao Poder Judiciário para recebimento de citações e intimações.

Todavia, como a lei não impôs sanção ao não cadastramento, é oportuno ressaltar o conselho do professor Tarcisio Teixeira:

[...] além da modernização do Judiciário, poder-se-ia trabalhar nesse campo: da sensibilização, principalmente, das empresas e entes públicos para se cadastrarem e assim poderem ser citadas digitalmente. A iniciar pelas concessionárias de serviços públicos, como as companhias de telefonia; além de bancos, seguradoras, empresas de planos de saúde etc. Estas são responsáveis por uma grande porcentagem das demandas judiciais. É um tema que não depende necessariamente de modernização, mas de vontade política e sensibilização².

Mesmo essa sensibilização ocorrendo a passos lentos, a evolução tecnológica, impulsionada pela nova realidade trazida pela pandemia de COVID-19, fez com que surgissem novas possibilidades eletrônicas de realização de comunicação de atos processuais, as quais vieram aliar-se à modalidade via plataforma de comunicações processuais (Resolução nº 234/2016, revogada pela Resolução nº 455/2022 do CNJ): a correspondência eletrônica (e-mail), os aplicativos de mensagens e as redes sociais, conforme previsto no parágrafo único do artigo 9º da Resolução nº 354/2020 do CNJ:

Art. 9º. [...]

Parágrafo único. Aquele que requerer a citação ou intimação deverá fornecer, além dos dados de qualificação, os dados necessários para comunicação eletrônica por aplicativos de mensagens, redes sociais e correspondência eletrônica (e-mail), salvo impossibilidade de fazê-lo.

Desse modo, foi normatizada uma nova e ampla realidade, capaz de dar efetividade ao almejado pela Lei nº 11.419, desde o ano de 2006, quando se tentou atrelar o formato eletrônico das citações e intimações judiciais ao processo judicial também eletrônico, de forma a abranger até mesmo pessoas físicas e jurídicas não cadastradas no portal próprio do Poder Judiciário.

A partir dessas novas modalidades, que começaram a ser difundidas na prática processual, muitas dúvidas, que não existiam até então, começaram a surgir.

² TEIXEIRA, Tarcisio. *Direito digital e processo eletrônico*. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 249.

Até então, constituía ponto pacífico que citações e intimações judiciais, se não ocorressem via correio, e tivessem que ser efetivadas via oficial de justiça, o seriam desde que nos limites territoriais da comarca ou seção judiciária, tendo como exceção as comarcas contíguas de fácil comunicação e as situadas na mesma região metropolitana. Nas demais localidades, deveria se atentar para a norma do artigo 236, parágrafo 1º, do CPC, que prevê a expedição de carta para a prática de atos fora dos limites do tribunal, comarca, seção ou subseção judiciárias.

No entanto, diante da grande difusão dessas novas modalidades eletrônicas para as citações e intimações, propõe-se também uma nova realidade menos burocrática e mais eficiente, com a conjugação das modalidades tradicionais de citação e intimação, com as novas modalidades descritas na Resolução nº 354/2020 do CNJ.

3 Das diversas modalidades de citação e a questão da competência territorial

De acordo com o artigo 43 do CPC, a competência é determinada no momento do registro ou da distribuição da petição inicial. Todavia, não é incomum, quando da tentativa de realizar o ato de citação, constatar que a parte figurante no polo passivo da demanda já não reside mais no endereço indicado pela parte autora, mas sim fora dos limites territoriais daquele órgão judiciário.

Considerando que a competência de foro é aquela definida em razão do critério territorial, decorrendo dessa premissa que os atos processuais a serem praticados estarão limitados à sua comarca, subseção ou seção judiciária, bem como que o critério a ser adotado será o do domicílio das partes, do local dos bens ou o do local dos fatos dos quais decorre a causa, é forçoso concluir, conforme ensinamento do Professor Renato Montans de Sá, que “para a prática de atos de comarcas que não sejam contíguas será necessária a expedição de carta precatória”³. Reforçam essa conclusão os artigos 236, parágrafo 1º, e 237, III, ambos do CPC.



Fonte: @papo.de.oficial

³ Sá, Renato Montans de. *Manual de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 242.

No entanto, as regras de competência devem ser analisadas em conjunto com as normas que disciplinam a forma de realização das diversas modalidades de citação, previstas no artigo 246, *caput* e parágrafo 1º, do CPC, e levando-se em conta o princípio da eficiência, assentado no artigo 8º desse mesmo diploma legal.

Nesse aspecto, a Lei nº 14.195/2021 trouxe uma nova redação ao artigo 246 do CPC, adotando a forma eletrônica como “preferencial” para a realização de citações judiciais, seguida das formas postal, oficial de justiça e, em casos específicos, por intermédio do escrivão/chefe da secretaria ou por edital.

Ocorre que, mesmo diante da expedição de um mandado judicial ou de uma carta precatória, a fim de que um oficial de justiça realize o ato de citação ou intimação da parte no endereço indicado no mandado, nos limites territoriais da comarca ou seção judiciária, intercorrências como mudanças de endereços, ou longos períodos de ausência da localidade, ocorrem com relativa frequência.

Nesses casos, como já mencionado, é comum que, nas pesquisas efetuadas em campo pelos oficiais de justiça, esses profissionais tomem conhecimento dos endereços eletrônicos da parte, os quais eram desconhecidos. Assim, a citação judicial que, inicialmente, era prevista para ocorrer de forma presencial, na modalidade indicada no inciso II do parágrafo 1º-A do artigo 246 do CPC, poderá ocorrer de forma híbrida, isto é, via oficial de justiça, mas com esses profissionais lançando mão da tecnologia, por meio de rede social, aplicativos de mensagem ou correspondência eletrônica, conforme se depreende do parágrafo único do artigo 9º da Resolução nº 354/2020 do CNJ, a qual prevê a possibilidade de utilização desses dispositivos para a realização de atos de comunicação processual.

Ademais, o artigo 8º dessa mesma Resolução, esclarece que, nos casos em que for cabível a citação e a intimação pelo correio, pelo oficial de justiça e pelo escrivão ou chefe da secretaria, o ato poderá ser cumprido por meio eletrônico, o que não deixa dúvidas no sentido de que, mesmo diante da expedição de um mandado judicial para que o ato seja realizado pelo oficial de justiça, ele ainda poderá ser praticado de forma eletrônica, caso não haja outro empecilho de ordem legal ou fática.

No entanto, a questão ainda gera controvérsias, diante da informação de que a pessoa, que deveria ser citada em seu domicílio, ou na localidade de sua sede ou filial, tratando-se de pessoa jurídica, não está mais no local indicado, mas sim fora dos limites da jurisdição do órgão jurisdicional do qual emanou a ordem.

Diante dessa informação, obtida no curso do processo, surge o questionamento se o servidor deveria se abster de realizar a comunicação de forma eletrônica, informando o novo endereço físico para que o tribunal, valendo-se do disposto nos artigos 67 a 69 e 237, III, do CPC, que tratam da cooperação judiciária nacional, determinasse a expedição de carta precatória, para o servidor da outra localidade realizar o ato de comunicação de forma

presencial, ou já deveria o próprio servidor do local em que tramita o processo realizar a comunicação de forma eletrônica?

Essa questão merece ser analisada não só sob a ótica do artigo 236, parágrafo 1º, do CPC, que determina a expedição de carta para a prática de atos fora dos limites territoriais do tribunal, comarca, seção ou subseção judiciárias, mas também sob a ótica das normas aplicáveis às citações e intimações eletrônicas.

O artigo 247 do CPC é claro ao dizer que a citação por meio eletrônico ou via correio será realizada para qualquer comarca do país. Portanto, sendo eletrônica a modalidade de citação, é forçoso concluir que não haverá necessidade de expedição de carta precatória, salvo quando a parte autora houver solicitado que a citação ocorra de forma presencial, justificando o pedido.

Entretanto, fica ainda em aberto a questão da aplicação da regra do artigo 247 do CPC, tendo o endereço eletrônico sido obtido *a posteriori* e não desde o momento da propositura da ação. Mesmo nessa situação, a aplicação dessa mesma regra pode ser justificada com base no princípio da eficiência.

Além do mais, o artigo 232 do CPC determina que, nos atos de comunicação por carta precatória, a realização da citação ou da intimação, será imediatamente informada, por meio eletrônico, pelo juiz deprecado, ao juiz deprecante. *Ora, se o meio eletrônico já foi prestigiado para o envio da carta precatória, mais eficiente ainda seria realizar o próprio ato de citação ou de intimação de forma eletrônica, sem a necessidade de emissão da carta para atendimento da mesma finalidade.*

4 A citação eletrônica e o princípio da eficiência

Desde o advento do CPC de 2015, é previsto no artigo 319 que a parte autora indique, na petição inicial, o endereço eletrônico da parte adversa. Mas o autor pode não dispor dessa informação, o que acaba por dificultar a citação judicial de forma eletrônica.

No entanto, mesmo quando não inicialmente prevista essa modalidade citatória, diligências futuras podem trazer ao processo essa informação, juntamente com a notícia de que a parte a ser citada não tem mais o seu domicílio no local indicado na petição inicial, mas sim em endereço situado fora dos limites da jurisdição do juízo no qual tramita o processo.

Nesses casos, a realização da citação de forma eletrônica, ao invés da emissão de carta precatória para a sede do juízo do atual domicílio do citando, a fim de que servidores locais realizem o ato citatório, pode ser defendida também com base no princípio da eficiência, descrito no artigo 8º do CPC, mormente quando se tem em mente que eficiência passa, inclusive, pela gestão processual, vista sob a ótica de se aplicar ao processo técnicas que possibilitem a realização de tarefas processuais de forma mais célere, equitativa e menos dispendiosa.

Nesse sentido, os ensinamentos do professor Eduardo Luiz Cavalcanti Campos:

Para que seja aplicada uma técnica de gestão processual no caso concreto, em especial a chamada gestão autônoma, é necessário que ela torne o processo mais eficiente e que não viole a garantia do contraditório, inclusive na sua dimensão de vedação à decisão surpresa. Esses parâmetros também devem ser observados, guardadas as devidas proporções, na criação de técnicas de gerenciamento interprocessual⁴.

Segundo as lições da professora Fernanda Marinela, a eficiência pode ser traduzida na exigência de que “a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento”⁵. Considerando as atividades processuais desenvolvidas no âmbito do Poder Judiciário, a gestão processual envolve todos os sujeitos que participam do processo: as partes, seus respectivos advogados, o juiz, membro do Ministério Público, peritos, assistentes técnicos, servidores internos e oficiais de justiça. Nesse aspecto, como esses últimos servidores trazem ao processo inúmeras informações concernentes à localização das pessoas que precisam ser citadas ou intimadas, deverão observar a modalidade citatória mais célere e eficiente, dentre as legalmente previstas.

A observância aos ditames decorrentes do princípio da eficiência poderia ser justificada, ainda, nos termos do artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, uma vez que esse dispositivo também se dirige ao Poder Judiciário. Mas, como nesse caso ele deve ser interpretado como norma de Direito administrativo, a norma processual encontra fundamento no artigo 8º do CPC, que impõe ao órgão jurisdicional que se balize pelo princípio da eficiência.

Nessa perspectiva, consoante Fredie Didier Jr., “o princípio repercute sobre a atuação do Poder Judiciário em duas dimensões: administração judiciária e gestão de um determinado processo”⁶. Portanto, além de o conjunto dos órgãos administrativos e servidores que compõem o Poder Judiciário terem que agir de forma eficiente, o processo judicial também deve ser conduzido de forma eficiente. Ainda na linha do mesmo professor:

Essa é a primeira premissa: o princípio da eficiência dirige-se, sobretudo, a orientar o exercício dos poderes de gestão do processo pelo órgão jurisdicional, que deve visar a obtenção de um determinado “estado de coisas”: o processo eficiente⁷.

Sendo assim, reputa-se eficiente a forma de fazer capaz de promover os fins do processo de modo satisfatório em termos de quantidade, qualidade e probabilidade.

⁴ CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. *O princípio da eficiência no processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

⁵ MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011.

⁶ DIDIER JR., Fredie. *Cooperação judiciária nacional*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 45.

⁷ *Ibidem*, p. 47.

No que tange ao fator probabilidade, entendido no sentido de não escolher um meio que promova resultados duvidosos, tem-se que isso não ocorrerá na escolha da forma eletrônica de citação e intimação, desde que sejam adotados os cuidados previstos nas normas que disciplinam essa modalidade de comunicação processual.

Ademais, considerado o fator qualitativo como evitar o meio que produza maiores efeitos negativos em relação ao resultado buscado, *tem-se que o envio de uma carta precatória apenas com a finalidade de citação ou intimação é meio bem mais dispendioso e demorado do que a realização direta do ato de citação ou intimação judicial por via remota.*

Afinal, se a finalidade do ato citatório pode ser atingida com a migração da citação para a forma eletrônica, de modo a evitar meio mais burocrático e dispendioso, como é o caso da emissão de carta precatória para essa mesma finalidade, *pode-se dizer que essa migração atinge os objetivos de uma gestão processual mais eficiente.*

5 Cooperação jurídica nacional x cartas precatórias x citação judicial eletrônica

O artigo 67 do CPC estabelece um verdadeiro parâmetro de conduta a ser adotado por juízes e servidores: o dever de recíproca cooperação entre os órgãos do Poder Judiciário, definida como:

A cooperação judiciária nacional é o complexo de instrumentos e atos jurídicos pelos quais os órgãos judiciários brasileiros podem interagir entre si, com tribunais arbitrais ou órgãos administrativos, com o propósito de colaboração para o processamento e/ou julgamento de casos e, de modo mais genérico, para a própria administração da Justiça, por meio de compartilhamento ou delegação de competências, prática de atos processuais, centralização de processos, produção de prova comum, gestão de processos e de outras técnicas destinadas ao aprimoramento da prestação jurisdicional no Brasil⁸.

Na vigência do CPC de 1973, pode-se dizer que a cooperação entre juízes ocorria basicamente por meio das cartas: precatórias, rogatórias e de ordem. As cartas, portanto, eram consideradas o gênero dos instrumentos de cooperação, tratava-se de um instrumento típico de cooperação. Mas, a Lei nº 9.099/1995 (Juizados Especiais Cíveis e Criminais) estabeleceu forma mais informal e descomplicada de cooperação, com um viés bem mais flexível. Os Juizados Especiais também foram os pioneiros na implementação das intimações judiciais por via eletrônica.

⁸ DIDIER JR., Fredie. *Cooperação judiciária nacional*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

Um novo incentivo veio, em novembro de 2011, quando o CNJ recomendou aos tribunais que adotassem mecanismos de cooperação entre órgãos do Poder Judiciário, o que se tornou norma com o CPC de 2015, disciplinando o tema da cooperação judiciária nacional de forma bem mais ampla, materializando-se de várias formas, sendo as cartas apenas um dos vários instrumentos possíveis.

Mais recentemente, no ano de 2020, o CNJ editou a Resolução nº 350, a qual revogou a Recomendação nº 38/2011, e colocou o tema da cooperação judiciária nacional em um novo parâmetro, muito mais contemporâneo, desburocratizado e ágil, com vistas a seguir tendência de gestão mais inovadora.

Pode-se dizer que a Resolução nº 350/2020 do CNJ juntamente com o CPC de 2015 formam o par normativo concernente à cooperação judiciária nacional. Mas há que se destacar a importância dos regimentos internos dos tribunais, tendo em vista que o artigo 96, I, “a”, da Constituição Federal atribui aos tribunais a competência para elaboração de seus regimentos internos, dispondo sobre o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos.

Em que pese haver vários instrumentos normativos definindo as bases da cooperação judiciária nacional, uma característica marcante desse instituto é a atipicidade, vez que, “além de poder ser solicitada, atendida, delegada e concertada por qualquer forma, a cooperação judiciária pode efetivar-se por qualquer medida”⁹.

Isso demonstra que o CPC seguiu um padrão de flexibilização de normas processuais e, *sendo assim, é forçoso concluir que a adoção de procedimentos práticos mais modernos, tecnológicos e menos formais, dentre os legalmente previstos, é ponto que se impõe não apenas pelo dever geral de cooperação entre juízes e servidores, mas também quando se considera a questão da eficiência processual.*

Considerando que a Resolução nº 350/2020 do CNJ ratificou para as cartas de ordem e precatória o regime previsto no CPC, há que se observar as diretrizes previstas nos artigos 260 ao 268 do CPC. Nesse âmbito, o artigo 263 desse diploma legal prevê que as cartas deverão ser expedidas, preferencialmente, por meio eletrônico.

Todavia, mesmo podendo adotar a forma eletrônica de envio, as cartas ainda constituem um instrumento de cooperação mais complexo e formal, fugindo assim à ideia de desburocratização trazida pelo CNJ e à diretriz de simplicidade que deve nortear o instituto da cooperação judiciária nacional.

Mesmo autores como Leonardo Faria Schenk¹⁰, considerando que deve haver uma primazia no uso das cartas, e mesmo diante da possibilidade de se lançar mão do auxílio direto (art. 69, I, do CPC) ou do ato concertado (art. 69, IV, do CPC), a noção de desburocratização melhor se coaduna com o entendimento do professor Fredie Didier Jr.:

⁹ DIDIER JR., Fredie. *Cooperação judiciária nacional*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 60.

¹⁰ SCHENK, Leonardo Faria. *Cognição sumária* – limites impostos pelo contraditório no processo civil. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 263.

Agora as cartas devem ser vistas apenas como mais um dos instrumentos de cooperação, e não os únicos, como ao tempo do CPC 1973. E mais: devem ser vistas como instrumentos de uso subsidiário [...]¹¹.

Isso reforça a ideia de que, se há a possibilidade de o servidor realizar validamente o ato de citação ou intimação judicial por via eletrônica, de pessoa física ou jurídica, que teve o seu domicílio modificado para fora dos limites da jurisdição do tribunal, comarca, seção ou subseção jurisdicional onde tramita o processo, ele deve optar por essa possibilidade, ao invés de fazer a devolução do mandado judicial de citação ou intimação para que seja expedida uma carta precatória, tendo em vista que essa deve ser considerada uma forma subsidiária de cooperação.

Nesse sentido, até mesmo o auxílio direto ou o ato concertado serão opções de cooperação mais burocráticas, frente à opção de se realizar o ato de comunicação de forma direta, a qual evita a transferência desnecessária de trabalho.

6 Conclusão

A questão que se pretende responder é nova e surge dentro de uma realidade de inovação pela qual passa o Poder Judiciário.

Decerto, a cooperação judiciária nacional, nos moldes como foi apresentada pelo CPC de 2015, com a possibilidade de atos concertados e do auxílio direto, dentre outras alternativas, já foi considerada uma evolução, tendo em vista que, na vigência do CPC de 1973, a cooperação ocorria, basicamente, por meio das cartas precatórias, rogatórias e por delegação de um tribunal a um juízo a ele vinculado, através das cartas de ordem.

Nesse contexto, as novas modalidades de realização de atos de citação e intimação judicial, valendo-se da tecnologia, por intermédio de aplicativos de mensagens, e até redes sociais, foram um passo adiante, na medida em que instituíram, em certas situações comuns na prática processual, como é o caso da mudança de endereço do citando ou intimando para fora dos limites da jurisdição onde o processo esteja em curso, uma nova visão, no sentido de que lançar mão do uso da tecnologia para a concretização de atos de comunicação processual, evidenciando que evitar o pedido de cooperação também é uma forma de cooperar.

Diante dessa constatação, destaca-se o questionamento objeto deste estudo, pertinente à possibilidade de realizar a comunicação de forma eletrônica quando a parte autora não dispunha, inicialmente, do endereço eletrônico da parte adversa, tendo solicitado a citação de forma presencial, via oficial de justiça, sendo o endereço eletrônico obtido *a posteriori*, em diligências realizadas

¹¹ DIDIER JR., Fredie. *Cooperação judiciária nacional*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

no endereço antigo (informado na petição inicial), juntamente com a notícia do novo endereço físico, com sede atual fora dos limites da jurisdição do órgão no qual tramita o processo.

Mesmo nessa situação, a conclusão é que a opção pelo cumprimento da comunicação por meio eletrônico, diretamente pelo servidor da localidade onde tramita o processo, ao invés do envio de carta precatória ou outro ato de cooperação, é algo que se impõe e se justifica, diante do disposto no artigo 247 do CPC, o qual estabelece que a citação por meio eletrônico, ou via correio, serão realizadas para qualquer comarca do país.

Portanto, sendo eletrônica a modalidade de citação, é forçoso concluir que não haverá necessidade de expedição de carta precatória, salvo quando a parte autora houver solicitado que a citação ocorra de forma presencial, justificando o pedido.

Como visto, tal entendimento encontra fundamento, ainda, no princípio da eficiência, uma vez que, se a finalidade do ato citatório pode ser atingida com a migração da citação para a forma eletrônica, de modo a evitar meio mais burocrático e dispendioso, como é o caso da emissão de carta precatória para essa mesma finalidade, pode-se dizer que essa migração atinge os objetivos de uma gestão processual mais eficiente.

Referências

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BARROSO, Darlan. *Manual de direito processual civil*. Vol. 1. Teoria Geral e Processo de Conhecimento. 2. ed. Barueri: Manole, 2007.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório Justiça em Números 2021*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório Justiça em Números 2022*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 234, de 13 de julho de 2016*. Institui o Diário de Justiça Eletrônico Nacional (DJEN), a Plataforma de Comunicações Processuais (Domicílio Eletrônico) e a Plataforma de Editais do Poder Judiciário, para os efeitos da Lei 13.105, de 16 de março de 2015 e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2311>. Acesso em: 20 dez. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 350, de 27 de outubro de 2020*. Estabelece diretrizes e procedimentos sobre a cooperação judiciária nacional entre os órgãos do Poder Judiciário e outras instituições e entidades e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3556>. Acesso em: 19 dez. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 354, de 19 de novembro de 2020*. Dispõe sobre o cumprimento digital de ato processual e ordem judicial e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3579>. Acesso em: 18 dez. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 455, de 27 de abril de 2022*. Institui o Portal de Serviços do Poder Judiciário (PSPJ) na Plataforma Digital do Poder Judiciário (PDPJ-Br), para usuários externos. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4509>. Acesso em: 18 dez. 2022.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 maio 2022.

BRASIL. *Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 31 jan. 2023.

BRASIL. *Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006*. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11419.htm. Acesso em: 18 dez. 2022.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 18 dez. 2022.

CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. *O princípio da eficiência no processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CUNHA JR., Dirley da. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

CUNHA JR., Dirley da; NOVELINO, Marcelo. *Constituição Federal para concursos*. Doutrina, Jurisprudência e questões. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

DIDIER JR., Fredie. *Cooperação judiciária nacional*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 1.

MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEIRELES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

SÁ, Renato Montans de. *Manual de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

SCHENK, Leonardo Faria. *Cognição sumária – limites impostos pelo contraditório no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

TEIXEIRA, Tarcisio. *Direito digital e processo eletrônico*. São Paulo: Saraiva, 2022.

O Instituto Nacional do Seguro Social como *repeat player* nos Juizados Especiais Federais



Ewerton Teixeira Bueno

Juiz Federal Substituto, da Seção Judiciária de São Paulo. Mestrando em Direito Processual pela Universidade de São Paulo. Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto Toledo de Ensino.

RESUMO: Tomando por base a abordagem de Marc Galanter, o presente estudo analisará o comportamento processual estratégico do Instituto Nacional do Seguro Social e o seu impacto na administração da justiça nos Juizados Especiais Federais, cujos autores, via de regra, são pessoas socialmente desfavorecidas. Para tal propósito, adere-se ao pressuposto de que a *expertise* adquirida por essa autarquia como litigante habitual confere-lhe vantagens estratégicas, as quais podem desestabilizar intensamente a balança processual. Diante desse cenário, será ponderado em que medida o Poder Judiciário pode atuar para que o litigante vulnerável tenha acesso a uma experiência minimamente equilibrada no curso do processo judicial.

PALAVRAS-CHAVE: Juizados Especiais Federais. Litigância repetitiva. INSS. Equilíbrio processual.

ABSTRACT: Based on Marc Galanter's approach, this study proposes to analyze the strategic procedural behavior of the Instituto Nacional do Seguro Social and its impact on the administration of justice in Small Federal Courts, whose authors, as a rule, are socially disadvantaged people. For this purpose, it adheres to the budgets that the expertise that this autarchy acquires as a regular litigator gives it strategic advantages that can intensely destabilize the procedural balance. Given this scenario, it was questioned to what extent the Judiciary can act so that the vulnerable litigant has access to a minimally balanced experience in the Judiciary.

KEYWORDS: Small Federal Courts. Mass litigation. INSS. Procedural balance.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A tipologia das partes de Galanter nos Juizados Especiais Federais. 3 Reequilíbrio das assimetrias. 4 Conclusão. Referências.

1 Introdução

Em agosto de 2022, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) instituiu o *Painel dos Grandes Litigantes*¹, uma promissora ferramenta eletrônica que permite identificar de forma acessível os maiores litigantes da Justiça brasileira. Com base em seu banco de dados, esse instrumento é capaz de fornecer subsídios para a implementação de políticas voltadas ao desenvolvimento do acesso à justiça.

É possível constatar, a partir desse expediente – ainda em fase de homologação – que a Administração Pública continua sendo o maior litigante do país, destacando-se, entre os entes federais, o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS)². Embora esse dado não revele circunstancialmente qualquer novidade, torna evidente que a supremacia do INSS como litigante nas Cortes brasileiras não apresentou sinal de declínio na última década³.

As possíveis causas para esse cenário, assim como seu impacto no Judiciário, passam por questões sociais e políticas, as quais não constituem objeto desse trabalho. É importante ressaltar, porém, que a maior parte dessas ações são endereçadas aos Juizados Especiais Federais (JEFs)⁴.

Nesse aspecto, imprescindível assentar que, nos dias atuais, é consenso que o acesso à justiça não se resume ao mero ajuizamento de uma ação, envolvendo também a remoção de barreiras, bem como a implementação de mecanismos que garantam a paridade de condições entre as partes⁵.

Com efeito, ainda que a igualdade seja um ideal a ser perseguido, as características de cada litigante tornam essa missão extremamente difícil, principalmente no que tange às demandas ajuizadas nos JEFs.

Nos JEFs, a grande maioria dos demandantes são pessoas físicas, normalmente inseridas em condições socioeconômicas adversas, que compartilham o fato de possuírem pouca experiência com processos judiciais. Usualmente, tais litigantes buscam o Poder Judiciário como último recurso para a implementação de direitos previdenciários ou assistenciais que foram negados na esfera administrativa, perante o INSS⁶.

¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *DataJud* – base nacional de dados do Poder Judiciário. Disponível em: <https://grandes-litigantes.stg.cloud.cnj.jus.br/>. Acesso em: 15 jan. 2023.

² Tanto no que concerne aos casos pendentes de julgamento, como em relação aos casos novos.

³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *100 maiores litigantes*. Brasília: CNJ, 2012. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/100_maiores_litigantes.pdf. Acesso em: 15 jan. 2023.

⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Diagnóstico dos Juizados Especiais*. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB_LIVRO_JUIZADOS_ESPECIAIS.pdf. Acesso em: 09 jan. 2023.

⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 28.

⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório final Juizados Especiais Federais*. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/05/relatorio-final-juizados-especiais-federais-1.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2023.

No lado oposto dessas lides, situa-se o INSS, maior litigante do Brasil, cuja atuação recorrente em demandas confere a essa autarquia federal e aos seus representantes elevada experiência em sua área de atuação.

Decerto, a participação reiterada em litígios conduz ao acúmulo de conhecimento, permitindo que a parte tome decisões processuais pautadas em razoável previsibilidade. Ademais, o litigante experiente detém uma assimilação mais clara das normas, da jurisprudência, bem como das melhores táticas que podem ser utilizadas, de modo eficaz, perante o Judiciário.

Nesse contexto, de evidente disparidade entre os litigantes nas demandas em trâmite nos JEFs, denota-se de suma importância o estudo publicado na *Law and Society Review*⁷ pelo professor Marc Galanter, em 1974, apresentando as particularidades dos diferentes tipos de demandantes, cujas principais premissas serão abordadas a seguir⁸.

2 A tipologia das partes de Galanter nos Juizados Especiais Federais

Sob uma perspectiva eminentemente sociológica, Marc Galanter desenvolveu uma teoria em que classifica os diferentes tipos de litigantes a partir de sua maior ou menor presença em processos judiciais. E, conforme a sua categorização, há duas espécies de demandantes, os habituais (*repeat players*) e os eventuais (*one-shotters*)⁹.

Os *repeat players* são os litigantes que detêm reiterada participação em contendas judiciais (como autor ou réu), adquirindo relevante *expertise*, decorrente de sua atuação em juízo¹⁰.

Segundo o estudo de Galanter, o litigante habitual, graças à sua vivência processual, angaria maior previsibilidade sobre o que normalmente acontece a partir de determinados fatos, construindo condições favoráveis para tomada de decisões racionais e mais eficazes.

⁷ GALANTER, Marc. Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change. *Law and Society Review*, v. 9, n. 1, 1974. Disponível em: <https://lawforlife.org.uk/wp-content/uploads/2013/05/whythehavescomeoutahead-33.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2023.

⁸ Para os fins desse estudo, considerou-se desnecessário declinar todas as definições apontadas por Galanter em seu trabalho. Assim, os esforços serão concentrados nos aspectos teóricos aplicáveis aos demandantes dos JEFs.

⁹ De acordo com Galanter, essas espécies de demandantes não são opostas, mas representam extremidades de uma unidade. GALANTER, Marc. Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change. *Law and Society Review*, v. 9, n. 1, 1974, p. 14. Disponível em: <https://lawforlife.org.uk/wp-content/uploads/2013/05/whythehavescomeoutahead-33.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2023.

¹⁰ *Ibidem*, p. 5.



Fonte: www.gov.br

No âmbito dos JEFs, o INSS destaca-se como sendo o principal litigante habitual¹¹, cuja postura estratégica têm diversas consequências para a administração da justiça nos JEFs.

Em parte significativa dos casos, a atuação do INSS inviabiliza a realização de acordos na fase inicial do processo¹². Contando com o tempo a seu favor, a autarquia previdenciária exime-se de fixar acordos antes do término da instrução processual. É que, após esse estágio, valendo-se de sua experiência, o procurador federal é capaz de projetar quais são as reais chances de êxito de cada uma das partes. Desse modo, encerrada a instrução, o INSS continua litigando se o cenário lhe parecer favorável, propondo acordos tão somente se a probabilidade de sucesso do autor for elevada. E, mesmo assim, via de regra, as minutas preveem perdas consideráveis para a parte contrária.

Os litigantes habituais podem, ainda, estabelecer prognoses para adoção de estratégias que maximizem os seus ganhos globais, mesmo quando isso acarrete perdas em determinados contextos¹³. Assim, se a adesão à determinada postura contiver potencialidade de influenciar favoravelmente decisões futuras, a aposta, ainda que alta, poderá valer à pena. E, a despeito disso, o seu risco tende a ser diluído pela sua participação recorrente em grande número de casos¹⁴.

¹¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Juizados Especiais Federais*: sumário executivo. Brasília: CNJ, 2022, p. 14. Disponível em: www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/05/sumario-executivo-juizados-especiais-federais-260522.pdf. Acesso em: 02 mar. 2023

¹² CPC, art. 334: “Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência”.

¹³ Corroborando com isso, interessante estudo realizado recentemente por Ananda Palazzin de Almeida demonstrou que o INSS, na tentativa para emplacar a tese da necessidade de prévio requerimento administrativo para caracterização do interesse processual em demandas previdenciárias, passou a defender-se apenas com base nessa questão preliminar, deixando de contestar as ações em seu mérito. Diante disso, assumiu o grave risco de sucumbir em certos casos, para que, com o passar do tempo, pudesse ser vitorioso em sua tese preliminar. ALMEIDA, Ananda Palazzin de. A atuação do INSS como litigante habitual no recurso extraordinário nº 631.240. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, 2020, p. 22-24. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/45953>. Acesso em: 10 jan. 2023.

¹⁴ GALANTER, Marc. Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change. *Law and Society Review*, v. 9, n. 1, 1974, p. 5-6. Disponível em: <https://lawforlife.org.uk/wp-content/uploads/2013/05/whythehavescomeoutahead-33.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2023.

Há, por outro lado, demandantes cujo perfil é caracterizado pela reduzida experiência com litígios judiciais. Esses sujeitos processuais, também conhecidos como litigantes eventuais (*one-shotters*), apenas acidentalmente compõem relações processuais. Com estratégias menos sofisticadas, visam obter resultados tangíveis e a curto prazo¹⁵.

De fato, pessoas que iniciam ações judiciais nos JEFs (em regra, *one-shotters*) não têm a intenção de utilizar o processo como uma forma de investimento de risco. Considerando, sobretudo, a natureza das ações ajuizadas¹⁶, os demandantes buscam acesso a direitos sociais indispensáveis ao seu mínimo existencial. Dessa maneira, é razoável supor que, para eles, pouco importa a orientação jurisprudencial que prevalecerá após o julgamento de seu processo¹⁷. Provavelmente, aos olhos de quem vive perto ou abaixo da linha da pobreza, seria inócua a sua adesão a táticas destinadas à percepção de benefícios eventuais em litígios futuros.

Além disso, existem circunstâncias de caráter institucional que conferem vantagens específicas aos litigantes com mais recursos.

Com efeito, a sobrecarga de trabalho e acúmulo de processos no Poder Judiciário acabam beneficiando o demandante que possui capacidade para melhor gerenciar os efeitos do tempo do processo¹⁸.

Sendo assim, como o Procurador Federal não detém relação pessoal e direta com o objeto litigioso, é razoável supor que pouco lhe importa a maior ou menor duração de um determinado processo. Em sentido oposto, porém, aquele que litiga em face do INSS busca a adjudicação de um direito essencial à sua vida, tratando-se de verdadeira corrida contra o tempo¹⁹. Por isso, em alguns casos, tais litigantes firmam acordos de questionável justiça para tentar se esquivar dos prejuízos causados pela demora do processo²⁰.

¹⁵ *Ibidem*, p. 8.

¹⁶ A grande maioria das demandas propostas nos JEFs são relacionadas a direitos previdenciários e assistenciais. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2022*. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf. Acesso em: 02 jan. 2023.

¹⁷ Consoante Galanter, “Because his stakes in the immediate outcome are high and because by definition OS is unconcerned with the outcome of similar litigation in the future, OS will have little interest in that element of the outcome which might influence the disposition of the decision-maker next time around”. GALANTER, Marc. Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change. *Law and Society Review*, v. 9, n. 1, 1974, p. 7. Disponível em: <https://lawforlife.org.uk/wp-content/uploads/2013/05/whythehavescomeoutahead-33.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2023.

¹⁸ *Ibidem*, p. 28-29.

¹⁹ Não é incomum casos em que a parte autora falece enquanto aguarda o desfecho do seu processo.

²⁰ “In several ways overload creates pressures on claimants to settle rather than to adjudicate: (a) by causing delay (thereby discounting the value of recovery); (b) by raising costs (of keeping the case alive); (c) by inducing institutional incumbents to place a high value on clearing dockets, discouraging full-dress adjudication in favor of bargaining, stereotyping and routine processing”. GALANTER, Marc. Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change. *Law and Society Review*, v. 9, n. 1, 1974, p. 29. Disponível em: <https://lawforlife.org.uk/wp-content/uploads/2013/05/whythehavescomeoutahead-33.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2023.

Ademais, outra especificidade que pode desequilibrar a balança processual é a discrepância entre a qualificação jurídica dos profissionais que defendem os interesses de cada uma das partes.

Hoje em dia, um profissional jurídico bem capacitado pode ser a chave para que os direitos de uma pessoa sejam reconhecidos judicialmente. Interpretando a legislação e a jurisprudência adequadamente, formulando estratégias eficientes, empregando argumentos coerentes, o advogado pode atuar decisivamente para que o seu cliente obtenha o melhor resultado possível dentro das regras do jogo²¹.

Por outro lado, a ausência de orientação efetiva e um suporte técnico desqualificado podem reduzir severamente as chances êxito no processo. Sob essa perspectiva, é forçoso reconhecer que a natureza e características da prestação jurídica interferem na capacidade de captar proveitos do sistema normativo.

Embora estudo empírico seja imprescindível para definir esse ponto – e não faltará quem manifeste legítimo interesse em investigar essa hipótese –, parece que, comumente, os patrocinadores dos litigantes ocasionais nos JEFs são oriundos de classes econômicas intermediárias, compondo o baixo escalão da profissão. Acredita-se que a sua especialização jurídica seja, notadamente, inferior se comparada com a dos procuradores do INSS²².

Nesse contexto, enquanto estes formam relacionamentos duradouros e contínuos com a autarquia, aqueles estabelecem vínculos episódicos e eventuais com os seus clientes. Em relações dessa natureza²³, a preocupação do advogado

²¹ Segundo Galanter, “We might assume that RPs (tending to be larger units) who can buy legal services more steadily, in larger quantities, in bulk (by retainer) and at higher rates, would get services of better quality. They would have better information (especially where restrictions on information about legal services are present). Not only would the RP get more talent to begin with, but he would on the whole get greater continuity, better record-keeping, more anticipatory or preventive work, more experience and specialized skill in pertinent areas, and more control over counsel”. GALANTER, Marc. Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change. *Law and Society Review*, v. 9, n. 1, 1974, p. 22. Disponível em: <https://lawforlife.org.uk/wp-content/uploads/2013/05/whythehavescomeoutahead-33.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2023.

²² Galanter esclarece que “Most specializations cater to the needs of particular kinds of RPs. Those specialists who service OSs have some distinctive features: First, they tend to make up the lower echelons of the legal profession. Compared to the lawyers who provide services to RPs, lawyers in these specialties tend to be drawn from lower socioeconomic origins, to have attended local, proprietary or part-time law schools, to practice alone rather than in large firms, and to possess low prestige within the profession. (Of course the correlation is far from perfect; some lawyers who represent OSs do not have these characteristics and some representing RPs do. However, on the whole the difference in professional standing is massive)”. GALANTER, Marc. Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change. *Law and Society Review*, v. 9, n. 1, 1974, p. 24. Disponível em: <https://lawforlife.org.uk/wp-content/uploads/2013/05/whythehavescomeoutahead-33.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2023.

²³ Normalmente, a remuneração do advogado que atua nos JEFs está atrelada ao êxito que o seu cliente obtém na demanda. Observou-se, a propósito, que “os escritórios de advocacia de massa conseguem oferecer formas de cobrança bastante atraentes, por vezes vinculadas ao êxito da demanda, de tal sorte que o cliente só terá de arcar com os honorários caso obtenha algum proveito econômico com a sua demanda. Havendo gratuidade processual, o ajuizamento representa para o segurado somente um possível ganho, não implicando quaisquer ônus com a contratação de advogado ou com despesas

com quantidade de ações propostas se sobrepõe à qualidade dos serviços oferecidos. Isso, normalmente, conduz à produção de peças patronizadas, com pouco espaço para a inovação ou criação de teses.

Como consequência, é possível observar, no segmento previdenciário²⁴, a adoção de métodos de trabalho consistentes na distribuição sistemática de petições praticamente idênticas, com reduzida, às vezes nenhuma, consideração pelas particularidades do caso concreto²⁵. Não raro, tais processos são mal instruídos e não apresentam adequadamente a causa de pedir e pedido, limitando o objeto de cognição judicial²⁶. Esse acesso meramente formal à Justiça detém potencial altamente nocivo, tornando-se terreno fértil para o florescimento de decisões injustas.

Em contrapartida, a representação judicial do INSS compete à Procuradoria Federal Especializada, que integra a Advocacia Geral da União²⁷. Seu quadro de advogados conta com servidores públicos de reconhecida *expertise*, selecionados mediante concursos públicos de provas e títulos. O êxito no certame confere aos aprovados uma série de benefícios, além da estabilidade e da possibilidade de trabalho remoto²⁸, a remuneração dos procuradores federais chega a montantes consideráveis²⁹. Em acréscimo, esses profissionais lograram obter um relevante privilégio remuneratório: o direito à percepção de honorários advocatícios. Diante disso, os subsídios dos advogados autárquicos podem atingir o teto funcionalismo público³⁰. Supõe-se que essa gama de vantagens contribui (ou, no mínimo, deveria contribuir) para a qualidade dos serviços prestados.

processuais”. GABBAY, Daniela; GROSS CUNHA, Luciana. *Litigiosidade e morosidade e litigância repetitiva do judiciário* - uma análise empírica. São Paulo: Saraiva, 2012.

²⁴ “Reservado o papel dos escritórios menores e mais antigos que ainda atuam nessa área, há um crescente segmento de escritórios grandes que focam sua atuação em uma advocacia contenciosa massiva no âmbito previdenciário, que operam, dentre outras frentes, por meio da reprodução de teses jurídicas. Esses escritórios são vistos como os maiores responsáveis pelo ingresso de demandas consideradas repetitivas no âmbito previdenciário”. *Ibidem*.

²⁵ “Third, the episodic and isolated nature of the relationship with particular OS clients tends to elicit a stereotyped and uncreative brand of legal services. Carlin and Howard (1965:385) observe that: The quality of service rendered poorer clients is ... affected by the nonrepeating character of the matters they typically bring to lawyers (such as divorce, criminal, personal injury): this combined with the small fees encourages a mass processing of cases. As a result, only a limited amount of time and interest is usually expended on any one case—there is little or no incentive to treat it except as an isolated piece of legal business. Moreover, there is ordinarily no desire to go much beyond the case as the client presents it, and such cases are only accepted when there is a clear-cut cause of action; i.e., when they fit into convenient legal categories and promise a fairly certain return”. GALANTER, Marc. Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change. *Law and Society Review*, v. 9, n. 1, 1974, p. 25. Disponível em: <https://lawforlife.org.uk/wp-content/uploads/2013/05/whythehavescomeoutahead-33.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2023.

²⁶ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 3. ed. São Paulo: DPJ, 2005.

²⁷ Decreto nº 10.995, de 14 de março de 2022.

²⁸ Portaria Normativa AGU nº 3/2021, de 28 de janeiro de 2021.

²⁹ No total de R\$ 27.303,70 (Lei nº 13.327, de 29 de julho de 2016).

³⁰ Fixado em R\$ R\$ 41.650,92, a partir de abril de 2023 (art. 1º, I, da Lei nº 14.520, de 9 de janeiro de 2023).

3 Reequilíbrio das assimetrias

Em teoria, uma decisão judicial deveria depender apenas dos argumentos jurídicos e das provas apresentadas pelas partes, mas as assimetrias processuais, como reflexo das disparidades sociais, podem ter relevantes impactos no resultado de um processo³¹.

Foi possível perceber que as características do INSS, como principal litigante habitual dos JEFs, conduzem a uma situação de cristalina superioridade dessa autarquia, quando em perspectiva com os litigantes eventuais.



Fonte: www.freepik.com

Por óbvio, não são valores juridicamente relevantes que justificam essas assimetrias, mas questões conjunturais de cunho econômico-social. Assim, o sistema deve trabalhar para a equalização progressiva desses contrastes.

Nesse âmbito, Galanter traça possíveis estratégias para redistribuição das forças entre os litigantes, visando, basicamente, a concessão de vantagens aos demandantes eventuais³². Para o objeto deste trabalho, porém, os esforços serão concentrados nas possibilidades de atuação judicial.

É pacífico que o juiz não pode compactuar com disparidades processuais que ofendam os ideais do Estado Democrático de Direito³³. Isso significa que, na condução do processo, o magistrado deve levar em consideração a realidade social dos demandantes que recorrem ao Judiciário, especialmente, quando se tratar de pessoas com poucos recursos e reduzida experiência com demandas judiciais.

Sem dúvida, até mesmo a mera aplicação de normas aparentemente neutras pode trazer graves consequências à parte hipossuficiente. Isso pode ocorrer por uma série de fatores, incluindo a falta de representação dos grupos

³¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 15.

³² Segundo Galanter, "Our categorization of four layers of advantage (Figure 3) suggests a typology of strategies for reform (taken here to mean equalization conferring relative advantage on those who did not enjoy it before). We then come to four types of equalizing reform: (1) rule-change (2) improvement in institutional facilities (3) improvement of legal services in quantity and quality (4) improvement of strategic position of have-not parties". GALANTER, Marc. Why the "haves" come out ahead: speculations on the limits of legal change. *Law and Society Review*, v. 9, n. 1, 1974, p. 45. Disponível em: <https://lawforlife.org.uk/wp-content/uploads/2013/05/whythehavescomeoutahead-33.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2023.

³³ Aliás, o artigo 139, I, do CPC determina que o juiz deve assegurar às partes igualdade de tratamento.

afetados no processo de criação da regra, ou mesmo porque a norma foi criada com o objetivo de proteger os interesses de certos grupos em detrimento de outros.

A título de ilustração, o artigo 51, § 1º, da Lei nº 9.099/1995 dispensa a intimação das partes para a extinção do processo. Assim, se por qualquer motivo, o autor não comparecer à audiência de conciliação ou de instrução³⁴, seu processo será extinto, sem que lhe seja concedida a possibilidade de apresentar justificativa.

Não se pode ignorar, porém, que o descumprimento de ônus processuais por vulneráveis pode ocorrer por déficits de diversas ordens, como informação deficiente, dificuldade de compreensão, ausência de acesso à internet³⁵ e, até mesmo, falta de dinheiro para a sua locomoção ao fórum³⁶.

Por tais razões, não se pode aquiescer com o Enunciado nº 176 do Fórum Nacional dos JEFs³⁷, que defende a extinção do processo sem a intimação da parte, na medida em que essa proposição desconsidera o contexto social desafiador de boa parcela dos litigantes.

Por conseguinte, a despeito da previsão legal, espera-se que o magistrado conceda prazo razoável para que a parte hipossuficiente tenha a oportunidade de apresentar justificativas, bem como sanar eventuais vícios formais, antes de extinguir o processo.

Sem embargo, exegeses que estabeleçam diferenciações não decorrentes de lei pressupõem a demonstração de seu embasamento empírico e jurídico para a sua aplicação racional e validade constitucional³⁸. Com isso, interpretações análogas devem restringir-se aos litigantes eventuais vulneráveis³⁹.

³⁴ Lei nº 9.099/1995, art. 51: "Extingue-se o processo, além dos casos previstos em lei: I - quando o autor deixar de comparecer a qualquer das audiências do processo".

³⁵ Pesquisa realizado pela PwC Brasil revela que menos de um terço da população tem acesso pleno à internet, e que as pessoas das classes C, D e E acham-se sem conexão durante quase metade do mês. PWC. O abismo digital no Brasil. *Pricewaterhouse Coopers Brasil* [s.d.]. Disponível em: <https://www.pwc.com.br/pt/estudos/preocupacoes-ceos/mais-temas/2022/o-abismo-digital-no-brasil.html>. Acesso em: 08 mar. 2023.

³⁶ Estudo do IPEA apontou que a tarifa do transporte público muito elevada pode gerar exclusão e imobilidade para a população mais pobre. MEKARI, Danilo. Aumento da tarifa do transporte público gera imobilidade e exclusão social nas cidades brasileiras. *Portal do Aprendiz*, 20 jan. 2016. Disponível em <https://portal.aprendiz.uol.com.br/2016/01/20/aumento-da-tarifa-transporte-publico-gera-imobilidade-e-exclusao-social-nas-cidades-brasileiras/>. Acesso em: 01 fev. 2023.

³⁷ O Enunciado nº 176 do Fórum Nacional dos JEFs prescreve que a previsão contida no artigo 51, § 1º, da Lei nº 9.099/1995 afasta a aplicação do artigo 317 do CPC/2015. E o artigo 317 do CPC determina que "antes de proferir decisão sem resolução de mérito, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício".

³⁸ "Essa fórmula distingue-se da norma de tratamento igual expressa em na medida em que exige uma fundamentação procedente para o dever de tratamento desigual, enquanto, de acordo com a norma de tratamento igual, para o dever de tratamento igual basta que não seja possível uma fundamentação da permissão (admissibilidade) de uma discriminação. É exatamente nessa assimetria que reside o ônus argumentativo em favor do tratamento igual. A assimetria entre a norma de tratamento igual e a norma de tratamento desigual tem como consequência a possibilidade de compreender o enunciado geral de igualdade como um princípio da igualdade, que *prima facie* exige um tratamento igual e que permite um tratamento desigual apenas se isso for justificado por

Sob outra perspectiva, considerando que INSS detém uma ampla estrutura, experiência e capital humano qualificado, deve responder integralmente pelos ônus decorrentes de sua estratégia processual.

Em sua atuação na seara previdenciária, além de reiteradamente abster-se de participar de audiências, é comum que essa autarquia federal apresente contestações genéricas, sem análises circunstanciais dos casos concretos. Nessas situações, opta por inaugurar a sua defesa efetiva apenas em segunda instância.



Fonte: www.gov.br

Isso não ocorre por acaso. Capitalizando esse procedimento como uma vantagem estratégica, o INSS pode concentrar sua atuação jurídica em demandas que, aos seus olhos, são mais relevantes. Economizando recursos e tempo, essa participação seletiva permite que a autarquia se manifeste de forma mais eficiente em ações específicas, seja buscando a reversão de uma decisão desfavorável ou intervindo para a formação de um precedente que atenda aos seus interesses.

Essa forma de litigar, entretanto, vem acompanhada de consequências. O Código de Processo Civil reputa preclusas as matérias não arguidas tempestivamente⁴⁰. Não se discute que os efeitos materiais da revelia não incidem em demandas em que se questionam direitos indisponíveis (CPC, art. 342, II). Mesmo assim, o Poder Público submete-se ao sistema de preclusões, consequentemente, qualquer alegação após a contestação está restrita às exceções previstas no artigo 342 do Código de Processo Civil⁴¹. Do mesmo modo, questões não arguidas em audiência de instrução, não podem ser deduzidas em segunda instância.

Flexibilizar a norma processual, permitindo que o *repeat player* suscite, posteriormente, teses não levantadas em momento oportuno, certamente,

princípios contrapostos”. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 408.

³⁹ Segundo Tartuce, vulnerabilidade processual é a suscetibilidade do litigante que o impede de praticar atos processuais em razão de uma limitação pessoal involuntária, que pode decorrer de fatores de saúde e/ou de ordem econômica, informacional, técnica ou organizacional de caráter permanente ou provisório. TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e vulnerabilidade no processo civil*. São Paulo: Forense, 2012, p. 184.

⁴⁰ CPC, art. 342: “Depois da contestação, só é lícito ao réu deduzir novas alegações quando: I - relativas a direito ou a fato superveniente; II - competir ao juiz conhecer delas de ofício; III - por expressa autorização legal, puderem ser formuladas em qualquer tempo e grau de jurisdição”.

⁴¹ Segundo Dinamarco, “o artigo 302 do Código de Processo Civil (atual 341) dá por ineficazes as inconvenientes e às vezes maliciosas contestações por negação geral, consistentes em dizer simplesmente que os fatos não se passaram conforme descritos na inicial, mas sem esclarecer por que os nega, nem como, na versão do réu, os fatos teriam acontecido”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. V. III. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 464.

aprofundaria as desigualdades processuais, em descompasso com os ideais de justiça.

Ademais, a realização da justiça exige que o Judiciário vele pelo equilíbrio entre as partes durante todo trâmite processual⁴², inclusive na homologação de acordos. É certo que o estímulo à conciliação é obrigação de todos os operadores do Direito. Também é fato que o magistrado não pode interferir ou modificar o conteúdo de transações judiciais. Contudo, uma negociação minimamente justa pressupõe que nenhuma das partes logre vantagem excessiva sobre a outra. Consequentemente, a validade de um acordo depende da igualdade de condições entre os envolvidos na negociação, o que inclui equilíbrio de informação, conhecimento técnico, organização e poder econômico.

Se a proposta de acordo apresentada pelo INSS representar uma manifesta injustiça, o juiz deve rejeitá-la, assegurando que a lei seja aplicada de forma justa e coerente, protegendo os direitos fundamentais da parte vulnerável⁴³. Com efeito, a imparcialidade não pode ser confundida com indiferença ou neutralidade diante dos fatos.

4 Conclusão

O Brasil é um país socialmente injusto – e isso é inequívoco⁴⁴. Essa desigualdade, naturalmente, reverbera em todas as esferas da coletividade, nos setores públicos e privados, ensejando diversos impactos na vida dos brasileiros, desde a saúde, a educação, os serviços básicos, refletindo também no acesso à justiça⁴⁵.

⁴² CPC, art. 139: “O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: I - assegurar às partes igualdade de tratamento”.

⁴³ Ressalte-se que fato de a parte possuir advogado constituído não altera essa assertiva, uma vez que os interesses nem sempre se identificam “largest [personal injury] claims an attorney loses money by thoroughly preparing a case and not settling it early”. GALANTER, Marc. Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change. *Law and Society Review*, v. 9, n. 1, 1974, p. 26. Disponível em: <https://lawforlife.org.uk/wp-content/uploads/2013/05/whythehavescomeoutahead-33.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2023.

⁴⁴ “O Brasil continua sendo o nono país mais desigual do mundo, quando se trata de distribuição de renda dos cidadãos, e ao longo do tempo a situação vem piorando. É o que aponta a Síntese de Indicadores Sociais, divulgada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e com base nos parâmetros do Banco Mundial (Bird). Em 2019, a extrema pobreza se agravou em relação a 2012: nos últimos sete anos, a quantidade de pessoas que estão na miséria passou de 6,5% da população para 13,5%. Isso significa que o total dos extremamente pobres eram 13,6 milhões de pessoas. Os pretos e pardos, principalmente as mulheres, são os mais afetados”. BATISTA, Vera. IBGE: Brasil continua sendo 9º país mais desigual do mundo. *Estado de Minas – Economia*. Minas Gerais, 12 nov. 2020. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2020/11/12/internas_economia,1204108/ibge-brasil-continua-sendo-9-pais-mais-desigual-do-mundo.shtml. Acesso em: 08 mar. 2023.

⁴⁵ Segundo Rebecca Sandefur, “experiences thus reflect the distribution of resources, such as money, information, and useful social Differences in civil justice connections, and of the estimated costs of taking particular courses of action, such as the money at stake in a dispute, lawyers’ fees, or relationships that may be disrupted by open conflict”. SANDEFUR, Rebecca. Access to civil justice and

Nesse quadrante, a classificação de Galanter facilita a compreensão dos efeitos das desigualdades no sistema de justiça. Especificamente nos JEFs, permite identificar as vantagens estratégicas que o INSS detém e evidencia o seu impacto no equilíbrio processual.

É possível questionar, a partir desse cenário, se os JEFs estão realmente conseguindo cumprir a sua missão de promoção igualitária do acesso à justiça.

Deveras, não basta que o acesso seja exclusivamente formal, é essencial que as barreiras sejam removidas, de modo que a experiência em juízo seja isonômica, tempestiva e mais democrática⁴⁶.

Por essa razão, é essencial que o membro do Judiciário esteja atento à realidade subjacente aos autos e evite tomar decisões que possam restringir, indevidamente, a participação equânime dos demandantes vulneráveis no processo.

Decerto, embora a importância de sua atuação seja indiscutível, o juiz não detém capacidade institucional⁴⁷ para resolver de forma isolada a questão da disparidade judicial. Roga-se, contudo, que o magistrado, ciente dos desafios sociais, oriente a sua atuação para que o processo não constitua um mero instrumento a serviço da preservação de assimetrias em desfavor da parte mais fraca.

race, class, and gender inequality. *Annual Review online of Sociology*, California, v. 34, ago. 2008, p. 352. Disponível em:

https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5379189/mod_resource/content/1/annurev.soc.34.040507.134534.pdf. Acesso em: 10 jan. 2023

⁴⁶ “Insistir na ideia de acesso universal à justiça é mascarar a realidade e dar margem à apropriação do acesso ao Poder Judiciário pelos grandes litigantes, o que se viu acontecer nas últimas décadas. É necessário pensar em uma concepção de acesso à justiça redistributiva, que amplie acesso dos ‘que não tem’, pelo reconhecimento de direitos e a implementação de políticas públicas voltadas a ultrapassar óbices financeiros e institucionais, mas com a consciência de que essas políticas devem vir em detrimento dos que já tem e concentram o acesso à justiça”. GABBAY, Daniela Monteiro; COSTA, Susana Henriques; ASPERTI, Maria Cecília Araujo. Acesso à justiça no Brasil: reflexões sobre escolhas políticas e a necessidade de construção de uma nova agenda de pesquisa. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, ABraSD, v. 6, n. 3, set./dez. 2019, p. 177. Disponível em: <https://revista.abrasd.com.br/index.php/rbsd/article/view/312>. Acesso em: 10 jan. 2023.

⁴⁷ Isso porque “A questão da capacidade diz respeito aos recursos de que os tribunais dispõem para levar a cabo eficazmente a política judiciária. A capacidade dos tribunais é questionada por duas vias. Por um lado, num quadro processual fixo e com recursos humanos e infraestruturas relativamente inelásticos, qualquer acréscimo ‘exagerado’ da procura da intervenção judiciária pode significar o bloqueio da oferta e, em última instância, redundar em denegação da justiça. Por outro lado, os tribunais não dispõem de meios próprios para fazer executar as suas decisões sempre que estas, para produzir efeitos úteis, pressupõem uma prestação ativa de qualquer setor da administração pública. Nesses domínios, que são aqueles em que a ‘politização dos litígios judiciais’ ocorre com maior frequência, os tribunais estão à mercê da boa vontade de serviços que não estão sob sua jurisdição e, sempre que tal boa vontade falha, repercute direta e negativamente na própria eficácia da tutela judícia”. SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, José. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo: ANPOCS, n. 30, 1996. Disponível em: http://www.anpocs.com/images/stories/RBCS/30/rbcs30_07.pdf. Acesso em: 10 mar. 2023.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Ananda Palazzin de. A atuação do INSS como litigante habitual no recurso extraordinário nº 631.240. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, 2020. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/45953>. Acesso em: 10 jan. 2023.

ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. *Meios consensuais de resolução de disputas repetitivas: a conciliação, a mediação e os grandes litigantes do Judiciário*. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014.

BATISTA, Vera. IBGE: Brasil continua sendo 9º país mais desigual do mundo. *Estado de Minas – Economia*. Minas Gerais, 12 nov. 2020. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2020/11/12/internas_economia,1204108/ibge-brasil-continua-sendo-9-pais-mais-desigual-do-mundo.shtml. Acesso em: 08 mar. 2023.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 02 mar. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *100 maiores litigantes*. Brasília: CNJ, 2012. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/100_maiores_litigantes.pdf. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *DataJud* - base nacional de dados do Poder Judiciário. Disponível em: <https://grandes-litigantes.stg.cloud.cnj.jus.br/>. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Diagnóstico dos Juizados Especiais*. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB_LIVRO_JUIZADOS_ESPECIAIS.pdf. Acesso em: 09 jan. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Juizados Especiais Federais: sumário executivo*. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/05/sumario-executivo-juizados-especiais-federais-260522.pdf. Acesso em: 02 mar. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2022*. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf. Acesso em: 02 jan. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório final Juizados Especiais Federais*. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/05/relatorio-final-juizados-especiais-federais-1.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2023.

BRASIL. *Decreto nº 10.995*, de 14 de março de 2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Decreto/D10995.htm#art7. Acesso em: 02 mar. 2023.

BRASIL. *Lei nº 9.099*, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 02 mar. 2023.

BRASIL. *Lei nº 13.327*, de 29 de julho de 2016. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13327.htm. Acesso em: 02 mar. 2023.

BRASIL. *Lei nº 14.520*, de 9 de janeiro de 2023. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/L14520.htm. Acesso em: 02 mar. 2023.

BRASIL. *Portaria Normativa AGU nº 3/2021*, de 28 de janeiro de 2021. Disponível em: https://www.gov.br/agu/pt-br/governanca/portaria-normativa-agu-no-3_28-01-2021_regulamenta-o-teletrabalho-para-membros-da-agu-e-pgf-entre-outros.pdf. Acesso em: 02 mar. 2023.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. V. III. São Paulo: Malheiros, 2003.

GABBAY, Daniela; GROSS CUNHA, Luciana. *Litigiosidade e morosidade e litigância repetitiva do judiciário* - uma análise empírica. São Paulo: Saraiva, 2012.

GABBAY, Daniela Monteiro; COSTA, Susana Henriques; ASPERTI, Maria Cecília Araujo. Acesso à justiça no Brasil: reflexões sobre escolhas políticas e a necessidade de construção de uma nova agenda de pesquisa. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, ABraSD, v. 6, n. 3, p. 152-181, set./dez. 2019. Disponível em: <https://revista.abrasd.com.br/index.php/rbsd/article/view/312>. Acesso em: 10 jan. 2023.

GALANTER, Marc. Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change. *Law and Society Review*, v. 9, n. 1, 1974. Disponível em: <https://lawforlife.org.uk/wp-content/uploads/2013/05/whythehavescomeoutahead-33.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2023.

MEKARI, Danilo. Aumento da tarifa do transporte público gera imobilidade e exclusão social nas cidades brasileiras. *Portal do Aprendiz*, 20 jan. 2016. Disponível em <https://portal.aprendiz.uol.com.br/2016/01/20/aumento-da-tarifa-transporte-publico-gera-imobilidade-e-exclusao-social-nas-cidades-brasileiras/>. Acesso em: 01 fev. 2023.

PWC. O abismo digital no Brasil. *Pricewaterhouse Coopers Brasil* [s.d.]. Disponível em: <https://www.pwc.com.br/pt/estudos/preocupacoes-ceos/mais-temas/2022/o-abismo-digital-no-brasil.html>. Acesso em: 08 mar. 2023.

SANDEFUR, Rebecca. Access to civil justice and race, class, and gender inequality. *Annual Review online of Sociology*, California, v. 34, p. 339-358, ago. 2008. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5379189/mod_resource/content/1/annurev.soc.34.040507.134534.pdf. Acesso em: 10 jan. 2023.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, José. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo: ANPOCS, n. 30, 1996. Disponível em: http://www.anpocs.com/images/stories/RBCS/30/rbcs30_07.pdf. Acesso em: 10 mar. 2023.

TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e vulnerabilidade no processo civil*. São Paulo: Forense, 2012.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 3. ed. São Paulo: DPJ, 2005.

Democracia e direitos humanos: democracia militante e a preservação do regime na jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo



Matheus Presotto e Silva

Advogado e Pesquisador. Bacharel em Direito (Mackenzie). Especialista em Direito Internacional (CEDIN). Editor Assistente dos Cadernos Eletrônicos DIsF. Coordenador de Pesquisa no Grupo de Estudos sobre o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (GESIDH/AM).

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo identificar os parâmetros estabelecidos pelo Sistema Europeu de Direitos Humanos para a proteção das democracias. Para tanto, serão analisados alguns julgados do Tribunal de Estrasburgo – doravante Tribunal Europeu de Direitos Humanos –, cujo objeto foi a verificação da compatibilidade da dissolução de partidos políticos por Cortes Constitucionais nacionais (órgãos de cúpula dos Poderes Judiciários nacionais) em relação aos direitos humanos, consoante previstos na Convenção Europeia de Direitos Humanos ("Convenção para a proteção dos Direitos do Homem e das liberdades fundamentais"), firmada no âmbito do Conselho da Europa. Por fim, o trabalho pretende demonstrar como tais elementos podem ser harmonizados com as diretrizes do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e da ordem jurídica nacional.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia. Direitos humanos. Jurisprudência internacional. TEDH. Direito Constitucional.

ABSTRACT: This paper aims to identify the parameters set by the European System of Human Rights ("ECHR") for the protection of democracies. To this end, some judgments of the Strasbourg Court - henceforth also the European Court of Human Rights ("ECHR") - will be analyzed, whose object was to analyze the compatibility of the dissolution of political parties by national Constitutional Courts (organs of the highest national judicial powers) and the human rights and their guarantees provided for in the European Convention on Human Rights and its protocols ("Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms") signed within the Council of Europe. Finally, the paper aims to present these elements so that they can be harmonized with the guidelines of the Inter-American System of Human Rights and the national legal order.

KEYWORDS: Democracy. Human rights. International jurisprudence. Constitutional law.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A escolha do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e o conceito de democracia no Sistema Europeu de Direitos Humanos. 3 Alguns casos de dissolução de partidos políticos no Tribunal Europeu de Direitos Humanos. 4 Contribuições dos casos analisados ao Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e à ordem jurídica nacional. 5 Considerações finais. Referências.

1 Introdução

O presente trabalho tem por objetivo identificar os parâmetros estabelecidos pelo Sistema Europeu de Direitos Humanos (SEDH) para a proteção das democracias. Para tanto, serão analisados alguns julgados do Tribunal de Estrasburgo – doravante Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) –, cujo objeto foi a verificação da compatibilidade da dissolução de partidos políticos por Cortes Constitucionais nacionais (órgãos de cúpula dos Poderes Judiciários nacionais) em relação aos direitos humanos, consoante previstos na Convenção Europeia de Direitos Humanos (“Convenção para a proteção dos Direitos do Homem e das liberdades fundamentais” - CEDH), firmada no âmbito do Conselho da Europa¹.

Preliminarmente, imprescindível ponderar que as medidas de dissolução de partidos políticos, quando tomadas com base na *legalidade, legitimidade, necessidade e proporcionalidade*, compõem o rol de medidas úteis à preservação do regime democrático, fazendo parte do escopo da “Democracia Militante”, conforme será abordado detalhadamente adiante.

Destarte, buscar-se-á sistematizar as contribuições doutrinárias e jurisprudenciais do TEDH, em matéria de proteção da democracia nos casos de dissolução de partidos políticos, a fim de possibilitar a análise da pertinência da adoção de tais exegeses jurídicas no contexto do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH).

Portanto, o estudo não visa só examinar os casos e a *ratio decidendi* do TEDH, mas também colaborar com a construção de uma interpretação interamericana dos direitos humanos correlacionada com a defesa da democracia, em nosso contexto regional.

Assim, primeiramente, serão analisados os casos, em um panorama geral, como chegaram ao escrutínio do TEDH e qual foi a decisão emitida pelo Tribunal, pontuando os principais argumentos e teses ventiladas pelos juízes nas decisões.

¹ O Conselho da Europa é uma organização internacional, fundada a 5 de maio de 1949. Os seus objetivos são a defesa dos direitos humanos, o desenvolvimento democrático e a estabilidade político-social na Europa. O Conselho tem personalidade jurídica reconhecida pelo Direito Internacional e é composto por 47 países europeus, incluindo todos os membros da União Europeia. Mais informações em: <https://www.coe.int/en/web/portal/home>.

Por fim, discurrir-se-á, de forma breve, acerca dos aportes e possíveis contribuições – extraídas dos julgados – desse levantamento ao SIDH e à ordem jurídica nacional.

O trabalho se mostra relevante, especialmente neste momento, em razão da insurgência de ondas autoritárias e antidemocráticas em todos os continentes. Tanto no contexto europeu, quanto no latino-americano, as ameaças à democracia vieram das urnas, ou seja, personagens políticos civis que flertam com o autoritarismo foram eleitos, dentro das regras do regime democrático. Seus atos e discursos, no entanto, ameaçam a própria existência dos mecanismos democráticos pelos quais chegaram ao poder.

Portanto, toda contribuição que possa fomentar o debate da defesa da democracia e dos direitos humanos nesse contexto é válida, respeitado o rigor científico. Assim, espera-se que este trabalho possa colaborar na construção do conhecimento e no enriquecimento das discussões deste tema tão caro a todos que vivem em países constitucionalmente democráticos e internacionalmente vinculados aos compromissos de manutenção e defesa do regime que, até agora, foi o que mais possibilitou a construção, a luta e o gozo dos direitos humanos: a democracia.

2 A escolha do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e o conceito de democracia no Sistema Europeu de Direitos Humanos

Antes de adentrar ao tema específico do trabalho, se faz necessário estabelecer alguns conceitos e justificar a eleição da jurisprudência do TEDH. Inicialmente, é importante frisar que o TEDH é o tribunal internacional que mais julgou violações de direitos humanos. Até 2019, o TEDH já apreciara 22.535 casos de violações de direitos humanos²:

[...] o Tribunal Europeu de Direitos Humanos é um órgão judicial com poderes supranacionais formidáveis. Seus juízes, que são nomeados pelos governos, mas servem de forma independente, têm a autoridade de determinar se um Estado parte da Convenção Europeia de Direitos Humanos violou os direitos humanos de petionários individuais sob sua jurisdição. Se o Estado é considerado culpado, pode se requerer que repare o dano e modifique suas leis, decisões judiciais e políticas administrativas. [...] O âmbito de controle da Convenção Europeia de Direitos Humanos sobre a ação dos Estados em relação a seus cidadãos não encontra paralelo no campo do Direito Público Internacional. O Tribunal de Estrasburgo já foi descrito como a Suprema Corte da Europa, com prerrogativas de revisão judicial similares às da poderosa Suprema Corte dos Estados Unidos. Nenhum outro Tribunal internacional, incluindo as várias Cortes de Haia e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, possui capacidade parecida de resolver questões sobre violações

² TEDH. *Violations by article and by State*. Strasbourg: HUDOC, 2019, p. 2. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2019_ENG.pdf. Acesso em: 08 ago. 2020.

individuais de direitos humanos. Nenhum órgão da ONU encarregado de punir violadores de direitos humanos resolveu sequer uma fração dos casos decididos pelo Tribunal de Estrasburgo³.

Por deter tamanha experiência e importância no contexto dos direitos humanos internacionais, o Tribunal foi escolhido para ter suas decisões analisadas. Ademais, os conceitos e teses cunhados e dispostos nas decisões do TEDH influenciaram sobremaneira as democracias europeias, possibilitando a reformulação das ordens jurídicas nacionais à luz dos direitos humanos, tal qual enunciados pelo órgão.



Fonte: www.freepik.com

Sobre o conceito de “democracia” adotado pelo TEDH em suas decisões, conforme será visto adiante, denota-se que o Tribunal concebe o regime como um sistema de governança sustentado por direitos e garantias fundamentais, amparado em instituições opostas a qualquer concepção autoritária ou unanimista de organização da sociedade (*democracia substantiva*), que possibilita a eleição de representantes políticos através de mecanismos e procedimentos eleitorais periódicos (*democracia formal/procedimental*).

Cumprе destacar, também, que o TEDH adota e aplica a “Democracia Militante” (*Streitbare Demokratie*), conceito nascido no contexto europeu, no início do século XX. Nesse cenário, ao notar que a democracia liberal poderia ser utilizada como instrumento de sua própria destruição Loewenstein alertou:

[...] sob a proteção dos direitos fundamentais e do Estado de Direito, a máquina antidemocrática pode ser construída e posta legalmente em ação. [...] O fundamentalismo democrático e a cegueira legalista não estavam dispostos a perceber que o mecanismo da democracia é o cavalo de Tróia pelo qual o inimigo entra na cidade⁴.

O autor propõe, então, a adoção de normas “anti-extremistas”, que lançam as bases da “Democracia Militante”, segundo a qual os Poderes do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário) têm o poder-dever de intervir, no uso de suas atribuições constitucionais, para evitar que movimentos políticos que proponham a supressão da democracia participem do processo democrático⁵.

³ DURANTI, 2017, p. 2.

⁴ LOEWENSTEIN, Karl. Militant democracy and fundamental rights, I e II. *American Political Science Review*, n. 31, dez. 1937.

⁵ No Brasil, a democracia militante encontra-se insculpida no artigo 17 da Constituição Federal de 1988: “É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania

Desse modo, a análise dos julgados do TEDH é relevante para a ampliação do escopo das ferramentas institucionais e normativas regionais que visam a proteção do regime democrático e dos direitos humanos.

3 Alguns casos de dissolução de partidos políticos no Tribunal Europeu de Direitos Humanos

Os casos de dissolução de partidos políticos chegaram ao SEDH, inicialmente, em 1957, com o caso do *Partido Comunista Alemão v. Alemanha*, tendo como grande expoente o caso *Herri Batasuna e Batasuna v. Espanha*, em 2009. Em ambos os casos, algum Poder ou órgão do Estado processado perante o TEDH resolveu dissolver uma organização política (conformada no formato *partido político, ressalvadas as peculiaridades locais de cada modo de constituição de partidos*) por constatar que tal agremiação política seria uma ameaça ao regime democrático.

O TEDH, com base nas suas atribuições descritas na CEDH, analisou a conformidade de tais medidas diante dos ditames do referido documento e seus protocolos. Nesses casos, o Tribunal avaliou se as propostas e medidas adotadas pelos partidos políticos, de fato, ensejavam a decisão extremada de dissolução da organização política, levando em conta os contextos políticos e sociais do Estado processado.

Em apertada síntese, o TEDH considera que um partido político pode propor mudanças na estrutura constitucional do Estado desde que: (i) *os meios utilizados sejam democráticos e respeitem a legalidade*; e (ii) *a mudança proposta seja compatível com os princípios democráticos fundamentais*. Além disso, o TEDH enfatiza que a averiguação dos objetivos de um partido político deve ir além da análise de seu estatuto e documentos oficiais, devendo-se levar em consideração, também, as ações e declarações dos membros e líderes do partido⁶.

A exegese acima, em termos gerais, está presente na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), sendo possível inferir que tais parâmetros já se encontram disponíveis no âmbito do SIDH, ainda que não tenham sido aplicados em casos de dissolução de partidos políticos, mas em casos em que também se realiza o cotejo entre os fins buscados pelo Estado e a legitimidade dos meios empregados diante de determinadas situações:

Em particular, trata-se de prestigiar a regra de ouro; o divisor de águas entre democracias e ditaduras reais ou disfarçadas: apenas “a legitimidade dos meios justifica o fim alcançado”, como afirma o Parecer Consultivo OC-16/99, e ainda, de acordo com os termos da jurisprudência europeia, deve haver

nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana [...]”.

⁶ TEDH, 2009, p. 32.

“uma relação razoável de proporcionalidade entre os meios utilizados e o propósito a ser realizado”, ou como García Ramírez novamente afirma, em seu voto anexado ao CB-18/03, “o fim plausível não justifica o uso de meios ilegítimos”⁷.

Adiante, serão pontuados os trechos selecionados das decisões do TEDH, a fim de observar o entendimento e o aprofundamento da *ratio* do Tribunal na aplicação da “regra de ouro” acima citada. Para tanto, serão examinados dois casos em que a República da Turquia foi condenada pelo TEDH, que considerou a dissolução de partido político levada a efeito como uma violação à CEDH.

Os casos do *Partido Comunista Unido da Turquia (PCUT)*, *Partido Socialista (PS)* e *outros v. Turquia (1998)* foram os escolhidos como objeto de estudo, pois, a partir deles, o TEDH estabeleceu uma metodologia para perscrutar se as ações estatais de dissolução de partidos políticos violam ou não os direitos humanos protegidos pela CEDH.

Esses dois casos de 1998 serão analisados conjuntamente, pois a Corte Constitucional da Turquia utilizou argumentos muito semelhantes para dissolver os partidos políticos que recorreram ao TEDH.

Em primeiro lugar, a Corte turca resolveu pela dissolução do PCUT, pelo fato de a Lei turca não admitir a utilização da alcunha “comunista” nos nomes de partidos e, desse modo, o PCUT violava o regulamento eleitoral turco. Ademais, ambos os partidos (PCUT e PS) tiveram decretadas suas dissoluções pois seus programas político-partidários mencionavam a nação curda, ressaltando o intuito de oferecer-lhe maior autonomia dentro do Estado turco.

Destarte, a Corte Constitucional da Turquia considerou que os partidos incitavam a discriminação dos cidadãos turcos (eticamente turcos, curdos e etc.) com base em critérios étnicos e, conseqüentemente, apoiavam o separatismo e a divisão da nação, o que é vedado pela Constituição do país, que determina a integralidade social e territorial do Estado.

Nos casos em apreço, o TEDH condenou a Turquia, principalmente, por violação do artigo 11 da CEDH, que estabelece a liberdade de associação e reunião.

Para verificar a ocorrência de uma limitação ou supressão justa à liberdade de associação prevista no artigo 11 da CEDH, com a conseqüente dissolução dos partidos políticos, o TEDH estabeleceu um *método de cinco averiguações*, consistente na avaliação dos seguintes parâmetros: (i) a efetiva ocorrência da interferência à liberdade de associação; (ii) a previsão legal da medida estatal levada a efeito contra o partido; (iii) o fim legítimo da medida estatal; (iv) a necessidade da medida estatal para preservar a sociedade democrática; (v) a proporcionalidade da medida estatal para alcançar o fim legítimo almejado.

⁷ AGUIAR, Asdrúbal. *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la democracia: 1987-2012*. Buenos Aires: Observatorio Interamericano de la Democracia, 2012, p. 21.



Fonte: www.freepik.com

Dessa maneira, é possível inferir que o TEDH analisa de forma sucessiva a existência efetiva da prática de um ato estatal, a legalidade, a legitimidade, a necessidade e a proporcionalidade da interferência/limitação ao direito humano de liberdade de reunião e associação protegido pela CEDH.

Decerto, a criação desse método é um importante marco jurisprudencial, pois ele passa a ser utilizado em todos os demais casos do TEDH relativos à temática da dissolução de partidos políticos após 1998.

Em ambos os precedentes, o TEDH considerou que a dissolução dos partidos, apesar de respaldada nas normas domésticas, não foi *proporcional* ao suposto fim legítimo percorrido – a preservação da unidade nacional e da integridade territorial –, configurando-se, assim, *desnecessária* em uma sociedade democrática, uma vez que a pluralidade de partidos políticos é essencial nos regimes democráticos e, nos casos analisados, não existiam elementos contundentes que levassem – razoavelmente – a crer que tais partidos atentassem contra a ordem democrática.

Nesse sentido, o TEDH ressalta que a liberdade de associação deve ser interpretada e ter seu escopo apreciado juntamente com outros direitos previstos na CEDH, tal como o da liberdade de expressão (art. 10 da CEDH):

[...] a participação de uma pluralidade de partidos políticos representando toda a gama de opiniões que possa existir na população de um país. Ao tornar públicas essas diferentes opiniões, não apenas dentro das instituições políticas, mas também – com o auxílio da mídia – em todos os setores da vida social, os partidos políticos têm um papel insubstituível no debate político, o que está no próprio cerne do conceito de uma sociedade democrática. [...] o Tribunal considera que uma das principais características da democracia é a possibilidade que ela oferece de resolver os problemas de um país através do diálogo, sem recorrer à violência, mesmo quando eles são complexos. A democracia se desenvolve com a liberdade de expressão. Desse ponto de vista, não há justificativa para impedir que um grupo político apenas porque ele procura debater publicamente a situação de uma parte da população do Estado e tomar parte na vida política da nação a fim de encontrar, de acordo com as normas democráticas, soluções capazes de satisfazer todos os interessados⁸.

Ademais, o TEDH considera que qualquer restrição à atividade partidária, baseada no artigo 11 da CEDH, deve ser cautelosa. O Tribunal afirma que o critério da *necessidade* da intervenção se desdobra em outros dois: *relevância* e

⁸ TEDH. Demanda n. 133/1996/752/951. *Partido Comunista Unido da Turquia e outros v. Turquia*. Estrasburgo: Secretaria do Tribunal, 1998, p. 19-30.

suficiência da medida estatal. Desse modo, a margem de apreciação do Estado deve ser bem delimitada e objetiva, a fim de preencher tais requisitos e critérios:

[...] para determinar se uma necessidade dentro do significado do artigo 11, § 2º, existe, os Estados partes têm apenas uma margem limitada de apreciação, que é acompanhada por uma rigorosa supervisão europeia das leis e das decisões judiciais que aplicam tais leis [...]. Tal escrutínio é ainda mais necessário quando um partido político inteiro é dissolvido e seus líderes proibidos de continuar qualquer atividade similar no futuro⁹.

No caso do Partido Socialista, o TEDH ainda pôde aprofundar um aspecto interessante da liberdade de expressão dos partidos políticos e seus integrantes, atinente à possibilidade de o programa político-partidário propor alterações da estrutura constitucional do Estado, respeitadas as liberdades, os direitos fundamentais e o regime democrático:

[...] o Tribunal nota que, lidas em conjunto, as manifestações expressam um programa político cujo objetivo essencial é o estabelecimento, de acordo com as normas democráticas, de um sistema federativo no qual turcos e curdos seriam representados de forma igualitária e voluntária. Sem dúvida, faz-se referência ao direito de autodeterminação da “nação curda” e do seu direito de secessão; no entanto, lidas em seu contexto, as manifestações que usam essas palavras não encorajam a secessão da Turquia, mas buscam ressaltar que o sistema federativo proposto não poderia surgir sem o livre consentimento dos curdos, que deveria ser expresso através de um referendo. Na visão do Tribunal, o fato de que tal programa político é considerado incompatível com os princípios e estruturas atuais do Estado turco não o faz incompatível com as regras da democracia. É da essência da democracia permitir que programas políticos distintos sejam propostos e debatidos, mesmo aqueles que questionam o modo como o Estado é organizado, desde que eles não causem prejuízos à própria democracia¹⁰.

Nesses dois casos analisados, como já mencionado, o Estado processado foi condenado por violar o direito de liberdade de associação e expressão dos indivíduos que integravam o partido político dissolvido pela Corte Constitucional turca. No julgamento das demandas, o TEDH fez um grande avanço jurisprudencial ao estabelecer parâmetros para avaliar, de forma objetiva, a limitação do exercício de determinados direitos humanos pelos Estados signatários da CEDH, bem como identificar elementos que possibilitem distinguir ações estatais que visam proteger o regime democrático daquelas que, em nome da democracia, vilipendiam as condições básicas de desenvolvimento e manutenção da ordem democrática.

⁹ TEDH. Demanda n. 133/1996/752/951. *Partido Comunista Unido da Turquia e outros v. Turquia*. Estrasburgo: Secretaria do Tribunal, 1998, p. 20.

¹⁰ TEDH. Demanda n. 20/1997/804/1007. *Partido Socialista e outros v. Turquia*. Estrasburgo: Secretaria do Tribunal, 1998, p. 25-26.

4 Contribuições dos casos analisados ao Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e à ordem jurídica nacional

O conceito de democracia adotado pelo TEDH é muito semelhante àquele adotado pela Corte IDH, guardadas as características históricas e regionais próprias, uma vez que, no contexto interamericano, sempre se destaca como elemento essencial da democracia a subordinação constitucional das instituições do Estado ao poder civil constituído, por conta da generalizada intervenção militar nos governos civis latino-americanos:

O Estado, com a aplicação do princípio da separação e colaboração harmônica dos Poderes, pode garantir que a autoridade mantenha a prevalência do poder civil sobre a força pública e garanta o Estado Democrático e Constitucional de Direito nos termos da Carta da Organização dos Estados Americanos¹¹.

A Corte IDH já se debruçou algumas vezes sobre o tema da democracia e sua relação com os direitos humanos tutelados pela Convenção Americana de Direitos Humanos ("Pacto de San José"), no entanto, nunca julgou um caso relativo à dissolução de partidos políticos. Sem embargo, provavelmente, não tardará para que casos similares sejam submetidos ao seu escrutínio.

Desse modo, o laborioso exercício de julgamento de uma demanda delicada, envolvendo os valores fundamentais dos Estados modernos (a democracia e o regime democrático), pode ser atenuado pela existência do precedente do TEDH, que muito bem balizou os critérios objetivos para a análise judicial dos conflitos entre Estados e partidos políticos, consubstanciado no *método de cinco averiguações*.

Cumprе mencionar que a Corte IDH, em muitos dos casos analisados, apreciou alguns elementos que compõe o *método de cinco averiguações* estabelecido pelo TEDH. A Opinião Consultiva OC-9/87 da Corte IDH, sobre as garantias judiciais durante o Estado de Emergência, que antecede as decisões do TEDH, declara que as garantias derivadas da forma democrática de governo não implicam somente na compreensão de que é ilegítimo atentar contra essa forma de organização política, mas também contra seus pressupostos, como a pluralidade de partidos, etc¹².

Nos anos de 1985 e 1986, a Corte IDH emitiu as Opiniões Consultivas nº 5 e nº 6, manifestando que a ordem pública e o bem comum dependem de uma organização política baseada no exercício efetivo da democracia representativa, sendo que os ideais de ordem pública e bem comum não podem ser usados para justificar, suprimir, desnaturar ou privar de conteúdo real quaisquer direitos

¹¹ CORTE IDH. *Caso de la "Masacre de Mapiripán" vs. Colombia*. Voto Razonado Concurrente Del Juez Ad-Hoc Gustavo Zafra Roldan. Sentencia de 7 de marzo de 2005, p. 204.

¹² CORTE IDH. *Garantías judiciales en estados de emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987.

humanos¹³. Portanto, a legitimidade, a razoabilidade, a proporcionalidade e a finalidade dos atos podem ser auferidas à luz de tais entendimentos.

A Opinião Consultiva nº 4, de 1984, ao tratar do tratamento diferenciado entre pessoas, apresenta um embrião de tal tipo de aferição, ao dizer que tal diferenciação deve ser avaliada sempre à luz dos princípios vigentes nas sociedades democráticas: finalidades legítimas, proporcionalidade, meios legítimos e fins legítimos¹⁴.



Fonte: www.seekvector.com

Tais entendimentos, de certa maneira, refletem o método estabelecido pelo TEDH, embora nunca tenham sido aplicados juntos em um caso de jurisdição contenciosa, apesar de sua enunciação nas decisões oriundas da jurisdição consultiva da Corte IDH muito antes do estabelecimento da referida metodologia pelo TEDH.

Nesse sentido, a contribuição é muito válida, pois une o *conteúdo material* reconhecido por ambas as Cortes Regionais de direitos humanos a uma *forma* de valoração objetiva de tais pressupostos em um caso concreto, a ser apreciado tanto no sistema regional de proteção dos direitos humanos vigente nas Américas, quanto no âmbito dos Tribunais brasileiros.

Por derradeiro, importa salientar que, em virtude de o Brasil ser signatário da Convenção Interamericana de Direitos Humanos e submeter-se à jurisdição da Corte IDH, a intérprete por excelência do referido Tratado, tem o Estado por obrigação a observância dos conteúdos decididos pela Corte em casos contenciosos seus, em casos consultivos submetidos pelos legitimados – na

¹³ CORTE IDH. *La colegiación obligatoria de periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. CORTE IDH. *La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986.

¹⁴ CORTE IDH. *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984.

forma do tratado – à apreciação da Corte, bem como em quaisquer outras decisões nas quais a Corte explicita a forma de harmonizar o Direito doméstico com as obrigações internacionais de direitos humanos assumidas pelos países¹⁵.

5 Considerações finais

Como explanado inicialmente, o mundo como conhecido passa por uma crise antidemocrática, em que oportunistas se utilizaram do sistema eletivo democrático para levar ao poder personalidades e partidos de espectro autoritário e contrário aos valores da democracia e dos direitos humanos, tais como concebidos hodiernamente nos países constitucionalmente democráticos e internacionalmente vinculados aos compromissos de manutenção e defesa do regime.

Nesse contexto, sabe-se que a questão da baixa representatividade e da divergência de interesses entre o Poder constituído e o povo é antiga na América Latina, no entanto, foi na Europa que os Poderes e órgãos do Estado levaram a efeito a dissolução de organizações políticas (partidos) por apresentarem riscos à democracia e ao regime democrático.

Tais atos, baseados no ideal da Democracia Militante – ideia também de origem europeia –, permitem que um Poder legítimo, através dos meios legais, com base na necessidade, proporcionalidade e razoabilidade, para alcançar um fim legítimo de proteção da democracia, dissolva partidos políticos que, de alguma forma, atentem contra os direitos fundamentais, os direitos humanos, a pluralidade e a forma democrática de governo.

A análise do respeito de tais parâmetros pelo Estado, na limitação ao direito de reunião e associação em nome da preservação da democracia e dos direitos humanos, foi consubstanciada em método pelo TEDH, na ocasião do julgamento dos casos *Partido Comunista Unido da Turquia (PCUT) e Partido Socialista (PS) e outros v. Turquia (1998)*.

¹⁵ Trata-se do fenômeno da *res interpretata*, teoria estabelecida pelo TEDH no julgamento do caso Irlanda v. Reino Unido (1978), no qual manifestou que as decisões judiciais servem não só para resolver os casos concretos a ele submetidos, mas para, de maneira mais ampla, “elucidar, assegurar e desenvolver as normas instituídas, de modo a contribuir com a observância, pelos Estados, dos compromissos legais (§ 154)”. Nesse contexto, a doutrina da coisa interpretada (*res interpretata*) deriva do fato de que, conquanto o Tribunal não estabeleça um mecanismo de precedentes com caráter vinculante, a partir do momento em que se pronuncia sobre um tema em determinado caso contencioso, há a legítima expectativa de que a norma seja interpretada e aplicada da mesma maneira em demandas posteriores, envolvendo outras partes. Vide: TEDH. *Irlanda v. Reino Unido*. Sentença de 18 de janeiro de 1978; e ARNARDÓTTIR, Oddný Mjöll. Res interpretata, erga omnes effect and the role of the margin of appreciation in giving domestic effect to the judgments of the European Court of Human Rights. *European Journal of International Law (EJIL)*, Oxford, v. 28, n. 3, p. 819-843, ago. 2017.

Desde então, o TEDH utiliza o *método de cinco averiguações*, que analisa e valora objetivamente, nos casos de dissolução de partidos políticos: (i) a efetiva ocorrência da interferência à liberdade de associação; (ii) a previsão legal da medida estatal levada a efeito contra o partido; (iii) o fim legítimo da medida estatal; (iv) a necessidade da medida estatal para preservar a sociedade democrática; (v) a proporcionalidade da medida estatal para alcançar o fim legítimo almejado.

Tal método, como técnica ou forma de aplicação das normas de direitos humanos, pode ser de grande valia para outros Tribunais, internacionais ou domésticos, na avaliação de medidas tomadas pelo Poder Público com fins de preservação da ordem democrática, da ordem pública e do bem comum, e que impliquem na limitação a outros direitos humanos também tutelados pelas normas nacionais e internacionais vigentes.

Referências

AGUIAR, Asdrúbal. *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la democracia: 1987-2012*. Buenos Aires: Observatorio Interamericano de la Democracia, 2012.

ARNARDÓTTIR, Oddný Mjöll. Res interpretata, erga omnes effect and the role of the margin of appreciation in giving domestic effect to the judgments of the European Court of Human Rights. *European Journal of International Law* (EJIL), Oxford, v. 28, n. 3, p. 819-843, ago. 2017.

BOYLE, Kevin. Human rights, religion and democracy: the Refah Party case. *Essex Human Rights Review*, v. 1, n. 1, p. 1-16, jan. 2004.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Brasília: Congresso Nacional, 1988.

CORTE IDH. *Caso de la "Masacre de Mapiripán" vs. Colombia*. Voto Razonado Concurrente Del Juez Ad-Hoc Gustavo Zafra Roldan. Sentencia de 7 de marzo de 2005. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_134_esp.pdf. Acesso em: 03 out. 2020.

CORTE IDH. *Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_09_esp.pdf. Acesso em: 03 out. 2020.

CORTE IDH. *La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf. Acesso em: 03 out. 2020.

CORTE IDH. *La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_06_esp.pdf. Acesso em: 03 out. 2020.

CORTE IDH. *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf. Acesso em: 03 out. 2020.

LOEWENSTEIN, Karl. *Militant democracy and fundamental rights*, I e II. *American Political Science Review*, n. 31, dez. 1937.

SPRENGER. Raphael Turra. *Democracia e partidos políticos no Tribunal Europeu de Direitos Humanos: uma análise da jurisprudência dos casos de dissolução de partidos políticos (1957-2003)*. Monografia. Bacharelado em Direito. Curitiba: UFPR, 2017.

TEDH. Demanda n. 133/1996/752/951. *Partido Comunista Unido da Turquia e outros v. Turquia*. Estrasburgo: Secretaria do Tribunal, 1998. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22tabview%22:\[%22document%22\],%22itemid%22:\[%22001-58128%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22tabview%22:[%22document%22],%22itemid%22:[%22001-58128%22]}). Acesso em: 03 out. 2020.

TEDH. Demanda n. 20/1997/804/1007. *Partido Socialista e outros v. Turquia*. Estrasburgo: Secretaria do Tribunal, 1998. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22tabview%22:\[%22document%22\],%22itemid%22:\[%22001-58172%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22tabview%22:[%22document%22],%22itemid%22:[%22001-58172%22]}). Acesso em: 03 out. 2020.

TEDH. *Violations by article and by State*. Strasbourg: HUDOC, 2019. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2019_ENG.pdf. Acesso em: 08 ago. 2020.

TEDH. *Irlanda v. Reino Unido*. Sentença de 18 de janeiro de 1978.

O concurso singular de credores e as preferências legais: um debate realmente superado?



Guilherme Fraiha Granjo

Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Servidor público federal.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar o relevante julgado firmado pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça nos Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 1.603.324/SC, a partir de uma perspectiva principiológica que leve em consideração os primados da boa-fé, do comportamento diligente, da proteção à confiança e da segurança jurídica. O trabalho busca apresentar perspectivas que não foram abordadas expressamente por aquela Corte Superior, as quais poderiam contribuir à formação de uma conclusão diversa, nada obstante a deferência que se deve dirigir à autoridade que emana dos posicionamentos firmados pelo Superior Tribunal de Justiça. Além disso, o artigo pondera criticamente os pressupostos teóricos assumidos pela Corte Superior para decidir da forma como deliberado no acórdão, sejam eles explícitos ou implícitos, visando colaborar com a discussão havida, entre credores públicos e privados, quanto ao recebimento das quantias que lhes são devidas.

PALAVRAS-CHAVE: Concurso singular de credores. Preferências legais. Boa-fé. Interesse público e privado.

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyse the relevant judicial decision issued by the Grand Chamber of Brazil's Superior Court of Justice (Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça), in the so-called *Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 1.603.324-SC*, taking into consideration the principles of good faith, diligence, confidence and legal security. The paper seeks to present perspectives that were not expressly addressed by the Superior Court and that could contribute to the formation of a distinct conclusion, notwithstanding the

deference that should be given to the authority that emanates from the positions taken by the Superior Court of Justice. In addition, the article critically considers the theoretical assumptions that provided the basis for the Superior Court's decision, whether explicit or implicit, in order to contribute to the discussion between public and private creditors as to the receipt of the amounts due to them.

KEYWORDS: Legal action against solvent debtors. Legal preferences. Good faith. Public and private interests.

SUMÁRIO: 1 O caso. 2 Diferenciações conceituais. 3 Análise do caso. 3.1 Ausência de hierarquia entre as previsões legais das preferências. 3.2 Violação à boa-fé e à diligência do credor em favor do qual milita a anterioridade da penhora. 3.3 Pretensa superioridade do interesse público sobre o privado. 4 Conclusões. Referências.

1 O caso

Em 21 de setembro de 2022, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça enfrentou os Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 1.603.324/SC¹, de relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão. Uma análise precipitada da ementa firmada naquela ocasião poderia levar à equivocada conclusão de que se trataria de apenas mais um caso a envolver a existência de créditos concorrentes entre si e a necessidade de se estabelecer uma ordem de preferência ou de prioridade entre eles. O Poder Judiciário já se vê às voltas de milhares de casos contendo semelhante discussão, tendo que averiguar, quase que em bases diárias, quais créditos devem ser atendidos com prioridade, e quais outros devem aguardar sua satisfação em momento futuro.

Entretanto, a questão abordada pela Corte Especial naquela data é muito mais profunda do que aparenta ser, referindo-se, destarte, a pressupostos teóricos que podem ser analisados por uma perspectiva crítica. Muito mais do que cuidar apenas de qual crédito deveria prevalecer na espécie – se o crédito fiscal, de um lado, ou o crédito particular, de outro –, o caso aqui apresentado tangencia aspectos teóricos que necessitam ser bem trabalhados, ainda que a ementa firmada não se refira a eles de maneira expressa. O propósito deste artigo, pois, é o de enfrentar a celeuma colocada a partir de enfoques que podem contribuir para a formação de outras conclusões, nada obstante a deferência que se deve direcionar à autoridade dos julgados produzidos por aquela Corte Superior.

Antes de tudo, porém, é necessário delimitar alguns conceitos sem os quais o desenvolvimento do raciocínio se tornará impossível.

¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. *Embargos de Divergência em Recurso Especial 1.603.324/SC*. Relator Ministro Luís Felipe Salomão, j. 21/09/2022. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201601406905&dt_publicacao=13/10/2022. Acesso em: 03 jan. 2023.

2 Diferenciações conceituais

Não se pode confundir as noções de “concurso universal de credores” e de “concurso singular de credores”, embora ambas as expressões sejam muito semelhantes entre si e estejam de alguma forma relacionadas ao processo de execução.

Conceitualmente, o concurso universal de credores diz respeito à situação em que a execução recai sobre a totalidade do patrimônio do devedor, englobando tudo aquilo que pode servir à satisfação dos créditos em cobrança. É o que sucede, a título de exemplo, nos processos de falência movidos contra os empresários e nos processos de insolvência civil ou de liquidação instaurados contra outros devedores, em relação aos quais se exige a observância do juízo universal como regra, de modo a se atender a ordem prioritária no recebimento dos créditos habilitados.



Fonte: www.freepik.com

De outro lado, o concurso singular envolve a situação em que a concorrência de créditos recai sobre um dado bem, que veio a ser penhorado em determinada demanda executiva. Por outros termos, o concurso singular de credores não se volta à integralidade do patrimônio do devedor, mas sim a uma parcela específica dele, relativa ao bem que sofreu uma constrição em juízo para satisfação da obrigação objeto do processo executivo.

Logo se constata, então, que o concurso singular de credores não revolve a necessidade de convocar todos os credores do devedor, isto é, não exige a instauração de um juízo universal, como ocorre naqueles casos em que o patrimônio total do devedor é insuficiente para adimplir a integralidade de suas obrigações. Antes, o que se tem é a concorrência de créditos no âmbito de uma execução contra devedor solvente, na qual um bem vem a ser penhorado por mais de um credor interessado. Nesse caso, o Judiciário resolverá o conflito somente entre os credores que promoveram a constrição em juízo, sem convocar outros credores que, porventura, tenham direitos a exercer em face daquele devedor, mas que se mantiveram inertes em tomar qualquer providência constritiva, tudo conforme os artigos 908 e 909 do Código de Processo Civil de 2015.

Como será mencionado adiante, o caso analisado pela Corte Especial se referia a um concurso singular de credores, estando aí a razão para separar os conceitos em referência. As considerações realizadas na sequência desse trabalho, por conseguinte, têm aplicabilidade somente nesse preciso contexto jurídico que foi analisado pelo Tribunal Superior, no qual não se fala em

instauração de um juízo universal, mas apenas na disputa sobre um bem individualizado do devedor, que seja do interesse de mais de um credor².

3 Análise do caso

Assentados os conceitos necessários à boa compreensão do caso apresentado, é o momento de debruçar-se sobre a situação enfrentada pela Corte Especial, no âmbito dos Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 1.603.324/SC. A discussão dizia respeito a um credor particular que havia ingressado com processo executivo em desfavor do seu devedor, tendo ocorrido a penhora sobre determinado bem imóvel de titularidade do sujeito passivo da obrigação. Esse mesmo sujeito passivo, de outro lado, mantinha dívidas de natureza fiscal com o Estado de Santa Catarina, que, no entanto, sequer havia tomado alguma medida judicial no sentido de perseguir o crédito público, visto que nenhuma execução fiscal havia sido ajuizada até então.

Posteriormente, a Fazenda Pública estadual habilitou seu crédito no processo executivo movido pelo credor particular, pugnando para que o produto da arrematação do bem em hasta pública fosse separado em seu favor, valendo-se da previsão do artigo 186 do Código Tributário Nacional, que estatui a preferência do crédito tributário sobre o crédito particular. Dessa forma, onde antes existia uma constrição única sobre o bem de titularidade do devedor, proveniente da penhora realizada a pedido do credor particular, passou a existir, agora, um concurso singular de credores, na medida em que tanto o credor particular, de um lado, quanto a Fazenda Pública estadual, de outro, passaram a buscar a satisfação de seus direitos mirando o produto da arrematação.

Enquanto o artigo 186 do Código Tributário Nacional estabelecia uma preferência em prol do ente público e o acudia na perseguição do crédito tributário, o credor particular, de seu turno, também poderia se socorrer de algumas previsões legais que lhe garantiam prioridade no recebimento da quantia que lhe era devida. Com efeito, o Código de Processo Civil de 2015 prevê expressamente, em seu artigo 797, *caput*, que, “ressalvado o caso de insolvência do devedor, em que tem lugar o concurso universal, realiza-se a execução no interesse do exequente que adquire, pela penhora, o direito de preferência sobre os bens penhorados”. A propósito, disposição praticamente idêntica a essa já constava do artigo 612 do Código de Processo Civil de 1973³. Sendo assim, o

² Para um maior detalhamento acerca da diferenciação conceitual entre concurso universal de credores e concurso singular de credores, assim como a respeito dos seus diversos efeitos jurídicos, consultar a obra de MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*, v. 2. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 1.053.

³ Outras disposições reforçam a importância da penhora para o estabelecimento da preferência do crédito executado. Nesse sentido, vale destacar o disposto pelo artigo 711 do Código de Processo Civil de 1973, de acordo com o qual, “concorrendo vários credores, o dinheiro ser-lhes-á distribuído e entregue consoante a ordem das respectivas prelações; não havendo título legal à preferência, receberá em primeiro lugar o credor que promoveu a execução, cabendo aos demais concorrentes direito sobre a importância restante, observada a anterioridade de cada penhora.” De forma muito

credor particular se fundava nas preferências de ordem processual que militavam em seu favor, confiando que sua diligência em averbar a penhora na matrícula do bem junto ao Cartório de Imóveis, antes dos demais credores, lhe garantiria uma precedência no recebimento do produto da arrematação.

Por outras palavras, o caso analisado não envolvia apenas a concorrência de um crédito particular e de um crédito fiscal. Antes, a situação litigiosa passou a envolver também a concorrência entre duas espécies de preferências legais, sendo uma de feição material e outra de índole processual. Naturalmente, a situação apresentada fez surgir a dúvida quanto a qual preferência legal deveria prevalecer na espécie. Por evidente, a Fazenda Pública estadual passou a defender a tese de acordo com a qual a preferência prevista pelo artigo 186 do Código Tributário Nacional deveria ser prestigiada pelo Poder Judiciário. Do lado oposto, o credor particular se fiou na preferência processual e em sua atuação diligente, que lhe proporcionara a precedência da sua penhora sobre aquela eventualmente levada a cabo pelos demais credores.

Dirimindo o conflito, a Corte Especial decidiu que uma preferência estabelecida pela norma de direito processual não poderia se sobrepor a uma preferência prevista por norma de direito material, como é o caso do artigo 186 do Código Tributário Nacional. No desenvolvimento da tese, a Corte Especial assentou que o processo, tomado enquanto o conjunto de atos sucessivamente encadeados para a obtenção de uma decisão de mérito justa, somente existiria para efetivar o direito material, e não o contrário. Vale dizer: o processo tem e sempre terá um caráter instrumental apenas, não podendo prevalecer sobre a norma material que tem de ser concretizada por intermédio dele.

Todavia, a Corte Especial formulou uma ressalva: a Fazenda Pública somente poderia se apropriar do produto da arrematação caso seu crédito fiscal já preenchesse os requisitos da certeza, liquidez e exigibilidade, o que seria evidenciado pelo ajuizamento do respectivo executivo fiscal. Na hipótese de inexistência da demanda executiva ajuizada pela Fazenda Pública, o credor fiscal manteria sua preferência legal pela simples reserva da totalidade ou de parte do produto da penhora levada a efeito em execução de terceiros, até que a execução fiscal viesse a ser movimentada em momento futuro. Somente a partir do ajuizamento do executivo fiscal é que a reserva desse montante poderia evoluir para uma conversão em renda da Fazenda Pública.

3.1 - Ausência de hierarquia entre as previsões legais das preferências

Como afirmado acima, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça defendeu a prevalência do artigo 186 do Código Tributário Nacional sobre as preferências processuais com recurso a um argumento de ordem formal.

próxima, o artigo 908, § 2º, do Código de Processo Civil de 2015 preconiza que, “não havendo título legal à preferência, o dinheiro será distribuído entre os concorrentes, *observando-se a anterioridade de cada penhora*”.

Entendeu aquele órgão da Corte Superior que, sendo o artigo 186 do Código Tributário Nacional uma norma de natureza material, deveria prevalecer sobre as preferências que estivessem hospedadas em normas de natureza processual. Por outras palavras, compreendeu-se que o critério determinante para se aferir o maior ou menor grau de importância do crédito executado seria o relativo à espécie de norma a prevê-lo.

No entanto, indaga-se: se tanto normas materiais quanto normas processuais estão previstas por leis em sentido formal, por que então umas seriam mais importantes do que outras? A mera circunstância de o processo ser um instrumento para a efetivação do direito material não quer significar, só por só, que a norma de direito material seja sempre e automaticamente mais importante que a norma de direito processual, mesmo porque esse critério é extremamente fluído e pode não ser suficiente para separar com rigor científico uma espécie da outra. Note-se, a propósito, que é plenamente possível cogitar-se de uma norma de conteúdo material incluída no Código de Processo Civil. Por outro lado, é igualmente possível vislumbrar-se a possibilidade de que uma norma de direito processual esteja contida em diplomas normativos dedicados, em tese, ao direito material, como o Código Civil⁴.

Sendo esse um critério tão pouco afinado com a melhor técnica jurídica, ante o risco de que uma norma material esteja contida em diploma de natureza processual, e vice-versa, como então partir dele para se aferir qual o crédito é o mais importante na ordem de preferências legais? Não se estaria diante de um risco de se tomar por processual uma preferência que, em verdade, estaria mais afinada com o direito material e, com base nisso, não se conferiria a um crédito executado em juízo uma importância menor do que a devida?⁵

Alguém poderia objetar, de contrapartida, que a preferência prevista pelo artigo 186 do Código Tributário Nacional estaria contida em uma lei ordinária, recepcionada pelo texto constitucional enquanto lei complementar, ao passo que as preferências processuais estariam contidas em normas que, desde sempre, foram classificadas como leis ordinárias. Possuindo sede legal em espécies

⁴ O Código Civil de 2002 traz, entre os seus artigos 212 a 232, diversas disposições a respeito da prova de fatos e atos jurídicos, estabelecendo muitas regras quanto à prova documental, à prova testemunhal e à prova pericial. A rigor, tais dispositivos legais cuidam de uma fase específica do processo judicial – a fase instrutória –, mas o legislador entendeu por bem alocar essas regras num diploma de natureza material – o Código Civil –, o que revela a impropriedade de se tomar esse critério como determinante para aferir a importância de tal ou qual norma legal. De outro giro, o Código de Processo Civil de 2015 muitas vezes cuida de direitos fundamentais e de outras prerrogativas que estariam melhor situadas em legislações de natureza material. No artigo 8º, por exemplo, a legislação processual civil trata da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade, da razoabilidade, da legalidade, da publicidade e da eficiência, conceitos estes que não se referem exclusivamente ao processo judicial, mas que têm abrangência muito mais ampla. O que se percebe, então, é que a escolha pela inserção de uma disposição legal em um diploma material ou processual, longe de observar um critério estritamente científico, parte de uma conveniência do legislador ou de uma decisão política por ele adotada, o que enfraquece a força desse critério como fator delimitador da importância de uma norma jurídica.

⁵ Curiosamente, isso é exatamente o que se passa com o presente caso, segundo nossa percepção. A tese será desenvolvida em maiores detalhes no tópico seguinte.

normativas distintas, estaria justificada a maior importância da preferência contida pela norma tributária, segundo tal observação.

Entretanto, nem mesmo essa ressalva poderia ser tomada em conta. E isso por uma razão bastante simples: tanto a lei complementar quanto a lei ordinária traduzem, em essência, leis em sentido formal, que são aprovadas pelo Congresso Nacional. Tudo o que as diferencia é o quórum de aprovação para cada qual, sendo exigida a maioria absoluta para as leis complementares e a maioria simples para as leis ordinárias. É dizer, o aspecto que as distingue guarda relação com o procedimento para que se tenha a aprovação de uma e de outra. Além disso, as leis complementares se notabilizam por cuidar de assuntos que são especificamente designados para elas pelo texto constitucional, ao passo que as leis ordinárias buscam disciplinar os assuntos não afetos às leis complementares, assumindo, nesse sentido, uma feição residual⁶.

Estando a lei complementar direcionada a abordar um assunto que não pode ser disciplinado pela lei ordinária, não há como se sustentar, por consectário lógico, que haja uma relação de hierarquia entre ambas, pois cada qual tem seu campo material previamente delimitado pelo próprio texto constitucional. O próprio Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de registrar esse entendimento em julgados anteriores⁷.

Sucede que nem mesmo o fato de estar previsto por lei ordinária recepcionada como lei complementar torna o artigo 186 do Código Tributário Nacional mais importante do que as normas previstas pela codificação processual civil. A bem da verdade, cada norma está apenas a disciplinar o assunto que lhe foi direcionado pelo texto constitucional, sem que haja, entre uma e outra, qualquer relação de subordinação hierárquica.

3.2 - Violação à boa-fé e à diligência do credor em favor do qual milita a anterioridade da penhora

Por definição, boa-fé corresponde ao comportamento que está pautado por padrões éticos e por valores morais de uma sociedade. A noção de boa-fé é tão basilar ao Direito que é possível falar-se num princípio que se converteu em verdadeiro pressuposto da ordem jurídica, informando-a como um todo. Desse princípio nasceu uma miríade de deveres jurídicos relacionados à honestidade, à lealdade, à probidade, dentre outros correlatos que costumam ser mencionados pelos estudiosos do tema.

⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 24. ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 20, pp. 666-667.

⁷ “[...] 4. Inexistência de relação hierárquica entre lei ordinária e lei complementar. Questão exclusivamente constitucional relacionada à distribuição material entre as espécies legais. Precedentes. [...] 6. Embargos de divergência aos quais se dá provimento”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Embargos de Divergência no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 509.300/MG*. Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 17/03/2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11154917>. Acesso em: 29 dez. 2022.

O Direito, dessa forma, parte da premissa de acordo com a qual a boa-fé é o padrão de comportamento usualmente adotado pelas pessoas, por ser aquele mais próximo dos valores encampados pelo corpo social⁸. A ação que se desvia da boa-fé representaria, nesse cenário, uma anomalia do sistema jurídico ou um desvio que deve ser prontamente atacado e reprimido por intermédio das sanções e consequências previstas pela própria ordem jurídica.

Note-se, ainda, que a boa-fé espraia seus efeitos jurídicos sobre praticamente todos os ramos do Direito. Fala-se na incidência desse princípio nas relações contratuais e no âmbito dos demais negócios jurídicos; no âmbito dos processos judiciais e administrativos; e em variados outros contextos que poderiam ser mencionados aqui. É justamente em função desse caráter extremamente amplo que a boa-fé assume a natureza fundante do sistema jurídico, colocando-se ao lado de outros grandes pilares do Direito, como a dignidade humana, a igualdade, a liberdade, dentre outros princípios que estão usualmente consagrados pelos ordenamentos jurídicos nacionais mundo afora e que representam um patamar civilizatório mínimo da humanidade.

Como se percebe, a noção de boa-fé é extremamente ampla e não poderia ser enfrentada em sua plenitude nessas poucas linhas aqui desenvolvidas. Convém, contudo, ressaltar um importante desdobramento da boa-fé dentro do Direito: o relativo ao comportamento diligente que se espera dos atores jurídicos. Por “comportamento diligente” pode-se compreender tanto aquela ação rápida e eficaz em relação ao objetivo que se tem em mente, quanto a atitude zelosa, cuidadosa e responsável, que se adota na execução de uma determinada tarefa⁹.

O agente que atua com boa-fé, por conseguinte, necessita observar a diligência normal e razoável que se esperaria dentro do contexto jurídico em que inserido. Destarte, não há como se considerar que uma pessoa agiu pautada pela boa-fé se ela, ciente do padrão de comportamento esperado dentro de uma situação jurídica, age deliberadamente de forma diversa, porquanto tal atuação violaria a legítima expectativa que terceiros naturalmente desenvolveram dentro daquele cenário jurídico, tendo por base um contexto ideal de lealdade entre os envolvidos.

O próprio Código Civil parece estabelecer uma associação direta e objetiva entre a boa-fé e o comportamento diligente das partes envolvidas em uma

⁸ De Plácido e Silva traz semelhante definição à ideia de boa-fé, indicando que ela está a “expressar a intenção pura, isenta de dolo ou engano, com que a pessoa realiza o negócio ou executa o ato, certa de que está agindo na conformidade do direito, consequentemente, protegida pelos preceitos legais. Dessa forma, quem age de boa-fé está capacitado de que o ato de que é agente, ou do qual participa, está sendo executado dentro do justo e do legal”. SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico conciso*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 117.

⁹ Mais uma vez recorrendo a De Plácido e Silva, pode-se compreender a diligência como “toda atenção ou cuidado que deve ser aplicado pelo agente, ou pessoa que executa um ato ou procede num negócio, para que tudo se cumpra com a necessária regularidade. A diligência exprime, assim, a própria prudência adotada na execução de todos os atos e negócios jurídicos. E, segundo o aforismo *‘diligens praesumitur, quilibet non negligens’* (presume-se diligente, quem não for negligente), todo ato normalmente praticado, sem negligência, pois, entende-se feito diligentemente ou com diligência”. *Ibidem*, p. 257.

determinada relação jurídica, principalmente no âmbito dos contratos e dos negócios jurídicos em geral. Diversas de suas disposições evidenciam esse elo indissociável que existe entre a boa-fé, tida como a causa ou o fundamento, e o comportamento diligente, tido como o efeito, desdobramento ou consequência jurídica daquele princípio¹⁰.

Com base nessas considerações gerais a respeito da boa-fé e do comportamento diligente que dela decorre, será analisado o caso enfrentado pela Corte Especial. O caso judicial, como já se registrou, envolvia um credor particular que, diante do não pagamento da obrigação consubstanciada em um título executivo extrajudicial, movimentou uma ação executiva no bojo da qual foi penhorado um imóvel de propriedade do devedor. Após a efetivação da penhora, entretanto, a Fazenda Pública do Estado de Santa Catarina habilitou o seu crédito e, com isso, fez surgir um concurso singular de credores, visando a reserva do valor que lhe era devido sobre o produto da arrematação ocorrida em hasta pública.



Fonte: www.freepik.com

Num contexto desses, pergunta-se: qual seria o comportamento esperado do credor particular diante do princípio da boa-fé? E mais: qual seria, de outro lado, a atitude mais condizente com a boa-fé que se poderia esperar da Fazenda Pública estadual?

Pela perspectiva do credor particular, a boa-fé claramente impunha o dever de informar eventuais outros credores acerca da constrição operada sobre o bem imóvel de propriedade do devedor. Essa informação se tornaria pública pela averbação da penhora na matrícula do bem, quando, então, a constrição se tornaria oponível a terceiros e o direito de crédito do exequente seria favorecido com uma preferência conferida pela legislação processual civil. Vale dizer: ao mesmo tempo em que premia o credor com uma preferência no recebimento de seu crédito – o que é de todo justo –, o comportamento diligente previsto pelo Código de Processo Civil tutela o direito de outros credores que, percebendo a penhora sobre um imóvel específico, poderiam buscar outros bens com maior aptidão para satisfazer os direitos de que são titulares, se existentes.

Já pela perspectiva da Fazenda Pública estadual, a boa-fé reclamava um comportamento diligente no sentido de inscrever o débito em dívida ativa tão logo o procedimento administrativo de constituição do crédito tributário estivesse encerrado, seguindo-se com a propositura do executivo fiscal após o decurso do prazo de pagamento. Certamente, a boa-fé não recomendaria se valer de atuação processual de terceiro para isso, porque a Fazenda Pública conta com

¹⁰ A corroborar nosso posicionamento, confirmam-se as seguintes disposições legais: artigos 629 (depósito voluntário); 667, *caput* (mandato); 696, *caput* (comissão); 712 (agência e distribuição); 723, *caput* (corretagem); 866 (gestão de negócios); 1.011, *caput* (administração de sociedade simples); e 1.363, inc. I (propriedade fiduciária), todos do Código Civil.

instrumentos, garantias, privilégios e prerrogativas especiais para a satisfação dos créditos tributários.

No caso analisado, o credor particular adotou um comportamento diligente, tendo constituído um advogado para ingressar com a demanda executiva em juízo, o que lhe gerou, segundo uma razoável presunção, despesas com os honorários contratuais do referido patrono. Ademais, é possível imaginar que o credor particular teve que arcar com as custas e despesas processuais para movimentar essa ação judicial, como também com mais custos relativos à averbação da penhora na matrícula do imóvel, que passou a servir de garantia para a dívida. Por evidente, todas essas providências são tomadas de forma diligente pelo credor particular na expectativa legítima de que o produto da arrematação lhe seja direcionado, já que se confia no Estado-juiz para a tutela de direitos do jurisdicionado, sobretudo quando o autor da ação age com cautela e cuidado redobrados.

No entanto, pelo entendimento firmado no âmbito da Corte Especial, a Fazenda Pública, sem qualquer atuação diligente e preventiva, pode atravessar o esforço do credor particular e, usufruindo de sua atuação no sentido de buscar bens passíveis de constrição e dos custos que foram suportados para isso, requerer a reserva de um valor, que seria direcionado ao autor da demanda executiva. Mas, diante do princípio da boa-fé, seria isso viável? Não estaria o Poder Judiciário, com tal decisão, premiando quem nunca adotou um comportamento diligente e prejudicando quem sempre agiu com cautela, incorrendo em tantos custos para isso? E como ficariam, diante desse cenário, a segurança jurídica e a confiança que o jurisdicionado deposita no Poder Judiciário?

É certo que a Corte Especial se prontificou a justificar essa restrição à segurança jurídica e à boa-fé, valendo-se de uma ponderação de princípios em choque que, ao final, veio a prestigiar o interesse público, plasmado no recebimento do crédito fiscal. Para tanto, como se registrou acima, a Corte Especial recorreu ao argumento de ordem formal no sentido de que uma norma de direito material, como a prevista pelo artigo 186 do Código Tributário Nacional, sempre deve prevalecer sobre uma preferência constituída por normas de direito processual.

O que não se percebeu, contudo, e com todas as vênias possíveis, é que a norma segundo a qual a penhora constitui uma preferência ao credor não é inteiramente processual, como defendeu a Corte Especial naquela ocasião. Ao estabelecer uma preferência ao credor que se antecipou e promoveu uma penhora antes dos demais, o Código de Processo Civil foi tributário da ideia de que é necessário premiar o credor com maior diligência na perseguição do seu direito, ou seja, de que é imperativo recompensar quem agiu com maior zelo, rapidez, eficácia e cautela na satisfação de uma obrigação jurídica.

O mero fato de a norma que constitui essa preferência pela anterioridade da penhora estar prevista pelo Código de Processo Civil não quer significar, por si só, que essa preferência seja de fato processual. Em realidade, o que ocorre é precisamente o oposto: conquanto a norma esteja prevista em um diploma

processual (mero casuísmo decorrente de opção político-legislativa), sua natureza é claramente material, na medida em que a preferência pela anterioridade da penhora está fundamentada no princípio geral de direito relacionado à boa-fé e no seu desdobramento imediato, qual seja, o comportamento diligente que todos devem adotar no mundo jurídico.

E, se assim é, jamais poderia a Corte Especial promover uma ponderação concluindo pela prevalência de norma material sobre norma processual, na medida em que a norma tida por processual é, em realidade, uma outra norma material, estando em idêntica posição de hierarquia e importância em relação ao disposto pelo artigo 186 do Código Tributário Nacional. Em verdade, a ponderação não deveria ocorrer no nível das regras legais, mas sim com base nos princípios que lhe são subjacentes: a pretensa supremacia do interesse público sobre o privado, que está na base do artigo 186 do Código Tributário Nacional, de um lado; e a boa-fé e o comportamento diligente, que estão na base das regras processuais que estabelecem a prioridade da penhora.

Isso significa dizer que a ponderação jamais poderia redundar no estabelecimento de uma relação de precedência apriorística e absoluta para todo e qualquer caso, mas deveria, isso sim, sublinhar o caráter relativo do choque entre princípios, na esteira do sustentado por Alexy, ao desenvolver a sua conhecida “lei de colisão”¹¹. É o que se tentará fazer, a título de arremate, no tópico seguinte, tendo por pano de fundo justamente o caso ora analisado.

3.3 – Pretensa superioridade do interesse público sobre o privado

Há quem defenda que uma ponderação de princípios em conflito não deveria ter lugar nesse caso. De acordo com essa visão, o artigo 186 do Código Tributário Nacional deveria prevalecer sempre no confronto com as preferências “processuais”¹², tendo em vista que o próprio artigo 908, § 2º, do Código de Processo Civil de 2015 previu a necessidade de se observar a anterioridade da

¹¹ O autor alemão nos explica que, diante de um conflito entre princípios, o intérprete ou aplicador do Direito não pode recorrer à solução de estabelecer uma relação de precedência incondicionada, porque os princípios, diferentemente das regras, não podem se sujeitar a uma lógica de tudo-ou-nada, assumindo um caráter absoluto e prevalecendo sobre os demais em qualquer contexto jurídico. Pelo contrário: cabe ao intérprete ou ao aplicador do Direito se valer de uma solução que proponha o estabelecimento de uma relação de precedência condicionada, no bojo da qual um princípio prevalece sobre outro em condições determinadas e específicas, isto é, no âmbito de um caso concreto, podendo, no entanto, existir outra conclusão se a situação enfrentada vier a ser modificada. Tendo por base esse cenário, Alexy irá propor que as condições pelas quais um princípio prevalece sobre outro constituem o antecedente de uma regra cujo consequente expressa a prevalência mencionada. Essa regra é justamente a “lei de colisão”, apresentada pelo autor. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 99.

¹² No tópico anterior, discorre-se sobre o descabimento de se tomar por “processual” uma preferência que tem raízes em princípios de direito material. Nada obstante isso, manter-se-á a diferenciação existente entre a suposta preferência “processual” e a preferência material no restante desse trabalho, apenas com a finalidade de facilitar o desenvolvimento do raciocínio, delimitando ao leitor de qual preferência se está a cogitar em um ou outro contexto.

penhora somente na hipótese em que não houvesse outro “título legal à preferência”.

Como nesse caso, porém, a norma tributária efetivamente contém uma outra preferência, instituída em favor da Fazenda Pública, o artigo 908, § 2º, do Código de Processo Civil de 2015 teria sua aplicação afastada, segundo tal concepção. Vale dizer: as preferências processuais referentes à anterioridade da penhora apenas poderiam ser aplicadas se uma outra preferência não estivesse prevista pelo ordenamento jurídico, assumindo um caráter residual. Porém, havendo neste caso uma preferência diversa, contida no artigo 186 do Código Tributário Nacional, a preferência relativa à anterioridade da penhora seria inaplicável¹³.

Nem mesmo essa ressalva legal, todavia, é capaz de infirmar as conclusões acima mencionadas pela exigência de uma ponderação entre princípios em conflito. Com efeito, essa ressalva promovida pelo artigo 908, § 2º, claramente partiu do pressuposto de que a Fazenda Pública agiu com diligência na perseguição de seu crédito fiscal, porque uma regra legal não pode simplesmente contrariar toda a principiologia que decorre da ideia central de boa-fé e do comportamento diligente.

Desse modo, se tanto a Fazenda Pública quanto o particular tomaram providências no sentido de buscar a satisfação de seu crédito, o ente público poderá gozar de uma maior preferência no recebimento da dívida tributária, porque o próprio legislador se antecipou em ponderar os princípios em conflito e fez inserir uma cláusula de exceção na regra processual relativa à anterioridade da penhora.

No entanto, se a Fazenda Pública se omite completamente e nem mesmo chega a propor o executivo fiscal visando ao recebimento de seu crédito, a exceção ali prevista não poderá ser aplicada de forma automática, porquanto outros princípios atuam em benefício do credor particular para além da anterioridade da penhora, todos eles ligados à sua boa-fé e, principalmente, ao seu comportamento diligente, que precisam ser levados em consideração. A necessidade de se tomar em conta os diferentes contextos fáticos, aliás, comprova que a relação de precedência que se estabelece há de ser a condicionada, e não a incondicionada, como advoga a corrente diversa.

O raciocínio oposto redundaria no estabelecimento de uma preferência exagerada ao ente público, por meio da qual se conferiria à Fazenda Pública uma vantagem absoluta de não precisar fazer nada e, ainda assim, ser favorecida com o pagamento de seu crédito, às expensas da atuação de terceiros que sempre adotaram um comportamento diligente.

¹³ Nesse sentido, conferir: OLIVEIRA, Weber Luiz de; SANTOS, Marcelo Mendes dos. Concurso de credores de crédito civil e tributário, penhora prévia e primazia da preferência de direito material sobre a processual. Consolidação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *Empório do Direito*, 23 out. 2022. Disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/leitura/concurso-de-credores-de-credito-civil-e-tributario-penhora-previa-e-primazia-da-preferencia-de-direito-material-sobre-a-processual-consolidacao-da-jurisprudencia-do-superior-tribunal-de-justica>. Acesso em: 01 jan. 2023.

Na prática, haveria um completo esvaziamento dos princípios relativos à boa-fé, ao comportamento diligente, à segurança jurídica e à proteção à confiança, que precisariam ser aplicados em alguma medida, mesmo diante da importância que assume o crédito tributário para o financiamento de políticas públicas e das demais ações de governo.

Mas não é só. Ao preconizar a maior importância da preferência prevista pelo artigo 186 do Código Tributário Nacional sobre as preferências processuais relativas à anterioridade da penhora, a Corte Especial claramente partiu do pressuposto de que o interesse público relativo ao recebimento do crédito tributário estaria, sempre e forçosamente, acima do interesse privado, consistente no recebimento de um crédito particular. Ao final e ao cabo, o que se teve foi a incidência de um conhecido postulado do Direito Público, tomado durante muito tempo como uma verdade incontestada: a supremacia do interesse público sobre o privado.

Referido princípio não está previsto expressamente pela Constituição Federal de 1988, mas veio a ser concebido como um pressuposto do convívio social¹⁴. Sempre se vê, lá e cá, algum aspecto de Direito Público que esteja fundamentado nele. Se diz, por exemplo, que um bem público não pode ser penhorado porque está predisposto à realização de uma finalidade de interesse público, que é mais importante do que meramente se atender ao direito do credor. De outro lado, quando se sustenta a continuidade do serviço público, se fundamenta tal princípio na supremacia do interesse público, argumentando-se que o interesse do particular concessionário não pode se sobrepor ao interesse da coletividade em receber o serviço. Os exemplos são muitos e poderiam seguir em larga escala.

A supremacia do interesse público sobre o privado é defendida por uma doutrina tradicional¹⁵, mas há quem se contraponha a essa visão mais clássica, chegando a sustentar a inexistência do princípio em referência. A Corte Especial foi tributária da orientação que propugna pela incidência do princípio, havendo aqui mais um ponto combatido pela atual teoria dos princípios.

¹⁴ Sustenta-se, também, que o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado estaria calcado na ideia de democracia, que impõe a “preponderância das maiorias”. Nessa linha, conferir CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 36. Não parece, porém, que o regime democrático dê sustentação a qualquer pretensão formulada pela maioria da população. O fato de ser defendida pela maior parcela dos cidadãos, por si só, não torna justa uma determinada pretensão. O que ocorre, aliás, é precisamente o contrário: os limites da democracia estão estabelecidos pelo próprio texto constitucional, a fim de que a democracia não venha a se converter apenas em opressão pura e simples, patrocinada por uma maioria indiferente aos anseios da minoria que, igualmente, precisa ser tutelada pelo Direito. Ou seja, há interesses coletivos que não podem preponderar sobre direitos fundamentais dos indivíduos, mesmo que tais indivíduos formem uma minoria em relação àquele agrupamento maior de pessoas. Por isso, o ensinamento do mestre, nessa específica questão, há de ser recebido com os necessários temperamentos.

¹⁵ Para Carvalho Filho, por exemplo, “as relações sociais vão ensejar, em determinados momentos, um conflito entre o interesse público e o interesse privado, mas, ocorrendo esse conflito, há de prevalecer o interesse público”. *Ibidem*, p. 35.

A ideia de princípio traz inerente a si a noção de ponderação, e não de prevalência pura e simples. Como, então, se poderia falar na existência de uma supremacia, prévia e em abstrato, do interesse público sobre o privado? Isso autoriza defender que, toda vez em que se estiver diante do conflito entre o interesse público e o interesse privado, o interesse público tem de prevalecer sobre este último, independentemente das circunstâncias?

Não há como se sustentar isso, seja em virtude da moderna teoria dos princípios, seja em razão da ponderação que se realiza dentro da própria casuística enfrentada pela Corte Especial, em que se teria a vitória da Fazenda Pública ao custo do completo aniquilamento de outros princípios fundamentais incidentes à espécie, repetidos à exaustão (boa-fé, comportamento diligente, segurança jurídica e proteção à confiança)¹⁶.

Ademais, a tutela incontestada de um interesse público, que jamais poderia ser afastado, parte de uma constatação errônea, de que a tutela desse interesse público eliminaria a tutela do interesse privado, tomando ambos como realidades necessariamente antagônicas. Contudo, a tutela do interesse privado é também a tutela do interesse da coletividade, ao menos em alguma medida, segundo ensina Ávila, com base nas considerações de Peter Haberle¹⁷. Atender o interesse privado é também cuidar do interesse público, mesmo que de forma parcial. Por isso, a contraposição apresentada pela Corte Especial pode assumir ares de artificialidade, na medida em que pautada numa relação de contrariedade, que nem sempre se estabelece entre os interesses públicos e privados.

4 Conclusões

As considerações desenvolvidas de forma resumida acima demonstram que diferentes visões podem ser formadas em torno do tema relativo ao conflito entre o crédito particular, de um lado, e o crédito tributário, de outro. A Corte

¹⁶ Acerca da inexistência do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, bem como da impossibilidade de se afastar a ponderação no caso concreto, recomenda-se: ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, set./nov. 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/humberto-avila/repensando-o-principio-da-supremacia-do-interesse-publico-sobre-o-particular>. Acesso em: 03 jan. 2023. Nesse trabalho, Ávila destaca que as atividades administrativas “não podem ser ponderadas em favor do interesse público e em detrimento dos interesses privados envolvidos. A ponderação deve, primeiro, determinar quais os bens jurídicos envolvidos e as normas a eles aplicáveis e, segundo, procurar preservar e proteger, ao máximo, esses mesmos bens. Caminho bem diverso, portanto, do que direcionar, de antemão, a interpretação das regras administrativas em favor do interesse público, o que quer que isso possa significar”.

¹⁷ “O interesse privado e o interesse público estão de tal forma instituídos pela Constituição brasileira que não podem ser separadamente descritos na análise da atividade estatal e de seus fins. Elementos privados estão incluídos nos próprios fins do Estado (p. ex. preâmbulo e direitos fundamentais). Por isso afirma HABERLE, referindo-se à Lei Fundamental Alemã, muito menos insistente na proteção da esfera privada do que a brasileira: ‘Exagerando: o interesse privado é um ponto de vista que faz parte do conteúdo de bem comum da Constituição’. Em vez de uma relação de contradição entre os interesses privado e público há, em verdade, uma ‘conexão estrutural’ (‘ein struktureller Zusammenhang’). *Ibidem*.”

Especial do Superior Tribunal de Justiça se valeu de entendimentos tradicionais e consagrados para adotar a conclusão que veio a ser referendada pelo colegiado, com fundamento tanto na sua própria jurisprudência quanto nas obras doutrinárias que se debruçam sobre o tema.

Para sustentar a maior importância da preferência material de Direito Tributário sobre a preferência processual, relativa à anterioridade da penhora, a Corte Especial recorreu à literalidade dos dispositivos legais envolvidos (o artigo 186 do Código Tributário Nacional e o artigo 908, § 2º, do Código de Processo Civil de 2015), como também se utilizou de seu entendimento jurisprudencial sobre o assunto¹⁸, ainda que não pacificado¹⁹. Além disso, partiu do pressuposto implícito de acordo com o qual o crédito público sempre deveria prevalecer sobre o crédito particular, por ser a expressão concreta de um interesse público que sempre deveria se sobrepor ao interesse privado, princípio este que é costumeiramente defendido por uma doutrina mais tradicional e que chegou a ser tomado como verdade absoluta pelas letras jurídicas nacionais durante um considerável período.



Fonte: www.freepik.com

No entanto, esses apontamentos podem ser encarados por uma nova perspectiva, à luz dos princípios que regem a espécie e de uma releitura propugnada por novas construções teóricas. Nesse trabalho, são apresentadas ao menos três razões para se sustentar uma conclusão diversa daquela que foi referendada pelo colegiado da Corte Especial, nada obstante a autoridade que emana de um acórdão proferido por aquele órgão recursal. Tais razões incluem:

¹⁸ A tese de que a preferência processual deveria ceder à preferência material não é nova. Desde há bastante tempo o Superior Tribunal de Justiça se utiliza dela, argumentando que o processo teria uma finalidade instrumental apenas. Nesse sentido, consulte-se, por todos, o seguinte aresto: "(...) Não é possível sobrepor uma preferência processual a uma preferência de direito material. O processo existe para que o direito material se concretize. Recurso Especial conhecido e provido". BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. *Recurso Especial 159.930/SP*. Relator Ministro Ari Pargendler, j. 06/03/2003. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199700921751&dt_publicacao=16/06/2003. Acesso em: 05 jan. 2023.

¹⁹ Em outros julgados, o Superior Tribunal de Justiça salientava que a preferência material, prevista pelo artigo 186 do Código Tributário Nacional, somente poderia ser aplicada se houvesse o ajuizamento de uma execução fiscal pela Fazenda Pública e, em seu bojo, fosse realizada uma penhora sobre o bem sujeito ao concurso de credores. Segundo esse entendimento, caso a Fazenda Pública não adotasse tais providências, o concurso de credores não estaria aperfeiçoado e, com isso, não haveria como se cogitar da aplicação da preferência de direito material. A tese foi manifestada, por exemplo, no seguinte julgado: "[...] Dessa forma, inexistindo a penhora do bem arrematado na execução fiscal, não se pode falar em concurso de credores ou no direito de preferência previsto no artigo 186 do Código Tributário Nacional. 3. Agravo interno a que se nega provimento". BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. *Agravo Interno no Recurso Especial 1.436.772/PR*. Relator Ministro Og Fernandes, j. 11/09/2018. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201400351456&dt_publicacao=18/09/2018. Acesso em: 05 jan. 2023.

(i) a ausência de qualquer hierarquia legal entre as previsões contidas no Código Tributário Nacional e no Código de Processo Civil de 2015, tendo em vista que as distinções entre direito material e direito processual se baseiam mais em conveniências político-legislativas do que em um suposto critério técnico-científico, sendo plenamente viável que uma norma de direito processual se encontre em um diploma legal de direito material, como também que uma norma de direito material se encontre em um diploma legal de direito processual. Ademais, registra-se que nem mesmo o argumento de que se estaria diante de uma lei complementar justificaria a prevalência do artigo 186 do Código Tributário Nacional, já que essa espécie legal não tem superioridade sobre as leis ordinárias;

(ii) a impossibilidade de se desconsiderar por completo o influxo de princípios que garantem o recebimento do crédito particular, tais como os relativos à boa-fé e ao seu desdobramento imediato, isto é, o comportamento diligente; à segurança jurídica; e à proteção à confiança. A incidência desses princípios revela que a cláusula de exceção, contida no artigo 908, § 2º, do Código de Processo Civil de 2015, tem aplicabilidade para as situações em que ambas as partes tenham tomado providências no sentido de receber os seus créditos, traduzindo, assim, uma ponderação de interesses em conflito que já foi realizada pelo próprio legislador, com conclusão pela preferência do crédito fiscal. Do contrário, havendo uma parte completamente inerte na tomada de providências que competem a qualquer credor realizar, o que se terá é a necessidade de o julgador promover a ponderação dos princípios em conflito, sendo viável que, a depender das circunstâncias, o crédito particular possa prevalecer sobre a preferência do crédito tributário;

(iii) a inviabilidade de se tomar o interesse público como razão única e bastante para justificar a preferência do crédito tributário sobre qualquer outra preferência legal, na medida em que a moderna teoria dos princípios não se compadece de relações de precedência incondicionadas ou de prevalências apriorísticas e absolutas de um princípio sobre os demais, por mais relevante que ele possa parecer.

Note-se que não se está a defender, aqui, a impossibilidade de o crédito tributário ter de fato uma preferência sobre o crédito particular. A bem da verdade, esse é o cenário que mais comumente irá ocorrer, ante a ponderação de princípios em conflito que já foi realizada pelo próprio legislador e que está manifestada na cláusula de exceção, contida na parte inicial do § 2º do artigo 908 do Código de Processo Civil de 2015 (“não havendo título legal à preferência”). O que se afirma, porém, é que, em situações excepcionais, a conclusão poderá ser distinta, a depender do caso que se analisa.

Num contexto em que a Fazenda Pública simplesmente deixa de tomar qualquer providência tendente ao recebimento de seu crédito, omitindo-se de ingressar com o executivo fiscal pertinente, e no qual um credor particular, de outro giro, foi diligente na perseguição de seu direito, assumindo todos os ônus de sua iniciativa, não seria nenhum absurdo ponderar os interesses em choque e chegar a uma conclusão pela prevalência casuística de princípios contrapostos,

que igualmente precisam ser tomados em conta pelo Poder Judiciário, como os da boa-fé, da segurança jurídica e da proteção à confiança.

Eliminar de antemão a possibilidade dessa ponderação, pelo simples fato de um crédito público estar em jogo, significa negar vigência a princípios contrapostos, cuja otimização seria também de rigor, sem nem ao menos atender ao ônus argumentativo necessário para tanto, à luz dos fatos verificados, o que não se admite em face da atual teoria dos princípios. A ponderação de princípios deve se fazer presente toda vez que houver um choque entre eles, ainda que a Fazenda Pública tome parte de um determinado litígio.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2015.

ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, set./nov., 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/humberto-avila/repensando-o-principio-da-supremacia-do-interesse-publico-sobre-o-particular>. Acesso em: 03 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. *Embargos de Divergência em Recurso Especial 1.603.324/SC*. Relator Ministro Luís Felipe Salomão, j. 21/09/2022. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201601406905&dt_publicacao=13/10/2022. Acesso em: 03 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. *Agravo Interno no Recurso Especial 1.436.772/PR*. Relator Ministro Og Fernandes, j. 11/09/2018. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201400351456&dt_publicacao=18/09/2018. Acesso em: 05 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. *Recurso Especial 159.930/SP*. Relator Ministro Ari Pargendler, j. 06/03/2003. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199700921751&dt_publicacao=16/06/2003. Acesso em: 05 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Embargos de Divergência no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 509.300/MG*. Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 17/03/2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11154917>. Acesso em: 29 dez. 2022.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*, v. 2. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 24. ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2009.

OLIVEIRA, Weber Luiz de; SANTOS, Marcelo Mendes dos. Concurso de credores de crédito civil e tributário, penhora prévia e primazia da preferência de direito material sobre a processual. Consolidação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *Empório do Direito*, 23 out. 2022. Disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/leitura/concurso-de-credores-de-credito-civil-e-tributario-penhora-previa-e-primazia-da-preferencia-de-direito-material-sobre-a-processual-consolidacao-da-jurisprudencia-do-superior-tribunal-de-justica>. Acesso em: 01 jan. 2023.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico conciso*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.



Jurisprudência

Direito Administrativo



Mazé Leite

APELAÇÃO CÍVEL **5012639-46.2018.4.03.6100**

Apelante: S.P.A. SAÚDE - SISTEMA DE PROMOÇÃO ASSISTENCIAL
Apelada: ANS - AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA
Disponibilização do Acórdão: DJEN 12/04/2023

EMENTA

ADMINISTRATIVO. AÇÃO SOB O RITO ORDINÁRIO. ANS. MULTA ADMINISTRATIVA. IMPLANTE COCLEAR. NEGATIVA DE COBERTURA DE MATERIAIS DESTINADOS À MANUTENÇÃO POSTERIOR DA PRÓTESE. IMPOSSIBILIDADE. MULTA PECUNIÁRIA. CONVERSÃO EM PENA DE ADVERTÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

I - Com a edição da Lei nº 9.961/2000, foi criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, com a finalidade institucional de promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde. A competência dessa autarquia federal encontra-se disposta no art. 4º desse diploma legal, competindo-lhe, entre outras atividades, elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei nº 9.656/98 e suas excepcionalidades (inciso III) e zelar pela qualidade dos serviços de assistência à saúde no âmbito da assistência à saúde suplementar (inciso XXXVII).

III - Por muito tempo debateu-se se o rol de procedimentos das Resoluções Normativas da ANS era exemplificativo ou taxativo. Inicialmente, a jurisprudência do C. STJ firmou-se no sentido de ser exemplificativo. Todavia, esse entendimento foi alterado a partir do julgamento, pela Quarta Turma daquela Corte Superior, do REsp 1.733.013/PR, quando se reconheceu tratar-se de rol taxativo.

IV - A partir desse julgado, firmou-se no C. STJ o entendimento de que a necessidade de cobertura de procedimentos ou medicamentos não previstos no rol da ANS deve ser observada caso a caso, podendo ser admitida, de forma excepcional, quando demonstrada a efetiva necessidade, mediante a produção de prova técnica. Portanto, não é suficiente apenas a prescrição do médico que acompanha o paciente, devendo ser observados, prioritariamente, os procedimentos e medicamentos previstos no rol de cobertura mínima e, somente em hipóteses excepcionais, com demonstração técnica da efetiva necessidade, poderá ser autorizada a cobertura nos casos não previstos no rol da ANS.

V - Posteriormente ao julgamento do REsp 1.733.013/PR pela Quarta Turma, a Segunda Seção do C. STJ, decidiu, no julgamento dos EREsp 1.886.929/SP e 1.889.704/SP, que devem ser observados os seguintes parâmetros objetivos para admissão, em hipóteses excepcionais e restritas, da superação das limitações contidas no Rol: 1 - o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar é, em regra, taxativo; 2 - a operadora de plano ou seguro de saúde não é obrigada a arcar com tratamento não constante do Rol da ANS se existe, para a cura do paciente, outro procedimento eficaz, efetivo e seguro já incorporado à lista; 3 - é possível a contratação de cobertura ampliada ou a negociação de aditivo contratual para a cobertura de procedimento extrarrol; 4 - não havendo substituto terapêutico ou estando esgotados os procedimentos do Rol da ANS, pode haver, a título de excepcionalidade, a cobertura do tratamento indicado pelo médico ou odontólogo-assistente, desde que (i) não tenha sido indeferida expressamente pela ANS a incorporação do procedimento ao Rol da Saúde Suplementar; (ii) haja comprovação da eficácia do tratamento à luz da medicina baseada em evidências; (iii) haja recomendações de órgãos técnicos de renome nacionais (como Conitec e NatJus) e estrangeiros; e (iv) seja realizado, quando possível, o diálogo interinstitucional do magistrado com entes ou pessoas com expertise na área da saúde, incluída a Comissão de Atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar, sem deslocamento da competência do julgamento do feito para a Justiça Federal, ante a ilegitimidade passiva *ad causam* da ANS.

VI - Diante desses julgados da Segunda Seção, a jurisprudência do C. STJ foi firmada no sentido da necessidade da produção de prova técnica para justificar a necessidade de cobertura, pelas operadoras de planos de saúde, de procedimentos e materiais/equipamentos não previstos no rol taxativo mínimo da ANS: STJ, decisão monocrática, Edcl nos EREsp 1.899.957/SP, Relator Ministro Antônio Carlos Ferreira, proferida em 30.08.2022, publicada em 31.08.2022; STJ, decisão monocrática, REsp 2.010.853/SP, Relator Ministro Marco Buzzi, proferida em 27.10.2022, publicada em 04.11.2022; STJ, decisão monocrática, REsp 1.964.106/SP, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, proferida em 11.10.2022, publicada em 18.10.2022.

VII - Na espécie, após a realização de cirurgia para implante coclear, a operadora de planos de saúde apelante negou-se a fornecer ao beneficiário: *Capa de Proteção contra água para antena de 6 cm para processador de som Nucleus 6 (kit) - Pastilha de Desumidificação DRY BRICK II - Processador de Fala Baha Cordelle II BP 100-91300 - Bateria Powerone Implant Plus P675 não recarregável de ar-zinco cartela com 6 unidades - Cochlear Wireless TV Streamer - Acessório para processador Baha 4 - Magneto força 3M para processador de som Nucleus 6 - Preto - Bateria recarregável padrão para processador de fala Nucleus 6 - Bege, indicados para o beneficiário R. C. V, sob os*

argumentos de que no contrato entabulado entre as partes há exclusão de obrigatoriedade de fornecimento de órteses, próteses e seus acessórios não vinculados ao ato cirúrgico (cláusula 10.1), bem como por se aplicar ao caso o disposto no inciso VII do art. 10 da Lei nº 9.656/98.

VIII - No Processo Administrativo nº 25789.101625/2016-74, após a apresentação de defesa administrativa pela operadora de planos de saúde, a ANS concluiu ser obrigatória a cobertura dos mencionados acessórios, com fundamento no PARECER TÉCNICO Nº 16/GEAS/GGRAS/DIPRO/2016 – COBERTURA: IMPLANTE COCLEAR.

IX - O Conselho Nacional de Justiça – CNJ, realizou várias Jornadas de Direito da Saúde, estabelecendo enunciados, merecendo destaque, por serem pertinentes à matéria, os Enunciados nºs 23, 28, 29 e 33.

X - Da análise conjunta da jurisprudência do C.STJ, no sentido da necessidade da produção de prova técnica para justificar a necessidade de cobertura, pelas operadoras de planos de saúde, de procedimentos e materiais/equipamentos não previstos no rol taxativo mínimo da ANS, bem como dos Enunciados do CNJ nas Jornadas de Direito da Saúde, entendo que o Parecer Técnico nº 16/GEAS/GGRAS/DIPRO/2016, que trata especificamente do implante coclear, adotado como um dos fundamentos pelo MM. Juízo *a quo* para firmar sua convicção a respeito da questão controvertida, é prova técnica suficientemente apta para se concluir pela obrigatoriedade de cobertura dos materiais acima mencionados, não havendo necessidade de retorno dos autos à primeira instância para produção de outra prova técnica pericial para tanto.

XI - Com efeito, o mencionado Parecer foi produzido pela área técnica da ANS (Enunciado nº 33), e é claro ao concluir que “A troca de baterias, pastilhas desumidificadoras, custeio de suporte técnico mensal, substituição de componentes externo decorrentes da má utilização do equipamento também devem ser cobertos pela operadora, pois fazem parte da manutenção posterior da prótese.”

XII - O Art. 25 da Lei nº 9.656/98 previu várias espécies de sanção, dentre as quais a advertência (inciso I) e a multa pecuniária (inciso II).

XIII - No exercício de sua atribuição legal, a ANS editou a RN nº 124/2006, que “dispõe sobre a aplicação de penalidades para as infrações à legislação dos planos privados de assistência à saúde”, a qual prevê, em seu art. 5º, os casos em que será aplicada a pena de advertência.

XIV - Por sua vez, as infrações e penalidade a que estão sujeitas as operadoras de planos de saúde encontram-se tipificadas do art. 18 até o art. 88 da RN ANS nº 124/2006.

XV - No caso concreto, a Administração Pública entendeu pela inaplicabilidade da sanção de advertência considerando a

irreversibilidade da lesão ao bem jurídico exigido pelo normativo, conforme se vê da contestação apresentada neste feito.

XVI - A escolha da penalidade a ser aplicada é atribuição ínsita à discricionariedade da Administração, no caso a ANS, a quem incumbe avaliar o caso concreto e aplicar a sanção cabível dentre as previstas na norma legal, observando os critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

XVII - Havendo espaço discricionário aberto em favor do ente público para ajuizar qual a punição administrativa cabível, não é dado ao Judiciário romper a “separação de poderes” e substituir a razão administrativa pela razão judicial, desde que não exista - como aqui não há - vestígio algum de ilegalidade da escolha da pena dentre as legalmente possíveis.

XVIII – Recurso de apelação da autora improvido.

ACÓRDÃO

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

RELATÓRIO

Trata-se de ação, sob o rito ordinário, ajuizada por S.P.A. SAÚDE – SISTEMA DE PROMOÇÃO ASSISTENCIAL em face da AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR – ANS, com pedido para realização de depósito, objetivando a autora a declaração de nulidade da multa imposta, sob os argumentos da ausência de respaldo legal para sua imposição e inexistência de ilícito, uma vez que os itens que o beneficiário alegou não lhe terem sido fornecidos estão fora da cobertura, nos termos do inciso VII do art. 10 da Lei nº 9.656/98, bem como na cláusula 10.1 do contrato firmado entre as partes. Alternativamente, requer a substituição da pena pecuniária pela de advertência.

Realizado o depósito, a ré atestou sua suficiência.

Pedido julgado improcedente, nos termos do art. 487, I, do CPC e determinado a conversão em renda da ANS o depósito efetuado, com condenação da autora ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor atribuído à causa.

Interposto recurso de apelação pela autora, aduzindo: a apuração dos fatos iniciou com a abertura da Notificação de Investigação Preliminar – Demanda nº 3205020, posteriormente convertida no Processo Administrativo nº 25789.101625/2016-74, com a aplicação da multa pecuniária em desfavor da apelante; foi lavrado o Auto de Infração nº 18887/2017, a fim de apurar suposta infração ao art. 12, II, “e”, da Lei nº 9.656/98, que consistiria em deixar de garantir o fornecimento dos seguintes itens: capa de proteção contra água para antena de 6 cm para processador de som Nucleus 6 (kit) – Pastilha de Desumidificação DRY BRICK II – Processador de Fala BahaCordelle II BP 100-91300 – Bateria Poweroneimplant Plus P675 não recarregável de ar-zinco cartela com 6 unidades – CochlearWirless TV Streamer – Acessório para processador Baha 4 – Magneto força 3M para processador de som Nucleus 6 – Preto – Bateria recarregável padrão para processador de fala Nucleus 6 – Bege; os acessórios solicitados pelo beneficiário em questão possuem expressa exclusão de cobertura contratual, conforme disposto no cláusula 10.1, “p” (fornecimento de órteses, próteses e seus acessórios não vinculados ao ato cirúrgico”; no mesmo sentido, a Lei nº 9.656/98, em seu art. 10, VII; considerando que o pleito do beneficiário não está ligado ao ato cirúrgico, houve a correta e legítima negativa por parte da apelante; a troca da bateria pleiteada trata-se de evidente manutenção do aparelho do beneficiário e, portanto, não inserida em qualquer previsão legal. Subsidiariamente, requer a conversão da pena pecuniária em advertência.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

Com a edição da Lei nº 9.961/2000, foi criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, com a finalidade institucional de promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde.

A competência dessa autarquia federal encontra-se disposta no art. 4º desse diploma legal, devendo se ressaltar, por pertinente à matéria em discussão, o que consta em seus incisos III e XXXVII:

“Art. 4º Compete à ANS:

(...)

III - elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, e suas excepcionalidades;

(...)

XXXVII - zelar pela qualidade dos serviços de assistência à saúde no âmbito da assistência à saúde suplementar;”

Por muito tempo debateu-se se o rol de procedimentos das Resoluções Normativas da ANS era exemplificativo ou taxativo.

Inicialmente, a jurisprudência do C. STJ firmou-se no sentido de ser exemplificativo.

Todavia, esse entendimento foi alterado a partir do julgamento, pela Quarta Turma daquela Corte Superior, do REsp 1.733.013/PR, quando se reconheceu tratar-se de rol taxativo.

Confira-se a ementa do referido julgado:

“PLANOS E SEGUROS DE SAÚDE. RECURSO ESPECIAL. ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE ELABORADO PELA ANS. ATRIBUIÇÃO DA AUTARQUIA, POR EXPRESSA DISPOSIÇÃO LEGAL E NECESSIDADE DE HARMONIZAÇÃO DOS INTERESSES DAS PARTES DA RELAÇÃO CONTRATUAL. CARACTERIZAÇÃO COMO RELAÇÃO EXEMPLIFICATIVA. IMPOSSIBILIDADE. MUDANÇA DO ENTENDIMENTO DO COLEGIADO (OVERRULING). CDC. APLICAÇÃO, SEMPRE VISANDO HARMONIZAR OS INTERESSES DAS PARTES DA RELAÇÃO CONTRATUAL. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO E ATUARIAL E SEGURANÇA JURÍDICA. PRESERVAÇÃO. NECESSIDADE. RECUSA DE COBERTURA DE PROCEDIMENTO NÃO ABRANGIDO NO ROL EDITADO PELA AUTARQUIA OU POR DISPOSIÇÃO CONTRATUAL. OFERECIMENTO DE PROCEDIMENTO ADEQUADO, CONSTANTE DA RELAÇÃO ESTABELECIDA PELA AGÊNCIA. EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO. REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. INVIABILIDADE.

1. A Lei n. 9.961/2000 criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, que tem por finalidade institucional promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde. O art. 4º, III e XXXVII, atribui competência à Agência para elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei n. 9.656/1998, além de suas excepcionalidades, zelando pela qualidade dos serviços prestados no âmbito da saúde suplementar.

2. Com efeito, por clara opção do legislador, é que se extrai do art. 10, § 4º, da Lei n. 9.656/1998 c/c o art. 4º, III, da Lei n. 9.961/2000, a atribuição dessa Autarquia de elaborar a lista de procedimentos e eventos em saúde que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei dos Planos e Seguros de Saúde. Em vista dessa incumbência legal, o art. 2º da Resolução Normativa n. 439/2018 da ANS, que atualmente regulamenta o processo de elaboração do rol, em harmonia com o determinado pelo *caput* do art. 10 da Lei n. 9.656/1998, esclarece que o rol garante a prevenção, o diagnóstico, o tratamento, a recuperação e a reabilitação de todas as enfermidades que compõem a Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde - CID da Organização Mundial da Saúde.

3. A elaboração do rol, em linha com o que se deduz do Direito Comparado, apresenta diretrizes técnicas relevantes, de inegável e peculiar complexidade, como: utilização dos princípios da Avaliação de Tecnologias em Saúde - ATS; observância aos preceitos da Saúde Baseada em Evidências - SBE; e resguardo da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do setor.

4. *O rol mínimo e obrigatório de procedimentos e eventos em saúde constitui relevante garantia do consumidor para propiciar direito à saúde, com preços acessíveis, contemplando a camada mais ampla e vulnerável da população. Por conseguinte, em revisitação ao exame detido e aprofundado do tema, conclui-se que é inviável o entendimento de que o rol é meramente*

exemplificativo e de que a cobertura mínima, paradoxalmente, não tem limitações definidas. Esse raciocínio tem o condão de encarecer e efetivamente padronizar os planos de saúde, obrigando-lhes, tacitamente, a fornecer qualquer tratamento prescrito, restringindo a livre concorrência e negando vigência aos dispositivos legais que estabelecem o plano-referência de assistência à saúde (plano básico) e a possibilidade de definição contratual de outras coberturas.

5. Quanto à invocação do diploma consumerista pela autora desde a exordial, é de se observar que as técnicas de interpretação do Código de Defesa do Consumidor devem reverência ao princípio da especialidade e ao disposto no art. 4º daquele diploma, que orienta, por imposição do próprio Código, que todas as suas disposições estejam voltadas teleologicamente e finalisticamente para a consecução da harmonia e do equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

6. O rol da ANS é solução concebida pelo legislador para harmonização da relação contratual, elaborado de acordo com aferição de segurança, efetividade e impacto econômico. A uníssona doutrina especializada alerta para a necessidade de não se inviabilizar a saúde suplementar. A disciplina contratual exige uma adequada divisão de ônus e benefícios dos sujeitos como parte de uma mesma comunidade de interesses, objetivos e padrões. Isso tem de ser observado tanto em relação à transferência e distribuição adequada dos riscos quanto à identificação de deveres específicos do fornecedor para assegurar a sustentabilidade, gerindo custos de forma racional e prudente.

7. No caso, a operadora do plano de saúde está amparada pela excludente de responsabilidade civil do exercício regular de direito, consoante disposto no art. 188, I, do CC. É incontroverso, constante da própria causa de pedir, que a ré ofereceu prontamente o procedimento de vertebroplastia, inserido do rol da ANS, não havendo falar em condenação por danos morais.

8. Recurso especial não provido.”

(STJ, Quarta Turma, REsp 1.733.013/PR, Relator Ministro Luís Felipe Salomão, j. 10.12.2019, DJe 20.02.2020, grifos meus)

A partir desse julgado, firmou-se no C. STJ o entendimento de que a necessidade de cobertura de procedimentos ou medicamentos não previstos no rol da ANS deve ser observada caso a caso, podendo ser admitida, de forma excepcional, quando demonstrada a efetiva necessidade, mediante a produção de prova técnica.

Portanto, não é suficiente apenas a prescrição do médico que acompanha o paciente, devendo ser observados, prioritariamente, os procedimentos e medicamentos previstos no rol de cobertura mínima e, somente em hipóteses excepcionais, com demonstração técnica da efetiva necessidade, poderá ser autorizada a cobertura nos casos não previstos no rol da ANS.

Posteriormente ao julgamento do REsp 1.733.013/PR pela Quarta Turma, a Segunda Seção do C. STJ, assim decidiu, no julgamento dos EREsp 1.886.929/SP e 1.889.704/SP:

“EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PLANOS E SEGUROS DE SAÚDE. DIVERGÊNCIA ENTRE AS TURMAS DE DIREITO PRIVADO ACERCA DA TAXATIVIDADE OU NÃO DO ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE ELABORADO PELA ANS. ATRIBUIÇÃO DA AUTARQUIA, INEQUIVOCAMENTE ESTABELECIDNA NA SUA PRÓPRIA LEI DE CRIAÇÃO. ATO ESTATAL DO REGIME JURÍDICO DE DIREITO ADMINISTRATIVO AO QUAL SE SUBMETEM FORNECEDORES E CONSUMIDORES DA RELAÇÃO CONTRATUAL DE DIREITO PRIVADO. GARANTE A PREVENÇÃO, O DIAGNÓSTICO, A RECUPERAÇÃO E A REABILITAÇÃO DE TODAS AS ENFERMIDADES. SOLUÇÃO CONCEBIDA E ESTABELECIDNA PELO LEGISLADOR PARA EQUILÍBRIO DOS INTERESSES DAS PARTES DA RELAÇÃO CONTRATUAL. ENUNCIADO N. 21 DA I JORNADA DE DIREITO DA SAÚDE DO CNJ. CDC. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA À RELAÇÃO CONTRATUAL, SEMPRE VISANDO O EQUILÍBRIO. HARMONIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DA PRIMEIRA E SEGUNDA SEÇÕES NO SENTIDO DE VELAR AS ATRIBUIÇÕES LEGAIS E A DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA DA AUTARQUIA ESPECIALIZADA. FIXAÇÃO DA TESE DA TAXATIVIDADE, EM REGRA, DA RELAÇÃO EDITADA PELA AGÊNCIA, COM ESTABELECIMENTO DE PARÂMETROS OBJETIVOS PARA SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS SUBMETIDAS AO JUDICIÁRIO.

1. A Lei n. 9.961/2000 criou a ANS, estabelecendo no art. 3º sua finalidade institucional de promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País. Já o art. 4º, III, elucida que compete à ANS elaborar o Rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei n. 9.656, de 3 de junho de 1998, e suas excepcionalidades.

2. Por inequívoca opção do legislador, extrai-se tanto do art. 10, § 4º, da Lei n. 9.656/1998 quanto do art. 4º, III, da Lei n. 9.961/2000 que é atribuição dessa agência elaborar o Rol de procedimentos e eventos em saúde que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei dos Planos e Seguros de Saúde. Nessa toada, o Enunciado n. 21 da I Jornada de Direito da Saúde do CNJ propugna que se considere, nos contratos celebrados ou adaptados na forma da Lei n. 9.656/1998, o Rol de procedimentos de cobertura obrigatória elencados nas resoluções da Agência Nacional de Saúde Suplementar, ressalvadas as coberturas adicionais contratadas.

3. Por um lado, a Resolução Normativa ANS n. 439/2018, ora substituída pela Resolução Normativa ANS n. 470/2021, ambas dispoendo sobre o rito processual de atualização do Rol, estabelece que as propostas de sua atualização serão recebidas e analisadas mediante critérios técnicos relevantes de peculiar complexidade, que exigem alto nível de informações, quais sejam, utilização dos princípios da avaliação de tecnologias em saúde - ATS, princípios da saúde baseada em evidências - SBE, manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do setor. Por outro lado, deixando claro que não há o dever de fornecer todas e quaisquer coberturas vindicadas pelos usuários dos planos de saúde, ao encontro das mencionadas resoluções normativas da ANS, a Medida Provisória n. 1.067, de 2 de setembro de 2021, incluiu o art. 10-D, § 3º, I, II e III, na Lei 9.656/1998 para estabelecer, no mesmo diapasão do regramento infralegal, a instituição da Comissão de Atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar, à qual compete assessorar a ANS nas atribuições de que trata o § 4º do art. 10,

devendo apresentar relatório que considerará: I - as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, do produto ou do procedimento analisado, reconhecidas pelo órgão competente para o registro ou a para a autorização de uso; II - a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às coberturas já previstas no rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar, quando couber; e III - a análise de impacto financeiro da ampliação da cobertura no âmbito da saúde suplementar.

4. O Rol mínimo e obrigatório de procedimentos e eventos em saúde constitui relevante garantia do consumidor para assegurar direito à saúde, a preços acessíveis, contemplando a camada mais ampla e vulnerável economicamente da população. Por conseguinte, considerar esse mesmo rol meramente exemplificativo - devendo, ademais, a cobertura mínima, paradoxalmente, não ter limitações definidas - tem o condão de efetivamente padronizar todos os planos e seguros de saúde e restringir a livre concorrência, obrigando-lhes, tacitamente, a fornecer qualquer tratamento prescrito para garantir a saúde ou a vida do segurado, o que representaria, na verdade, suprimir a própria existência do "Rol mínimo" e, reflexamente, negar acesso à saúde suplementar à mais extensa faixa da população.

5. A par de o Rol da ANS ser harmônico com o CDC, a Segunda Seção já pacificou que "as normas do CDC aplicam-se apenas subsidiariamente nos planos de saúde, conforme previsão do art. 35-G da Lei nº 9.656/1998. De qualquer maneira, em casos de incompatibilidade de normas, pelos critérios da especialidade e da cronologia, há evidente prevalência da lei especial nova" (EAREsp n. 988.070/SP, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Segunda Seção, julgado em 8/11/2018, DJe de 14/11/2018). Dessa maneira, ciente de que o Rol da ANS é solução concebida pelo próprio legislador para harmonização da relação contratual buscada nas relações consumeristas, também não caberia a aplicação insulada do CDC, alheia às normas específicas inerentes à relação contratual.

6. Não se pode perder de vista que se está a discutir direitos e obrigações da relação contratual que envolvem plano de saúde e usuário, e não o estabelecimento de obrigação de fazer ou de não fazer a terceiro, que nem mesmo integra a lide. A ANS, ao contrário do médico-assistente da parte litigante, analisa os procedimentos e eventos sob perspectiva coletiva, tendo em mira a universalização do serviço, de modo a viabilizar o atendimento do maior número possível de usuários. Mesmo o correto e regular exercício profissional da Medicina, dentro das normas deontológicas da profissão, usualmente possibilita ao profissional uma certa margem de subjetividade, que, por vezes, envolve convicções pessoais ou melhor conveniência, mas não pode nortear a elaboração do Rol.

7. Conforme adverte a doutrina especializada, muito além de servir como arrimo para precificar os valores da cobertura básica e mínima obrigatória das contratações firmadas na vigência da lei de Planos de Saúde, o Rol de procedimentos, a cada nova edição, delinea também a relevante preocupação do Estado em não expor o consumidor e paciente a prescrições que não encontrem respaldo técnico estudado e assentado no mundo científico, evitando-se que virem reféns dos interesses - notadamente econômicos - da cadeia de fornecedores de produtos e serviços que englobam a assistência médico-hospitalar e odontológica suplementar.

8. Legítima é a confiança que está de acordo com o direito, despertada a partir de circunstâncias objetivas. Com efeito, o entendimento de que o Rol - ato estatal, com expressa previsão legal e imperatividade inerente, que vincula fornecedores e consumidores - deve ser considerado meramente exemplificativo em vista da vulnerabilidade do consumidor, isto é, lista aberta sem nenhum paralelo no mundo, ignora que é ato de direito administrativo, e não do fornecedor de serviços, assim como nega vigência a diversos dispositivos legais, ocasionando antisseleção, favorecimento da concentração de mercado e esvaziamento da competência atribuída à ANS pelo Poder Legislativo para adoção de medidas regulatórias voltadas a equilibrar o setor de saúde suplementar de forma ampla e sistêmica, com prejuízo para toda a coletividade envolvida. Afeta igualmente a eficácia do direito constitucional à saúde (art. 196 da CF), pois a interferência no equilíbrio atuarial dos planos de saúde privados contribui de forma significativa para o encarecimento dos produtos oferecidos no mercado e para o incremento do reajuste da mensalidade no ano seguinte, dificultando o acesso de consumidores aos planos e seguros, bem como sua manutenção neles, retirando-lhes a confiabilidade assegurada pelo Rol de procedimentos, no que tange à segurança dos procedimentos ali elencados, e ao Sistema Único de Saúde (SUS), que, com esse entendimento jurisprudencial, reflexamente teria sua demanda aumentada.

9. Em recentes precedentes específicos envolvendo a supressão das atribuições legais da ANS, as duas Turmas de Direito Público decidiram que, “segundo entendimento firmado neste Superior Tribunal de Justiça, até prova cabal em contrário, deve prevalecer a presunção de legitimidade dos atos administrativos praticados pelas agências reguladoras”, “sendo inviável qualquer discussão acerca do próprio mérito administrativo” (AgInt nos EDcl no REsp n. 1.834.266/PR, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 22/3/2021, DJe de 25/3/2021). Ademais, assentaram que não é papel do Judiciário promover a substituição técnica por outra concepção defendida pelo julgador, sendo “incabível substituição da discricionariedade técnica pela discricionariedade judicial” (AgInt no REsp n. 1.823.636/PR, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 14/9/2021, DJe de 16/9/2021).

10. Diante desse cenário e buscando uma posição equilibrada e ponderada, conforme o entendimento atual da Quarta Turma, a cobertura de tratamentos, exames ou procedimentos não previstos no Rol da ANS somente pode ser admitida, de forma pontual, quando demonstrada a efetiva necessidade, por meio de prova técnica produzida nos autos, não bastando apenas a prescrição do médico ou odontólogo que acompanha o paciente, devendo ser observados, prioritariamente, os contidos no Rol de cobertura mínima. Deveras, como assentado pela Corte Especial na esfera de recurso repetitivo, REsp n. 1.124.552/RS, o melhor para a segurança jurídica consiste em não admitir que matérias técnicas sejam tratadas como se fossem exclusivamente de direito, resultando em deliberações arbitrárias ou divorciadas do exame probatório do caso concreto. Ressaltou-se nesse precedente que: a) não é possível a ilegítima invasão do magistrado em seara técnica à qual não é afeito; b) sem dirimir a questão técnica, uma ou outra conclusão dependerá unicamente do ponto de vista do julgador, manifestado quase que de forma ideológica, por vez às cegas e desprendido da prova dos

autos; c) nenhuma das partes pode ficar ao alvedrio de valorações superficiais.

11. Cabem serem observados os seguintes parâmetros objetivos para admissão, em hipóteses excepcionais e restritas, da superação das limitações contidas no Rol: 1 - o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar é, em regra, taxativo; 2 - a operadora de plano ou seguro de saúde não é obrigada a arcar com tratamento não constante do Rol da ANS se existe, para a cura do paciente, outro procedimento eficaz, efetivo e seguro já incorporado à lista; 3 - é possível a contratação de cobertura ampliada ou a negociação de aditivo contratual para a cobertura de procedimento extrarrol; 4 - não havendo substituto terapêutico ou estando esgotados os procedimentos do Rol da ANS, pode haver, a título de excepcionalidade, a cobertura do tratamento indicado pelo médico ou odontólogo-assistente, desde que (i) não tenha sido indeferida expressamente pela ANS a incorporação do procedimento ao Rol da Saúde Suplementar; (ii) haja comprovação da eficácia do tratamento à luz da medicina baseada em evidências; (iii) haja recomendações de órgãos técnicos de renome nacionais (como Conitec e NatJus) e estrangeiros; e (iv) seja realizado, quando possível, o diálogo interinstitucional do magistrado com entes ou pessoas com expertise na área da saúde, incluída a Comissão de Atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar, sem deslocamento da competência do julgamento do feito para a Justiça Federal, ante a ilegitimidade passiva ad causam da ANS.

12. No caso concreto, a parte autora da ação tem esquizofrenia paranoide e quadro depressivo severo e, como os tratamentos medicamentosos não surtiram efeito, vindica a estimulação magnética transcraniana - EMT, ainda não incluída no Rol da ANS. O Conselho Federal de Medicina - CFM, conforme a Resolução CFM n. 1.986/2012, reconhece a eficácia da técnica, com indicação para depressões uni e bipolar, alucinações auditivas, esquizofrenias, bem como para o planejamento de neurocirurgia, mantendo o caráter experimental para as demais indicações. Consoante notas técnicas de NatJus de diversos Estados e do DF, o procedimento, aprovado pelo FDA norte-americano, pode ser mesmo a solução imprescindível para o tratamento de pacientes que sofrem das enfermidades do recorrido e não responderam a tratamento com medicamentos - o que, no ponto, ficou incontroverso nos autos.

13. Com efeito, como o Rol não contempla tratamento devidamente regulamentado pelo CFM, de eficácia comprovada, que, no quadro clínico do usuário do plano de saúde e à luz do Rol da ANS, é realmente a única solução imprescindível ao tratamento de enfermidade prevista na Classificação Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde - CID, notadamente por não haver nas diretrizes da relação editada pela Autarquia circunstância clínica que permita essa cobertura, é forçoso o reconhecimento do estado de ilegalidade, com a excepcional imposição da cobertura vindicada, que não tem preço significativamente elevado.

14. Embargos de divergência a que se nega provimento.”

(STJ, Segunda Seção, EREsp 1.886.929/SP, Relator Ministro Luís Felipe Salomão, j. 08.06.2022, DJe 03.08.2022, grifos meus)

“EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PLANOS E SEGUROS DE SAÚDE. DIVERGÊNCIA ENTRE AS TURMAS DE DIREITO PRIVADO ACERCA DA

TAXATIVIDADE OU NÃO DO ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE ELABORADO PELA ANS. ATRIBUIÇÃO DA AUTARQUIA, INEQUIVOCAMENTE ESTABELECIDNA NA SUA PRÓPRIA LEI DE CRIAÇÃO. ATO ESTATAL DO REGIME JURÍDICO DE DIREITO ADMINISTRATIVO AO QUAL SE SUBMETEM FORNECEDORES E CONSUMIDORES DA RELAÇÃO CONTRATUAL DE DIREITO PRIVADO. GARANTE A PREVENÇÃO, O DIAGNÓSTICO, A RECUPERAÇÃO E A REABILITAÇÃO DE TODAS AS ENFERMIDADES. SOLUÇÃO CONCEBIDA E ESTABELECIDNA PELO LEGISLADOR PARA EQUILÍBRIO DOS INTERESSES DAS PARTES DA RELAÇÃO CONTRATUAL. ENUNCIADO N. 21 DA I JORNADA DE DIREITO DA SAÚDE DO CNJ. CDC. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA À RELAÇÃO CONTRATUAL, SEMPRE VISANDO O EQUILÍBRIO. HARMONIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DA PRIMEIRA E SEGUNDA SEÇÕES NO SENTIDO DE VELAR AS ATRIBUIÇÕES LEGAIS E A DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA DA AUTARQUIA ESPECIALIZADA. FIXAÇÃO DA TESE DA TAXATIVIDADE, EM REGRA, DA RELAÇÃO EDITADA PELA AGÊNCIA, COM ESTABELECIMENTO DE PARÂMETROS OBJETIVOS PARA SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS SUBMETIDAS AO JUDICIÁRIO.

1. A Lei n. 9.961/2000 criou a ANS, estabelecendo no art. 3º sua finalidade institucional de promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País. Já o art. 4º, III, elucida que compete à ANS elaborar o Rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei n. 9.656, de 3 de junho de 1998, e suas excepcionalidades.

2. Por inequívoca opção do legislador, extrai-se tanto do art. 10, § 4º, da Lei n. 9.656/1998 quanto do art. 4º, III, da Lei n. 9.961/2000 que é atribuição dessa agência elaborar o Rol de procedimentos e eventos em saúde que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei dos Planos e Seguros de Saúde. Nessa toada, o Enunciado n. 21 da I Jornada de Direito da Saúde do CNJ propugna que se considere, nos contratos celebrados ou adaptados na forma da Lei n. 9.656/1998, o Rol de procedimentos de cobertura obrigatória elencados nas resoluções da Agência Nacional de Saúde Suplementar, ressalvadas as coberturas adicionais contratadas.

3. Por um lado, a Resolução Normativa ANS n. 439/2018, ora substituída pela Resolução Normativa ANS n. 470/2021, ambas dispoem sobre o rito processual de atualização do Rol, estabelece que as propostas de sua atualização serão recebidas e analisadas mediante critérios técnicos relevantes de peculiar complexidade, que exigem alto nível de informações, quais sejam, utilização dos princípios da avaliação de tecnologias em saúde - ATS, princípios da saúde baseada em evidências - SBE, manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do setor. Por outro lado, deixando claro que não há o dever de fornecer todas e quaisquer coberturas vindicadas pelos usuários dos planos de saúde, ao encontro das mencionadas resoluções normativas da ANS, a Medida Provisória n. 1.067, de 2 de setembro de 2021, incluiu o art. 10-D, § 3º, I, II e III, na Lei 9.656/1998 para estabelecer, no mesmo diapasão do regramento infralegal, a instituição da Comissão de Atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar, à qual compete assessorar a ANS nas atribuições de que trata o § 4º do art. 10, devendo apresentar relatório que considerará: I - as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, do

produto ou do procedimento analisado, reconhecidas pelo órgão competente para o registro ou a para a autorização de uso; II - a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às coberturas já previstas no rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar, quando couber; e III - a análise de impacto financeiro da ampliação da cobertura no âmbito da saúde suplementar.

4. O Rol mínimo e obrigatório de procedimentos e eventos em saúde constitui relevante garantia do consumidor para assegurar direito à saúde, a preços acessíveis, contemplando a camada mais ampla e vulnerável economicamente da população. Por conseguinte, considerar esse mesmo rol meramente exemplificativo - devendo, ademais, a cobertura mínima, paradoxalmente, não ter limitações definidas - tem o condão de efetivamente padronizar todos os planos e seguros de saúde e restringir a livre concorrência, obrigando-lhes, tacitamente, a fornecer qualquer tratamento prescrito para garantir a saúde ou a vida do segurado, o que representaria, na verdade, suprimir a própria existência do "Rol mínimo" e, reflexamente, negar acesso à saúde suplementar à mais extensa faixa da população.

5. A par de o Rol da ANS ser harmônico com o CDC, a Segunda Seção já pacificou que "as normas do CDC aplicam-se apenas subsidiariamente nos planos de saúde, conforme previsão do art. 35-G da Lei nº 9.656/1998. De qualquer maneira, em casos de incompatibilidade de normas, pelos critérios da especialidade e da cronologia, há evidente prevalência da lei especial nova" (EAREsp n. 988.070/SP, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Segunda Seção, julgado em 8/11/2018, DJe de 14/11/2018). Dessa maneira, ciente de que o Rol da ANS é solução concebida pelo próprio legislador para harmonização da relação contratual buscada nas relações consumeristas, também não caberia a aplicação insulada do CDC, alheia às normas específicas inerentes à relação contratual.

6. Não se pode perder de vista que se está a discutir direitos e obrigações da relação contratual que envolvem plano de saúde e usuário, e não o estabelecimento de obrigação de fazer ou de não fazer a terceiro, que nem mesmo integra a lide. A ANS, ao contrário do médico-assistente da parte litigante, analisa os procedimentos e eventos sob perspectiva coletiva, tendo em mira a universalização do serviço, de modo a viabilizar o atendimento do maior número possível de usuários. Mesmo o correto e regular exercício profissional da Medicina, dentro das normas deontológicas da profissão, usualmente possibilita ao profissional uma certa margem de subjetividade, que, por vezes, envolve convicções pessoais ou melhor conveniência, mas não pode nortear a elaboração do Rol.

7. Conforme adverte a doutrina especializada, muito além de servir como arrimo para precificar os valores da cobertura básica e mínima obrigatória das contratações firmadas na vigência da lei de Planos de Saúde, o Rol de procedimentos, a cada nova edição, delinea também a relevante preocupação do Estado em não expor o consumidor e paciente a prescrições que não encontrem respaldo técnico estudado e assentado no mundo científico, evitando-se que virem reféns dos interesses - notadamente econômicos - da cadeia de fornecedores de produtos e serviços que englobam a assistência médico-hospitalar e odontológica suplementar.

8. Legítima é a confiança que está de acordo com o direito, despertada a partir de circunstâncias objetivas. Com efeito, o entendimento de que o Rol - ato estatal, com expressa previsão legal e imperatividade inerente, que

vincula fornecedores e consumidores - deve ser considerado meramente exemplificativo em vista da vulnerabilidade do consumidor, isto é, lista aberta sem nenhum paralelo no mundo, ignora que é ato de direito administrativo, e não do fornecedor de serviços, assim como nega vigência a diversos dispositivos legais, ocasionando antisseleção, favorecimento da concentração de mercado e esvaziamento da competência atribuída à ANS pelo Poder Legislativo para adoção de medidas regulatórias voltadas a equilibrar o setor de saúde suplementar de forma ampla e sistêmica, com prejuízo para toda a coletividade envolvida. Afeta igualmente a eficácia do direito constitucional à saúde (art. 196 da CF), pois a interferência no equilíbrio atuarial dos planos de saúde privados contribui de forma significativa para o encarecimento dos produtos oferecidos no mercado e para o incremento do reajuste da mensalidade no ano seguinte, dificultando o acesso de consumidores aos planos e seguros, bem como sua manutenção neles, retirando-lhes a confiabilidade assegurada pelo Rol de procedimentos, no que tange à segurança dos procedimentos ali elencados, e ao Sistema Único de Saúde (SUS), que, com esse entendimento jurisprudencial, reflexamente teria sua demanda aumentada.

9. Em recentes precedentes específicos envolvendo a supressão das atribuições legais da ANS, as duas Turmas de Direito Público decidiram que, "segundo entendimento firmado neste Superior Tribunal de Justiça, até prova cabal em contrário, deve prevalecer a presunção de legitimidade dos atos administrativos praticados pelas agências reguladoras", "sendo inviável qualquer discussão acerca do próprio mérito administrativo" (AgInt nos EDcl no REsp n. 1.834.266/PR, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 22/3/2021, DJe de 25/3/2021). Ademais, assentaram que não é papel do Judiciário promover a substituição técnica por outra concepção defendida pelo julgador, sendo "incabível substituição da discricionariedade técnica pela discricionariedade judicial" (AgInt no REsp n. 1.823.636/PR, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 14/9/2021, DJe de 16/9/2021).

10. Diante desse cenário e buscando uma posição equilibrada e ponderada, conforme o entendimento atual da Quarta Turma, a cobertura de tratamentos, exames ou procedimentos não previstos no Rol da ANS somente pode ser admitida, de forma pontual, quando demonstrada a efetiva necessidade, por meio de prova técnica produzida nos autos, não bastando apenas a prescrição do médico ou odontólogo que acompanha o paciente, devendo ser observados, prioritariamente, os contidos no Rol de cobertura mínima. Deveras, como assentado pela Corte Especial na esfera de recurso repetitivo, REsp n. 1.124.552/RS, o melhor para a segurança jurídica consiste em não admitir que matérias técnicas sejam tratadas como se fossem exclusivamente de direito, resultando em deliberações arbitrárias ou divorciadas do exame probatório do caso concreto. Ressaltou-se nesse precedente que: a) não é possível a ilegítima invasão do magistrado em seara técnica à qual não é afeito; b) sem dirimir a questão técnica, uma ou outra conclusão dependerá unicamente do ponto de vista do julgador, manifestado quase que de forma ideológica, por vez às cegas e desprendido da prova dos autos; c) nenhuma das partes pode ficar ao alvedrio de valorações superficiais.

11. *Cabem serem observados os seguintes parâmetros objetivos para admissão, em hipóteses excepcionais e restritas, da superação das limitações*

contidas no Rol: 1 - o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar é, em regra, taxativo; 2 - a operadora de plano ou seguro de saúde não é obrigada a arcar com tratamento não constante do Rol da ANS se existe, para a cura do paciente, outro procedimento eficaz, efetivo e seguro já incorporado à lista; 3 - é possível a contratação de cobertura ampliada ou a negociação de aditivo contratual para a cobertura de procedimento extrarrol; 4 - não havendo substituto terapêutico ou estando esgotados os procedimentos do Rol da ANS, pode haver, a título de excepcionalidade, a cobertura do tratamento indicado pelo médico ou odontólogo-assistente, desde que (i) não tenha sido indeferida expressamente pela ANS a incorporação do procedimento ao Rol da Saúde Suplementar; (ii) haja comprovação da eficácia do tratamento à luz da medicina baseada em evidências; (iii) haja recomendações de órgãos técnicos de renome nacionais (como Conitec e NatJus) e estrangeiros; e (iv) seja realizado, quando possível, o diálogo interinstitucional do magistrado com entes ou pessoas com expertise na área da saúde, incluída a Comissão de Atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar, sem deslocamento da competência do julgamento do feito para a Justiça Federal, ante a ilegitimidade passiva ad causam da ANS.

12. No caso concreto, a ação tem o pedido mediato de obtenção da cobertura de tratamento multidisciplinar pelo método ABA (Applied Behavior Analysis) para autismo - reputado, nos embargos de divergência, não previsto no Rol da ANS -, sem limitação do número de sessões de terapia ocupacional e de fonoaudiologia. Em vista da superveniente mudança promovida pela ANS - Resolução n. 469/2021, que altera o Anexo II (Diretrizes de Utilização) da Resolução Normativa n. 465/2021 (vigente Rol da ANS), publicada em 12/7/2021 - e da própria manifestação da parte recorrente, na primeira sessão de julgamento, no sentido da subsequente perda do interesse recursal, há uma diretriz que tornou ilimitado o número de consultas com psicólogos, terapeutas ocupacionais e fonoaudiólogos para tratamento de autismo. Caso a operadora possua, em sua rede credenciada, profissional habilitado em determinada técnica ou determinado método, tal como a ABA, tal abordagem terapêutica poderá ser empregada pelo profissional no atendimento ao beneficiário, durante a realização dos procedimentos cobertos, como sessão de psicólogo e/ou terapeuta ocupacional (com diretriz de utilização) ou sessão com fonoaudiólogo.

13. Embargos de divergência a que se nega provimento.”

(STJ, Segunda Seção, EREsp 1.889.704/SP, Relator Ministro Luís Felipe Salomão, j. 08.06.2022, DJe 03.08.2022, grifos meus)

Diante desses julgados da Segunda Seção, a jurisprudência do C. STJ foi firmada no sentido da necessidade da produção de prova técnica para justificar a necessidade de cobertura, pelas operadoras de planos de saúde, de procedimentos e materiais/equipamentos não previstos no rol taxativo mínimo da ANS, conforme se constata da leitura de trechos pertinentes de várias decisões monocráticas daquela Corte Superior:

“(…)

Constata-se que a parte embargante, sob pretexto de omissão, postula apenas a revisão do mérito da decisão embargada, e não sua integração, medida incompatível com a finalidade dos embargos declaratórios.

De fato, os embargos de divergência foram providos parcialmente, com base no EREsp 1.886.929/SP e no EREsp 1.889.704/SP, julgados pela Segunda Seção, no sentido de dar provimento ao recurso especial parcialmente para determinar “o retorno dos autos ao Tribunal de origem a fim de que seja novamente analisada a questão, considerando os parâmetros traçados pela recente jurisprudência do STJ no julgamento da causa (EResp n. 1.886.929/SP e EREsp n. 1.889.704/SP), decidindo, então, como entender de direito” (e-STJ fl. 645).

Ademais, conforme explicitado na decisão embargada, o contexto analisado na origem é semelhante ao examinado nos referidos embargos de divergência pela Segunda Seção, relacionado a pedido de cobertura, pelo plano de saúde, de procedimento (manutenção do implante coclear) cuja recusa é fundamentada na alegada ausência de previsão no rol da ANS, que foi considerado como de natureza exemplificativa, segundo se extrai da petição inicial e do acórdão recorrido (e-STJ fls. 1/23 e 403/413).

Nesses termos, com a reabertura da cognição da Corte de origem, a ela caberá o exame das alegações que ficaram prejudicadas em virtude do provimento apenas em parte do recurso especial, inclusive a alegação de haver parecer da ANS favorável à cobertura pleiteada. Diante do exposto, REJEITO os embargos declaratórios.”

(STJ, decisão monocrática, Edcl nos EREsp 1.899.957/SP, Relator Ministro Antônio Carlos Ferreira, proferida em 30.08.2022, publicada em 31.08.2022) “(...)

A 4ª Turma deste STJ, em julgamento realizado em dezembro de 2019, firmou entendimento no sentido de que o rol da ANS não pode ser considerado meramente exemplificativo, sob pena de se inviabilizar a saúde suplementar.

(...)

A partir deste entendimento, a necessidade de cobertura de procedimentos ou medicamentos não previstos no rol da ANS deve ser observada caso a caso, podendo ser admitida, de forma excepcional, quando demonstrada a efetiva necessidade, através de prova técnica.

Não basta, portanto, apenas a prescrição do médico que acompanha o paciente, devendo ser observados, prioritariamente, os procedimentos e medicamentos previstos no rol de cobertura mínima - e, somente em hipóteses excepcionais, com demonstração técnica da efetiva necessidade, poderá ser autorizada a cobertura em hipótese não prevista.

Veja-se:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANOS E SEGUROS DE SAÚDE. ROL DE PROCEDIMENTOS DA ANS. PREVISÃO. AUSÊNCIA. IRRESIGNAÇÃO QUANTO À LIMITAÇÃO DAS SESSÕES DE TERAPIA E COPARTICIPAÇÃO. RESP N. 1.733.013/PR. RETORNO AO TRIBUNAL DE ORIGEM PARA ELABORAÇÃO DE NOTA TÉCNICA. DECISÃO MANTIDA.

1. No REsp n. 1.733.013/PR (Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, julgado em 10/12/2019, DJe 20/2/2020), a Quarta Turma mudou o entendimento do órgão julgador (“overruling”) quanto ao tema, concluindo que “O rol mínimo e obrigatório de procedimentos e eventos em saúde constitui relevante

garantia do consumidor para propiciar direito à saúde, com preços acessíveis, contemplando a camada mais ampla e vulnerável da população. Por conseguinte, em revisitação ao exame detido e aprofundado do tema, conclui-se que é inviável o entendimento de que o rol é meramente exemplificativo e de que a cobertura mínima, paradoxalmente, não tem limitações definidas”.

2. “Como não houve instrução processual, a tornar, no caso concreto, temerária a imediata solução do litígio para julgamento de total improcedência do pedido exordial, aplicando-se o direito à espécie (art. 1.034 do CPC/2015 e Súmula 456/STF), é de rigor a anulação do acórdão recorrido e da sentença para que, mediante requerimento de nota técnica ao Nat-jus (Núcleo de Apoio Técnico do Tribunal de origem), se possa aferir os fatos constitutivos de direito da parte autora - à luz dos preceitos de Saúde Baseada em Evidências, tomando-se em conta o rol da ANS”

(AgInt no AREsp n. 1.430.905/SP, Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 30/3/2020, DJe 2/4/2020). 3. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no AgInt no AREsp 1596746/SP, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 24/08/2020, DJe 28/08/2020)

(...)

Observa-se, ademais, que a Segunda Seção deste STJ, em recente julgamento (EResp n. 1.886.929/SP e n. 1.889.704/SP) reafirmou o entendimento acima delineado, fixando as seguintes premissas que devem orientar a análise da controvérsia:

1) o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar é, em regra, taxativo;

2) a operadora de plano ou seguro de saúde não é obrigada a arcar com tratamento não constante do Rol da ANS se existe, para cura do paciente, outro procedimento eficaz, efetivo e seguro já incorporado ao Rol;

3) é possível a contratação de cobertura ampliada ou a negociação de aditivo contratual para a cobertura de procedimento extra Rol;

4) não havendo substituto terapêutico ou esgotados os procedimentos do Rol da ANS, pode haver, a título excepcional, a cobertura do tratamento indicado pelo médico ou odontólogo assistente, desde que:

(i) não tenha sido indeferido expressamente, pela ANS, a incorporação do procedimento ao Rol da Saúde Suplementar; (ii) haja comprovação da eficácia do tratamento à luz da medicina baseada em evidências; (iii) haja recomendações de órgãos técnicos de renome nacionais (como CONITEC e NATJUS) e estrangeiros; e (iv) seja realizado, quando possível, o diálogo interinstitucional do magistrado com entes ou pessoas com expertise técnica na área da saúde, incluída a Comissão de Atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar, sem deslocamento da competência do julgamento do feito para a Justiça Federal, ante a ilegitimidade passiva *ad causam* da ANS.

Na presente hipótese, observa-se que a Corte de origem (fls. 351, e-STJ) limitou-se a concluir que “Esse pormenor prova que as decisões que consideram o rol da ANS exemplificativo constituem as melhores interpretações”, concluindo pela abusividade da recusa de cobertura, sem observar a efetiva necessidade do procedimento/medicamento não previsto.

Igualmente, a sentença proferida em primeira instância (fls. 285-289, e-STJ) manifestou o mesmo entendimento.

Logo, não houve debate, pelas instâncias ordinárias, acerca da efetiva necessidade, amparada em prova técnica, do procedimento não previsto no rol mínimo de cobertura.

Mostra-se, portanto, temerária a imediata solução do litígio, motivo pelo qual devem ser anulados acórdão e sentença, determinando-se o retorno do feito à primeira instância, para novo julgamento da controvérsia, à luz dos precedentes acima indicados, resguardada a possibilidade de reabertura de instrução processual para a produção de prova pericial, caso não tenha sido produzida, ou requerimento de nota técnica a núcleo de apoio do Tribunal de origem.

2. Do exposto, dou parcial provimento ao recurso especial, a fim de anular acórdão e sentença, determinando retorno do feito à primeira instância, para novo julgamento, à luz dos parâmetros acima descrito.”

(STJ, decisão monocrática, REsp 2.010.853/SP, Relator Ministro Marco Buzzi, proferida em 27.10.2022, publicada em 04.11.2022)

“(…)

A controvérsia do presente recurso refere-se à obrigatoriedade ou não de custeio de tratamento/material indicado pelo médico assistente da parte autora, diante da natureza do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS, se taxativo ou exemplificativo.

(…)

Da análise do acórdão recorrido, constata-se que a conclusão a que chegou o Tribunal local foi no sentido de que o rol da ANS é meramente exemplificativo, sendo descabida a negativa da operadora de cobertura a tratamento indicado pelo médico pelo simples fato de não estar inserido no rol da ANS.

Entretanto, de acordo com o recente entendimento firmado na Segunda Seção do STJ, o rol de procedimentos e eventos em saúde complementar é, em regra, taxativo, não sendo a operadora de plano ou seguro de saúde obrigada a custear procedimento ou terapia não listados, se existe, para a cura do paciente, alternativa eficaz, efetiva e segura já incorporada (EREsp n. 1.889.704/SP e 1.886.929/SP, Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgados em 8/6/2022, DJe de 3/8/2022, sem grifo no original).

Por ocasião do julgamento dos mencionados embargos de divergência, o Órgão Colegiado estabeleceu os seguintes parâmetros, os quais devem ser observados no julgamento do caso concreto:

1- o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar é, em regra, taxativo;

2 - a operadora de plano ou seguro de saúde não é obrigada a arcar com tratamento não constante do Rol da ANS se existe, para a cura do paciente, outro procedimento eficaz, efetivo e seguro já incorporado ao Rol;

3 - possível a contratação de cobertura ampliada ou a negociação de aditivo contratual para a cobertura de procedimento extra Rol;

4 - não havendo substituto terapêutico ou esgotados os procedimentos do Rol da ANS, pode haver, a título excepcional, a cobertura do tratamento indicado pelo médico ou odontólogo assistente, desde que:

(i) não tenha sido indeferida expressamente, pela ANS, a incorporação do procedimento ao Rol da Saúde Suplementar;

(ii) haja comprovação da eficácia do tratamento à luz da medicina baseada em evidências;

(iii) haja recomendações de órgãos técnicos de renome nacionais (como CONITEC e NATJUS) e estrangeiros; e (iv) seja realizado, quando possível, o diálogo interinstitucional do magistrado com entes ou pessoas com expertise técnica na área da saúde, incluída a Comissão de Atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar, sem deslocamento da competência do julgamento do feito para a Justiça Federal, ante a ilegitimidade passiva *ad causam* da ANS.

Todavia, constata-se que, no caso em análise, o julgamento das instâncias ordinárias não avançou para aferir o preenchimento dos requisitos acima elencados, limitando-se a reputar abusiva a limitação por entender que a escolha do tratamento do paciente é prerrogativa do profissional médico, concluindo pelo caráter meramente exemplificativo do rol de procedimentos da autarquia reguladora.

Desse modo, considerando a impossibilidade do reexame das cláusulas contratuais e dos demais elementos fático-probatórios, em virtude dos óbices das Súmulas 5 e 7 do STJ, necessário que os autos retornem à instância originária de modo a possibilitar o reexame dos elementos dos autos e da necessidade de produção de outras provas, a fim de que se realize novo julgamento à luz da tese firmada pela Segunda Seção desta Corte Superior. Por fim, importa consignar que na pendência do julgamento do presente recurso, sobreveio a Lei 14.454/2022, alterando o art. 10 da Lei 9.656/1998 quanto à natureza do Rol da ANS, nos seguintes termos:

“Art. 10 (...)

(...)

§ 12. O rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar, atualizado pela ANS a cada nova incorporação, constitui a referência básica para os planos privados de assistência à saúde contratados a partir de 1º de janeiro de 1999 e para os contratos adaptados a esta Lei e fixa as diretrizes de atenção à saúde.

§ 13. Em caso de tratamento ou procedimento prescrito por médico ou odontólogo assistente que não estejam previstos no rol referido no § 12 deste artigo, a cobertura deverá ser autorizada pela operadora de planos de assistência à saúde, desde que:

I - exista comprovação da eficácia, à luz das ciências da saúde, baseada em evidências científicas e plano terapêutico; ou II - existam recomendações pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (Conitec), ou exista recomendação de, no mínimo, 1 (um) órgão de avaliação de tecnologias em saúde que tenha renome internacional, desde que sejam aprovadas também para seus nacionais.” (NR)

Assim, tendo em vista a retroatividade mínima da lei, havendo discussão nos autos acerca de tratamento de caráter continuado, caberá ao Juízo de origem observar os critérios estipulados na mencionada norma.

Prejudicada a análise das demais questões suscitadas no recurso especial. Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso especial para, cassando o acórdão recorrido e a sentença, determinar o retorno dos autos à instância originária a fim de que, em novo exame dos autos, avalie o preenchimento dos requisitos para o deferimento excepcional da cobertura reivindicada pela parte segurada, tal como delineados pela Segunda Seção do STJ, julgando o pedido inicial como entender de direito.

Caso exista liminar concedida, ficam mantidos os seus efeitos até nova apreciação dos autos pelo magistrado de primeiro grau.

Fiquem as partes científicas de que a apresentação de recursos manifestamente inadmissíveis ou protelatórios contra esta decisão, ensejará a imposição, conforme o caso, das multas previstas nos arts. 1.021, § 4º, e 1.026, § 2º, do CPC/2015.”

(STJ, decisão monocrática, REsp 1.964.106/SP, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, proferida em 11.10.2022, publicada em 18.10.2022)

Na espécie, após a realização de cirurgia para implante coclear, a operadora de planos de saúde apelante negou-se a fornecer ao beneficiário: *Capa de Proteção contra água para antena de 6 cm para processador de som Nucleus 6 (kit) - Pastilha de Desumidificação DRY BRICK II - Processador de Fala Baha Cordelle II BP 100-91300 - Bateria Powerone Implant Plus P675 não recarregável de ar-zinco cartela com 6 unidades - Cochlear Wireless TV Streamer - Acessório para processador Baha 4 - Magneto força 3M para processador de som Nucleus 6 - Preto - Bateria recarregável padrão para processador de fala Nucleus 6 - Bege, indicados para o beneficiário R. C. V*, sob os argumentos de que no contrato entabulado entre as partes há exclusão de obrigatoriedade de fornecimento de órteses, próteses e seus acessórios não vinculados ao ato cirúrgico (cláusula 10.1), bem como por se aplicar ao caso o disposto no inciso VII do art. 10 da Lei nº 9.656/98.

No Processo Administrativo nº 25789.101625/2016-74, após a apresentação de defesa administrativa pela operadora de planos de saúde, a ANS concluiu ser obrigatória a cobertura dos mencionados acessórios, com fundamento no PARECER TÉCNICO Nº 16/GEAS/GGRAS/DIPRO/2016 – COBERTURA: IMPLANTE COCLEAR. Cumpre transcrever os trechos pertinentes desse Parecer:

“(…)

A manutenção posterior à colocação do Implante Coclear apresenta cobertura obrigatória pelas operadoras de planos privados de saúde. Considera-se manutenção posterior tudo que se relaciona com os procedimentos clínicos necessários ao acompanhamento do tratamento, como a consulta/sessão com fonoaudiólogo, exames de mapeamento periódico, desde que estejam contemplados no Rol de Procedimentos em vigor, além dos procedimentos necessários ao bom funcionamento da prótese, como ajuste ou conserto.

A troca de baterias, pastilhas desumidificadoras, custeio de suporte técnico mensal, substituição de componentes externo decorrentes da má utilização do equipamento também devem ser cobertos pela operadora, pois fazem parte da manutenção posterior da prótese.

Dito isto, que cabe ao médico assistente a indicação de necessidade de troca do aparelho de implante coclear. As operadoras estarão obrigadas a cobrir a troca quando esta necessidade estiver relacionada ao não funcionamento adequado do aparelho e quando devidamente atestada pelo médico assistente.

Ademais, nas abordagens de pacientes com implante coclear que possuam plano com segmentação exclusivamente ambulatorial, as consultas, manejos e exames ambulatoriais possuem cobertura obrigatória, desde que estejam

listados no Anexo I da RN nº 387, de 2015, Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde.”

O Conselho Nacional de Justiça – CNJ, realizou várias Jornadas de Direito da Saúde, estabelecendo enunciados. Destaco os enunciados pertinentes ao tema em análise:

“ENUNCIADO Nº 23 Nas demandas judiciais em que se discutir qualquer questão relacionada à cobertura contratual vinculada ao rol de procedimentos e eventos em saúde editados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS recomenda-se a consulta, pela via eletrônica e/ou expedição de ofício, a esta agência Reguladora para os esclarecimentos necessários sobre a questão em litígio.

ENUNCIADO Nº 28 Nas decisões para o fornecimento de órteses, próteses e materiais especiais – OPME, o juiz deve exigir a descrição técnica e não a marca específica e/ou o fornecedor, em consonância com normas do SUS, da ANS, bem como a Resolução n. 1956/2010 do CFM. (Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)

ENUNCIADO Nº 29 Na análise de pedido para concessão de tratamento, medicamento, prótese, órtese e materiais especiais, os juízes deverão considerar se os médicos ou os odontólogos assistentes observaram a eficácia, a efetividade, a segurança e os melhores níveis de evidências científicas existentes. Havendo indício de ilícito civil, criminal ou ético, deverá o juiz oficiar ao Ministério Público e a respectiva entidade de classe do profissional.

ENUNCIADO Nº 33 Recomenda-se aos magistrados e membros do Ministério Público, da Defensoria Pública e aos Advogados a análise dos pareceres técnicos da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS – Conitec para auxiliar a prolação de decisão ou a propositura da ação. (Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)”

Da análise conjunta da jurisprudência do C.STJ, no sentido da necessidade da produção de prova técnica para justificar a necessidade de cobertura, pelas operadoras de planos de saúde, de procedimentos e materiais/equipamentos não previstos no rol taxativo mínimo da ANS, bem como dos Enunciados do CNJ nas Jornadas de Direito da Saúde, entendo que o Parecer Técnico nº 16/GEAS/GGRAS/DIPRO/2016, que trata especificamente do implante coclear, adotado como um dos fundamentos pelo MM. Juízo *a quo* para firmar sua convicção a respeito da questão controvertida, é prova técnica suficientemente apta para se concluir pela obrigatoriedade de cobertura dos materiais acima mencionados, não havendo necessidade de retorno dos autos à primeira instância para produção de outra prova técnica pericial para tanto.

Com efeito, o mencionado Parecer foi produzido pela área técnica da ANS (Enunciado nº 33), e é claro ao concluir que “A troca de baterias, pastilhas desumidificadoras, custeio de suporte técnico mensal, substituição de componentes externo decorrentes da má utilização do equipamento também

devem ser cobertos pela operadora, pois fazem parte da manutenção posterior da prótese.”

Passo a analisar o pleito da apelante de conversão da pena pecuniária em advertência.

O Art. 25 da Lei nº 9.656/98 previu várias espécies de sanção, dentre as quais a advertência e a multa pecuniária:

“Art. 25. As infrações dos dispositivos desta Lei e de seus regulamentos, bem como aos dispositivos dos contratos firmados, a qualquer tempo, entre operadoras e usuários de planos privados de assistência à saúde, sujeitam a operadora dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, seus administradores, membros de conselhos administrativos, deliberativos, consultivos, fiscais e assemelhados às seguintes penalidades, sem prejuízo de outras estabelecidas na legislação vigente: (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001) (Vigência)

I - advertência;

II - multa pecuniária;”

No exercício de sua atribuição legal, a ANS editou a RN nº 124/2006, que “dispõe sobre a aplicação de penalidades para as infrações à legislação dos planos privados de assistência à saúde”, a qual, no tocante à penalidade de advertência, assim prevê, com a redação vigente à época da imposição da penalidade à apelante pela apelada:

“Art. 5º A sanção de advertência será aplicada nos casos previstos nesta norma e desde que atendida ao menos uma das condições abaixo previstas: (Redação dada pela RN nº 396, de 25/01/2016)

I – ter ocorrido o cumprimento da obrigação até o décimo dia contado da data do recebimento da intimação pela operadora para ciência do auto; ou (Revogado pela RN nº 396, de 25/01/2016)

II – não ter havido lesão irreversível ao bem jurídico tutelado pela norma infringida; ou (Redação dada pela RN nº 396, de 25/01/2016)

III – não ter acarretado qualquer dano aos beneficiários; ou (Incluído pela RN nº 396, de 25/01/2016)

IV – ter o infrator adotado voluntariamente providências suficientes para reparar os efeitos danosos da infração, mesmo que não configure reparação voluntária e eficaz - RVE. (Incluído pela RN nº 396, de 25/01/2016)

§1º A sanção de advertência será aplicada por escrito.

§2º Na hipótese de o infrator ter reincidido na mesma infração, a ANS poderá deixar de aplicar a pena de advertência, para aplicar uma sanção mais grave. (Redação dada pela RN nº 396, de 25/01/2016)”

Por sua vez, as infrações e penalidade a que estão sujeitas as operadoras de planos de saúde encontram-se tipificadas do art. 18 até o art. 88 da RN ANS nº 124/2006.

No caso concreto, a Administração Pública entendeu pela inaplicabilidade da sanção de advertência considerando a irreversibilidade da lesão ao bem jurídico exigido pelo normativo, conforme se vê da contestação apresentada neste feito.

A escolha da penalidade a ser aplicada é atribuição ínsita à discricionariedade da Administração, no caso a ANS, a quem incumbe avaliar o caso concreto e aplicar a sanção cabível dentre as previstas na norma legal, observando os critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

Ademais, havendo espaço discricionário aberto em favor do ente público para ajuizar qual a punição administrativa cabível, não é dado ao Judiciário romper a “separação de poderes” e substituir a razão administrativa pela razão judicial, desde que não exista - como aqui não há - vestígio algum de ilegalidade da escolha da pena dentre as legalmente possíveis.

Colaciono julgados proferidos pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. INFRAÇÃO AMBIENTAL. MULTA APLICADA. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO DE VALORES EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA 7/STJ.

1. Os atos tidos como discricionários, exercidos pela Administração Pública, devem, ao fixar o *quantum* de multa ou qualquer outra penalidade, guardar os parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade, pois, quando exorbitantes, permitem que o Poder Judiciário adeque-os a fim de evitar desequilíbrios inaceitáveis entre a Administração e administrados.

(...)

Agravo regimental improvido.”

(STJ, AgRg no AREsp 419651/DF, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, DJe 16.12.2013)

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA. ANULAÇÃO DE AUTO DE INFRAÇÃO AMBIENTAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC, DOS ARTS. 6º E 72 DA LEI 9.605/1998 E DO ART. 4º, II, DO DECRETO 6.514/2008. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. ARTS. 2º, 19 E 74 DA LEI 9.605/2008. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. NÃO DEMONSTRAÇÃO DA DIVERGÊNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. REVISÃO. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

1. Trata-se, na origem, de Ação Ordinária proposta pelo Hotel Porto do Mar Ltda. contra o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - Ibama com o objetivo de “ANULAR, seja pela presença de vício quanto ao motivo, seja pela presença de vício quanto à forma, o Auto de Infração nº 598707- série D, o qual multou a empresa no montante de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais)” (fl. 36, e-STJ, grifos no original). O Juízo de 1º grau julgou improcedente o pedido, sendo a sentença mantida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

(...)

5. (omissis) Não fica evidenciado, portanto, que tenha havido excesso por parte da Administração, uma vez que a multa obedeceu estritamente aos patamares fixados na legislação e não exorbitou a capacidade econômica da

empresa autora. Estando a multa aplicada dentro da margem de discricionariedade da autoridade ambiental, inviável a sua modificação pelo Poder Judiciário” (fls. 594-609, e-STJ).

(...)

7. Agravo Regimental não provido.”

(STJ, AgRg no REsp 1428671/RN, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, DJe 25.09.2014)

Igualmente, a doutrina:

(...) o fato de a lei conferir ao administrador certa liberdade (margem de discricção) significa que lhe conferiu o encargo de adotar, ante a diversidade de situações a serem enfrentadas, a providência mais adequada a cada qual delas. (...) É obvio que uma providência administrativa desarrazoada, incapaz de passar com sucesso pelo crivo da razoabilidade, não pode estar conforme à finalidade da lei. Donde, se padecer deste defeito, será necessariamente, violadora do princípio da finalidade. Isto equivale a dizer que será ilegítima, conforme visto, pois a finalidade integra a própria lei. Em consequência, será anulável pelo Poder Judiciário, a instâncias do interessado.

(Mello, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 10ª edição, Malheiros: 1998, pág. 68)

Ante o exposto, *nego provimento ao recurso de apelação da autora*, nos termos da fundamentação supra.

É o voto.

APELAÇÃO CÍVEL **5014788-78.2019.4.03.6100**

Apelantes: UNIÃO FEDERAL, CEALCA - CENTRO DE ENSINO ALDEIA DE CARAPICUÍBA LTDA - EPP, ASSOCIAÇÃO DE ENSINO SUPERIOR DE NOVA IGUAÇU

Apelados: CLENIA MARTINS PEREIRA DE OLIVEIRA E OUTROS

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE

Disponibilização do Acórdão: DJEN 09/05/2023

EMENTA

ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA. ENSINO SUPERIOR. CANCELAMENTO DE DIPLOMA. POSSIBILIDADE. PORTARIA Nº 738/2016. CASSAÇÃO POSTERIOR. CURSO RECONHECIDO PELO MEC. APELAÇÕES IMPROVIDAS.

- Preliminar de nulidade por cerceamento de defesa afastada: o Juízo *a quo*, no uso de seu poder-dever de condução do processo, entendeu por bem a desnecessidade de realização de provas.

- Conforme consta nos autos, os apelados concluíram o curso de Pedagogia, tendo a Faculdade da Aldeia de Carapicuíba-FALC emitido os respectivos diplomas, contendo os registros promovidos pela Universidade Iguazu-UNIG. Contudo, os registros de diplomas referentes ao curso da FALC foram cancelados pela UNIG, em cumprimento à Portaria nº 738, de 22 de novembro de 2016, do Ministério da Educação.

- Em primeiro lugar, é de se ressaltar que referido curso foi reconhecido pelo Ministério da Educação, nos termos da Portaria nº 408/2013. Igualmente a Faculdade Atual foi credenciada pela Portaria MEC nº 3.966/2002.

- Ora, se a União, através do MEC, reconheceu como válido o curso superior de Pedagogia, não se mostra razoável que uma portaria emitida após a conclusão do curso e emissão do diploma cancele o respectivo documento.

- Dessa maneira, os apelados não podem ser prejudicados, quanto mais serem afastados de suas atividades profissionais. Some-se, ainda, o fato de a cassação ter ocorrido anos após sua conclusão.

- Preliminar rejeitada. Apelações da UNIG e da União improvidas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, por maioria, decidiu rejeitar a matéria preliminar e, no mérito, negar provimento às apelações, nos termos do voto da Des. Fed. MÔNICA NOBRE (Relatora), com quem votaram o Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE, o Des. Fed. SOUZA RIBEIRO e o Des. Fed. VALDECI DOS SANTOS. Vencida a Des. Fed. MARLI FERREIRA, que acolhia a preliminar suscitada pela Universidade Iguazu - UNIG, para anular a sentença, em razão do cerceamento de defesa, determinando o retorno dos autos à origem para realização das provas solicitadas no decurso do processo, e, no mérito, dava provimento às apelações. Fará declaração de voto a Des. Fed. MARLI FERREIRA. Ausente, justificadamente, em razão de férias, o Des. Fed. MARCELO SARAIVA. O Des. Fed. SOUZA RIBEIRO (6ª Turma) votou na forma do art. 942 do CPC. O Des. Fed. VALDECI DOS SANTOS (6ª Turma), votou na forma dos artigos 53 e 260, § 1º do RITRF3. , nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

Trata-se de ação ordinária ajuizada por CLENIA MARTINS PEREIRA DE OLIVEIRA E OUTROS, em face da ASSOCIAÇÃO DE ENSINO SUPERIOR DE NOVA IGUAÇU (UNIG), CENTRO DE ENSINO ALDEIA DE CARAPICUIBA LTDA (CEALCA) e da UNIÃO, visando a impugnar ato de cancelamento de diploma de nível superior.

A r. sentença julgou procedente o pedido inicial, para declarar a nulidade do ato de cancelamento do registro dos diplomas dos autores no curso de Licenciatura em Pedagogia ofertado pela Faculdade da Aldeia de Carapicuíba.

A União e a UNIG apelaram.

Nas razões de apelação, a UNIG requereu, preliminarmente, o reconhecimento de cerceamento de defesa, pelo julgamento antecipado da lide. Argumenta com a ausência de comprovação dos danos causados pela apelante, sendo que qualquer irregularidade referente aos diplomas não seria de sua responsabilidade, pois apenas se limitou a efetuar um registro em um documento que já não possuía qualquer validade.

A União, por sua vez, requereu o provimento do apelo para que seja reformada a sentença, invertendo-se os ônus sucumbenciais, uma vez que a revalidação dos efeitos do diploma da parte autora, determinada na sentença, não estaria arrimada em prova, neste feito, de que os autores teriam cumprido todos os requisitos para a validade dos diplomas.

Houve apresentação de contrarrazões.

É o relatório.

VOTO

Por primeiro, afasto a preliminar de cerceamento de defesa, pelo julgamento antecipado da lide.

O art. 370, do CPC:

“Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.

Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.”

O magistrado, no uso de suas atribuições, deverá estabelecer a produção de provas que sejam importantes e necessárias ao deslinde da causa, é dizer, diante do caso concreto, deverá proceder à instrução probatória somente se ficar convencido da prestabilidade da prova.

Assim, sendo destinatário natural da prova, o juiz tem o poder de decidir acerca da conveniência e da oportunidade de sua produção, visando obstar a prática de atos inúteis ou protelatórios, desnecessários à solução da causa.

No presente caso, o Juízo *a quo*, no uso de seu poder-dever de condução do processo, entendeu por bem a desnecessidade de realização de provas.

Não houve cerceamento de defesa.

Passo à análise do mérito.

Conforme consta nos autos, os apelados concluíram o curso de Pedagogia, tendo a Faculdade da Aldeia de Carapicuíba-FALC emitido os respectivos diplomas, contendo os registros promovidos pela Universidade Iguazu-UNIG. Contudo, os registros de diplomas referentes ao curso da FALC foram cancelados pela UNIG, em cumprimento à Portaria nº 738, de 22 de novembro de 2016, do Ministério da Educação.

Pois bem.

A graduação dos apelados, nos termos dos diplomas juntados aos autos, se deu no curso de Pedagogia (licenciatura) na Faculdade da Aldeia de Carapicuíba-FALC, registrado pela Universidade Iguazu – UNIG.

Em primeiro lugar, é de se ressaltar que referido curso foi reconhecido pelo Ministério da Educação, nos termos da Portaria nº 408/2013.

Igualmente a Faculdade Atual foi credenciada pela Portaria MEC nº 3.966/2002.

Nestes termos, prevê o artigo 9º, inciso IX, da Lei nº 9.394/1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional:

“Art. 9º A União incumbir-se-á de:

(...)

IX - autorizar, reconhecer, credenciar, supervisionar e avaliar, respectivamente, os cursos das instituições de educação superior e os estabelecimentos do seu sistema de ensino.”

Ora, se a União, através do MEC, reconheceu como válido o curso superior de Pedagogia, não se mostra razoável que uma portaria emitida após a conclusão do curso e emissão do diploma cancele o respectivo documento. Nesse sentido:

“ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. ANALISTA JUDICIÁRIO. ADICIONAL DE QUALIFICAÇÃO. LEI 11.416/06. CURSO DE PREPARAÇÃO PARA MAGISTRATURA REALIZADO ANTES DE SUA TRANSFORMAÇÃO EM CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO. APROVEITAMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

1. O recorrente sustenta que o curso de preparação para a magistratura foi reconhecido em 2001 como curso de pós-graduação lato sensu; assim, o certificado de conclusão de 1995 deve ser aceito para fins de percepção do adicional de qualificação previsto pela Lei 11.416/06, que dispõe sobre as Carreiras dos Servidores do Poder Judiciário da União.

2. Não há como impor a aceitação de um certificado de curso de preparação para a magistratura para fins de adicional de qualificação da Lei 11.416/06, tal como requerido pelo recorrente, pois, conforme assentado pelas instâncias ordinárias, a definição de um curso como de pós-graduação lato sensu não decorre apenas da análise do conteúdo ministrado pela instituição de ensino ou pela sua carga horária, na medida em que são exigidos diversos requisitos para o credenciamento da instituição, sujeitos à avaliação dos órgãos competentes, além da submissão a um acompanhamento constante por parte do Ministério da Educação.

3. Recurso especial não provido.

(REsp 1274166/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/03/2013, DJe 01/04/2013)

Dessa maneira, os apelados não podem ser prejudicados, quanto mais serem afastados de suas atividades profissionais. Some-se, ainda, o fato de a cassação ter ocorrido anos após sua conclusão.

Ademais, os apelados não deram causa às irregularidades apontadas, nem podem ser penalizados em seu exercício profissional.

Nesse sentido confira-se precedente desta Corte:

“ADMINISTRATIVO. REEXAME NECESSÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CURSO SUPERIOR. NEGATIVA DA AUTORIDADE IMPETRADA EM EFETUAR A MATRÍCULA DO ALUNO NO ÚLTIMO PERÍODO LETIVO DE SEU CURSO. IRREGULARIDADE NO CERTIFICADO DE CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO. SEGURANÇA CONCEDIDA. SENTENÇA MANTIDA.

Consta dos autos que a autoridade impetrada se negou a efetuar a matrícula do impetrante no último período letivo de seu curso, por suposta invalidade no seu certificado de conclusão do ensino médio.

A cassação da autorização de funcionamento da escola onde o impetrante concluiu o segundo grau se deu 2 (dois) anos após a expedição do aludido certificado.

Não há, nos autos, qualquer indício de que o impetrante tenha dado causa às irregularidades que resultaram na invalidade da documentação relativa à conclusão do ensino médio (ao revés, demonstrou que tem envidado esforços no sentido de regularizá-lo), não podendo ser prejudicado pela ineficiência dos órgãos de fiscalização, que detectaram tardiamente as anomalias promovidas pela Escola, e que deram ensejo à sua posterior cassação.

Em cumprimento da decisão liminar, a Universidade efetuou a matrícula do impetrante no período requerido, de modo que se encontra satisfeito o objeto da presente ação mandamental.

Sentença mantida. Remessa oficial desprovida.”

(REOMS nº 0002074-21.2012.4.03.6100, Relatora DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA, Órgão julgador: QUARTA TURMA, Data do julgamento: 05/03/2015, e-DJF3 DATA:26/03/2015)

Realmente, cabia aos órgãos de fiscalização detectar eventuais irregularidades, porém, enquanto os apelados permaneciam no curso.

Ademais, conforme consulta à Portaria n.º 738, de 22 de novembro de 2016, verifica-se que foi instaurado processo administrativo para aplicação de penalidades em face da UNIG, aplicando-lhe medida cautelar administrativa de suspensão da autonomia universitária, ficando impedida de registrar diplomas expedidos pelas instituições não universitárias. Ocorre que, nos termos do artigo 10, referida portaria teria vigor na data de sua publicação, não tendo sido determinada qualquer aplicação retroativa da penalidade imposta em medida cautelar administrativa, até porque, à primeira vista, seria descabida.

Por fim, a fixação dos honorários advocatícios observou o disposto no art. 85 do NCPD, e levando-se em conta o não provimento dos recursos 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 da causa, nos termos do art. 85, § 3º, I.

Ante o exposto, afasto a preliminar e nego provimento às apelações.

É o meu voto.

DECLARAÇÃO DE VOTO

A Excelentíssima Senhora Desembargadora Federal MARLI FERREIRA:

Ouso divergir do e. Relator.

Em julgados análogos ao presente, tenho entendido que, diante da suspeita de “venda de diplomas” por parte das IES, bem como a oferta de cursos

contrários à resolução do MEC, a situação de cada estudante deve ser analisada de forma individualizada para que não haja prejuízo aos alunos que cumpriram rigorosamente os requisitos necessários para obtenção da graduação, com a consequente validação do diploma.

Para tanto, faz-se necessário enfrentar a preliminar de cerceamento de defesa arguida pela UNIG, uma vez que a anulação do diploma foi feita por determinação do Ministério da Educação – MEC, após constatação de irregularidades nos diplomas emitidos pelo Centro de Ensino Aldeia de Carapicuíba (CEALCA) e registrados pela UNIG.

As partes autoras alegam ter cursado Pedagogia na Centro de Ensino Aldeia de Carapicuíba (CEALCA), obtendo diploma expedido por essa instituição, com o posterior registro exigido pelo MEC realizado pela UNIG. No entanto, a UNIG cancelou os diplomas de forma unilateral em outubro de 2018.

Conforme constatado no curso do processo, o MEC instaurou procedimento administrativo para apurar irregularidades na oferta de cursos de extensão disfarçados de graduação e de cursos superiores por instituições não credenciadas pelo Ministério, e que utilizavam a UNIG para promover a emissão dos diplomas dos alunos. Constatou-se que no período de 2011-2016 a UNIG teria realizado 94.781 registros de diplomas de cursos superiores de outras Instituições, localizadas em 21 unidades da federação de todas as regiões brasileiras e referentes a 46 cursos superiores, de todas as áreas do conhecimento, sobretudo para os cursos de licenciatura (89% dos registros), os quais habilitam para o magistério na educação básica.

Em 27/07/2017, foi publicada a Portaria SERES nº. 782/2017, firmando Protocolo de Compromisso, em que a UNIG deveria identificar os diplomas irregulares que tenha registrado, bem como promover as medidas subsequentes para cancelamento de tais diplomas, dando ampla publicidade a essa medida. Após comprovar irregularidades em várias instituições de ensino, a UNIG cancelou mais de 65.000 diplomas de forma retroativa, dentre eles da parte autora.

No presente caso, nota-se que as partes autoras apresentaram como prova da conclusão do curso apenas o diploma e o histórico escolar. Contudo, diante do vultoso esquema investigado pelo MEC, mostra-se necessário um conjunto probatório mais amplo para demonstrar como foi realizado seu curso, o local, realização de atividade externas, dentre outros requisitos regulatórios impostos pelo MEC.

Nesse sentido, alerta o MEC na Informação nº 81/2020/CGSOTÉCNICOS/DISUP/SERES-MEC, que a simples apresentação de histórico escolar e diploma mostra-se “frágil” para demonstrar o vínculo entre aluno e instituição de ensino, uma vez que são justamente esses os documentos de “praxe” forjados pela IES, quando realizam a emissão fraudulenta de diploma. Em contrapartida, a parte autora e a IES não apresentaram outros documentos

acadêmicos para fazer prova de tal vínculo, de forma a se mostrar imprescindível a produção de outras provas.

Cumpra também esclarecer que os preceitos da segurança jurídica, do ato jurídico perfeito e do direito adquirido não podem ser alegados no presente caso, enquanto não comprovadas as condições estabelecidas pelo MEC para declaração de regularidade do curso de Pedagogia ofertado pela instituição de ensino superior.

Noutro giro, valho-me do pacificado entendimento dos Tribunais Superiores de que o julgamento antecipado de uma ação, sem a observância da necessária produção de provas, constitui cerceamento de defesa e ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa e do devido processo legal.

Com efeito, não cabe ao Poder Judiciário permitir a convalidação de diplomas obtidos em desacordo com as normas aplicáveis, de forma a negar a efetividade da própria lei e prejudicar o interesse público, consistente na confiança de que os profissionais tenham a devida habilitação para o exercício de suas funções.

Pelo que restou verificado nos autos e por se tratar de uma questão que não versa apenas sobre matéria de direito, tenho ser o caso de anular a r. sentença, para prosseguimento da instrução probatória, no intuito de afastar a oferta irregular de cursos contrários às disposições do MEC.

Outrossim, caso superada a preliminar, de rigor o provimento dos recursos a fim de julgar improcedente o pedido por ausência de demonstração dos fatos constitutivos do direito, conforme art. 373, I do CPC, na medida em que patente no processo administrativo do MEC a existência de irregularidades no próprio curso de pedagogia ofertado pela CEALCA, exigindo-se a comprovação pelos autores de que efetivamente desempenharam as atividades acadêmicas e horas necessárias para a formação, não bastando o histórico escolar.

Ante ao exposto, acolho a preliminar suscitada pela Universidade Iguazu - UNIG, para anular a sentença, em razão do cerceamento de defesa, determinando o retorno dos autos à origem para realização das provas solicitadas no decurso do processo. Vencida, dou provimento às apelações.

É o voto.

APELAÇÃO CÍVEL **5001951-75.2021.4.03.6114**

Apelantes: OSVALDO RODRIGUES CAVIGNATO, UNIÃO FEDERAL
Apelados: OS MESMOS
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA
Disponibilização do Acórdão: DJEN 26/05/2023

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PERSEGUIÇÕES POLÍTICAS PERPETRADAS À ÉPOCA DO REGIME MILITAR. IMPRESCRITIBILIDADE. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO COM REPARAÇÃO PREVISTA NA LEI 10.559/02. DANO MORAL *IN RE IPSA*. CONECTÁRIOS LEGAIS.

1. A questão posta nos autos diz respeito a pedido de indenização por danos morais, em razão de perseguição política perpetrada à época do Regime Militar.

2. É pacífica a orientação nos Tribunais Superiores acerca da imprescritibilidade das pretensões indenizatórias decorrentes de violações a direitos fundamentais ocorridas ao longo do regime ditatorial no Brasil.

3. Não se cogita da aplicação do prazo prescricional quinquenal, previsto no Decreto 20.910/32, ao presente caso, considerando-se que a compreensão axiológica dos direitos fundamentais não cabe na estreiteza das regras do processo clássico e demanda largueza intelectual que lhes possa reconhecer a máxima efetividade possível.

4. Rejeita-se a tese da impossibilidade de cumulação de indenização decorrente de abalos psicológicos, fundamentada no instituto da responsabilidade civil, com a reparação econômica prevista pela Lei 10.559/02 e destinada aos anistiados políticos prejudicados em sua carreira profissional.

5. A edição da recente Súmula 624 do C. Superior Tribunal de Justiça dirimiu qualquer polêmica que ainda pairava sobre os entendimentos jurisprudenciais por meio do seguinte enunciado: *é possível cumular a indenização do dano moral com a reparação econômica da Lei nº 10.559/2002 (Lei da Anistia Política)*.

6. No direito brasileiro, a responsabilidade civil do Estado é, em regra, objetiva, isto é, prescinde da comprovação de culpa do agente, bastando-se que se comprove o nexo causal entre a conduta do agente e o dano.

7. Verifica-se que o nome do autor consta expressamente de registros de monitoramento ilegal, inclusive do Departamento de Ordem Política e Social – DOPS, com menção à sua prisão por envolvimento com o Partido Comunista do Brasil (ID 267974162; ID 267974167; ID 267974169; ID 267974173; ID 267974176; ID 267974177; ID 267974183; ID 267974185; ID 267974187; ID 267974189; ID 267974195; ID 267974203; ID 267974213 entre outros).

8. Não há dúvidas acerca do ato ilícito, ou seja, da perseguição política, e do liame causal que o vincula ao evento danoso, na situação, a violação ao direito fundamental à liberdade de expressão e de manifestação do pensamento, e à liberdade ambulatorial mediante prisão ilegal. A hipótese em comento encerra um típico caso de dano moral *in re ipsa*, no qual a mera comprovação fática do acontecimento gera um constrangimento presumido capaz de ensejar indenização.

9. Reitera-se a cumulatividade de indenização decorrente de ofensa a direito da personalidade, fundamentada no instituto da responsabilidade civil, com a reparação econômica prevista pela Lei 10.559/02 e destinada aos anistiados políticos prejudicados em sua carreira profissional, conforme teor da Súmula 624 do C. Superior Tribunal de Justiça.

10. A quantia fixada em primeira instância (R\$ 50.000,00) não satisfaz minimamente as funções reparatória e punitiva que recaem sobre a indenização por danos morais e está aquém do costumeiramente arbitrado pela jurisprudência em casos semelhantes. Majora-se o *quantum* indenizatório para R\$ 100.000,00, com incidência de correção monetária a partir desta decisão (Súmula 362 do Superior Tribunal de Justiça).

11. Acerca dos juros de mora, seu termo inicial deve coincidir com a citação da União Federal nesta demanda, por ser este o entendimento jurisprudencial. É caso de afastamento excepcional da Súmula 54 do C. Superior Tribunal de Justiça.

12. Quanto aos índices aplicáveis, deve-se observar a previsão do Manual de Cálculos da Justiça Federal, ressalvado, quanto à correção monetária, o entendimento do Supremo Tribunal Federal estabelecido no RE 870.947/SE.

13. Apelação da demandante provida em parte apenas para majorar o *quantum* indenizatório. Apelação da União Federal provida em parte apenas para reajustar o termo inicial dos juros moratórios.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao apelo da autora e, por

maioria, negou provimento ao apelo da União, nos termos do voto do Des. Fed. Nery Junior, vencida a Relatora e o Juiz Federal Convocado Renato Becho que lhe davam parcial provimento. Lavrará o acórdão a Relatora. Participou do Julgamento a Des. Fed. Monica Nobre, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

Trata-se de apelações interpostas pela União Federal e por Osvaldo Rodrigues Cavignato, contra sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos deduzidos em ação por procedimento comum, ajuizada objetivando a fixação de indenização por danos morais em razão de perseguições políticas perpetradas à época do Regime Militar.

Insurge-se a demandante requerendo a majoração do quantum indenizatório, fixado em primeira instância em R\$ 50.000,00, bem como a readequação dos consectários legais.

Já a União Federal, em suas razões recursais, aduz falta de interesse de agir, ocorrência de prescrição e ausência dos elementos configuradores da responsabilidade civil do Estado.

Com contrarrazões, os autos vieram conclusos.

É o relatório.

VOTO

A questão posta nos autos diz respeito à responsabilidade civil do Estado.

De início, postergo a análise da preliminar de falta de interesse de agir, tendo em vista que a controvérsia se confunde com o próprio mérito.

Quanto à prejudicial, observa-se que a imprescritibilidade das pretensões indenizatórias decorrentes de violações a direitos fundamentais ocorridas ao longo do regime ditatorial brasileiro é matéria pacífica no âmbito dos Tribunais Superiores, conforme o teor da súmula 647 do C. Superior Tribunal de Justiça. *Verbis:*

São imprescritíveis as ações indenizatórias por danos morais e materiais decorrentes de atos de perseguição política com violação de direitos fundamentais ocorridos durante o regime militar.

Este entendimento se fundamenta porque tais pretensões remetem a período histórico de desconsideração da ordem jurídica, com aplicação de

legislação de exceção, e caracterizado pela ocorrência de intensas violações à dignidade da pessoa humana.

É inaplicável à hipótese, portanto, o prazo prescricional quinquenal previsto no Decreto 20.910/32, notadamente em razão da dificuldade enfrentada pelas vítimas do Regime Militar para deduzir suas pretensões em juízo e porque compreensão axiológica dos direitos fundamentais não cabe na estreiteza das regras processuais clássicas, exigindo-se esforço argumentativo que lhes possa reconhecer a máxima efetividade possível.

Sobre este aspecto, observa-se:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. INDENIZAÇÃO. REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. REGIME MILITAR. DISSIDENTE POLÍTICO PRESO NA ÉPOCA DO REGIME MILITAR. TORTURA. DANO MORAL. FATO NOTÓRIO. NEXO CAUSAL. NÃO INCIDÊNCIA DA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL - ART. 1º DECRETO 20.910/1932. IMPRESCRITIBILIDADE.

1. A dignidade da pessoa humana, valor erigido como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, experimenta os mais expressivos atentados quando engendradas a tortura e a morte, máxime por delito de opinião.

(...)

4. À luz das cláusulas pétreas constitucionais, é juridicamente sustentável assentar que a proteção da dignidade da pessoa humana perdura enquanto subsiste a República Federativa, posto seu fundamento.

5. Consectariamente, não há falar em prescrição da ação que visa implementar um dos pilares da República, máxime porque a Constituição não estipulou lapso prescricional ao direito de agir, correspondente ao direito inalienável à dignidade.

(...)

12. A exigibilidade a qualquer tempo dos consectários às violações dos direitos humanos decorre do princípio de que o reconhecimento da dignidade humana é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz, razão por que a Declaração Universal inaugura seu regramento superior estabelecendo no art. 1º que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”.

13. A Constituição federal funda-se na premissa de que a dignidade da pessoa humana é inarredável de qualquer sistema de direito que afirme a existência, no seu corpo de normas, dos denominados direitos fundamentais e os efetive em nome da promessa da inafastabilidade da jurisdição, marcando a relação umbilical entre os direitos humanos e o direito processual.

(...)

(REsp n. 1.165.986/SP, relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 4/2/2011)

A responsabilidade civil tem cláusula geral nos art. 186 e 927 do Código Civil, e apresenta, como seus pressupostos, a ação ou omissão do agente, a culpa em sentido amplo, o nexo de causalidade e o dano, do qual surge o dever de indenizar.

Por sua vez, a responsabilidade civil do Estado é, em regra, objetiva, isto é, fundamenta-se no risco e prescinde da comprovação de culpa do agente,

bastando que se demonstre o nexo causal entre a conduta do administrador e o dano. Está consagrada no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, sob a seguinte redação:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§ 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.

O trecho extraído do voto do Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, no RE 109.615, ilustra com clareza a norma do referido artigo:

A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou por omissão. Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, faz emergir, da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público. Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o *eventus damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a agente do Poder Público, que tenha, nessa condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional (RTJ 140/636) e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal.” (RE 109615, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 28/05/1996, DJ 02-08-1996 PP-25785 EMENT VOL-01835-01 PP-00081)

No caso dos autos, é certa a aplicação da responsabilidade civil em sua vertente objetiva, tendo em vista que as alegações da parte autora narram a ocorrência de conduta comissiva, qual seja, a demissão arbitrária fundada em motivação política e perseguições ideológicas.

Nesse contexto, verifica-se que o nome do autor consta expressamente de registros de monitoramento ilegal, inclusive do Departamento de Ordem Política e Social – DOPS, com menção à sua prisão por envolvimento com o Partido Comunista do Brasil (ID 267974162; ID 267974167; ID 267974169; ID 267974173; ID 267974176; ID 267974177; ID 267974183; ID 267974185; ID 267974187; ID 267974189; ID 267974195; ID 267974203; ID 267974213 entre outros).

Não há dúvidas acerca do ato ilícito, ou seja, da perseguição política, e do liame causal que o vincula ao evento danoso, na situação, a violação ao direito fundamental à liberdade de expressão e de manifestação do pensamento, e à liberdade ambulatorial mediante prisão ilegal.

Acrescenta-se também que a hipótese em comento caracteriza situação típica de dano moral *in re ipsa*, nas quais a mera comprovação fática do acontecimento gera uma violação presumida, capaz de ensejar indenização.

Por oportuno, reitera-se a cumulatividade de indenização decorrente de ofensa a direito da personalidade, fundamentada no instituto da responsabilidade civil, com a reparação econômica prevista pela Lei 10.559/02 e destinada aos anistiados políticos prejudicados em sua carreira profissional, conforme teor da Súmula 624 do C. Superior Tribunal de Justiça:

É possível cumular a indenização do dano moral com a reparação econômica da Lei nº 10.559/2002 (Lei da Anistia Política).

Posto isto, plenamente identificados os elementos da responsabilidade civil objetiva.

Acerca da fixação do *quantum* indenizatório, seu arbitramento deve obedecer a critérios de razoabilidade e proporcionalidade, observando ainda a condição social e viabilidade econômica do ofensor e do ofendido, e a proporcionalidade à ofensa, conforme o grau de culpa e gravidade do dano, sem, contudo, incorrer em enriquecimento ilícito.

Logo, frente à dificuldade em estabelecer com exatidão a equivalência entre o dano e o ressarcimento, o Superior Tribunal de Justiça tem procurado definir determinados parâmetros, a fim de se alcançar um valor atendendo à dupla função, tal qual, reparar o dano buscando minimizar a dor da vítima e punir o ofensor para que não reincida.

Nesse sentido é certo que *"na fixação da indenização por danos morais, recomendável que o arbitramento seja feito caso a caso e com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico do autor, e, ainda, ao porte da empresa, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de modo que, de um lado, não haja enriquecimento sem causa de quem recebe a indenização e, de outro, haja efetiva compensação pelos danos morais experimentados por aquele que fora lesado."*(REsp 1374284/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/08/2014, DJe 05/09/2014)

Em circunstâncias semelhantes com a presente, verifica-se o posicionamento desta E. Corte:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. APELAÇÃO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO CONFIGURAÇÃO.

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO. ART. 37, § 6º, CF. DEMISSÃO POR MOTIVOS POLÍTICOS NO PERÍODO DA DITADURA MILITAR. FATO LESIVO, DANOS MORAIS E NEXO CAUSAL. COMPROVAÇÃO. RECURSO PROVIDO.

(...)

- A fim de comprovar suas alegações, a autora apresentou inteiro teor da decisão da Comissão de Anistia do Ministério da Justiça que considerou comprovada a demissão de seu falecido marido - Antônio José Corrêa - da Petrobrás por motivação política, em 12.07.1983, por participar da greve deflagrada naquele ano na Refinaria de Paulínia/SP (REPLAN), e, conseqüentemente, reconheceu sua condição de anistiado político, com concessão da diferença do que percebe a título da soma da Aposentadoria Especial (R\$ 1.670,84) e PETROS (R\$ 168,78), e o que deveria receber caso não tivesse sido afastado em 1983, isto é R\$ 6.274,04 (seis mil, duzentos e sessenta e quatro reais e quatro centavos), sob a forma de prestação mensal, permanente e continuada, resultando a operação aritmética no valor de R\$ 4.434,42 (quatro mil, quatrocentos e trinta e quatro reais e quarenta e dois centavos) - id 4775819. Tal documento é suficiente para a comprovação do fato lesivo aduzido.

(...)

- São evidentes os danos morais sofridos pelo de cujus, consubstanciados na dor experimentada em razão da perda de seu emprego por motivos políticos e ideológicos. Essa circunstância por si só representa um atentado violento à dignidade do indivíduo e compele a uma indenização como forma de reparação.

- Configurou-se o nexo causal, na medida em que o dano moral comprovado foi resultado da política autoritária do próprio regime militar que propiciou o cometimento da citada arbitrariedade contra o falecido marido da recorrente. Ademais, ressalte-se que o ente estatal não provou causa excludente de responsabilidade.

- Quanto ao valor da indenização, segundo doutrina e jurisprudência pátrias, tem duplo conteúdo: de sanção e compensação. Certamente, a situação humilhante e revoltante à qual o falecido foi submetido, por um Estado que, ao invés de proporcionar segurança ao cidadão, agia de forma criminoso contra ele, lhe tiraram a tranquilidade e lhe provocaram transtornos sociais e morais, com os quais teve que conviver. Diante desse quadro, penso que a indenização deve ser fixada em R\$ 100.000,00 (cem mil reais), como forma de atender aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade e cumprir os critérios mencionados.

- Destaque-se que o limite imposto pela Lei nº 10.559/2002, no que toca ao montante da indenização a ser pago ao anistiado político, se aplica somente aos requerimentos administrativos.

(...)

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000745-29.2016.4.03.6105, Rel. Desembargador Federal ANDRE NABARRETE NETO, julgado em 12/05/2022, DJEN DATA: 16/05/2022)

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. REGIME MILITAR. PERSEGUIÇÃO POLÍTICA. DEMISSÃO DA GM EM 1985 POR MOTIVOS POLÍTICOS. PRESCRIÇÃO AFASTADA. INDENIZAÇÃO

CONCEDIDA. VALOR DA INDENIZAÇÃO. APELAÇÃO DA UNIÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

- No presente feito, a autora objetiva provimento jurisdicional que condene a União ao pagamento de danos morais, tendo em vista a demissão de seu já falecido marido, por motivos políticos, dos quadros da General Motors do Brasil, demitido em 1985, quando foi deflagrada a greve de petroleiros.

(...)

- Com relação à constatação da responsabilidade do Estado, ressalto que tanto a doutrina quanto a jurisprudência pátria entendem que a responsabilidade civil do Estado é decorrente da existência de três caracteres interligados: ato ilícito praticado por seus agentes, dano ao particular e nexo de causalidade. Tal responsabilidade é objetiva, portanto prescinde de dolo ou culpa.

- Estão presentes, no presente caso, todos os requisitos caracterizadores da responsabilidade civil da ré pelos danos morais sofridos pela apelante e seu esposo, o qual foi demitido exclusivamente por motivos políticos.

- O movimento grevista de 1985 teve grande repercussão no país, com publicação em jornais de maior circulação dos nomes das pessoas demitidas por participação na greve e exposição pública dos participantes, situação que gerou dificuldades de recolocação dos profissionais no mercado de trabalho, tanto por negativa das empresas privadas em contratação destes funcionários, quanto por ausência de atividade similar no mercado.

- No que se refere ao valor da indenização, este deve ser fixado tendo-se em vista dois parâmetros: por primeiro é importante que tenha um caráter educativo, buscando desestimular o condenado à prática reiterada de atos semelhantes; por outro lado, não pode ser de uma magnitude tal que acabe por significar enriquecimento ilícito por parte da vítima.

- No caso concreto, a indenização, fixada pela r. sentença em R\$ 100.000,00 (cem mil reais), está adequada e em conformidade com a jurisprudência desta Corte, em casos análogos.

(...)

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5001472-18.2021.4.03.6103, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 21/03/2022, Intimação via sistema DATA: 14/04/2022)

DIREITO CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. INDENIZAÇÃO. DEMISSÃO POR ATO POLÍTICO. ARTIGO 8º, ADCT. LEI 10.559/2002. DANOS MORAIS. IMPRESCRITIBILIDADE. REPARAÇÃO ECONÔMICA ADMINISTRATIVA CONCEDIDA. ADMISSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO. VALORAÇÃO. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. CONECTIVOS LEGAIS.

(...)

3. No caso, o autor postulou indenização por danos morais sofridos por ter sido demitido exclusivamente por motivação política, em razão de greve em 1983, suportando diversos danos morais e psíquicos, passíveis de reparação. A Comissão de Anistia Política reconheceu que as greves em 1983, na Refinaria Planalto em Campinas, e as demissões tiveram motivação essencialmente política, sendo reconhecido o autor como anistiado político, conforme portaria expedida.

4. Neste contexto, não impugnada a prova produzida, procede o pedido de indenização por danos morais decorrentes de ato reputado ilícito praticado pelo Estado, nos termos do artigo 8º do ADCT e artigo 2º, XI, da Lei

10.559/2002, aptos a gerar reparação civil, na forma do artigo 37, § 6º, c/c artigo 5º, V e X, ambos da Constituição Federal. Os atos estatais narrados inserem-se na causalidade jurídica do dano, em termos de grave ofensa à honra, imagem, dignidade e integridade, moral como psicológica, nos diversos planos possíveis, incluindo o pessoal, familiar, profissional e social.

5. Arbitramento judicial da indenização por danos morais de forma proporcional e razoável, diante da lesão ao bem jurídico imaterial tutelado, e da condição da vítima e do ofensor, no valor de cem mil reais, com correção monetária e juros de mora fixados a partir do julgamento nesta instância, aplicando-se o IPCA-E (correção monetária) e os índices remuneratórios da caderneta de poupança (juros de mora: artigo 1º-F da Lei 9.494/1997, alterado pela Lei 11.960/2009, e RE 870.947).

(...)

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000738-37.2016.4.03.6105, Rel. Desembargador Federal LUIS CARLOS HIROKI MUTA, julgado em 13/10/2021, Intimação via sistema DATA: 15/10/2021)

PROCESSO CIVIL. IMPRESCRITIBILIDADE DA AÇÃO. ADMINISTRATIVO. DITADURA MILITAR. LEI Nº 10.559/02. PERSEGUIÇÃO POLÍTICA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO COM A REPARAÇÃO ECONÔMICA CONCEDIDA NA VIA ADMINISTRATIVA. INVERSÃO DOS HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. APELAÇÃO PROVIDA.

1. O autor pleiteia o recebimento de indenização por danos morais, em razão das humilhações sofridas no período da ditadura militar.

(...)

3. A Comissão de Anistia reconheceu todo o sofrimento pelo qual passou o autor naquele período e lhe concedeu a declaração de anistiado político, bem como reparação econômica em prestação mensal, permanente e continuada, no valor de R\$ 3.160,61 (três mil, cento e sessenta reais e sessenta e um centavos), nos termos da Lei n. 10.559/2002.

(...)

6. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que é possível a cumulação da reparação econômica com indenização por danos morais, por se tratarem de verbas indenizatórias com fundamentos e finalidades diversas, pois, enquanto a primeira visa à recomposição patrimonial, a segunda tem por escopo a tutela da integridade moral.

(...)

8. A conclusão possível é a de que, atento às circunstâncias fáticas do caso concreto e diante dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, é adequada a fixação de indenização por danos morais no importe de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

(...)

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2252031 - 0017574-59.2014.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, julgado em 21/02/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/03/2018)

A quantia fixada em primeira instância (R\$ 50.000,00) não satisfaz minimamente as funções reparatória e punitiva que recaem sobre a indenização por danos morais e está aquém do costumeiramente arbitrado pela jurisprudência

em casos semelhantes. Majora-se o *quantum* indenizatório para R\$ 100.000,00, com incidência de correção monetária a partir desta decisão (Súmula 362 do Superior Tribunal de Justiça).

De outro modo, acerca dos juros de mora, seu termo inicial deve coincidir com a citação da União Federal nesta demanda, por ser este o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça. *Verbis*:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO POR DANO PATRIMONIAL E MORAL EM DECORRÊNCIA DE DESAPARECIMENTO DE PESSOA, POR MOTIVOS POLÍTICOS. ALEGAÇÕES DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO, VALIDADE DOS ATOS INSTITUCIONAIS E AUSÊNCIA DE INTERESSE NO PAGAMENTO DE PENSÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. ENUNCIADO SUMULAR Nº 211/STJ. PRESCRIÇÃO. DIREITOS DA PERSONALIDADE. IMPRESCRITIBILIDADE. JULGAMENTO ULTRA PETITA. NÃO-OCORRÊNCIA. LEI 9.140/95. PREVISÃO DE REPARAÇÃO DOS DANOS MATERIAIS EVENTUALMENTE CAUSADOS À VÍTIMA. DANO MORAL NÃO ABRANGIDO. JUROS MORATÓRIOS. TERMO A *QUO*. CITAÇÃO. APLICAÇÃO DO VERBETE Nº 54 DA SÚMULA/STJ QUE SE AFASTA DIANTE DAS PECULIARIDADES DO CASO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CONDENAÇÃO RAZOÁVEL.

(...)

5. Embora a Súmula 54/STJ determine a fluência de juros moratórios a partir do evento danoso nos casos de responsabilidade extracontratual, a hipótese dos autos merece tratamento diferenciado em face do reconhecimento legislativo ocorrido com o advento da Lei 9.140/95, que tratou apenas do valor da indenização e não de juros moratórios. Havendo qualquer discussão em juízo em torno do direito resguardado pela Lei 9.140/95, em se tratando de obrigação ilíquida, os juros moratórios devem fluir a partir da citação.

(...)

7. Recurso Especial interposto pela União parcialmente conhecido e, nessa extensão, PROVIDO apenas para determinar que os juros de mora sejam contados a partir da citação.

(REsp 841.410/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe 07/04/2009)

DIREITO CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. PRISÃO, TORTURA E PERSEGUIÇÃO. REGIME MILITAR. PRESCRIÇÃO AFASTADA. LEGITIMIDADE DO ESPÓLIO. TRANSMISSIBILIDADE DO DIREITO. VALOR DA INDENIZAÇÃO REDUZIDO. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 54 DO STJ. APLICAÇÃO DA LEI Nº 11.960/09.

1. A parte autora autor busca a condenação da União e do Estado de São Paulo ao pagamento de danos morais em decorrência de alegada perseguição política proveniente de atos cometidos durante os governos militares.

(...)

6. Os juros das obrigações líquidas vencem a partir da data do vencimento da obrigação e, em sentido contrário, em relação às obrigações ilíquidas em que se faz necessário o reconhecimento judicial, os juros vencem a partir da data

da citação, diante da peculiar situação dos autos, os juros devem fluir a partir da data da citação, visto que se trata, na espécie, de obrigação ilíquida, só delineada por força da ação judicial, não incidindo, pois, o enunciado sumular nº 54/STJ.

(...)

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC 0003650-59.2006.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 20/02/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:21/03/2014)

É caso, portanto, de afastamento excepcional da Súmula 54 do C. Superior Tribunal de Justiça.

Quanto aos índices aplicáveis, deve-se observar a previsão do Manual de Cálculos da Justiça Federal, ressalvado, quanto à correção monetária, o entendimento do Supremo Tribunal Federal estabelecido no RE 870.947/SE.

Em face do exposto, dou parcial provimento à apelação da demandante para majorar o *quantum* indenizatório e dou parcial provimento à apelação da União Federal apenas para reajustar o termo inicial dos juros moratórios.

É o voto.

O Excelentíssimo Desembargador Federal Nery Junior: Peço vênias para divergir da E. Relatora quanto ao termo inicial dos juros moratórios.

É cediço que o Superior Tribunal de Justiça adota o entendimento de que os juros de mora contam a partir do evento danoso na responsabilidade aquiliana (Súmula 54/STJ). Na hipótese em testilha, contudo, *a responsabilidade civil veio a ser reconhecida apenas pela Constituição Federal de 1988*, razão pela qual adoto tal marco temporal como termo *a quo* dos juros de mora.

Ante o exposto, *acompanho* a E. Relatora quanto ao parcial provimento ao apelo autoral e *divirjo* apenas para negar provimento ao apelo da União, de forma a manter o termo inicial dos juros moratórios na forma estabelecida na r. sentença.

É como voto.

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS 5016497-47.2021.4.03.0000

Suscitante: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE PONTA PORÃ/MS - 2ª VARA FEDERAL

Suscitados: UNIÃO FEDERAL, INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA

Interessado: ALI NASSARDIN GEHA NETO

Relatora Originária: DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA

Relator para o Acórdão: DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS

Disponibilização do Acórdão: DJEN 01/05/2023

EMENTA

ADMINISTRATIVO – INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR) – PROCESSO DE “REVALIDA” – CURSO DE MEDICINA – APRESENTAÇÃO DE DIPLOMA NO ATO DA INSCRIÇÃO = ILEGITIMIDADE DA EXIGÊNCIA – APLICAÇÃO ANALÓGICA DA SÚMULA 266 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

Em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas, a C. 1ª Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região fixou a seguinte tese: “É ilegítima a exigência de apresentação, no ato da inscrição no REVALIDA, de diploma de graduação em Medicina reconhecido no país de origem pelo Ministério da Educação ou órgão equivalente e autenticado pela autoridade consular brasileira. Aplica-se, na espécie, por analogia, a Súmula 266 do STJ”.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A SEGUNDA SEÇÃO, POR MAIORIA, DECIDIU FIRMAR A SEGUINTE TESE: É ILEGÍTIMA A EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO, NO ATO DA INSCRIÇÃO NO REVALIDA, DE DIPLOMA DE GRADUAÇÃO EM MEDICINA RECONHECIDO NO PAÍS DE ORIGEM PELO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO OU ÓRGÃO EQUIVALENTE E AUTENTICADO PELA AUTORIDADE CONSULAR BRASILEIRA. APLICA-SE, NA ESPÉCIE, POR ANALOGIA, A SÚMULA 266 DO STJ, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

Trata-se de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) instaurado pelo d. Juízo da 2ª Vara Federal de Ponta Porã/MS, nos autos do mandado de segurança 5001250-53.2021.4.03.6005, no qual são partes Ali Nassardin Geha Neto e o Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira – INEP.

A Egrégia Segunda Seção desta Colenda Corte, em sessão realizada no dia 01.02.2022, decidiu, de forma unânime, pela admissibilidade deste IRDR e suspensão dos *processos individuais ou coletivos sobre a questão em trâmite perante a Justiça Federal da Terceira Região, observando-se, quanto à apreciação das medidas urgentes, a previsão contida no § 2º do art. 982 do Código de Processo Civil* (ID 252478838).

O acórdão de admissão do incidente especificou a questão de direito que, em atenção ao primado da segurança jurídica, será objeto de pacificação no âmbito desta Terceira Região, qual seja, definir acerca da necessidade da apresentação do diploma de graduação no ato da inscrição no Exame Nacional de Revalidação de Diplomas Médicos Expedidos por Instituições de Educação – REVALIDA (ID 252504573).

O INEP requereu fixação de tese nos moldes daquela firmada pelo Egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região no IRDR 0045947-19.2017.4.01.0000/DF, no sentido de que *Não há ilegalidade ou abuso de poder na exigência, no ato da inscrição, de diploma devidamente reconhecido pelo Ministério da Educação ou por órgão correspondente no país de conclusão do curso, para fins de participação no Exame Nacional de Revalidação de Diplomas Médicos expedidos por universidades estrangeiras (Revalida)* (IDs 209879905 e 253677623).

O Ministério Público Federal, por seu turno, propôs o estabelecimento da seguinte tese jurídica: *A mera inscrição para participação no Exame Nacional de Revalidação de Diplomas Médicos expedidos por universidades estrangeiras (Revalida) prescinde da prévia apresentação de diploma devidamente reconhecido pelo Ministério da Educação ou por órgão correspondente no país de conclusão do curso* (ID 253923069).

A União Federal, a exemplo do INEP, pugnou pela fixação de tese idêntica àquela adotada no julgamento do IRDR 0045947-19.2017.4.01.0000/DF pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região (ID 257637823).

Tendo em vista a relevância do tema e com o objetivo de ampliar os debates, foi designada audiência pública, conforme previsão do art. 983, § 1º, do Código de Processo Civil, realizada em 09.08.2022, na modalidade de videoconferência, através da plataforma Microsoft Teams. Na ocasião, foram colhidos depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria, dentre elas: (i) Dr. Ricardo Tirlone Dantas (Procurador do INEP); (ii) Ulisses Machado Teixeira (Servidor do INEP); (iii) Dr. Adriano Silva Soromenho

(Advogado da União); (iv) Dr. Raphael Rabelo Cunha Melo (Assessor Jurídico do Conselho Federal de Medicina - CFM); (v) Dr. Luís Renê Gonçalves do Amaral (Secretário Geral da OAB/MS); (vi) Dra. Heliza Rocha Gomes Duarte (Advogada); (vii) Dra. Giovanna Rabelo (Advogada); (viii) Dr. Sergei Medeiros Araújo (Procurador do Ministério Público Federal da 3ª Região).

A transcrição da audiência, acompanhada da relação dos participantes, foi juntada no ID 262664782.

Oportunizada a manifestação das partes e demais interessados, cumpre proceder à apreciação e julgamento do mérito do incidente (art. 984 do Código de Processo Civil).

É o relatório.

VOTO

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA (RELATORA):

PRELIMINARMENTE

1. Da proposta de afetação no âmbito do Superior Tribunal de Justiça

Tramita no Superior Tribunal de Justiça recurso especial oriundo de decisões prolatadas pelo Tribunal Regional Federal da Quarta Região sobre a matéria em debate neste IRDR. Referido recurso foi recebido pelo STJ em 2.05.2022 e autuado como REsp 1999812/PR.

Em 19.5.2022, o e. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, por identificar na hipótese a existência de controvérsia jurídica multitudinária ainda não submetida ao rito dos recursos repetitivos, propôs afetação da matéria com o objetivo de dirimir a seguinte questão jurídica: “Possibilidade de se exigir o diploma estrangeiro, devidamente reconhecido pelo Ministério da Educação ou por órgão correspondente no país de conclusão do curso, no ato de inscrição no Exame Nacional de Revalidação de Diplomas Médicos Expedidos por Instituições de Educação (Revalida), conforme previsão editalícia”.

Na data de 15.8.2022, após Parecer da Procuradoria-Geral da República pela admissibilidade do recurso como representativo da controvérsia, o e. Ministro sugeriu a suspensão dos processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional, nos termos do art. 1.037, inciso II, do CPC, logo após o final da instrução probatória.

Os autos desse recurso especial seguiram conclusos ao e. Ministro Humberto Martins, relator do feito, em 31.8.2022. Inexiste, até o presente momento, decisão acerca da proposta de suspensão processual.

Em síntese, está pendente de apreciação pelo Superior Tribunal de Justiça, a proposta de afetação da questão objeto deste IRDR, ao rito dos processos repetitivos, objetivando a pacificação da matéria ao nível nacional.

2. REVALIDA – Revalidação de Diploma Estrangeiro para Cursos de Graduação realizados no Exterior

2.1 Origem, finalidades e/ou objetivos

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, Lei nº 9.394/1996, instituiu a Revalidação de Diploma Estrangeiro para cursos de graduação, bem como o Reconhecimento de Título Estrangeiro, em relação aos cursos de pós-graduação *stricto sensu* (mestrado e doutorado) realizados no exterior.

Em relação ao primeiro procedimento, da Revalidação de Diploma, que interessa ao presente IRDR, prescreve o art. 48, *caput* e § 2º dessa Lei:

Lei 9.394/1996

Art. 48. Os diplomas de cursos superiores reconhecidos, quando registrados, terão validade nacional, como prova da formação recebida por seu titular.

(...)

§ 2º Os diplomas de graduação expedidos por universidades estrangeiras serão revalidados por universidades públicas que tenham curso do mesmo nível e área ou equivalente, respeitando-se os acordos internacionais de reciprocidade ou equiparação.

Atualmente, para ter validade nacional, o diploma tem que ser revalidado por universidade brasileira pública, regularmente credenciada e mantida pelo Poder Público, que tenha curso reconhecido do mesmo nível e área ou equivalente.

Foram editadas sucessivas Resoluções pelo Conselho Nacional de Educação (CNE) do Ministério da Educação e Cultural (MEC) visando aperfeiçoar o sistema e dirimir os impasses da discrepância entre os currículos estrangeiros e as exigências das universidades brasileiras, entre outras questões.

De acordo com a Resolução n. 03/2016 do Conselho Nacional de Educação (CNE) e a Portaria Normativa MEC n. 22/2016, a Revalidação ordinária poderá ter tramitação regular ou tramitação simplificada.

Vale observar que o Ministério da Educação criou o Portal Carolina Bori, que tem por objetivo reunir informações para facilitar consultas e trocas de experiências entre as instituições revalidadoras/reconhecedoras, no exercício de suas atribuições relativas à revalidação e reconhecimento de diplomas, conforme estabelecido na Resolução CNE nº 3 de 22 de junho de 2016, homologada pelo Ministério da Educação¹.

¹ <http://carolinabori.mec.gov.br/>

Referido portal condensa informações relevantes e legislação referentes ao tema, a exemplo da Portaria Normativa 22/2016 e da Resolução 1/2022, que dispõem sobre normas e procedimentos gerais de tramitação de processos de solicitação de revalidação de diplomas de graduação estrangeiros e ao reconhecimento de diplomas de pós-graduação *stricto sensu* (mestrado e doutorado), expedidos por estabelecimentos estrangeiros de ensino superior.

2.2 REVALIDA na área de medicina: implementação pelo INEP

Tendo em vista a previsão legal em apreço, foi instituído, através da Portaria Interministerial MEC/MS 278, de 17.3.2011, o Exame Nacional de Revalidação de Diplomas Médicos Expedidos por Instituições de Educação (REVALIDA), com a finalidade de subsidiar os procedimentos a serem adotados pelas universidades públicas no que concerne à revalidação dos diplomas médicos obtidos no exterior.

Seu objetivo, conforme previsto no art. 2º da portaria em apreço, é *verificar a aquisição de conhecimentos, habilidades e competências requeridas para o exercício profissional adequado aos princípios e necessidades do Sistema Único de Saúde (SUS), em nível equivalente ao exigido dos médicos formados no Brasil.*

A mesma norma legal, em seu art. 3º, atribuiu ao INEP (Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira) a implementação do REVALIDA.

A revalidação de diplomas estrangeiros de medicina pode ser:

- Realizado por uma Universidade Pública, que revalida o diploma por meio de procedimento próprio de revalidação, chamado de “Revalidação Ordinária”. Como exemplo podemos citar o famoso processo de revalidação da UFMT. Recentemente tivemos outras Universidades Públicas abrindo procedimentos próprios de revalidação, tais como a UEMA, UFMG e Unirg;

- Realizado por Universidades Públicas que aderiram ao Exame Nacional do REVALIDA (realizado pelo INEP). Assim, o INEP fica responsável pelo trabalho mais difícil de organizar as provas teóricas e exames práticos, enquanto que as Universidades Públicas que aderiram ao Exame Nacional apenas fazem o trabalho formal de revalidar o diploma.

Assim, as Universidades Públicas podem realizar a revalidação dos diplomas médicos com base nos resultados do Exame Nacional do REVALIDA (realizado pelo INEP), ou, também por um “Processo Ordinário”, tratando-se de um procedimento próprio, que não tem relação com o REVALIDA (INEP).

2.3 Da exigência de apresentação de diploma na inscrição do programa REVALIDA

A exigência de diploma para a realização do exame tem origem no art. 6º da Portaria Interministerial MEC/MS 278/2011, porém este dispositivo não estabeleceu o momento oportuno para sua apresentação.

Considerando a necessidade da existência de uma lei em sentido estrito para tratar da matéria, foi promulgada a Lei 13.959/2019, que estabeleceu a periodicidade semestral do REVALIDA. As finalidades ou objetivos não foram alterados pela novel legislação, conforme se verifica da redação de seu art. 2º:

Art. 2º O Revalida tem os seguintes objetivos:

I – verificar a aquisição de conhecimentos, habilidades e competências requeridas para o exercício profissional adequado aos princípios e às necessidades do Sistema Único de Saúde (SUS), em nível equivalente ao exigido nas Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Medicina no Brasil; e

II – subsidiar o processo de revalidação de diplomas de que trata o art. 48 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996.

A Lei 13.959/2019, a exemplo da Portaria Interministerial MEC/MS 278/2011, nada dispôs acerca do momento em que deve ocorrer a apresentação do diploma, de modo que sua exigência no ato da inscrição decorre de previsão nos editais que regulam a aplicação dos exames semestrais.

2.4. Da avaliação posterior da documentação apresentada para o Revalida

Em razão dessa exigência editalícia, diversos graduados, ou até mesmo graduandos, em Medicina que ainda não têm disponibilidade do diploma, e com interesse em realizar o exame, têm ingressado com ações judiciais para afastar a necessidade de apresentação do diploma de graduação no ato da inscrição no REVALIDA, gerando um multiplicitade de ações judiciais e recursos. Estão sendo proferidas decisões conflitantes em processos individuais e coletivos, o que enseja quebra do princípio da isonomia e insegurança jurídica.

3. Divergência jurisprudencial

3.1 O IRDR julgado pelo Tribunal Regional da Primeira Região (processo 0045947- 19.2017.4.01.0000/DF)

No âmbito da Primeira Região da Justiça Federal, a questão pacificou-se com o julgamento do IRDR 0045947- 19.2017.4.01.0000/DF, que estabeleceu a tese no sentido da exigibilidade do diploma no ato da inscrição:

“Não há Ilegalidade ou abuso de poder na exigência, no ato da inscrição, de diploma devidamente reconhecido pelo Ministério da Educação ou por órgão correspondente no país de conclusão do curso, para fins de participação no Exame Nacional de Revalidação de Diplomas Médicos expedidos por universidades estrangeiras (Revalida)”.

Em seu bem lançado voto, o e. Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro transcreveu as questões jurídicas apresentadas pelo INEP naquele feito, a saber:

Questão 01: Inexistência de ilegalidade ou abuso de poder praticado pelo INEP, considerando que a exigência do diploma acadêmico é condição essencial para a participação no Revalida;

Questão 02: Inexistência de expectativa de direitos a obrigar a Administração a dar tramitação aos documentos de quem ainda não detém o certificado de graduação autenticado pela autoridade consular brasileira;

Questão 03: Não há que se falar em paralelismo entre a impugnada exigência editalícia e o Enunciado 266 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, uma vez que não se trata de concurso público convencional ou exame vestibular, mas de um instrumento unificado de avaliação e exame para revalidação dos diplomas estrangeiros compatíveis – cuja condição de admissibilidade é exatamente que o candidato comprove já possuir habilitação para o exercício de sua profissão;

Questão 04: A regra contida nos Editais do REVALIDA, além de seguir a letra da lei, que preconiza que serão revalidados diplomas de graduação expedidos, insere-se no âmbito da discricionariedade administrativa e, salvo ilegalidade, não pode ser revista pelo Poder Judiciário.

Ao fundamentar sua conclusão pela fixação de tese favorável à pretensão do INEP, o e. Relator baseou-se, em síntese, nos seguintes argumentos: (i) *A futura obtenção do diploma, por sua própria natureza, não gera direito à sua revalidação, mas mera expectativa de direito, que pode vir ou não a se concretizar, diante de uma série de fatores futuros e incertos*; (ii) *são os diplomas, e não os certificados de conclusão de curso ou qualquer outro documento equivalente, que serão revalidados pelas instituições brasileiras*; (iii) *Discutir os critérios utilizados pela Administração para fins de definição de quais os documentos a serem exigidos para a inscrição no Revalida, ou o momento de sua apresentação, com respeito a eventuais entendimentos em sentido contrário, constitui indevida incursão do Poder Judiciário no mérito do ato administrativo*; (iv) *O que se percebe é que pessoas que ainda não satisfazem todos os requisitos necessários para a participação no procedimento desejam antecipar uma etapa de sua vida, e buscam, para isso, a chancela do Poder Judiciário*; (v) *O constante ingresso de documentos de candidatos que podem, eventualmente, dentro do prazo do Revalida, obter seus diplomas, impede o bom andamento dos trabalhos, trazendo ineficiência e prejuízos aos cofres públicos*; (vi) *não se pode fazer com que a Administração arque com elevados custos para subsidiar a participação de determinada pessoa que ainda não ostenta os requisitos necessários para a revalidação de diploma*.

O respectivo acórdão foi proferido em 19.02.2019 e, à ausência de interposição de recursos excepcionais, transitou em julgado na data de 01.08.2019.

3.2 Precedentes do Tribunal Regional Federal da 4ª Região

No Tribunal Regional Federal da 4ª Região, tem se identificado a existência de precedentes no sentido de que referida exigência carece de razoabilidade nas hipóteses em que o interessado tenha apresentado certificado de conclusão do curso e demonstrado que seu diploma encontra-se em processo de expedição.

Nesse sentido: *TRF4, AG 5028023-47.2022.4.04.0000, Terceira Turma, Relatora Vânia Hack de Almeida, juntado aos autos em 23/08/2022.*

Portanto, aquela Corte Regional tem exigido a conclusão do concurso que pode, todavia, ser comprovada mediante apresentação de outro documento idôneo. Sobre o tema: *TRF4, AG 5028376-87.2022.4.04.0000, Quarta Turma, Relatora Vivian Josete Pantaleão Caminha, juntado aos autos em 12/08/2022.*

3.3 Precedentes das turmas desta Segunda Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região

No âmbito da Egrégia Segunda Seção desta Colenda Corte, verifica-se a predominância de decisões favoráveis à flexibilização na exigência veiculada pelos editais do INEP, as quais foram proferidas, sobretudo, pelos E. Desembargadores integrantes da Terceira e da Quarta Turmas deste Regional.

O Desembargador Federal Carlos Muta fundamenta a flexibilização na ilegalidade da exigência editalícia.

3.3.1 Da ilegalidade da exigência editalícia

Sob este aspecto, a questão jurídica fulcral é a da legitimidade, ou não, da exigência editalícia de apresentação do diploma no ato da inscrição do exame Revalida, diante da ausência de previsão em lei ou ato normativo.

Com efeito, a Lei 13.959/2019 e a Portaria Interministerial MEC/MS 278/2011 não contemplam previsão acerca do momento em que deve ocorrer a apresentação do diploma a ser revalidado.

A exigência de que tal apresentação seja feita no ato da inscrição para o REVALIDA decorre de previsão nos editais que regulam a aplicação dos exames semestrais.

O Desembargador Federal Carlos Muta, em seu bem fundamentado voto, ressalta a ilegalidade da exigência editalícia de apresentação do diploma no ato da inscrição no REVALIDA:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. COMPETÊNCIA. JUÍZO DO DOMICÍLIO DO IMPETRANTE. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. REVALIDA. NATUREZA E OBJETIVA DA AVALIAÇÃO. APRESENTAÇÃO DE DIPLOMA NO ATO DE INSCRIÇÃO. PREVISÃO NO EDITAL. EXIGÊNCIA ILEGAL. LEIS 9.394/1996 E 13.959/2019.

1. É competente o Juízo do domicílio do impetrante para processar e julgar mandado de segurança, ainda que sediada a autoridade impetrada em localidade sujeita a outra jurisdição territorial, em conformidade com a jurisprudência consolidada, inclusive nesta Corte. O mandado de segurança é via adequada para tal discussão, pois o deslinde do mérito da causa não enseja dilação probatória, bastando a comprovação documental da situação narrada e sujeita à controvérsia a partir de ato praticado pela autoridade impetrada.

2. O denominado Revalida foi instituído, pela Lei 13.959/2019, em cumprimento à Lei de Diretrizes e Bases da Educação, que previu a validade

de diplomas expedidos por instituição nacionais de ensino superior quando registrados, e dos expedidos no exterior se revalidados por universidades públicas nacionais que tenham curso do mesmo nível e área ou equivalente, nos termos do artigo 48, § 2º, da Lei 9.394/1996.

3. O processo avaliativo é realizado, por delegação do Ministério da Educação e da Saúde, pelo INEP - Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira, composto por duas etapas eliminatórias, ao final das quais o candidato aprovado pode solicitar revalidação de diploma de medicina, expedido no estrangeiro, por universidades públicas participantes do programa.

4. O programa não garante, portanto, a revalidação em si do diploma expedido no exterior, tendo a função apenas de verificar conhecimentos, habilidades e competências para a atuação profissional, segundo necessidades do Sistema Único de Saúde e diretrizes curriculares do curso de graduação em medicina, servindo de subsídio para o processo de revalidação junto às universidades públicas credenciadas.

5. A Lei 13.959/2019 não previu como requisito para inscrição no Revalida a apresentação do diploma expedido no exterior, prescrevendo o edital do processo seletivo - Edital 21, de 06/05/2021, apenas que o candidato deve "possuir diploma de graduação em medicina expedido por Instituição de Educação Superior Estrangeira, reconhecida no país de origem pelo Ministério da Educação ou órgão equivalente, autenticado pela autoridade consular brasileira, ou pelo processo de Apostilamento de Haia, regulamentado pela Convenção Haia, tratado internacional promulgado pelo Brasil por intermédio do Decreto nº 8.660, de 20 de janeiro de 2016" (item 1.8.2).

6. Tal exigência sequer tem fundamento no artigo 2º, II, da Lei 13.959/2019, que se refere à avaliação como subsídio ao processo de revalidação de diplomas, que é realizado depois da aprovação do candidato, em procedimento próprio perante a universidade pública integrada ao programa, o que é reforçado pelo teor do artigo 5º da Portaria Interministerial MEC/MS 278/2011.

7. Ainda que o INEP disponha de atribuição para tratar, através de edital, de regras gerais do processo seletivo, extrapola os limites da lei o estabelecimento de exigência desproporcional e que não seja estritamente condizente com a natureza e objetivo do Revalida, sendo este o caso, na medida em que o processo seletivo avalia conhecimentos, habilidades e competências do candidato, o que independe da apresentação do diploma no ato da inscrição. Não se tratando, ademais, de análise de adequação, compatibilidade e suficiência curricular do curso ministrado no exterior em face do conteúdo mínimo exigido pela legislação para a formação acadêmica específica na área de medicina, o que é realizado oportunamente na etapa de revalidação perante a universidade pública competente, resta reforçada a conclusão de que a exigência editalícia extrapola os limites da legislação.

8. Se aprovado na avaliação, o candidato deve, então, requerer revalidação do diploma estrangeiro na universidade pública nacional integrante do programa, oportunidade em que deve, por evidente, apresentar tal documento, além de todos os demais necessários ao procedimento de revalidação, na forma da Lei 9.394/1996 e normas regulamentadoras.

9. Ainda que não se trate de concurso público para exercício de cargo ou função pública, resta claro que se a finalidade do Revalida não é revalidar o diploma em si, mas apenas fornecer subsídio para o procedimento próprio a

ser realizado perante universidades públicas participantes do programa, a exigência de apresentação, no ato de inscrição, de tal documento é ainda mais desproporcional do que no caso a que se refere o teor da Súmula 266 da Corte Superior, cuja aplicação, assim, tampouco pode ser descartada, considerando a essência e o propósito de seu conteúdo, para além da mera conformação formal da situação.

10. Apelação e remessa oficial desprovidas.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 5001270-44.2021.4.03.6005, Rel. Desembargador Federal LUIS CARLOS HIROKI MUTA, julgado em 12/11/2021, Intimação via sistema DATA: 19/11/2021)

3.3.2 Aplicabilidade, por analogia, da Súmula 266 do STJ

Por sua vez, os Desembargadores Federais André Nabarrete, Nery Júnior, Mônica Nobre e Marcelo Saraiva propugnam a flexibilização, aplicando, por analogia, a Súmula 266 do STJ:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR. PARTICIPAÇÃO NO EXAME NACIONAL DE REVALIDAÇÃO DE DIPLOMAS MÉDICOS. EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE DIPLOMA NO ATO DA INSCRIÇÃO. DESNECESSIDADE. PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES. RECURSO DESPROVIDO.

- A Quarta Turma deste Tribunal já decidiu no sentido da aplicabilidade, por analogia, do enunciado nº 266 da Súmula do STJ, relacionado à exigência de apresentação de diploma, no caso de concurso público, somente no ato da posse, em homenagem ao princípio da razoabilidade, a fim de que o impetrante possa participar da prova do Exame Nacional de Revalidação de Diplomas Médicos Expedidos por Instituições de Educação Superior Estrangeira - REVALIDA, bem como das fases posteriores, caso aprovado, devendo apresentar o documento na forma exigida pelo edital somente no momento da revalidação do diploma.

- Reconhecida a presença do *fumus boni iuris*, justifica-se a manutenção da decisão agravada que deferiu o pedido liminar para garantir a inscrição do impetrante no exame REVALIDA 2020 sem a exigência inicial de diploma.

- Agravo de instrumento desprovido. Agravo interno prejudicado.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5029179-68.2020.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal ANDRE NABARRETE NETO, julgado em 02/09/2021, DJEN DATA: 08/09/2021)

ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO. REVALIDA. INEP. DIPLOMA. APRESENTAÇÃO PARA A INSCRIÇÃO. DESNECESSIDADE. APELAÇÃO NÃO PROVIDA

1- No presente caso, a autora concluiu o curso de medicina, tendo juntado o requerimento do "título de grado", indicando que pende unicamente a formalização do ato de graduação com a emissão do diploma, o qual depende dos trâmites burocráticos exigidos na instituição de ensino do Paraguai, de modo que não há óbice a sua participação no certame.

2- Apesar de a administração pública gozar de autonomia para determinar as regras dos concursos/exames em prol do interesse público, as exigências formalizadas no edital devem ostentar compatibilidade entre os meios e os

fins almejados pela administração pública, sob pena de violação ao princípio da razoabilidade.

3- Embora a prova para validação não seja um concurso público, e não seja um exame de órgão de controle de exercício de profissão, o fato é que impedir que os estudantes que cursaram a faculdade de Medicina em países estrangeiros de participar do exame, antes da apresentação do diploma, não se mostra uma restrição proporcional ao direito de livre exercício da profissão, mostrando-se demais para a proteção do direito a que se queira proteger, a regularidade do exercício da profissão e a saúde pública.

4- Deve-se aplicar o entendimento da Súmula 266 do Superior Tribunal de Justiça, que dispõe que: “o diploma ou habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigido na posse e não na inscrição para o concurso público”.

5- Apelação e remessa oficial não providas.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 5001194-20.2021.4.03.6005, Rel. Desembargador Federal NERY DA COSTA JUNIOR, julgado em 17/12/2021, Intimação via sistema DATA: 19/01/2022)

MANDADO DE SEGURANÇA. APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO. COMPETÊNCIA. ARTIGO 109, § 2º, CF. PARTICIPAÇÃO NO EXAME NACIONAL DE REVALIDAÇÃO DE DIPLOMAS MÉDICOS. REVALIDA 2021. APRESENTAÇÃO POSTERIOR DO DIPLOMA. POSSIBILIDADE. SÚMULA 266 DO STJ. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

- No mandado de segurança é possível a eleição pelo impetrante do foro do respectivo domicílio, a despeito da sede funcional da autoridade impetrada, nos termos do artigo 109, § 2º, da Constituição Federal. Posicionamento adotado pela 2ª Seção desta Corte, no Conflito de Competência nº 5008497-92.2020.4.03.0000.

- A sentença recorrida concedeu a segurança para assegurar à impetrante/apelada o direito de realizar sua inscrição no processo Revalida/2021, com a garantia de participação em todas as fases do certame, sem necessidade de apresentação de diploma no momento da inscrição, postergando-a para o fim do certame em caso de aprovação.

- A exigência de apresentação do diploma no caso de concurso público é questão pacificada pelo E. STJ, nos termos da Súmula 266: “O diploma ou habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigido na posse e não na inscrição do concurso público”.

- Não há óbice à participação da apelada na prova do REVALIDA 2021, bem como das fases subsequentes, cabendo ao recorrido, caso aprovado, no momento da revalidação do diploma apresentá-lo na forma exigida pelo edital do certame.

- Na hipótese de posterior eliminação da recorrida, desde que motivada e dentro dos limites legais, poderá ser realizada, de modo que não há possibilidade de qualquer prejuízo irreversível para a apelante, devendo prevalecer no caso o entendimento manifestado na elaboração da súmula 266 do C. STJ.

- Embora a Administração Pública seja livre para determinar as regras dos concursos/exames e vestibulares, podendo estabelecer requisitos para a admissão dos candidatos, a fim de atender ao interesse público, tal direito deve ser exercido em conformidade com a lei e com os princípios constitucionais. Nesse sentido, as exigências formalizadas no edital devem

ostentar compatibilidade entre os meios e os fins almejados pela Administração Pública, sob pena de violação ao princípio da razoabilidade.

- Preliminar rejeitada. Reexame necessário e recurso de apelação improvidos. (TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 5001278-21.2021.4.03.6005, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 04/02/2022, Intimação via sistema DATA: 10/02/2022)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXAME NACIONAL DE REVALIDAÇÃO DE DIPLOMAS MÉDICOS EXPEDIDOS POR INSTITUIÇÃO DE ENSINO SUPERIOR ESTRANGEIRA. REVALIDA 2021. POSTERGAÇÃO NA APRESENTAÇÃO DO DIPLOMA. POSSIBILIDADE. SÚMULA 266/STJ.

1. Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo INEP, objetivando a reforma da r. decisão que determinou a participação da agravada no REVALIDA 2021, sem a apresentação do diploma médico autenticado no momento da inscrição.

2. A respeito da questão, recorde-se que o c. STJ editou a Súmula 266 relacionada à exigência de apresentação de diploma, no caso de concurso público, somente no ato da posse.

3. Nada impede a aplicação do enunciado acima ao caso, ainda que por analogia, em homenagem ao princípio da razoabilidade, a fim de que a agravada possa participar do Exame Nacional de Revalidação de Diplomas Médicos Expedidos por Instituições de Educação Superior Estrangeira – REVALIDA 2021, bem como das fases posteriores, caso aprovada.

4. Agravo de instrumento improvido. Agravo interno prejudicado. (TRF 3ª Região, 4ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5018648-83.2021.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal MARCELO MESQUITA SARAIVA, julgado em 04/02/2022, DJEN DATA: 11/02/2022)

Há, todavia, entendimento no sentido da legitimidade da referida exigência editalícia, predominantemente veiculado pelos E. Desembargadores integrantes da Sexta Turma. Nesse sentido: (i) *AI 5001134-83.2022.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal Luis Antonio Johonsom Di Salvo, julgado em 13/05/2022*; (ii) *AI 5001981-85.2022.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal Paulo Sérgio Domingues, julgado em 25/07/2022*.

O Desembargador Federal Johonsom Di Salvo tem-se mostrado favorável à exigência do INEP, por estar o estudante vinculado aos termos do edital. Nesse sentido:

AGRAVO INTERNO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DEU PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO DO ADVERSO. REVALIDAÇÃO DE DIPLOMA ESTRANGEIRO. EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE DIPLOMA NO MOMENTO DA INSCRIÇÃO NO EXAME NACIONAL REVALIDA. VINCULAÇÃO AO EDITAL. RECURSO IMPROVIDO.

1. Não se desconhece o acórdão proferido no IRDR nº 5016497-47.2021.4.03.0000, publicado em 07/02/2022, no qual a Segunda Seção deste Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, decidiu ADMITIR o INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS, bem como, conforme o artigo 982 do Código de Processo Civil, suspender os

processos pendentes, individuais ou coletivos sobre a questão que estejam em trâmite perante a Justiça Federal da Terceira Região, observando-se, quanto à apreciação das medidas urgentes, a previsão contida no § 2º do artigo. No caso, a questão envolve desdobramentos acerca da tutela de urgência, razão pela qual é feito o exame da pretensão recursal.

2. O edital regula o certame e se dirige a todos os interessados, assegurando a impessoalidade. Não é dado ao Judiciário eleger exceções às regras editalícias, beneficiando um ou mais interessados que ostentam situações peculiares e que sabiam das regras e que deveriam a elas corresponder para obterem a inscrição no Exame Nacional de Revalidação de Diplomas Médicos Expedidos por Universidades Estrangeiras.

3. A recorrente inseriu-se voluntariamente na regra onde está escrito que para a efetivação da inscrição no REVALIDA/2022 é necessária a apresentação do diploma. Ocorre que a autora não têm diploma. Promete que o terá em data futura e incerta. Alias, sequer concluiu o curso (“está no último ano do curso de medicina”).

4. A exigência da apresentação do diploma no momento da inscrição no exame REVALIDA, que é expressamente prevista no edital ao qual aderiu a parte autora, não pode ser reputada ilegal. Não há, portanto, vestígio de qualquer ilegalidade ou abuso de poder que determine a ingerência do Poder Judiciário, motivo suficiente para a suspensão dos efeitos da decisão de primeiro grau, a qual se aproxima do ativismo judiciário na medida em que decide de modo contrário àquilo que a própria parte autora aderiu de modo livre e voluntário.

5. As regras são para todos os que pretendem o REVALIDA, não sendo lícito abrir “exceção” para a autora, em demérito de quem atendeu cumpridamente a todos os requisitos do édito. Não há, na situação pessoal da recorrente, qualquer circunstância capaz de justificar um *discrímen* a favor dela e nesse cenário o Poder Judiciário não pode adotar posição criativa e inovadora. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e da Sexta Turma desta Corte Regional (STJ: AgRg no REsp 973.199/RS; TRF3 - 6ª Turma: ApCiv 0001669-03.2017.4.03.6005 e AI 5013616-39.2017.4.03.0000).

6. Agravo interno improvido. No mais, aguarde-se, sobrestado, o desfecho do IRDR nº 5016497-47.2021.4.03.0000.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5001134-83.2022.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSOM DI SALVO, julgado em 13/05/2022, Intimação via sistema DATA: 17/05/2022)

A seu turno, o Desembargador Federal Paulo Domingues mostra-se favorável à exigência do INEP, manifestando-se no sentido de que *não é possível postergar a apresentação do diploma, a partir de interpretação da Súmula nº 266 do Superior Tribunal de Justiça que trata especificamente de habilitação para concurso público (“O diploma ou habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigido na posse e não na inscrição para o concurso público”)* hipótese diversa do presente *mandamus*. Nesse sentido: 5001870-04.2022.4.03.0000 e 5001981-85.2022.4.03.0000.

4. O IRDR da Terceira Região e sua admissibilidade pela E. Segunda Seção

A fim de pacificar a questão no âmbito desta Terceira Região, foi, destarte, formulado pedido de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas tendo em vista as inúmeras ações distribuídas com o objetivo de discutir a validade da exigência da apresentação do diploma no ato da inscrição do REVALIDA.

O IRDR foi admitido e, em razão da relevância do tema e para ampliação do debate, foi designada audiência pública para colhimento de depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento da matéria, os quais são agora relatados.

O objeto deste incidente é dirimir a questão relativa à necessidade de apresentação do diploma de graduação no ato de inscrição no Exame Nacional de Revalidação de Diplomas Médicos expedidos por Instituições de Educação Superior estrangeiras (REVALIDA).

4.1 Proposta de tese do INEP e da União Federal

O Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira – INEP e a União Federal requereram a fixação, neste IRDR da Terceira Região, de tese idêntica à da Primeira Região, definida no IRDR 0045947-19.2017.4.01.0000/DF:

Não há ilegalidade ou abuso de poder na exigência, no ato da inscrição, de diploma devidamente reconhecido pelo Ministério da Educação ou por órgão correspondente no país de conclusão do curso, para fins de participação no Exame Nacional de Revalidação de Diplomas Médicos expedidos por universidades estrangeiras (Revalida).

Ao manifestar-se nestes autos, um dos argumentos suscitados pelo INEP foi no sentido de que o art. 48 da Lei 9.394/1996 preceitua que a revalidação será efetivada para revalidar diplomas já expedidos, e não diplomas que ainda serão expedidos, ou mesmo diplomas que se encontrem em vias de serem expedidos (ID 209879905, p. 5, item 2.2.3).

Em sede de audiência pública, os representantes do INEP reiteraram esse posicionamento. O servidor Ulisses Machado Teixeira observou, entre outros pontos: a) que a apresentação do diploma no ato da inscrição é essencial, por se tratar do documento que comprova as competências exigidas pela legislação; b) que os resultados do REVALIDA substituem todos os demais documentos que o candidato necessitaria apresentar à universidade pública; c) a participação de treineiros e de egressos de instituições de ensino sequer reconhecidas no país de origem, traz prejuízos à operacionalização do exame, além do custo deficitário aos cofres públicos.

4.2 Proposta de tese e posicionamento do Ministério Público Federal

Em sua manifestação nestes autos, o Ministério Público Federal, por sua vez, pugnou pela fixação da seguinte Tese:

A mera inscrição para participação no Exame Nacional de Revalidação de Diplomas Médicos expedidos por universidades estrangeiras (Revalida) prescinde da prévia apresentação de diploma devidamente reconhecido pelo Ministério da Educação ou por órgão correspondente no país de conclusão do curso.

Esse entendimento foi reforçado em sede de audiência virtual pelo Dr. Sergei Medeiros Araújo, Procurador Regional da República da 3ª Região, que pugnou pela prevalência do direito fundamental à educação e ao trabalho; que o INEP não possui competência para exigir o diploma nessa fase da avaliação, pois não exerce nenhuma verificação formal de validade do diploma; que a exigência do diploma no ato da inscrição cria um ônus excessivo para o estudante e destoa de vários regramentos do sistema jurídico (como o exame do ENEM e da OAB); que o INEP pode estabelecer filtros razoáveis, de forma que, na prova prática, exista uma quantidade menor de candidatos.

Como proposta de solução, o representante do MPF opinou que a situação pode se resolver mediante apresentação de declaração de conclusão do curso, juntamente com o histórico escolar.

4.3 A admissibilidade do IRDR pela E. Segunda Seção

Esta E. Segunda Seção, em julgamento realizado em 01.02.2022, admitiu, por unanimidade, o presente IRDR, na esteira do voto do então relator, Desembargador Antonio Cedenho, que destacou a legitimidade do d. Juízo da 2ª Vara Federal de Ponta Porã/MS, na pessoa do magistrado Ney Gustavo Paes de Andrade, para solicitar a instauração do incidente, bem como a demonstração da presença simultânea dos pressupostos necessários à admissibilidade, processamento e julgamento deste feito, quais sejam, a efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão jurídica e risco de ofensa à isonomia e segurança jurídicas.

Destaca-se, a propósito, o seguinte excerto do voto do Senhor Relator:

Com efeito, afora a menção do Magistrado ao elevado número de feitos distribuídos só em 2021 na Subseção Judiciária de Ponta Porã/MS sobre a matéria (necessidade de diploma no ato de inscrição para o REVALIDA), com potencial proliferação de decisões conflitantes, é também expressivo o número de alunos cursando Medicina na cidade fronteiriça, sendo real a probabilidade de considerável repetição de feitos deste jaez.

Cada ação distribuída, ante a natureza da pretensão, conta com inexorável pedido de antecipação dos efeitos da tutela. A decisão concessiva ou negativa, por sua vez, deflagra a interposição de recurso, pela parte prejudicada, para apreciação deste Tribunal.

E a questão não é pacífica no âmbito da Justiça Federal da Terceira Região.

Sem descuidar os precedentes já citados pelo Juízo no bojo do pedido de instauração do IRDR, uma pesquisa rápida da jurisprudência desta Corte sobre o tema revela, além de evidente multiplicidade de casos similares, efetiva controvérsia. (ID 203955175)

5. Da análise de mérito

Conforme se verifica das manifestações exaradas nestes autos, das explanações jurídicas e técnicas feitas na audiência pública e da análise dos precedentes judiciais colacionados, há argumentos relevantes favoráveis tanto à exigência do diploma no ato da inscrição no REVALIDA como para a aceitação posterior, devidamente delimitada.

A proposta de tese jurídica apresentada ao final é formulada levando-se em consideração questões jurídicas, técnicas e operacionais bem como os princípios da legalidade, da autonomia universitária, da discricionariedade administrativa e da eficiência, aplicáveis na espécie.

O REVALIDA recai sobre a própria validade (ou revalidação) do diploma de conclusão do curso superior. Nessa condição, é necessário que o candidato tenha concluído o curso de graduação e adquirido, no mínimo, o direito ao diploma de curso superior perante a instituição de ensino estrangeira (*TRF4, 4ª Turma, AG 5047342-69.2020.4.04.0000, Relator SÉRGIO RENATO TEJADA GARCIA, juntado aos autos em 03/10/2020*).

Ressalva-se que com a edição da Lei n.º 13.959, de 18/12/2019, que prevê a aplicação do Revalida semestralmente (art. 2º, § 4º), restou afastado ou minimizado o risco de atraso substancial para o início do exercício profissional.

De acordo com o Painel Revalida², o índice de reprovação na primeira etapa desse certame é de 56% (cinquenta e seis por cento). A mesma fonte de consulta informa que a maioria dos diplomas que se pretende revalidar são originários de instituições de ensino da Bolívia (6.518 inscritos na primeira etapa) e do Paraguai (2.270 inscritos na primeira etapa).

Este alto índice de reprovação na primeira etapa poderá se agravar ainda mais ao se possibilitar que candidatos conhecidos como “treineiros” realizem a inscrição durante sua formação acadêmica – antes, portanto, de terem concluído o curso e alcançado os conhecimentos, habilidades e competências a que se refere o art. 2º, I, da Lei 13.959/2019. O procedimento adotado por esses candidatos pode realmente dificultar a operacionalização do REVALIDA e impor à Administração elevados gastos com estudantes que ainda não possuem os requisitos necessários à participação no certame.

Com efeito, tem sido permitida a inscrição de graduandos no certame, considerando-se sobretudo que, na forma do art. 48, § 2º, da Lei 9.394/1996, a averiguação definitiva da regularidade do diploma apresentado, mediante verificação da presença de todas as formalidades legais que lhe são exigidas, é objeto de apreciação posterior pelas universidades públicas, a quem compete efetivar a revalidação.

² BRASIL. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira. *Painel Revalida*. Brasília: Inep, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/inep/pt-br/areas-de-atuacao/avaliacao-e-exames-educacionais/revalida>. Acesso em: 26.8.2022

Tendo por objetivo solucionar o impasse existente entre o INEP e os candidatos já formados, bem como no intuito de encontrar uma alternativa que compatibilize ambas as pretensões, afigura-se razoável permitir a inscrição mediante apresentação de certificado de conclusão do curso ou documento equivalente e comprovação que o diploma encontra-se em processo de expedição. Nesse sentido: *TRF4, AG 5028023-47.2022.4.04.0000, Terceira Turma, Relatora Vânia Hack de Almeida, juntado aos autos em 23/08/2022.*

Nesse contexto, mostra-se pertinente a aplicação, por analogia, da Súmula 266 do STJ, que dispõe que *o diploma ou habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigido na posse e não na inscrição para o concurso público*. Acompanha-se, assim, o entendimento referido no item 3.3.2 da presente decisão, de modo a possibilitar a apresentação do diploma no momento da efetiva revalidação, a ser realizada perante a universidade pública brasileira credenciada.

Tese jurídica proposta

Em face do exposto, propõe-se que seja firmada a seguinte tese jurídica:

É ilegítima a exigência de apresentação, no ato da inscrição no REVALIDA, de diploma de graduação em Medicina reconhecido no país de origem pelo Ministério da Educação ou órgão equivalente e autenticado pela autoridade consular brasileira, admitindo-se, nesta oportunidade, a apresentação de certificado de conclusão do curso ou documento equivalente e comprovação de que o diploma encontra-se em processo de expedição. Aplica-se, na espécie, por analogia, a Súmula 266 do STJ.

É como voto.

VOTO CONDUTOR

O Senhor Desembargador Federal Nelton dos Santos: Peço vênias aos colegas que possuam entendimento diverso, mas acompanho o d. voto proferido pelo e. Desembargador Federal Carlos Muta.

Faço-o por comungar com o pensamento de Sua Excelência, no sentido de que a lei não contempla a exigência de apresentação do diploma já por ocasião do requerimento, destarte não podendo norma infralegal impor tal restrição ao administrado.

Com efeito, não se está, a meu sentir, permitindo a revalidação de diploma inexistente, mas apenas admitindo a participação do interessado em etapa prévia e necessária ao referido ato administrativo.

Assim, tem-se que não basta a aprovação na mencionada etapa, devendo o interessado apresentar seu diploma registrado para, só então, obter o deferimento de seu pedido (REVALIDA).

De outra parte, não sigo o entendimento sugerido pela e. relatora porque estaria, salvo melhor juízo, criando uma regra intermediária não prevista na lei, no regulamento ou no edital, o que não me parece seja possível.

Assim, como dito de início, acompanho o voto lançado pelo e. Des. Fed. Carlos Muta, inclusive no tocante aos termos da tese por Sua Excelência sugeridos.

É como voto.

DECLARAÇÃO DE VOTO

Senhores Desembargadores, como destacado nos votos proferidos, a matéria tem relevância social, na medida em que envolve procedimento destinado à revalidação de diploma obtido em curso superior no exterior para exercício da profissão de médico no país.

É, de sua vez, controvertida, porém como adiantou a relatora, porém sinaliza-se certa prevalência da interpretação contrária à validade da exigência do diploma no ato de inscrição no processo de revalidação, que se iniciou com prova de conhecimentos realizada pelo INEP.

Para mero registro, embora conste perante a Corte Superior que o tema ora discutido foi objeto da Controvérsia 382 (*"Possibilidade de se exigir o diploma estrangeiro, devidamente reconhecido pelo Ministério da Educação ou por órgão correspondente no país de conclusão do curso, no ato de inscrição no Exame Nacional de Revalidação de Diplomas Médicos Expedidos por Instituições de Educação (Revalida), conforme previsão editalícia."*), foi anotado o respectivo cancelamento, nos termos do artigo 256-G do RISTJ.

Para contribuir nos debates do presente incidente de resolução de demandas repetitivas, peço vênias para realçar, primeiramente, que o REVALIDA foi instituído, pela Lei 13.959/2019, em cumprimento à Lei de Diretrizes e Bases da Educação, que previu a validade de diplomas, expedidos por instituições nacionais de ensino superior quando registrados, e dos expedidos no exterior se revalidados por universidades públicas nacionais que tenham curso do mesmo nível e área ou equivalente, nos termos do artigo 48, § 2º, da Lei 9.394/1996.

Para conferir efetividade à norma, os Ministérios da Educação e da Saúde expediram a Portaria Interministerial MEC/MS 278/2011, dispondo que *"o Exame Nacional de Revalidação de Diplomas Médicos expedidos por universidades estrangeiras será implementado pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP), com a colaboração das universidades públicas participantes"* (artigo 3º).

O artigo 6º da Portaria Interministerial MEC/MS 278/2011 dispôs, por sua vez, que *"poderão candidatar-se à realização do exame de que trata esta Portaria os portadores de diplomas de Medicina expedidos no exterior, em curso*

devidamente reconhecido pelo ministério da educação ou órgão correspondente, no país de conclusão”.

O processo avaliativo é, pois, realizado, por delegação do Ministério da Educação e da Saúde, pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP), composto por duas etapas eliminatórias, a primeira composta de exame teórico, e a segunda de exame de habilidades clínicas (artigo 2º, § 3º, I e II, da Lei 13.959/2019).

Ao final das etapas de avaliação de conhecimento teórico e de habilidades clínicas, o candidato aprovado pode solicitar revalidação de diploma de medicina, expedido no estrangeiro, por universidades públicas participantes do programa.

A primeira etapa do processo, composta do exame de conhecimento teórico e da avaliação de habilidades clínicas, não se destina ao exame do diploma e do curso em si, tendo a função apenas de verificar conhecimentos, habilidades e competências para atuação profissional, segundo exigências e necessidades do Sistema Único de Saúde e diretrizes curriculares do curso de graduação em medicina, servindo de subsídio ao processo de revalidação junto às universidades públicas credenciadas.

A Lei 13.959/2019 não previu como requisito para a própria inscrição no REVALIDA apresentação do *diploma* expedido no exterior, tendo apenas o edital do processo seletivo inserido tal exigência, ao prescrever que o candidato deve “*possuir diploma de graduação em medicina expedido por Instituição de Educação Superior Estrangeira, reconhecida no país de origem pelo Ministério da Educação ou órgão equivalente (...)*” (item 1.8.2 do Edital INEP 03, de 06/01/2022).

Nem se alegue, com a devida vênia, que tal exigência tem fundamento no artigo 2º, II, da Lei 13.959/2019, que se refere à avaliação como subsídio ao processo de revalidação de diplomas, este realizado depois da aprovação do candidato no REVALIDA, junto à universidade pública integrada ao programa, evidenciando, portanto, que não se confundem procedimentos, requisitos e objetivos de cada etapa.

A propósito, delimitando o alcance do REVALIDA, o artigo 5º da Portaria Interministerial MEC/MS 278/2011 assim dispõe:

“Art. 5º Caberá às universidades públicas que aderirem ao Exame Nacional de Revalidação de Diplomas Médicos expedidos por universidades estrangeiras, após a divulgação do resultado do exame, adotar as providências necessárias à revalidação dos diplomas dos candidatos aprovados”.

Ainda que o INEP disponha de atribuição para tratar, por edital, de regras gerais do processo seletivo, extrapola os limites da lei a fixação de exigência desproporcional e que não seja estritamente condizente com a natureza e objetivo do REVALIDA, sendo este o caso, na medida em que o processo seletivo

avalia conhecimentos, habilidades e competências do candidato, o que independe da apresentação do diploma no ato da inscrição.

Não se cuidando, ademais, de análise de adequação, compatibilidade e suficiência curricular do curso ministrado no exterior em face do conteúdo mínimo exigido pela legislação para formação acadêmica específica na área de medicina, a ser realizado oportunamente na etapa de revalidação perante a universidade pública competente, se aprovado o candidato na fase de avaliação de conhecimentos, habilidades e competências, resta reforçada a conclusão de que a exigência editalícia extrapola os limites da legislação.

Se aprovado na avaliação, o candidato deve, então, requerer revalidação do diploma estrangeiro na universidade pública integrante do programa, oportunidade em que lhe cabe, por evidente, apresentar tal documento e outros necessários ao procedimento de revalidação, conforme Lei 9.394/1996 e normas regulamentadoras.

Ainda que não se trate de concurso público para exercício de cargo ou função pública, resta claro que se a finalidade do REVALIDA não é revalidar o diploma em si, mas apenas fornecer subsídio ao procedimento próprio a ser realizado em universidades públicas participantes do programa, a exigência de apresentação, no ato de inscrição, de tal documento é ainda mais desproporcional do que no caso a que se refere a Súmula 266 da Corte Superior, cuja aplicação, assim, tampouco pode ser descartada, considerando a essência e o propósito de seu conteúdo, para além da mera conformação formal da situação.

Assim tem decidido esta Turma e Corte:

AI 5015418-33.2021.4.03.0000, Rel. Juiz Federal Conv. MARCELO GUERRA MARTINS, DJEN 16/02/2022:

“ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA. TUTELA DE URGÊNCIA. PARTICIPAÇÃO NO EXAME NACIONAL DE REVALIDAÇÃO DE DIPLOMAS MÉDICOS. EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE DIPLOMA NO ATO DA INSCRIÇÃO. DESNECESSIDADE. PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES. RECURSO DESPROVIDO.

- A Quarta Turma deste Tribunal já decidiu no sentido da aplicabilidade, por analogia, do enunciado nº 266 da Súmula do STJ, relacionado à exigência de apresentação de diploma, no caso de concurso público, somente no ato da posse, em homenagem ao princípio da razoabilidade, a fim de que o impetrante possa participar da prova do Exame Nacional de Revalidação de Diplomas Médicos Expedidos por Instituições de Educação Superior estrangeiras - REVALIDA, bem como das fases posteriores, caso aprovado, devendo apresentar o documento na forma exigida pelo edital somente no momento da revalidação do diploma.

- Reconhecida a presença do *fumus boni iuris*, justifica-se a manutenção da decisão agravada que deferiu o pedido de tutela de urgência para garantir a inscrição do autor no exame REVALIDA 2021 sem a exigência inicial de diploma.

- Agravo de instrumento desprovido. Agravo interno prejudicado.”

AI 5018648-83.2021.4.03.0000, Rel. Des. Fed. MARCELO MESQUITA SARAIVA, DJEN 11/02/2022:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXAME NACIONAL DE REVALIDAÇÃO DE DIPLOMAS MÉDICOS EXPEDIDOS POR INSTITUIÇÃO DE ENSINO SUPERIOR ESTRANGEIRA. REVALIDA 2021. POSTERGAÇÃO NA APRESENTAÇÃO DO DIPLOMA. POSSIBILIDADE. SÚMULA 266/STJ.

1. Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo INEP, objetivando a reforma da r. decisão que determinou a participação da agravada no REVALIDA 2021, sem a apresentação do diploma médico autenticado no momento da inscrição.
2. A respeito da questão, recorde-se que o c. STJ editou a Súmula 266 relacionada à exigência de apresentação de diploma, no caso de concurso público, somente no ato da posse.
3. Nada impede a aplicação do enunciado acima ao caso, ainda que por analogia, em homenagem ao princípio da razoabilidade, a fim de que a agravada possa participar do Exame Nacional de Revalidação de Diplomas Médicos Expedidos por Instituições de Educação Superior Estrangeira – REVALIDA 2021, bem como das fases posteriores, caso aprovada.
4. Agravo de instrumento improvido. Agravo interno prejudicado.”

ApelRemNec 5001221-03.2021.4.03.6005, Rel. Des. Fed. ANTONIO CEDENHO, Intimação via sistema 08/02/2022:

“ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. INEP. APRESENTAÇÃO PRÉVIA DE DIPLOMA PARA A INSCRIÇÃO NO REVALIDA. DESNECESSIDADE. EXIGÊNCIA DO DOCUMENTO EM MOMENTO POSTERIOR. RAZOABILIDADE. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO DESPROVIDAS.

1. A questão controversa nos autos diz respeito à legalidade da exigência por parte do INEP da apresentação do diploma de graduação no ato da inscrição do candidato no exame REVALIDA.
2. A atuação do INEP se restringe à elaboração da prova unificada. Somente após a aprovação dos candidatos é que será feita a análise da revalidação ou não do diploma pelas Instituições de Ensino Superior.
3. Nesse prisma, a exigência de apresentação do diploma de graduação no ato da inscrição parece descabida, podendo-se aplicar por analogia a Súmula 266 do STJ: “O diploma ou habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigido na posse e não na inscrição para o concurso público.” Precedentes.
4. No caso dos autos, a parte impetrante demonstra estar cursando a última etapa da graduação, cuja conclusão foi retardada pela instituição de ensino em razão da pandemia de COVID-19.
5. Remessa necessária e apelação desprovidas.”

ApelRemNec 5001194-20.2021.4.03.6005, Rel. Des. Fed. NERY JUNIOR, Intimação via sistema 19/01/2022:

“ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO. REVALIDA. INEP. DIPLOMA. APRESENTAÇÃO PARA A INSCRIÇÃO. DESNECESSIDADE. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

- 1- No presente caso, a autora concluiu o curso de medicina, tendo juntado o requerimento do “título de grado”, indicando que pende unicamente a formalização do ato de graduação com a emissão do diploma, o qual depende

dos trâmites burocráticos exigidos na instituição de ensino do Paraguai, de modo que não há óbice a sua participação no certame.

2- Apesar de a administração pública gozar de autonomia para determinar as regras dos concursos/exames em prol do interesse público, as exigências formalizadas no edital devem ostentar compatibilidade entre os meios e os fins almejados pela administração pública, sob pena de violação ao princípio da razoabilidade.

3- Embora a prova para validação não seja um concurso público, e não seja um exame de órgão de controle de exercício de profissão, o fato é que impedir que os estudantes que cursaram a faculdade de Medicina em países estrangeiros de participar do exame, antes da apresentação do diploma, não se mostra uma restrição proporcional ao direito de livre exercício da profissão, mostrando-se demais para a proteção do direito a que se queira proteger, a regularidade do exercício da profissão e a saúde pública.

4- Deve-se aplicar o entendimento da Súmula 266 do Superior Tribunal de Justiça, que dispõe que: “o diploma ou habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigido na posse e não na inscrição para o concurso público”.

5- Apelação e remessa oficial não providas.”

AC 5001270-44.2021.4.03.6005, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, DJe de 19/11/2021:

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. COMPETÊNCIA. JUÍZO DO DOMICÍLIO DO IMPETRANTE. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. REVALIDA. NATUREZA E OBJETIVO DA AVALIAÇÃO. APRESENTAÇÃO DE DIPLOMA NO ATO DE INSCRIÇÃO. PREVISÃO NO EDITAL. EXIGÊNCIA ILEGAL. LEIS 9.394/1996 E 13.959/2019.

1. É competente o Juízo do domicílio do impetrante para processar e julgar mandado de segurança, ainda que sediada a autoridade impetrada em localidade sujeita a outra jurisdição territorial, em conformidade com a jurisprudência consolidada, inclusive nesta Corte. O mandado de segurança é via adequada para tal discussão, pois o deslinde do mérito da causa não enseja dilação probatória, bastando a comprovação documental da situação narrada e sujeita à controvérsia a partir de ato praticado pela autoridade impetrada.

2. O denominado REVALIDA foi instituído, pela Lei 13.959/2019, em cumprimento à Lei de Diretrizes e Bases da Educação, que previu a validade de diplomas expedidos por instituição nacionais de ensino superior quando registrados, e dos expedidos no exterior se revalidados por universidades públicas nacionais que tenham curso do mesmo nível e área ou equivalente, nos termos do artigo 48, § 2º, da Lei 9.394/1996.

3. O processo avaliativo é realizado, por delegação do Ministério da Educação e da Saúde, pelo INEP - Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira, composto por duas etapas eliminatórias, ao final das quais o candidato aprovado pode solicitar revalidação de diploma de medicina, expedido no estrangeiro, por universidades públicas participantes do programa.

4. O programa não garante, portanto, a revalidação em si do diploma expedido no exterior, tendo a função apenas de verificar conhecimentos, habilidades e competências para a atuação profissional, segundo necessidades do Sistema Único de Saúde e diretrizes curriculares do curso de graduação em

medicina, servindo de subsídio para o processo de revalidação junto às universidades públicas credenciadas.

5. A Lei 13.959/2019 não previu como requisito para inscrição no REVALIDA a apresentação do diploma expedido no exterior, prescrevendo o edital do processo seletivo - Edital 21, de 06/05/2021, apenas que o candidato deve “possuir diploma de graduação em medicina expedido por Instituição de Educação Superior Estrangeira, reconhecida no país de origem pelo Ministério da Educação ou órgão equivalente, autenticado pela autoridade consular brasileira, ou pelo processo de Apostilamento de Haia, regulamentado pela Convenção Haia, tratado internacional promulgado pelo Brasil por intermédio do Decreto nº 8.660, de 20 de janeiro de 2016” (item 1.8.2).

6. Tal exigência sequer tem fundamento no artigo 2º, II, da Lei 13.959/2019, que se refere à avaliação como subsídio ao processo de revalidação de diplomas, que é realizado depois da aprovação do candidato, em procedimento próprio perante a universidade pública integrada ao programa, o que é reforçado pelo teor do artigo 5º da Portaria Interministerial MEC/MS 278/2011.

7. Ainda que o INEP disponha de atribuição para tratar, através de edital, de regras gerais do processo seletivo, extrapola os limites da lei o estabelecimento de exigência desproporcional e que não seja estritamente condizente com a natureza e objetivo do Revalida, sendo este o caso, na medida em que o processo seletivo avalia conhecimentos, habilidades e competências do candidato, o que independe da apresentação do diploma no ato da inscrição. Não se tratando, ademais, de análise de adequação, compatibilidade e suficiência curricular do curso ministrado no exterior em face do conteúdo mínimo exigido pela legislação para a formação acadêmica específica na área de medicina, o que é realizado oportunamente na etapa de revalidação perante a universidade pública competente, resta reforçada a conclusão de que a exigência editalícia extrapola os limites da legislação.

8. Se aprovado na avaliação, o candidato deve, então, requerer revalidação do diploma estrangeiro na universidade pública nacional integrante do programa, oportunidade em que deve, por evidente, apresentar tal documento, além de todos os demais necessários ao procedimento de revalidação, na forma da Lei 9.394/1996 e normas regulamentadoras.

9. Ainda que não se trate de concurso público para exercício de cargo ou função pública, resta claro que se a finalidade do REVALIDA não é revalidar o diploma em si, mas apenas fornecer subsídio para o procedimento próprio a ser realizado perante universidades públicas participantes do programa, a exigência de apresentação, no ato de inscrição, de tal documento é ainda mais desproporcional do que no caso a que se refere o teor da Súmula 266 da Corte Superior, cuja aplicação, assim, tampouco pode ser descartada, considerando a essência e o propósito de seu conteúdo, para além da mera conformação formal da situação.

10. Apelação e remessa oficial desprovidas”.

AI 5029179-68.2020.4.03.0000, Rel. Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE, DJEN 08/09/2021:

“ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR. PARTICIPAÇÃO NO EXAME NACIONAL DE REVALIDAÇÃO DE DIPLOMAS MÉDICOS. EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE DIPLOMA NO ATO

DA INSCRIÇÃO. DESNECESSIDADE. PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES. RECURSO DESPROVIDO.

- A Quarta Turma deste Tribunal já decidiu no sentido da aplicabilidade, por analogia, do enunciado nº 266 da Súmula do STJ, relacionado à exigência de apresentação de diploma, no caso de concurso público, somente no ato da posse, em homenagem ao princípio da razoabilidade, a fim de que o impetrante possa participar da prova do Exame Nacional de Revalidação de Diplomas Médicos Expedidos por Instituições de Educação Superior Estrangeira - REVALIDA, bem como das fases posteriores, caso aprovado, devendo apresentar o documento na forma exigida pelo edital somente no momento da revalidação do diploma.

- Reconhecida a presença do *fumus boni iuris*, justifica-se a manutenção da decisão agravada que deferiu o pedido liminar para garantir a inscrição do impetrante no exame REVALIDA 2020 sem a exigência inicial de diploma.

- Agravado de instrumento desprovido. Agravado interno prejudicado.”

AI 5015067-02.2017.4.03.0000, Rel. Juíza Conv. DENISE AVELAR, DJe de 25/02/2021:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO ADMINISTRATIVO. EXAME NACIONAL DE REVALIDAÇÃO DE DIPLOMAS MÉDICOS. APRESENTAÇÃO DE DIPLOMA POSTERIORMENTE. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO TRF-3. SÚMULA Nº 266 DO STJ. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

1. Apesar de o procedimento ser denominado REVALIDA, ele nada tem de revalidação. Ao contrário, trata-se de verdadeira validação do diploma emitido por instituição de ensino superior estrangeira, cuja validade só é reconhecida após a realização dos exames para o reconhecimento da proficiência na matéria, no caso, a Medicina.

2. O fato é que impedir que os estudantes que cursaram a faculdade de Medicina em países estrangeiros de participar do exame, antes da apresentação do diploma, não se mostra uma restrição proporcional ao direito de livre exercício da profissão, mostrando-se demais para a proteção do direito a que se queira proteger, a regularidade do exercício da profissão e a saúde pública.

3. Agravado de instrumento desprovido.”

Não se trata, ademais, em casos que tais, de invasão de competência discricionária da Administração, mas de controle de legalidade compatível com o princípio da separação de Poderes como tem decidido a Suprema Corte:

RE 1.147.739, Rel. Min. EDSON FACHIN, julgado em 04/11/2019:

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. INTERPOSIÇÃO EM 17.09.2018. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COMPENSAÇÃO AMBIENTAL. FIXAÇÃO DE VALOR. CRITÉRIO DE CÁLCULO. ADI 3.378. REGULAMENTAÇÃO NO ÂMBITO ESTADUAL. LICENÇA AMBIENTAL. REVISÃO DE PROCESSOS. IDENTIFICAÇÃO DE RECURSOS MAL EMPREGADOS. ARRECADAÇÃO E DESTINAÇÃO. DECRETO 4.340.2002. ORDEM DE PREFERÊNCIA. DESRESPEITO. SEPARAÇÃO DE PODERES. INEXISTÊNCIA DE OFENSA. PRECEDENTES.

1. O acórdão recorrido, ao entender que cabe ao Poder Judiciário coibir excesso da Administração Pública, decidiu em consonância com o

entendimento deste Supremo Tribunal Federal no sentido de que o controle jurisdicional do ato administrativo considerado ilegal ou abusivo não viola o princípio da separação dos Poderes.

2. Agravo regimental a que se nega provimento, com previsão de aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC. Inaplicável o artigo 85, § 11, CPC, por se tratar de recurso oriundo de ação civil pública.”

Os argumentos de que a dispensa do diploma no ato da inscrição permite participação de “treineiros” ou eleva custos do REVALIDA financiado com recursos públicos não podem ser admitidos. O fato de ser ampliado o número de participação, inclusive “treineiros”, amplia a fonte de custeio da despesa, com cobrança de valores para inscrição por parte dos interessados (artigo 2º, § 5º, I, da Lei 13.959/2019), passíveis de majoração para readequação às necessidades verificadas na organização e aplicação das provas do processo avaliativo.

Por tais fundamentos, sem previsão legal própria e específica, a exigência de diploma no ato de inscrição através exclusivamente de edital importa restrição que não se justifica pelo prisma da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade, considerado o objeto e a finalidade desta etapa da avaliação.

Aprovado o candidato na etapa de avaliação de conhecimentos, o diploma pode ser exigido para revalidação na etapa a cargo das universidades credenciadas para tal efeito, nos termos do artigo 48, § 2º, da Lei 9.394/1996.

Assim sendo, peço licença para divergir em parte da proposta da relatora para adotar, tão-somente, o seguinte trecho do enunciado proposto:

“É ilegítima a exigência de apresentação, no ato da inscrição no REVALIDA, de diploma de graduação em Medicina reconhecido no país de origem pelo Ministério da Educação ou órgão equivalente e autenticado pela autoridade consular brasileira. Aplica-se, na espécie, por analogia, a Súmula 266 do STJ”.

Ante o exposto, acompanho em parte a relatora, nos termos supracitados.

É como voto.

VOTO-VISTA

DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM di SALVO

“Ab initio”, destaco que o STJ cancelou a controvérsia a respeito da matéria aqui tratada (Controvérsia 382), diante da rejeição da indicação do recurso especial representativo da controvérsia devido à ausência dos pressupostos recursais genéricos ou específicos e ao não cumprimento dos requisitos regimentais (decisão publicada no DJe de 14/3/2023).

Prossigo.

É de sabença comum que o REVALIDA é um exame realizado para validar diplomas médicos expedidos por universidades de fora do Brasil, uma das condições de exercício da Medicina.

As provas são realizadas pelo INEP-*Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira* e destinam-se a verificar a aquisição de conhecimentos, habilidades e competências requeridas para o exercício profissional da Medicina em nosso país. O exame é feito em 37 universidades públicas, com provas rigorosas. Tanto assim que, atualmente, existem no mercado vários “cursinhos preparatórios” para o certame (por exemplo, hardworkmedicina.com.br e <https://info.medcel.com.br>), o qual se desenvolve em duas etapas: avaliação escrita – com uma prova objetiva e outra discursiva – e avaliação de habilidades clínicas.

Aliás, até escritórios de advocacia se especializaram a atender questões do REVALIDA (https://www.eoliveiradvocacia.com/revalida?gclid=EAIaIQobChMIqeaTwYfw_QIVdHbUAR0uzApWEAMYAAAEgJp5vD_BwE - consulta às 14h30 de 22/3/2023).

Passemos ao cerne da questão.

O edital exige a apresentação do diploma de médico no ato de inscrição para o certame.

A questão toda reside em verificar se é possível dispensar essa regra geral – apresentação do diploma que se deseja validar – quando o documento ainda não foi fornecido ao interessado, ou seja, se é possível “revalidar” diploma ainda materialmente inexistente.

O tema está longe de ser de pouco interesse, especialmente porque o diploma depende de ter sido reconhecido pelas autoridades educacionais do país onde sediada a escola de medicina, e com a validade declarada por autoridade do consulado brasileiro.

A matéria insere-se no cenário da Saúde Pública, já que o postulante ao REVALIDA busca clinicar no Brasil, com base nos conhecimentos supostamente representados na conclusão regular de um curso de medicina estrangeiro. Ou seja, ao contrário do que pensam alguns, a questão toda situa-se a léguas do simples entrave burocrático.

Para começar, o REVALIDA, tal como concebido entre nós, com base na Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB - art. 48, § 2º, da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996), não tem o caráter de concurso público em que vários concorrentes disputam número restritos de vagas, de modo que não se pode invocar a Súmula 266 do STF (O diploma ou habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigido na posse e não na inscrição para o concurso público) para eximir o estudante de medicina de apresentar o diploma, mesmo porque seria um contrassenso considerar a existência do que não passa de uma mera expectativa de direito.

Os contornos da matéria foram, a meu ver, adequadamente apreciados pelo TRF-1ª Região no *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas - IRDR 0045947- 19.2017.4.01.0000*, conforme a ementa que consagrou tese favorável ao Poder Público, “verbis”:

1. O Exame Nacional de Revalidação de Diplomas Médicos Expedidos por Instituições de Educação Estrangeiras (Revalida) é um exame aplicado pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep), que visa revalidar os diplomas estrangeiros, compatíveis com as exigências de formação correspondentes aos diplomas de médico expedidos por universidades brasileiras. A finalidade do exame é aferir a equivalência curricular e definição de aptidão para o exercício profissional da medicina no Brasil. 2. A legislação aplicável ao caso (art. 48 da Lei n. 9.394/1996) dispõe que “os diplomas de cursos superiores reconhecidos, quando registrados, terão validade nacional, como prova da formação recebida por seu titular. (...) § 2º Os diplomas de graduação expedidos por universidades estrangeiras serão revalidados por universidades públicas que tenham curso do mesmo nível e área ou equivalente, respeitando-se os acordos internacionais de reciprocidade ou equiparação”. No mesmo sentido dispõe a Portaria Interministerial 278 dos Ministérios da Educação e da Saúde, que instrumentaliza o procedimento comum e unificado para a revalidação dos diplomas estrangeiros. 3. É necessária a prévia existência do diploma para que se possa revalidá-lo. Vale dizer, não se pode revalidar o que ainda não existe, ou que ainda é uma mera expectativa de direito. 4. O Revalida não é o único ou exclusivo instrumento para que se possa revalidar o diploma estrangeiro, razão pela qual não existem prejuízos imediatos para os candidatos, que podem se submeter ao procedimento comum perante as instituições superiores de ensino (art. 7º da Portaria Interministerial n. 278). 5. *O Revalida não é concurso público, razão pela qual não se aplica o paralelismo com a Súmula 266 do STJ.* 6. A Administração necessita de prazos definidos para a conclusão dos procedimentos, em razão dos cronogramas de aplicação das provas, não podendo ficar à mercê do momento em que as instituições estrangeiras irão fornecer os documentos necessários para serem revalidados. 7. Não deve haver o desperdício de recursos públicos com a avaliação de candidato que ainda não possui o diploma para ser revalidado. TESE JURÍDICA DEFINIDA: “*Não há Ilegalidade ou abuso de poder na exigência, no ato da inscrição, de diploma devidamente reconhecido pelo Ministério da Educação ou por órgão correspondente no país de conclusão do curso, para fins de participação no Exame Nacional de Revalidação de Diplomas Médicos expedidos por universidades estrangeiras (Revalida)*” (negritei).

Deveras, não há que se falar em ilegalidade ou abuso de poder do INEP, porquanto a exigência editalícia está conforme a LDB de onde consta que “Os diplomas de graduação expedidos por universidades estrangeiras serão revalidados por universidades públicas que tenham curso do mesmo nível e área ou equivalente, respeitando-se os acordos internacionais de reciprocidade ou equiparação” (§ 2º do art. 48). Está conforme, ainda, com a própria lei que regula o REVALIDA, art. 2º da Lei nº 13.959, de 18 de dezembro de 2019.

Essas normas vigem, contra elas nunca foi assacada qualquer eiva de inconstitucionalidade, não cabendo a este órgão fracionário fazê-lo sob pena de afronta ao art. 97 da CF.

A lei é clara: os diplomas serão revalidados. Se não há diploma, não há nada a ser revalidado.

Diploma não se confunde com declaração de conclusão de curso, pois o primeiro pressupõe reconhecimento – chancela – pela autoridade educacional do país estrangeiro.

Imagine-se o imbróglio se o interessado for autorizado a revalidar o “certificado de conclusão do curso” e o diploma não for, ao depois, reconhecido pela universidade estrangeira. Irá o Judiciário intervir uma vez mais para, agora, subtraindo-se ao INEP e validar “motu proprio” uma singela declaração?

Situação que vem passando despercebida é que a atuação do INEP, no assunto, é a de *polícia administrativa* no âmbito de educação superior e regulamentação profissional e, em sentido lato, de Saúde Pública.

Ora, os atos de polícia administrativa podem ser fulminados pelo Judiciário no âmbito da legalidade, somente.

E, dentro dessas fronteiras, não se entrevê qualquer ilegalidade, muito pelo contrário, vê-se a *conformidade* do REVALIDA com as leis que pertinem com esse certame verificatório (art. 2º da Lei nº 13.959, de 18 de dezembro de 2019, c.c. § 2º do art. 48, da LDB). Aliás, no ponto, não há que se falar em exigência sem lastro em lei (art. 5º, II, da CF).

Impende destacar, como já feito em outras ocasiões, que o procedimento chamado de REVALIDA (regrado pela Lei nº 13.959, de 18 de dezembro de 2019) é um *meio alternativo*, para não dizer *extraordinário*, de revalidação do diploma de medicina obtido no estrangeiro; o meio usual, ou ordinário, é validar esse diploma alienígena perante as universidades públicas do país, desde que atendidas as regras internas da instituição de ensino, que gozam de autonomia institucional (Resolução CNE/CES nº 04/2001).

Sob esse aspecto, convém destacar que o STJ já definiu em favor das universidades públicas o direito de as mesmas estabelecerem regras específicas para receber e processar pedidos de revalidação de diplomas obtidos em universidades alienígenas. Foi fixado o Tema 599: “É legal a exigência feita por universidade, com base em resolução por ela editada, de prévia aprovação em processo seletivo como condição para apreciar pedido de revalidação de diploma obtido em instituição de ensino estrangeira.”.

Ora, se a universidade pública pode exercer discricionariedade para disciplinar a revalidação por ela efetuada – que é o procedimento usual, como vimos – porque não pode o Poder Público-INEP *cumprir a letra expressa da lei* e exigir a apreciação do próprio diploma a ser revalidado?

Assim, quem opta pelo REVALIDA deve atender ao que a lei dispõe a respeito desse certame alternativo.

Não pode o participante “ditar” as regras que melhor lhe convém, ultrapassando as capacidades e competências de polícia administrativa.

Assim, com o máximo respeito ao excelente voto da srª Relatora, de minha parte fixo a seguinte tese: *“É legítima a exigência feita pelo INEP do diploma estrangeiro, devidamente reconhecido pelo Ministério da Educação ou por órgão correspondente no país de conclusão do curso, no ato de inscrição para o Exame Nacional de Revalidação de Diplomas Médicos Expedidos por Instituições de Educação (Revalida), conforme previsão editalícia, estando para isso autorizado pelo texto do par. 2º do art. 48 da Lei n. 9.394/1996 (LDB) e do art. 2º da Lei nº 13.959, de 18 de dezembro de 2019”.*

É o voto.

Direito Ambiental



APELAÇÃO CÍVEL **0001759-23.2009.4.03.6124**

Apelantes: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - PR/SP, UNIÃO FEDERAL, INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS, CESP - COMPANHIA ENERGÉTICA DE SÃO PAULO, RIO PARANÁ ENERGIA S.A.

Apelados: JULIO GALBIATTI JUNIOR, CESP - COMPANHIA ENERGÉTICA DE SÃO PAULO, MUNICÍPIO DE POPULINA, RIO PARANÁ ENERGIA S.A, INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS, MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - PR/SP, UNIÃO FEDERAL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA RIBEIRO

Disponibilização do Acórdão: DJEN 18/05/2023

EMENTA

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – AMBIENTAL – JULGAMENTO CONJUNTO. REUNIÃO DAS 500 AÇÕES CIVIS PÚBLICAS. IMPOSSIBILIDADE. INOCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA – LEGITIMIDADE PASSIVA DA CESP E DA RIO PARANÁ ENERGIA S/A. – NOVO CÓDIGO FLORESTAL, LEI 12.651/2012 INCIDÊNCIA DO ARTIGO 62. VALIDADE CONSTITUCIONAL DO REFERIDO ARTIGO FIRMADA PELO STF NAS ADIS 4.901 4.902 4.903. 4.937 E NA ADC 42/DF - RESERVATÓRIOS ARTIFICIAIS DE ÁGUA DESTINADOS A GERAÇÃO DE ENERGIA OU ABASTECIMENTO PÚBLICO QUE FORAM REGISTRADOS OU TIVERAM SEUS CONTRATOS DE CONCESSÃO OU AUTORIZAÇÃO ASSINADOS ANTERIORMENTE À MP 2.166-67 DE 2001. USINA HIDRELÉTRICA DE ILHA SOLTEIRA OUTORGADO À CESP POR MEIO DO DECRETO 67.066/1970. UTILIZAÇÃO DE ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE ENTORNO DO RESERVATÓRIO DA USINA HIDRELÉTRICA DE ILHA SOLTEIRA, NO MUNICÍPIO DE POPULINA-SP - LOTEAMENTO RECANTO DAS ACÁCIAS DANO AMBIENTAL CONFIGURADO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. PLANO DE RECUPERAÇÃO AMBIENTAL.

1. Não há como prevalecer a tese de reunião das mais de 500 Ações Civis Pública, posto que a reunião de processos, no caso, ao invés de ser útil como se pretende, prejudicaria a instrução processual e a celeridade, dada a mencionada diversidade fática relacionada às diversas propriedades e seus diferentes proprietários, os quais tem cada um uma situação particular em relação à utilização do próprio imóvel em área de preservação permanente, o que poderá exigir instrução probatória diferenciada de acordo com o caso concreto, conforme já decidido por esta C. Corte Regional Federal, nos autos do

processo nº 0001553-09.2009.4.03.6124, de lavra do Eminentíssimo relator Johanson Di Salvo.

2. Legitimidade passiva da CESP e da Empresa Rio Paraná Energia S/A, questão já decidida por esta C. Corte Regional Federal, nos autos nº 0001553-09.2009.4.03.6124. A assunção da concessão da UHE Ilha Solteira pela Rio Paraná S/A não enseja a exclusão da CESP do processo, mas a inclusão da nova concessionária, formando um litisconsórcio passivo entre proprietário, CESP e RPESA.

3. Nenhum cerceamento de defesa se configura à causa, porque despendendo a produção de prova pericial neste momento processual. No presente caso o ônus da prova foi invertido em desfavor dos proprietários do imóvel, sendo determinado, em despacho saneador, o adiantamento dos honorários periciais, sob pena de preclusão, com advertência de julgamento do processo no estado em que se encontrava. Não houve impugnação por nenhuma das partes, de tal forma que diante da inércia do proprietário em recolher os honorários, a perícia não foi realizada e a questão tornou-se acobertada pelo manto da preclusão. Além disso, a CESP, devidamente intimada, não se opôs aos termos da decisão saneadora, portanto, não há que se falar em nulidade ou cerceamento de defesa.

4. Não obstante a realização da perícia estar acobertada pela preclusão, neste momento processual é diligência prescindível pois o dano em área de preservação permanente restou comprovado por meio do Auto de Infração nº 263057 - Série D, lavrado pelo IBAMA em que se constatou que o loteamento denominado Porto Amaral, localizado no Município de POPULINA/SP, na margem do Rio Paraná, confrontando-se como Reservatório da UHE Ilha Solteira, possui intervenção não autorizada na APP do Reservatório da UHE de Ilha Solteira, impedindo a regeneração natural da vegetação.

5. As obrigações prospectivas de remoção/recuperação das intervenções antrópicas existentes na APP poderão ser aferidas quando da liquidação e execução da sentença, nos termos do artigo 509 do CPC, realizando-se, acaso necessária, a mencionada perícia, a fim de ser verificada a persistência da ilegalidade que deverá ser removida, nos termos do artigo 510 do mesmo código, bem como a forma como o dano ambiental deverá ser reparado.

6. Remanesce o interesse processual do Ministério Público Federal no feito, não havendo que se falar em perda de objeto superveniente, não obstante a expedição da Licença de Operação nº 1300/2015 expedida pelo Ibama com validade até 2025 tendo em vista que será determinada a reparação de danos, com condenação em obrigação não fazer e de fiscalizar e tomar medidas proibitivas, portanto, o objeto da lide se mantém (tutela mandamental prospectiva), independente da discussão acerca da área considerada de preservação permanente,

restando clara a manutenção de interesse processual para continuidade do feito.

7. Aplicação das normas do novo Código Florestal, ou seja, da regra trazida pelo artigo 62, que firmou novos parâmetros para delimitação de APP no entorno dos reservatórios artificiais das usinas hidrelétricas, isto porque a validade constitucional do referido artigo foi firmada pelo STF nas supra mencionadas ADIs 4.901; 4902; 4.903 e 4.937, e na ADC nº 42/DF.

8. Esta E. Corte Regional tem decidido, com base no entendimento da Corte Superior, que o artigo 62 do Novo Código Florestal tem aplicação pretérita já que o dispositivo, cuja constitucionalidade foi declarada, em sua literalidade, define novos parâmetros às áreas de preservação permanente: “Para os reservatórios artificiais de água destinados a geração de energia ou abastecimento público que foram registrados ou tiveram seus contratos de concessão ou autorização assinados anteriormente à MP nº 2.166-67 de 2001”, sendo o caso da UHE de Ilha Solteira, tendo em vista que esta foi outorgada à CESP por meio do Decreto nº 67.066, de 17/08/1970.

9. A tese do IBAMA e a UNIÃO FEDERAL em que o artigo 62 da Lei nº 12.651/2012 só seria aplicável em áreas consolidadas até 22/7/2008, (ou seja, somente quando não delimitada anteriormente a APP), conforme previsto no *caput* do artigo 61-A do mesmo diploma legal e após esse marco temporal a faixa de APP a ser considerada é a definida no licenciamento ambiental do empreendimento, onde não houver ocupação antrópica, nos termos dos artigos 4º, III, e 5º, da Lei nº 12.651/2012, explicitando que outra interpretação equivaleria a um salvo conduto para novas invasões/edificações em APP de reservatórios artificiais, deve ser rechaçada, por ausência de previsão legal.

10. Especificamente no que toca aos reservatórios de água destinados à produção de energia que foram registrados ou tiveram concessões autorizadas antes de 24 de agosto de 2001 (início da vigência da MP 2.166/2001), a APP foi desde logo delimitada como sendo a faixa compreendida entre o nível máximo operativo normal e a cota máxima *maximorum*, assim compreendida como a faixa máxima alcançada pelo reservatório em períodos de grandes cheias. No caso dos autos a assinatura do contrato de concessão da UHE de Ilha Solteira é anterior a 2001, portanto plenamente aplicável os termos do artigo 62 do Código Florestal.

11. Não subsiste as alegações no sentido de que o artigo 62 teria lugar somente quando não delimitada anteriormente a APP, ou seja, em áreas consolidadas até 22/07/2008, conforme previsto no artigo 61-A do mesmo Diploma Legal, ou em casos em que houvesse ocupações antrópicas na extensão geral do artigo 5º, *caput* e nos termos do artigo 4º, da Lei nº 12.651/2012. Isto porque a legislação é clara ao

estabelecer, como único critério para aplicação da exceção à regra geral, o marco temporal da MP 2.661/2001, descabendo ao Poder Judiciário inovar e trazer critérios diversos do previsto legalmente para indicar a aplicação de um ou outro critério.

12. O artigo 62 do Código Florestal não faz alusão ao marco temporal do artigo 61-A, em 22/07/2008, portanto referida data deve ser afastada.

13. O marco temporal relativo ao registro do reservatório de água (ou a assinatura do contrato de concessão) se qualifica como anterior à vigência da MP 2.166/2001 (24/08/2001). Não há que se falar em aplicação subsidiária a data da entrada em vigor do novo código florestal, qual seja, 28/05/2012, posto que o registro ou concessão da UHE de Ilha Solteira é anterior a 2001, exatamente nos termos do disposto no artigo 62.

14. Não há que se falar em interpretação de cunho generalista porque o imóvel em discussão é de propriedade de Júlio Galbiatti Júnior, cuja construção foi erguida em área de preservação permanente em loteamento denominado “Condomínio Porto Amaral”, localizado no Município de Populina, na margem do Rio Paraná, confrontando-se com o reservatório da UHE de Ilha Solteira, e os danos ambientais foram constatados por meio do Auto de Infração 263057- Série D, lavrado pelo IBAMA.

15. Consoante entendimento do STJ, o sistema jurídico de proteção ao meio ambiente, disciplinado em normas constitucionais (CF, art. 225, § 3º) e infraconstitucionais (Lei 6.938/81, arts. 2º e 4º), está fundado, entre outros, nos princípios da prevenção, do poluidor-pagador e da reparação integral.

16. Dos princípios da prevenção, do poluidor-pagador e da reparação integral decorrem, para os destinatários (Estado e comunidade), deveres e obrigações de variada natureza, comportando prestações pessoais, positivas e negativas (fazer e não fazer), bem como de pagar quantia (indenização dos danos insuscetíveis de recomposição *in natura*), prestações essas que não se excluem, mas, pelo contrário, se cumulam, se for o caso. (REsp 605323 / MG; RECURSO ESPECIAL 2003/0195051-9 Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI).

17. A responsabilidade objetiva ambiental significa que quem danificar o ambiente tem o dever jurídico de repará-lo.

18. No caso dos autos não há dúvidas sobre a ocorrência de dano ambiental, visto que as construções foram realizadas em APP, o que alterou as características do meio ambiente, por meio de degradação, razão pela qual é devida a indenização. Por oportuno, embora não tenha sido efetuada a perícia, as construções em área de preservação permanente foram confirmadas, conforme amplamente demonstrado pelo Auto de Infração, portanto, o dano ambiental deve ser reparado e

a extensão da intervenção em APP será apurada em sede de liquidação de sentença.

19. A responsabilidade civil pela reparação dos danos ambientais adere à propriedade como obrigação *propter rem*, sendo possível cobrar do atual proprietário as condutas derivadas de danos provocados pelos proprietários antigos, sem prejuízo da cumulação de obrigações de indenizar, não fazer e fazer (Precedentes: STJ, 1ª Turma, AgRg no REsp 1.254.935, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 28.3.2014; STJ, 2ª Turma, REsp 1.227.139, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 13.4.2012).

20. Nos termos do art. 225, §3º, da Constituição Federal c/c art. 14, §1º e art. 3º, IV da Lei 6.938/81, havendo mais de um causador, todos responderão solidariamente pela reparação do meio ambiente. Os rancheiros por terem construído em área de preservação permanente, com degradação do solo, impedindo a regeneração das gramíneas e demais vegetação. O Município de Populina por ter incentivando a edificação em área sabidamente proibida e protegida pela legislação e Resolução do IBAMA. A Cesp, titular da concessão Pública na exploração econômica do reservatório, geradora de energia elétrica, por ter permitido o uso irregular de área de proteção permanente, não impedindo nem fiscalizando a obra dentro da área de preservação, sendo que o dano se iniciou ao seu tempo. A Rio Paraná Energia S/A por ter sucedido a CESP, respondendo da mesma forma que esta.

21. Todos os requeridos devem ser condenados na recomposição da área afetada, mediante o reflorestamento e práticas de adequação ambiental devidamente definidos em projeto/plano de recuperação a ser apresentado pelos proprietários do imóvel e aprovação pelos órgãos ambientais, tal como requerido na petição inicial.

22. Preliminares rejeitadas. Parcial Provimento às apelações do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e do IBAMA e negado provimento às apelações da UNIÃO FEDERAL, da CESP e da RIO PARANÁ ENERGIA S/A.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, rejeitou as preliminares e, no mérito, deu parcial provimento às apelações do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E DO IBAMA e negou provimento às apelações da UNIÃO FEDERAL, da CESP e da RIO PARANÁ ENERGIA S/A, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

Trata-se de apelações interpostas pelo INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA, pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, pela COMPANHIA ENERGÉTICA DE SÃO PAULO - CESP, pela UNIÃO FEDERAL e pela empresa RIO PARANÁ ENERGIA LTDA, nos autos da Ação Civil Pública ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, com pedido de tutela de urgência, em face de JULIO GALBIATTI JÚNIOR e OUTROS, CESP - COMPANHIA ENERGÉTICA DE SÃO PAULO, IBAMA - INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS, UNIÃO FEDERAL e MUNICÍPIO POPULINA/SP, objetivando tutelar os interesses transindividuais afetos à garantia ao meio ambiente, buscando responsabilização por dano ambiental causados pelos réus em razão de alterações produzidas em área de preservação permanente - APP, situada em reservatório artificial ao longo do Rio Paraná, (Usina Elétrica de Ilha Solteira - UHE), que banha os Estados de São Paulo e de Mato Grosso do Sul.

Consoante consta da inicial e aditamento, na década de 70 ocorreu a Construção da Hidrelétrica de Ilha Solteira - UHE, momento em que a UNIÃO FEDERAL desapropriou imóveis situados na Zona Rural do MUNICÍPIO DE POPULINA/SP e promoveu a transposição de parte das águas do Rio Paraná para formação de um reservatório de água artificial. No mesmo período foi outorgado à CESP, mediante Contrato de Concessão, a exploração do potencial de energia hidráulica do reservatório artificial de Ilha Solteira, objetivando gerar energia elétrica destinada a serviço público, cujo contrato tinha como termo final a data de julho de 2015, nos termos da Portaria 289 de 11/11/2004, do Ministério de Minas e Energia.

O Ministério Público Federal afirma que a concessionária não adotou as medidas necessárias para preservar e recuperar as áreas de proteção permanente situadas no redor do reservatório de Ilha Solteira, além de firmar contratos particulares (concessão de uso) permitindo que fossem utilizadas a faixa de segurança da represa em total desconformidade com os preceitos ambientais.

Destaca que o Ministério das Minas e Energia, mediante Portaria, autorizou os concessionários de serviços públicos de energia elétrica, proprietários de usinas elétricas, a celebrarem com terceiros, contratos de concessão de direito de uso das áreas utilizadas como faixa de segurança dos reservatórios e remanescentes, para fins de exploração florestal e outras atividades afins que digam respeito à preservação do meio ambiente. Consigna que tais autorizações, cuja legalidade é questionável, impunham várias restrições que não foram observadas pela concessionária ou pelo usuário da área concedida.

Aduz que os danos ambientais são decorrentes da omissão da concessionária de exploração de energia elétrica em fiscalizar e zelar pelo efetivo cumprimento da lei ambiental e das cláusulas protetivas previstas nos aludidos contratos de concessão de uso das áreas utilizadas como faixa de segurança do

reservatório e também de sua omissão em cumprir o dever geral de prevenir e curar as alterações ambientais nas áreas de abrangência da bacia hidrográfica da Hidrelétrica.

Diz que há responsabilização do IBAMA, nos termos do artigo 6º, III, da Lei nº 6.938/81, com nova redação dada pela Lei nº 7.804/89, em razão da ausência de fiscalização.

A responsabilização do Município de Populina/SP decorre de sua omissão em não coibir loteamento clandestino e irregular denominado “Porto Amaral”, realizado em total desconformidade com a legislação de regência e em área de preservação permanente, em desacordo com o artigo 3º, V, da Lei nº 6.766/79.

Afirma que a responsabilidade da União Federal está no fato de não ter fiscalizado a concessionária no cumprimento do ajuste contratual, em razão de sua omissão é responsável pela prática dos danos que se sucederam e que poderiam ter sido evitados com sua supervisão no cumprimento integral das obrigações avençadas com a concessionária, nos termos do artigo 37 da CF e do artigo 58 da Lei nº 8.666/93.

Em razão desses fatos, o MPF requer, em síntese:

1. com relação ao(s) rancheiro(s): (a) seja determinado que se abstenham de promover ou permitir que se promova qualquer nova atividade antrópica na faixa de APP do imóvel objeto desta ação, como novas construções ou impermeabilizações ou aumento das já existentes, novo plantio de espécies exógenas, colocação de outros animais e movimentações do solo; (b) seja determinado que, em verificada qualquer nova atividade antrópica que altere a situação atual do imóvel em área de APP, se abstenham imediatamente de praticá-la, devendo, se for o caso, desfazê-la imediatamente, sem prejuízo da imposição de multa pela atividade irregularmente desenvolvida, a ser arbitrada pelo juízo.

2. com relação à concessionária: a) seja determinado à concessionária ré que promova medidas administrativas e executórias que se fizerem necessárias e adequadas para desocupar a faixa de segurança do reservatório e remanescentes, inteiramente inserida em área de preservação permanente, na hipótese de não serem desocupadas espontaneamente pelos primeiros réus.; b) seja determinado à empresa concessionária ré, a execução, no prazo de 60 dias, de demarcação física das áreas abrangidas pela desapropriação (faixa de segurança do reservatório).

3. Com relação ao IBAMA e à MUNICIPALIDADE: a) seja determinado ao IBAMA que proceda a fiscalização do cumprimento das obrigações estabelecias nos itens anteriores; b) seja determinado ao IBAMA e à MUNICIPALIDADE que procedam vistoria no imóvel objeto dos autos e, no prazo de 60 dias a contar da citação, elaborem um laudo preliminar detalhado em que constem todos os elementos necessários para garantir a eficácia do provimento mencionado nos itens anteriores, evitando que seja procedida alteração na situação do imóvel; c) alternativamente ao pedido anterior, seja utilizado como parâmetro garantidor

para a não realização de alterações no imóvel o termo firmado pelo IBAMA em razão da autuação do réu rancheiro e que se encontra anexo aos autos; d) Seja determinado ao IBAMA e à Municipalidade que, após a providência requerida no item anterior, procedam vistoria periódica no imóvel objeto dos autos, de modo a verificar se novas atividades antrópicas foram ou estão sendo desenvolvidas em APP, devendo tais vistorias ser realizadas em interstício máximo de 6 (seis) meses entre cada uma delas; e) Seja determinado ao IBAMA que, ao ser verificado que novas atividades antrópicas foram ou estão sendo desenvolvidas em APP, proceda a imediata autuação do infrator e comunicação formal do ocorrido nos autos deste processo; f) Q Seja determinado que AFIEM, mantenham e conservem as placas alertando sobre os limites da APP, informando ainda que se trata de bem insuscetível de ocupação/utilização.

4. Com relação à UNIÃO FEDERAL: a) seja condenada pela omissão na fiscalização do contrato de concessão firmado com a concessionária ré, acarretando na imediata ruptura da avença por inobservância das imposições legais e constitucionais (preservação do meio ambiente); b) Seja competida a proceder apuração de eventuais responsabilidades dos gestores públicos, especialmente do fiscal/gestor do contrato administrativo, em razão da não fiscalização da execução do contrato; c) Seja condenada a, em conjunto com os demais réus, recompor integralmente os danos ambientais perpetrados nas APPs, consistente na adoção de todas as medidas necessárias para tal recomposição; d) seja arbitrada multa pecuniária, levando-se em conta o período em que a ré foi omissa na fiscalização do contrato, devendo ser criteriosamente arbitrado por este r. Juízo e revertido ao fundo previsto na Lei 7.347/85.

5. Com relação ao rancheiro também requer: a) Seja condenado nos termos do artigo 3º e seguintes da Lei nº 7.347/85 à obrigação de fazer consistente na completa recuperação da área de preservação permanente efetivamente prejudicada (reflorestamento), mediante a retirada das edificações e impermeabilizações existentes no local e adoção de práticas de adequação ambiental, utilizando-se de técnicas de plantio e de manutenção da área e produtos não lesivos ao meio ambiente, mediante a supervisão do órgão ambiental, que deverá aprovar a forma de recuperação e b) seja condenado à obrigação e coibir toda e qualquer atividade que possa causar lesão à área de preservação permanente objeto da ação civil pública ou nela promover ou permitir que se promovam atividades danosas, ainda que parcialmente.

O Ministério Público Federal aduziu acerca da possibilidade da UNIÃO FEDERAL quando da sua citação, vir a integrar o polo ativo da demanda, aplicando-se analogicamente o disposto no artigo 6º, § 3º, da Lei nº 4.717/65 (Lei de Ação Popular), (ID. 212713828 – pág. 9).

A União Federal manifestou interesse em integrar o polo ativo da demanda, sendo deferida sua inclusão, (ID. 212713829 pág. 7/17).

A Autarquia Federal IBAMA requereu sua exclusão do polo passivo da demanda, com sua consequente inclusão no polo ativo, nos termos do artigo 2º, § 5º, da Lei nº 7.347/85, o que foi deferido, (ID. 212713829 – pág.7/17).

A r. sentença, integrada pela decisão dos aclaratórios, julgou parcialmente procedentes os pedidos, nos termos do artigo 487, I, do CPC para: a) declarar que a APP no imóvel objeto da lide, no que tange ao entorno da UHE de Ilha Solteira corresponde à delimitação do artigo 62, da Lei nº 12.651/12, isto é, a distância entre o nível máximo operativo normal e a cota *máxima maximorum*; b) condenar os rancheiros à: i) remoção, às suas expensas, de todas as intervenções antrópicas em descompasso com o regime legal APP na área objeto do litígio, inclusive com a demolição de edificações, se necessário; ii) completa recuperação da APP mediante reflorestamento e práticas de adequação ambiental, com a utilização de plantio e manutenção de produtos não lesivos ao meio ambiente, tal como definido pelos órgãos ambientais, que deverão aprovar o programa de recuperação; c) subsidiariamente, a CESP, a RIOPARANÁ e o Município no qual localizado o imóvel às mesmas obrigações fixadas em desfavor dos rancheiros no item “b”, em caso de inércia do cumprimento de suas obrigações, sem prejuízo de eventual ação regressiva a ser postulada em sede própria; Julgou improcedentes os demais pedidos, (ID. 212723308)

Fixou o prazo de 60 dias para início de cumprimento das obrigações descritas no item ii, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 a contar do 61º dia após a intimação dos proprietários quanto ao teor da sentença. Condenação de todas as partes requeridas pro rata ao pagamento das custas e despesas processuais. Sem honorários, por se tratar de ação ajuizada pelo Ministério Público Federal, nos termos do artigo 128, § 5º, II, “a” e do entendimento firmado pela Corte Especial do STJ no EAREsp nº 962.250/SP. Em sede de embargos de declaração determinou que o início do cumprimento da obrigação a cargo dos responsáveis subsidiários (CESP, RIO PARANÁ S/A e o MUNICÍPIO, deverá ocorrer no prazo de 60 dias, que somente será computado a partir de específica intimação acerca da inércia dos obrigados em caráter principal ao cumprimento de suas obrigações, nos termos do artigo 231, § 3º, do CPC e condenar os proprietários/possuidores (rancheiros) a franquear livre acesso dos responsáveis subsidiários à APP atinente ao imóvel para o cumprimento da obrigação subsidiária, bem assim para determinar que se abstenham de praticar quaisquer atos que obstem o cumprimento da obrigação subsidiária relativa à recuperação da área degradada, cientes de que poderá, sendo o caso, ser acionada força policial para o cumprimento da ordem. (ID. 212723324).

Apelações

O Ibama apresenta suas razões de apelação nos seguintes termos: em sede preliminar: a) da necessidade do julgamento em conjunto de todas as ações civis públicas que versam sobre a demolição de construções e recuperação de APP no entorno da UHE de Ilha Solteira para julgamento conjunto a fim de se evitar decisões conflitante ou contraditórias; b) a adequação da decisão, nos termos do artigo 1009, § 1º, do CPC, para que se adeque às balizas interpretativas do artigo 62, da Lei nº 12.651/12. No mérito, pretende a reformulação da determinação genérica proferida na sentença para o fim de que: 1) no caso específico de ocupação antrópica até 22 de julho de 2008, aplica-se o artigo 62 do Código Florestal, ou seja, nessas áreas ocupadas, a faixa da área de

Preservação Permanente será a distância entre o nível máximo operativo normal e a cota *máxima maximorum*; 2) onde não tiver ocorrido ocupação antrópica até a data da ocupação antrópica até a data da consolidação 22/07/2008, a APP para a UHE Ilha Solteira foi definida no licenciamento como área compreendida entre a cota máxima normal de operação (320m) e o limite da área desapropriada para formação do empreendimento, totalizando 208,44 km² de área com largura variável. Requer o reconhecimento da responsabilidade por danos ambientais de natureza solidária e não subsidiária, nos termos do artigo 3º, IV e 14, § 1º, da Lei nº 6.938/1981. Deixa matéria prequestionada, (ID.212723318).

Apela o Ministério Público Federal, arguindo, em sede preliminar: reforma da decisão saneadora, nos termos do artigo 1.009, § 1º, do CPC, para reconhecer a inaplicabilidade das disposições do novo Código Florestal que fixou o artigo 62 como marco normativo, isto porque quando de sua entrada em vigor, a presente ação já estava em curso, o que caracteriza um retrocesso ambiental, uma vez que sob a égide do Código Florestal de 1995 a área de preservação permanente ao redor dos reservatórios artificiais de água destinados à geração de energia elétrica era de 100 metros. No mérito, pretende que todos os apelados sejam condenados de forma solidária na recomposição integral do dano ambiental causado na área atingida mediante o reflorestamento e a adoção de práticas de adequação ambiental, utilizando-se de técnicas de plantio e de manutenção da área e produtos não lesivos ao meio ambiente, que deverão estar devidamente previstos em planos de recuperação previamente aprovado pelos órgãos ambientais, bem como à responsabilidade solidária pelos danos ambientais, nos termos dos artigos 3º, IV e 14, § 1º, ambos da Lei nº 6.938/1981, (ID. 212723326).

A CESP - COMPANHIA ENERGÉTICA DE SÃO PAULO aponta em sede preliminar: a) nulidade de sentença, ante a condenação sem comprovação de dano além da ocorrência de ofensa ao contraditório e ampla defesa, por ausência de prova pericial, imprescindível para o deslinde da questão e cerceamento de defesa além de pedido de devolução dos autos ao juízo de origem, para que: (i) diante de fato noticiado, relativo às medidas já adotadas pela RPSA no processo de licenciamento ambiental da UHE Ilha Solteira, que a RPSA seja intimada para apresentar toda a documentação pertinente à regularização das áreas de APP e (ii) ainda havendo dúvidas acerca da existência de danos e ou regularização da área, seja determinada a realização da perícia já requerida e deferida; b) ilegitimidade e improcedência dos pedidos considerando que desde 2016 não é mais sua a titularidade da UHE Ilha Solteira, o que é reforçado pelos recentes documentos aos quais a CESP teve acesso, comprobatórios de que a RPSA já está realizando as recuperações das APPS em cumprimento de condicionante da licença de operação do empreendimento. Postula pela impossibilidade de sua condenação justamente pela assunção integral das responsabilidades, obrigações e passivos da concessão pela Rio Paraná, o que ficou expresso no Edital do Leilão, Contrato de Concessão e na licença ambiental perante o Ibama. Exclusão de sua responsabilização, diante da aplicabilidade do artigo 7º, § 2º, da Lei Federal nº 12.651/2012 que dispõe que as obrigações ambientais possuem

natureza *propter rem*, que deverá recair única e exclusivamente para a RPSA, culminando a improcedência dos pedidos em relação à apelante. Por fim, aponta ausência de sua omissão que possa justificar a sua condenação solidária com a RPSA, (ID. 212723329).

Apela a RIO PARANÁ S/A - RPESA, apontando em sede preliminar: a) sua ilegitimidade passiva, posto ter sido incluída no polo após a estabilização da lide e em razão de não haver qualquer imputação nos autos que lhe possa ser atribuída, inclusive pelo fato de sequer existir ao tempo dos fatos narrados na inicial e mesmo da época da propositura da ação pelo MPF; b) falta de interesse processual do MPF. No mérito, requer a improcedência da ação por ausentes os elementos caracterizadores da responsabilidade ambiental, já que não há conduta atribuível à RPESA, nem o nexo de causalidade possível com qualquer dano decorrente dos fatos narrados na inicial e a RPESA, bem como demonstração de dano, (ID. 212723845).

A União Federal, em seu recurso, afirma que a interpretação adotada na sentença para delimitação da APP incidente no imóvel dos autos previsto no artigo 62, da Lei nº 12.651/12, destoa do quanto decidido pelo E. STF, portanto, em que pese o art. 62 da Lei n. 12.651/12 seja aplicável ao caso sub judice, o D. juízo *a quo* se equivocou ao desconsiderar que o mencionado dispositivo legal somente tem incidência nos casos de ocupação antrópica (área consolidada) ocorrida até 22/07/2008. Portanto, afigura-se legítimo e constitucional o marco temporal suscitado para a consolidação da faixa de APP em reservatório artificial, qual seja, 22 de julho de 2008, o qual tem por referência a data em que entrou em vigor o Decreto 6.514, de 22/07/2008, que dispõe sobre infrações ambientais e suas correspondentes sanções administrativas, data eleita como “marco zero” na gestão da política ambiental pátria, conforme atestado pelo Supremo Tribunal Federal. Alternativamente, em caso de não acolhimento da tese do marco temporal de 22/07/2008 – o que se admite apenas por argumentação – há que se adotar como marco a data de entrada em vigor da Lei nº 12.651/2012, sob pena de se permitir uma consolidação *ad eternum* das áreas de preservação permanente no entorno dos reservatórios artificiais que não foram efetivamente suprimidas, o que, por conseguinte, implicará em uma diminuição significativa da área de preservação permanente da UHE Ilha Solteira que, como visto, não se coaduna com o entendimento do STF, (ID. 212723849).

Apresentadas as contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

Manifestou-se o MPF pelo provimento do recurso do Ministério Público Federal e pelo não provimento dos demais recursos, (ID. 246622809).

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Ação Civil Pública em que o Ministério Público Federal pretende obter provimento jurisdicional que determine a recuperação de área de

preservação permanente (APP) indevidamente utilizada e danificada, situada no imóvel objeto da lide, no Município de Populina – SP, na margem do Rio Paraná, confrontando-se com o reservatório artificial (Reservatório da Usina Hidrelétrica de Ilha Solteira), sendo proprietário(s) o(s) corréu(s), também denominado(s) rancheiro(s), JÚLIO GALBIATTI JÚNIOR e outro(s).

Preliminares

Reunião das 500 Ações Cíveis Públicas ajuizadas.

Anoto, por oportuno, que a presente ACP é uma, dentre as mais de 500, ajuizadas pelo Ministério Público Federal entre 2008 e 2012, para a recuperação de área de preservação permanente do entorno de UHE de Ilha Solteira.

O apelante IBAMA pretende a reunião dos feitos conexos para julgamento conjunto, a fim de serem evitadas decisões conflitantes.

No entanto, não há como prevalecer referida tese, posto que reunião de processos, no caso, ao invés de ser útil como se pretende, prejudicaria a instrução processual e a celeridade, dada a mencionada diversidade fática relacionada às diversas propriedades e seus diferentes proprietários, os quais tem cada um uma situação particular em relação à utilização do próprio imóvel em área de preservação permanente, o que poderá exigir instrução probatória diferenciada de acordo com o caso concreto, conforme já decidido por esta C. Corte Regional Federal, nos autos do processo nº 0001553-09.2009.4.03.6124, de lavra do Eminentíssimo relator Johnson Di Salvo, entendimento o qual ratifico.

Ilegitimidade passiva arguida pela CESP e pela empresa Rio Paraná S/A

Sobre a ilegitimidade passiva arguida tanto pela CESP como pela RIO PARANÁ ENERGIA S/A, referida questão já foi decidida por esta C. Corte Regional Federal, nos autos nº 0001553-09.2009.4.03.6124, cujo teor do acórdão, peço vênia para transcrever, quanto ao ponto, ratificando-o:

“DANO AMBIENTAL NA ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE NO ENTORNO DO RESERVATÓRIO DA USINA HIDRELÉTRICA DE ILHA SOLTEIRA:

DA CONCESSÃO DA UHE DE ILHA SOLTEIRA: a UHE de Ilha Solteira, localizada no Rio Paraná, entre os municípios de Ilha Solteira/SP e Selvíria/MS é a terceira maior usina de energia elétrica no Brasil e a maior no Estado de São Paulo. No ano de 1970, a concessão para exploração da UHE de Ilha Solteira foi outorgada à CESP pela União Federal, por meio do Decreto nº 67.066, de 17/8/1970, sendo prorrogada por mais 20 anos, de 8/7/1995 a 7/7/2015, pela Portaria nº 289/2004 do Ministério das Minas e Energia, que antecedeu o Contrato de Concessão nº 003/2004/ANEEL/CESP (processo nº 48500.005033/00-41). Em 2105, a empresa China Three Gorges Brasil Energia Ltda (CTG BRASIL) /Rio Paraná Energia S/A venceu o processo licitatório aberto pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), obtendo a concessão da UHE de Ilha Solteira por 30 anos, formalizada por meio do Contrato de Concessão nº 01/2016/MME (processo 48500.002243/2015-62), firmado em 5/1/2016. Ou seja, em 24/7/2009, quando essa ação civil pública

foi ajuizada, a concessão da UHE de Ilha Solteira era da CESP e no decorrer da instrução, em 5/1/2016, passou à Rio Paraná Energia S/A.

ILEGITIMIDADE PASSIVA SUSCITADA PELA CESP E PELA RIO PARANÁ ENERGIA S/A AFASTADA: não obstante a vasta argumentação dessas corrés, cada qual defendendo a sua ilegitimidade passiva, ambas devem responder a ação. O dano ambiental em questão iniciou-se e tomou corpo ao tempo da CESP. E a Rio Paraná Energia S/A, contratualmente, tornou-se responsável pela APP do entorno da UHE de Ilha Solteira e, nessa esteira, por eventual passivo ambiental. Acrescente-se que os deveres associados à APP, além de solidários, têm natureza *propter rem*, aderindo ao título de domínio ou posse. (STJ - Súmula 623, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/12/2018, DJe 17/12/2018)."

Com efeito, os deveres associados à área de Preservação Permanente tem natureza *propter rem*, portanto, adere ao título de domínio ou à posse, no caso dos autos o dano ambiental iniciou-se ao tempo da CESP, a qual fora sucedida em 05/01/2016, pela Rio Paraná S/A, a qual, por contrato, tornou-se responsável pela APP do entorno da UHE e nesta toada eventual passivo ambiental deverá ser imputada a ambas, as quais terão o dever de repará-lo.

De outro lado, e pelos mesmos fundamentos, não se sustenta a tese de ilegitimidade da CESP, em decorrência de sucessão processual determinada.

O art. 109 do CPC, repetindo o art. 42 do CPC de 1973, dispôs que "A alienação da coisa ou direito litigioso por ato entre vivos, a título particular, não altera a legitimidade das partes." Assim, é possível concluir que a assinatura do contrato de concessão não tem o condão de alterar a natureza solidária da responsabilidade ambiental.

No caso, evidentemente presente a pertinência subjetiva, já que a petição inicial descreve conduta da ré CESP para a ocorrência e perpetuação do alegado dano ambiental ocorrido na região sob sua responsabilidade contratual à época dos fatos, em APP, da qual mantinha o domínio, na forma do art. 14, §1º, da Lei nº 6938/81, o que se coaduna ainda que a previsão geral do art. 942 do Código Civil.

Neste sentido a assunção da concessão da UHE Ilha Solteira pela Rio Paraná Energia S/A não enseja a exclusão da CESP do processo, mas a inclusão da nova concessionária, formando um litisconsórcio passivo entre proprietário, CESP e RPESA.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça segue nessa direção:

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO DOS ARTS. 3º. E 267, VI DO CPC/1973, E ARTS. 186 E 927 DO CC/2002. NEXO CAUSAL DA CONDUTA. INVIABILIDADE DE ANÁLISE SEM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. REEXAME DA MOLDURA FÁTICO-PROBATÓRIA DOS AUTOS. ÓBICE DA SÚMULA 7 DA STJ. DEGRADAÇÃO DE ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA E

SOLIDÁRIA ENTRE O POSSUIDOR E O PROPRIETÁRIO DO IMÓVEL. OBRIGAÇÃO PROPTER REM. AGRAVO INTERNO DA EMPRESA A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Referente à violação dos arts. 3o. e 267, VI do CPC/1973, e arts. 186 e 927 do CC/2002, verifica-se que sequer foram analisados pelo Tribunal de origem, de modo que carecem de prequestionamento. Incide, no caso, o óbice da Súmula 211 do STJ.

2. Para alterar a conclusão a que chegou a Corte de origem quanto à existência do nexo de causalidade entre a conduta da empresa e o resultado danoso, seria necessário o reexame do contexto fático-probatório dos autos, circunstância que redundaria na formação de novo juízo acerca dos fatos, e não de valoração dos critérios jurídicos concernentes à utilização da prova e à formação da convicção.

3. Conforme jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, os deveres associados às Áreas de Preservação Permanente têm natureza de obrigação *propter rem*, ou seja, aderem ao título de domínio ou posse, podendo ser imputada tanto ao proprietário quanto ao possuidor, independentemente de quem tenha sido o causador da degradação ambiental (AgInt no AREsp. 1.031.389/SP, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 27.3.2018; REsp. 1.622.512/RJ, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 11.10.2016).

4. Agravo Interno da Empresa a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp 819.176/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/09/2018, DJe 01/10/2018)."

A fim de que não parem quaisquer dúvidas, transcrevo o precedente nº 5009019-85.2021.4.03.0000, proferido pelo Desembargador Federal Johnson Di Salvo, TRF3 - Sexta Turma, e-DJF3 Judicial 1 data:14/03/2022, em que mantida a legitimidade passiva "*ad causam*" da CESP e da empresa Rio Paraná S/A:

Nesse sentido:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. ACP. DANO AMBIENTAL. UHE DE ILHA SOLTEIRA. SUCESSÃO PROCESSUAL INDEVIDA. CASO DE INTEGRAÇÃO À LIDE. LITISCONSÓRCIO PASSIVO FACULTATIVO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. AGRAVO INTERNO PREJUDICADO.

1. A UHE de Ilha Solteira, localizada no Rio Paraná, entre os municípios de Ilha Solteira/SP e Selvíria/MS é a terceira maior usina de energia elétrica no Brasil e a maior no Estado de São Paulo (www.aneel.gov.br). No ano de 1970, a concessão para exploração da UHE de Ilha Solteira foi outorgada à CESP pela UNIÃO FEDERAL, por meio do Decreto nº 67.066, de 17/8/1970, sendo prorrogada por mais 20 anos, de 8/7/1995 a 7/7/2015, pela Portaria nº 289/2004 do Ministério das Minas e Energia, que antecedeu o Contrato de Concessão nº 003/2004/ANEEL/CESP (processo nº 48500.005033/00-41).

2. Em 2105, a empresa CHINA THREE GORGES BRASIL ENERGIA LTDA (CTG BRASIL) /RIO PARANÁ ENERGIA S/A venceu o processo licitatório aberto pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), obtendo a concessão da UHE de Ilha Solteira por 30 anos, formalizada por meio do Contrato de Concessão nº 01/2016/MME (processo 48500.002243/2015-62), firmado em 5/1/2016

(www.aneel.gov.br). Ou seja, em 29/10/2008, quando essa ação civil pública foi ajuizada, a concessão da UHE de Ilha Solteira era da CESP e no decorrer da instrução, em 5/1/2016, passou à RIO PARANÁ ENERGIA S/A.

3. Não obstante a vasta argumentação da agravante RIO PARANÁ, e da agravada, CESP - que inclusive interpôs agravo interno -, cada qual defendendo a sua ilegitimidade passiva, ambas devem responder a ação (ACPCiv nº 0001871-26.2008.4.03.6124).

4. O dano ambiental em questão iniciou-se e tomou corpo ao tempo da CESP. E a RIO PARANÁ ENERGIA S/A, contratualmente (Contrato de Concessão nº 01/2016-MME-UHEs Ilha Solteira e Jupia), tornou-se responsável pela APP do entorno da UHE de Ilha Solteira e, nessa esteira, por eventual passivo ambiental.

5. Os deveres associados à APP, além de solidários, têm natureza propter rem, aderindo ao título de domínio ou posse, conforme entendimento sumulado pelo STJ (Súmula 623).

6. Caso de litisconsórcio passivo facultativo, competindo ao autor, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, a opção de litigar em desfavor da CESP ou da RIO PARANÁ ENERGIA S/A ou de ambas. Ocorre que, na singularidade, há divergência entre a Procuradoria da República de Andradina - que concordou com a sucessão processual da CESP pela RIO PARANÁ ENERGIA - a Procuradoria Regional da República que oficia no presente recurso - que pede a manutenção de ambas (CESP e RIO PARANÁ) no polo passivo da ACP, em litisconsórcio. Concluo que a melhor solução, na singularidade, não é sucessão processual, e sim a integração à lide. Precedentes do STJ.

7. Como bem ressaltado pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL em debate semelhante (ApCiv nº 0001396-36.2009.4.03.6124), ainda que sobre a RIO PARANÁ ENERGIA S/A, na qualidade de nova concessionária da UHE de Ilha Solteira, recaiam as obrigações de fazer atuais e prospectivas, como a efetiva reparação do dano e a fiscalização da APP, sobre a CESP permanece a responsabilidade pela degradação ambiental havida na sua gestão.

8. Esta Corte, em casos análogos, já decidiu pela manutenção da CESP e da RIO PARANÁ ENERGIA S/A, no polo passivo. Precedentes.

9. Posicionamento inicial revisto, para afastar a sucessão processual deferida na decisão recorrida, cabendo a integração à lide da agravante - RIO PARANÁ ENERGIA S/A - em litisconsórcio passivo com a CESP.

10. Agravo de instrumento parcialmente provido. Prejudicado o agravo interno.

(AGRAVO DE INSTRUMENTO..SIGLA_CLASSE: AI 5009019-85.2021.4.03.0000..PROCESSO_ANTIGO:..PROCESSO_ANTIGO_FORMATADO: ,..RELATORC:, TRF3 - 6ª Turma, Intimação via sistema DATA: 14/03/2022..FONTE_PUBLICACAO1:..FONTE_PUBLICACAO2:..FONTE_PUBLICACAO3:..)."

Portanto, rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva arguida pela CESP e pela RPESA.

Da ofensa ao contraditório e cerceamento de defesa - Preclusão

Nenhum cerceamento de defesa se configura à causa, pois, no presente caso, o ônus da prova foi invertido em desfavor do proprietário do imóvel, sendo determinado, em despacho saneador, o adiantamento dos honorários periciais,

sob pena de preclusão, com advertência de julgamento do processo no estado em que se encontrava.

Não houve impugnação por nenhuma das partes, de tal forma que, diante da inércia do proprietário em recolher os honorários, a perícia não foi realizada e a questão tornou-se acobertada pelo manto da preclusão.

Além disso, a CESP, devidamente intimada, também não se opôs aos termos da decisão saneadora, portanto, não há que se falar em nulidade ou cerceamento de defesa.

Nesse sentido:

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. FGTS. PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. PREJUDICIALIDADE PELA INÉRCIA DA EMBARGANTE. PAGAMENTO. ALEGAÇÕES GENÉRICAS.

1. Oportunizada à embargante depositar os honorários periciais provisórios para iniciar a produção da perícia, à qual se quedou inerte, caracteriza a preclusão frente ao ônus processual que lhe é imposto legalmente. Não caracterização de cerceamento de defesa.

...”

(TRF 3ª Região, QUINTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1283935 - 0006402-54.2003.4.03.6182, Rel. JUÍZA CONVOCADA LOUISE FILGUEIRAS, julgado em 06/02/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/02/2017).”

Não obstante a questão da não realização da perícia estar acobertada pela preclusão, a materialidade dos fatos está demonstrada pelos documentos juntados aos autos, permitindo julgamento adequado da causa e sem prejuízo para as partes.

Com efeito, neste momento processual, a realização de perícia é diligência prescindível pois o dano em área de preservação permanente restou comprovado por meio do Auto de Infração nº 263057 - Série D/Termo de Embargo nº 181804/C, lavrado pelo IBAMA, em que se constatou que o loteamento denominado Condomínio Porto Amaral, localizado no Município de Populina, na margem do Rio Paraná, confrontando-se como Reservatório da UHE Ilha Solteira, foi utilizado sem autorização do órgão competente em Área de Preservação Permanente do Reservatório da UHE de Ilha Solteira, com 81 M2 de área antropizada, impedindo a regeneração natural da vegetação, (ID 212721246 - pág. 4/5).

Assim, entende-se pela desnecessidade de realização de perícia, que só procrastinaria o feito, uma vez que comprovada está a existência de dano ambiental em APP.

Outrossim, as obrigações prospectivas de remoção e/ou recuperação das intervenções antrópicas existentes na APP poderá ser aferida quando da liquidação e cumprimento da sentença, nos termos do artigo 509 do CPC, realizando-se, acaso necessária, eventual perícia a fim de ser verificada a persistência da ilegalidade que deverá ser removida, nos termos do artigo 510

do mesmo Código, bem como a forma como o dano ambiental deverá ser reparado.

Ausência de interesse processual superveniente do MPF

A concessionária Rio Paraná Energia S/A aponta que não persiste o interesse processual do Ministério Público Federal no feito, tendo em vista a expedição da Licença de Operação nº 1300/2015 expedida pelo Ibama com validade até 2025, em que se delimitou a APP do entorno do reservatório da UHE Ilha Solteira como a faixa compreendida entre a cota máxima normal de operação e a cota de desapropriação e, neste sentido, tendo a CESP realizado vistoria nos ranchos atingidos e identificado que não há intervenção nesta faixa, teria se perdido o objeto da lide.

Sem razão, no entanto, vejamos.

De início, importante de menção que referida preliminar se confunde com o mérito, haja vista ainda pender discussão acerca da delimitação da APP.

Com efeito, será analisado no mérito e será determinada a reparação de danos, com a condenação dos requeridos em obrigação de não fazer (prospectiva), ou seja, não proceder à degradação da APP, além de obrigação das concessionárias em fiscalizar e tomar medidas proibitivas, desta forma tem-se que o objeto da lide se mantém (tutela mandamental prospectiva), independentemente da discussão acerca da área considerada de preservação permanente, restando clara a manutenção de interesse processual para a continuidade do feito.

As demais matérias levantadas pelos apelantes em preliminar confundem-se com o mérito, e com ele serão analisadas.

Afastadas as preliminares, passo ao exame do mérito.

Mérito:

Da delimitação da área de preservação permanente

No caso dos autos, a presente ação foi ajuizada no ano de 2009, ainda na vigência do antigo Código Florestal (Lei nº 4.771/1965).

No entanto, desde 2012, está vigente o novo Código Florestal - Lei nº 12.621/2012, com substanciais alterações no que toca a delimitação das Áreas de Preservação Permanente.

Além disso, no julgamento das ADIs nº 4.937/DF, 4.902/DF e 4.903/DF, juntamente com a ADC 42/DF, o STF declarou a constitucionalidade do novo Código Florestal.

Porém, o Ministério Público pretende ver afastada a aplicabilidade das normas do novo Código Florestal, especificamente o artigo 62, aduzindo que esse firmou novos parâmetros para delimitação de APP no entorno dos reservatórios artificiais das usinas hidrelétricas e quando da propositura da presente Ação Civil Pública a legislação que permeava o tema era a Lei nº 4.771/65 que afirmava

em seu artigo 2º, “b”, e Resolução CONAMA nº 04/1985, que as APPS ao largo de reservatórios restariam delimitadas em 100 (cem metros).

Afirma que o artigo 62 da Lei nº 12.651/2012 (Novo Código Florestal), em vigor a partir de 25 de maio de 2012, passou a considerar como área de preservação permanente no entorno dos reservatórios artificiais que foram registrados ou tiveram seus contratos de concessão ou autorização em data anterior a 25 de agosto de 2001 somente a faixa compreendida entre o nível máximo de operação até a cota *máxima maximorum*, assim compreendida como a faixa máxima alcançada pelo reservatório em períodos de grandes cheias.

Aponta que o artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, e o art. 6º, *caput* e §§ 1º a 3º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, dispõem que a norma em vigor tem efeito imediato e geral, respeitando sempre o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. Assim, a irretroatividade da lei nova é regra no silêncio da lei, mas poderá haver retroatividade, se expressa, e não ofender direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada.

Entende inviável a aplicação do art. 62 do Código Florestal ao caso concreto, porque reduziria sobremaneira a área de preservação permanente ao redor da UHE de Ilha Solteira, caracterizando evidente retrocesso ambiental, uma vez que sob a égide do Código Florestal de 1965, a área de preservação permanente ao redor de reservatórios artificiais de água destinados à geração de energia elétrica era de 100 metros.

Em outros termos, entende que aplicar a legislação atual ao presente caso seria admitir situação de retrocesso ambiental, o que é vedado em nossa ordem constitucional, devendo-se assegurar, portanto, a proteção ambiental de maior eficácia, em respeito ao direito adquirido ambiental.

No entanto, deve ser mantida a aplicação das normas do novo Código Florestal, ou seja, da regra trazida pelo artigo 62, que firmou novos parâmetros para delimitação de APP no entorno dos reservatórios artificiais das usinas hidrelétricas, isto porque a validade constitucional do referido artigo foi firmada pelo STF nas supra mencionadas ADIs 4.901; 4.902; 4.903 e 4.937, e na ADC nº 42/DF, nos seguintes termos:

“Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO AMBIENTAL. ART. 225 DA CONSTITUIÇÃO. DEVER DE PROTEÇÃO AMBIENTAL. NECESSIDADE DE COMPATIBILIZAÇÃO COM OUTROS VETORES CONSTITUCIONAIS DE IGUAL HIERARQUIA. ARTIGOS 1º, IV; 3º, II E III; 5º, *CAPUT* E XXII; 170, *CAPUT* E INCISOS II, V, VII E VIII, DA CRFB. DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL. JUSTIÇA INTERGERACIONAL. ALOCAÇÃO DE RECURSOS PARA ATENDER AS NECESSIDADES DA GERAÇÃO ATUAL. ESCOLHA POLÍTICA. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. IMPOSSIBILIDADE DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO. EXAME DE RACIONALIDADE ESTREITA. RESPEITO AOS CRITÉRIOS DE ANÁLISE DECISÓRIA EMPREGADOS PELO FORMADOR DE POLÍTICAS PÚBLICAS. INVIABILIDADE DE ALEGAÇÃO DE VEDAÇÃO AO RETROCESSO. NOVO CÓDIGO FLORESTAL. AÇÕES DIRETAS DE

INCONSTITUCIONALIDADE E AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE JULGADAS PARCIALMENTE PROCEDENTES.

1. O meio ambiente é tutelado constitucionalmente pela regra matriz do artigo 225, *caput*, da Constituição, que dispõe que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

2. O meio ambiente assume função dúplice no microssistema jurídico, na medida em que se consubstancia simultaneamente em direito e em dever dos cidadãos, os quais paralelamente se posicionam, também de forma simultânea, como credores e como devedores da obrigação de proteção respectiva.

3. O homem é parte indissociável do meio ambiente, uma vez que, por intermédio das interações genéticas biologicamente evolutivas que se sucederam nos últimos milhares de anos, o meio ambiente produziu a espécie humana, cuja vida depende dos recursos nele contidos. Nesse ponto, nem os mais significativos avanços tecnológicos permitirão ao homem, em algum momento futuro, dissociar-se do meio ambiente, na medida em que a atividade humana inventiva e transformadora depende da matéria nele contida, sob todas as suas formas, para se concretizar.

4. A capacidade dos indivíduos de desestabilizar o equilíbrio do conjunto de recursos naturais que lhes fornece a própria existência tem gerado legítimas preocupações, que se intensificaram no último século. Afinal, recursos naturais têm sido extintos; danos irreversíveis ou extremamente agressivos à natureza tornaram-se mais frequentes; disfunções climáticas são uma realidade científica; diversas formas de poluição se alastram pelos grandes centros, entre outras evidências empíricas do que se cognomina crise ambiental. Nesse íterim, o foco no crescimento econômico sem a devida preocupação ecológica consiste em ameaça presente e futura para o progresso sustentável das nações e até mesmo para a sobrevivência da espécie humana. O homem apenas progride como ser biológico e como coletividade quando se percebe como produto e não como proprietário do meio ambiente.

5. A Declaração das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, editada por ocasião da Conferência de Estocolmo, em 1972, consistiu na primeira norma a reconhecer o direito humano ao meio ambiente de qualidade.

6. Por sua vez, a Conferência Eco-92, no Rio de Janeiro, introduziu o princípio do desenvolvimento sustentável, consubstanciado na necessária composição entre o crescimento socioeconômico e o uso adequado e razoável dos recursos naturais. Essa nova perspectiva demandou aos Estados a construção de políticas públicas mais elaboradas, atentas à gestão eficiente das matérias primas, ao diagnóstico e ao controle das externalidades ambientais, bem como ao cálculo de níveis ótimos de poluição. Todos esses instrumentos atendem a perspectiva intergeracional, na medida em que o desenvolvimento sustentável estabelece uma ponte entre os impactos provocados pelas gerações presentes e o modo como os recursos naturais estarão disponíveis para as gerações futuras.

7. A recente Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Natural (Rio+20), em 2012, agregou ao debate a ideia de governança ambiental global.

8. Paralelamente a esses marcos, são incontáveis os documentos internacionais bilaterais e multilaterais que tem disciplinado questões específicas do meio ambiente. Exemplificadamente, cito a Convenção para Prevenção da Poluição Marinha por Fontes Terrestres (1974), a Convenção para Proteção dos Trabalhadores contra Problemas Ambientais (1977), a Convenção sobre Poluição Transfronteiriça (1979), o Protocolo sobre Áreas Protegidas e Fauna e Flora (1985), a Convenção sobre Avaliação de Impacto Ambiental em Contextos Transfronteiriços (1991), a Convenção da Biodiversidade (1992), o Protocolo de Quioto (1997), dentre outros.

9. Essa movimentação política de âmbito global tem despertado os Estados nacionais e a coletividade para a urgência e a importância da causa ambiental. Comparativamente, 150 constituições atualmente em vigor tratam da proteção ao meio ambiente em seus textos. No Brasil, não obstante constituições anteriores tenham disciplinado aspectos específicos relativos a alguns recursos naturais (água, minérios etc), a Carta de 1988 consistiu em marco que elevou a proteção integral e sistematizada do meio ambiente ao status de valor central da nação. Não à toa, a comunidade internacional a apelidou de Constituição Verde, considerando-a a mais avançada do mundo nesse tema.

10. O caráter transnacional e transfronteiriço das causas e dos efeitos da crise ambiental demanda dos Estados, dos organismos internacionais e das instituições não governamentais, progressivamente, uma atuação mais articulada para transformar a preservação da natureza em instrumento de combate à pobreza e às desigualdades.

11. Por outro lado, as políticas públicas ambientais devem conciliar-se com outros valores democraticamente eleitos pelos legisladores como o mercado de trabalho, o desenvolvimento social, o atendimento às necessidades básicas de consumo dos cidadãos etc. Dessa forma, não é adequado desqualificar determinada regra legal como contrária ao comando constitucional de defesa do meio ambiente (art. 225, *caput*, CRFB), ou mesmo sob o genérico e subjetivo rótulo de retrocesso ambiental, ignorando as diversas nuances que permeiam o processo decisório do legislador, democraticamente investido da função de apaziguar interesses conflitantes por meio de regras gerais e objetivas.

12. Deveras, não se deve desprezar que a mesma Constituição protetora dos recursos ambientais do país também exorta o Estado brasileiro a garantir a livre iniciativa (artigos 1º, IV, e 170) e o desenvolvimento nacional (art. 3º, II), a erradicar a pobreza e a marginalização, a reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III; art. 170, VII), a proteger a propriedade (art. 5º, *caput* e XXII; art. 170, II), a buscar o pleno emprego (art. 170, VIII; art. 6º) e a defender o consumidor (art. 5º, XXXII; art. 170, V) etc.

13. O desenho institucional das políticas públicas ambientais suscita o duelo valorativo entre a tutela ambiental e a tutela do desenvolvimento, tendo como centro de gravidade o bem comum da pessoa humana no cenário de escassez. É dizer, o desenvolvimento econômico e a preservação do meio ambiente não são políticas intrinsecamente antagônicas.

14. A análise de compatibilidade entre natureza e obra humana é ínsita à ideia de desenvolvimento sustentável, expressão popularizada pelo relatório Brundtland, elaborado em 1987 pela Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento. A mesma organização eficiente dos recursos disponíveis que conduz ao progresso econômico, por meio da aplicação do

capital acumulado no modo mais produtivo possível, é também aquela capaz de garantir o racional manejo das riquezas ambientais em face do crescimento populacional. Por conseguinte, a proteção ao meio ambiente, no contexto de um desenvolvimento sustentável, não equivale a uma visão estática dos bens naturais, que pugna pela proibição de toda e qualquer mudança ou interferência em processos ecológicos ou correlatos. A história humana e natural é feita de mudanças e adaptações, não de condições estáticas ou de equilíbrio.

15. A preservação dos recursos naturais para as gerações futuras não pode significar a ausência completa de impacto do homem na natureza, consideradas as carências materiais da geração atual e também a necessidade de gerar desenvolvimento econômico suficiente para assegurar uma travessia confortável para os nossos descendentes.

16. Meio ambiente e Desenvolvimento Econômico encerram conflito aparente normativo entre diversas nuances, em especial a justiça intergeracional, demandando escolhas trágicas a serem realizadas pelas instâncias democráticas, e não pela convicção de juízes, por mais bem-intencionados que sejam. (REVESZ, Richard L.; STAVINS, Robert N. *Environmental Law. In: Handbook of Law and Economics*. A. Mitchell Polinsky; Steven Shavell (ed.). V. 1. Boston: Elsevier, 2007. p. 507)

17. A Jurisdição Constitucional encontra óbice nos limites da capacidade institucional dos seus juízes, notadamente no âmbito das políticas públicas, cabendo ao Judiciário a análise racional do escrutínio do legislador, consoante se colhe do julgado da Suprema Corte Americana FCC v. Beach Communications, Inc. 508 U.S. 307 (1993), em que se consignou que a escolha do legislador não está sujeita ao escrutínio empírico dos Tribunais e pode se basear em especulações racionais não embasadas em provas ou dados empíricos (*Legislative choice is not subject to courtroom factfinding and may be based on rational speculation unsupported by evidence or empirical data*).

18. A capacidade institucional, ausente em um cenário de incerteza, impõe auto-contenção do Judiciário, que não pode substituir as escolhas dos demais órgãos dos Estado por suas próprias escolhas (VERMEULE, Adrian. *Laws Abnegation*. Cambridge: Harvard University Press, 2016. p. 130, 134-135)

19. O Princípio da vedação do retrocesso não se sobrepõe ao princípio democrático no afã de transferir ao Judiciário funções inerentes aos Poderes Legislativo e Executivo, nem justifica afastar arranjos legais mais eficientes para o desenvolvimento sustentável do país como um todo.

20. A propósito, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal demonstra deferência judicial ao planejamento estruturado pelos demais Poderes no que tange às políticas públicas ambientais. No julgamento do Recurso Extraordinário nº 586.224/SP (Rel. ministro Luiz Fux, julgamento em 05/03/2016), apreciou-se o conflito entre lei municipal proibitiva da técnica de queima da palha da cana-de-açúcar e a lei estadual definidora de uma superação progressiva e escalonada da referida técnica. Decidiu a Corte que a lei do ente menor, apesar de conferir aparentemente atendimento mais intenso e imediato ao interesse ecológico de proibir queimadas, deveria ceder ante a norma que estipulou um cronograma para adaptação do cultivo da cana-de-açúcar a métodos sem a utilização do fogo. Dentre os fundamentos utilizados, destacou-se a necessidade de acomodar, na formulação da política pública, outros interesses igualmente legítimos, como os efeitos sobre o

mercado de trabalho e a impossibilidade do manejo de máquinas diante da existência de áreas cultiváveis acidentadas. Afastou-se, assim, a tese de que a norma mais favorável ao meio ambiente deve sempre prevalecer (*in dubio pro natura*), reconhecendo-se a possibilidade de o regulador distribuir os recursos escassos com vistas à satisfação de outros interesses legítimos, mesmo que não promova os interesses ambientais no máximo patamar possível. Idêntica lição deve ser transportada para o presente julgamento, a fim de que seja refutada a aplicação automática da tese de vedação ao retrocesso para anular opções validamente eleitas pelo legislador.

21. O Código Florestal ostenta legitimidade institucional e democrática, sendo certo que a audiência pública realizada nas presentes ações apurou que as discussões para a aprovação da Lei questionada se estenderam por mais de dez anos no Congresso Nacional. Destarte, no âmbito do Parlamento, mais de 70 (setenta) audiências públicas foram promovidas com o intuito de qualificar o debate social em torno das principais modificações relativas ao marco regulatório da proteção da flora e da vegetação nativa no Brasil. Consectariamente, além da discricionariedade epistêmica e hermenêutica garantida ao Legislativo pela Constituição, também militam pela autocontenção do Judiciário no caso em tela a transparência e a extensão do processo legislativo desenvolvido, que conferem legitimidade adicional ao produto da atividade do Congresso Nacional.

22. Apreciação pormenorizada das impugnações aos dispositivos do novo Código Florestal (Lei nº 12.651/2012): (a) Art. 3º, inciso VIII, alínea b, e inciso IX (Alargamento das hipóteses que configuram interesse social e utilidade pública): As hipóteses de intervenção em áreas de preservação permanente por utilidade pública e interesse social devem ser legítimas e razoáveis para compatibilizar a proteção ambiental com o atendimento a outros valores constitucionais, a saber: prestação de serviços públicos (art. 6º e 175 da CRFB); políticas agrícola (art. 187 da CRFB) e de desenvolvimento urbano (art. 182 da CRFB); proteção de pequenos produtores rurais, famílias de baixa renda e comunidades tradicionais; o incentivo ao esporte (art. 217 da CRFB), à cultura (art. 215 da CRFB) e à pesquisa científica (art. 218 da CRFB); e o saneamento básico (artigos 21, XX, e 23, IX, da CRFB). O regime de proteção das áreas de preservação permanente (APPs) apenas se justifica se as intervenções forem excepcionais, na hipótese de inexistência de alternativa técnica e/ou locacional. No entanto, o art. 3º, inciso IX, alínea g, limitou-se a mencionar a necessidade de comprovação de alternativa técnica e/ou locacional em caráter residual, sem exigir essa circunstância como regra geral para todas as hipóteses. Essa omissão acaba por autorizar interpretações equivocadas segundo as quais a intervenção em áreas de preservação permanente é regra, e não exceção. Ademais, não há justificativa razoável para se permitir intervenção em APPs para fins de gestão de resíduos e de realização de competições esportivas estaduais, nacionais ou internacionais, sob pena de subversão da prioridade constitucional concedida ao meio ambiente em relação aos demais bens jurídicos envolvidos nos dispositivos respectivos; Conclusão: (i) interpretação conforme à Constituição aos incisos VIII e IX do artigo 3º da Lei n. 12.651/2012, de modo a se condicionar a intervenção excepcional em APP, por interesse social ou utilidade pública, à inexistência de alternativa técnica e/ou locacional à atividade proposta, e (ii) declaração de inconstitucionalidade das expressões gestão de resíduos e instalações necessárias à realização de competições

esportivas estaduais, nacionais ou internacionais, do artigo 3º, VIII, b, da Lei n. 12.651/2012; (b) Art. 3º, XVII, e art. 4º, IV (Exclusão das nascentes e dos olhos d'água intermitentes das áreas de preservação permanente): Interpretações diversas surgem da análise sistemática dos incisos I e IV do artigo 4º da Lei n. 12.651/2017. Embora o artigo 4º, inciso IV, apenas tenha protegido o entorno de nascentes e olhos d'água perenes, o art. 4º, inciso I, protege, como áreas de preservação permanente, as faixas marginais de qualquer curso d'água natural perene e intermitente, excluídos os efêmeros (grifo nosso). *In casu*, a polissemia abrange duas interpretações: a primeira inclui as nascentes e os olhos d'água intermitentes como APPs; a segunda os exclui. Assim, cabe ao STF selecionar a interpretação que melhor maximize a eficácia das normas constitucionais. Considerando que o art. 225, §1º, da Constituição Federal, determina que incumbe ao Poder Público preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e promover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas, a interpretação mais protetiva deve ser selecionada. O Projeto de Lei n. 350/2015 (Autoria do Dep. Fed. Sarney Filho), em trâmite perante a Câmara Federal, prevê alteração nesse sentido no novo Código Florestal. A proteção das nascentes e olhos d'água é essencial para a existência dos cursos d'água que deles se originam, especialmente quanto aos rios intermitentes, muito presentes em áreas de seca e de estiagem; Conclusão: interpretação conforme ao artigo 4º, inciso IV, da Lei n. 12.651/2017, com vistas a reconhecer que os entornos das nascentes e dos olhos d'água intermitentes configuram área de preservação permanente (APP); (c) Art. 3º, XIX (Alteração do conceito de leito regular): A legislação em vigor tão somente modificou o marco para a medição da área de preservação ambiental ao longo de rios e cursos d'água, passando a ser o leito regular respectivo, e não mais o seu nível mais alto. O legislador possui discricionariedade para modificar a metragem de áreas de preservação ambiental, na medida em que o art. 225, § 1º, III, da Constituição, expressamente permite que a lei altere ou suprima espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos; Conclusão: declaração de constitucionalidade do art. 3º, XIX, do novo Código Florestal; (d) Art. 3º, parágrafo único (Extensão do tratamento dispensado à pequena propriedade ou posse rural familiar aos imóveis com até 4 módulos fiscais): O tamanho da propriedade em módulos fiscais é critério legítimo para a incidência das normas especiais sobre Áreas de Preservação Permanente e de Reserva Legal previstas nos artigos 52 e seguintes do novo Código Florestal, quanto mais quando em concurso com outras formalidades, como a inscrição no cadastro ambiental rural (CAR) e o controle e a fiscalização dos órgãos ambientais competentes. Ademais, o módulo fiscal não consiste em unidade de medida baseada apenas no tamanho da propriedade imobiliária, uma vez que reúne uma série de outros critérios socioeconômicos que, uma vez conjugados, atendem às noções de razoabilidade e de equidade atinentes às especificidades da agricultura familiar. Por outro lado, a exigência de demarcação de terras indígenas e da titulação das áreas de povos e comunidades tradicionais, como pressuposto para a aplicação do aludido regime especial, viola o art. 231 da CF e o art. 68 da ADCT. A demarcação e a titulação de territórios têm caráter meramente declaratório e não constitutivo, pelo que o reconhecimento dos direitos respectivos, inclusive a aplicação de regimes ambientais diferenciados, não pode depender de formalidades que nem a própria Constituição determinou, sob pena de violação da isonomia e

da razoabilidade; Conclusão: Declaração de inconstitucionalidade das expressões demarcadas e tituladas, do art. 3º, parágrafo único, da Lei n. 12.651/2012; (e) Art. 4º, inciso III e §§ 1º e 4º (Áreas de preservação permanente no entorno de reservatórios artificiais que não decorram de barramento de cursos d'água naturais e de reservatórios naturais ou artificiais com superfície de até um hectare): As alegações dos requerentes sugerem a falsa ideia de que o novo Código Florestal teria extinto as APPs no entorno dos reservatórios d'água artificiais, decorrentes de barramento ou represamento de cursos d'água naturais. No entanto, esses espaços especialmente protegidos continuam a existir, tendo a lei delegado ao órgão que promover a licença ambiental do empreendimento a tarefa de definir a extensão da APP, consoante as especificidades do caso concreto. Essa opção legal evita os inconvenientes da solução one size fits all e permite a adequação da norma protetiva ao caso concreto. Por sua vez, a pretensão de constitucionalização da metragem de Área de Proteção Permanente estabelecida na lei revogada ofende o princípio democrático e a faculdade conferida ao legislador pelo art. 225, § 1º, III, da Constituição, segundo o qual compete à lei alterar, ou até mesmo suprimir, espaços territoriais especialmente protegidos. Pensamento diverso transferiria ao Judiciário o poder de formular políticas públicas no campo ambiental. Conclusão: Declaração de constitucionalidade do art. 4º, III e §§ 1º e 4º, do novo Código Florestal; (f) Art. 4º, § 5º (Uso agrícola de várzeas em pequenas propriedades ou posses rurais familiares): O dispositivo em referência admite o uso agrícola de várzeas na pequena propriedade ou posse rural familiar, assim entendida aquela explorada mediante o trabalho pessoal do agricultor familiar e empreendedor familiar rural, incluindo os assentamentos e projetos de reforma agrária, e que atenda ao disposto no art. 3º da Lei nº 11.326/2006. Não cabe ao Judiciário criar requisitos extras para a permissão legal já estabelecida, limitando os sujeitos beneficiados a comunidades tradicionais ou até mesmo proibindo a utilização de agrotóxicos. A possibilidade excepcional do uso agrícola de várzeas é compatível com a otimização da produtividade sustentável em consonância com realidade dos pequenos produtores do país, sendo a definição de requisitos gerais e abstratos tarefa a ser exercida, por excelência, pelo Poder Legislativo; Conclusão: Declaração da constitucionalidade do art. 4º, §5º, do novo Código Florestal; (g) Art. 4º, incisos I, II, e §6º (Permissão do uso de APPs à margem de rios e no entorno de lagos e lagoas naturais para implantar atividades de aquicultura: O uso de áreas de preservação permanente à margem de rios (art. 4º, I) e no entorno de lagos e lagoas naturais (art. 4º, II) para atividades de aquicultura não encontra óbice constitucional. O legislador estabeleceu rígidos critérios para a admissão da referida atividade, a serem perquiridos em concreto pelo órgão ambiental competente. Havendo autorização legal restrita a pequenas e médias propriedades, proibição a novas supressões de vegetação nativa, necessidade de inscrição no Cadastro Ambiental Rural (CAR), exigência de compatibilidade com os respectivos planos de bacia ou planos de gestão de recursos hídricos, bem como imposição de práticas sustentáveis de manejo de solo e água e de recursos hídricos, é de concluir-se pela plena legitimidade do regime jurídico criado pelo novo Código Florestal, à luz do preceito constitucional que consagra a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente (art. 186, II, da CRFB); Conclusão: Declaração de constitucionalidade do art. 4º, § 6º, do novo Código Florestal; (h) Artigos 5º,

caput e §§ 1º e 2º, e 62 (Redução da largura mínima da APP no entorno de reservatórios d'água artificiais implantados para abastecimento público e geração de energia): O estabelecimento legal de metragem máxima para áreas de proteção permanente no entorno de reservatórios d'água artificiais constitui legítima opção de política pública ante a necessidade de compatibilizar a proteção ambiental com a produtividade das propriedades contíguas, em atenção a imperativos de desenvolvimento nacional e eventualmente da própria prestação do serviço público de abastecimento ou geração de energia (art. 175 da CF). Por sua vez, a definição de dimensões diferenciadas da APP em relação a reservatórios registrados ou contratados no período anterior à MP nº 2166-67/2001 se enquadra na liberdade do legislador para adaptar a necessidade de proteção ambiental às particularidades de cada situação, em atenção ao poder que lhe confere a Constituição para alterar ou suprimir espaços territoriais especialmente protegidos (art. 225, § 1º, III). Trata-se da fixação de uma referência cronológica básica que serve de parâmetro para estabilizar expectativas quanto ao cumprimento das obrigações ambientais exigíveis em consonância com o tempo de implantação do empreendimento; Conclusão: Declaração de constitucionalidade dos artigos 5º, *caput* e §§ 1º e 2º, e 62, do novo Código Florestal; (i) Artigos 7º, § 3º, e 17, *caput* e § 3º (Desnecessidade de reparação de danos ambientais anteriores a 22.08.2008 para a obtenção de novas autorizações para suprimir vegetação em APPs e para a continuidade de atividades econômicas em RLs): o legislador tem o dever de promover transições razoáveis e estabilizar situações jurídicas consolidadas pela ação do tempo ao edificar novos marcos legislativos, tendo em vista que a Constituição da República consagra como direito fundamental a segurança jurídica (art. 5º, *caput*). O novo Código Florestal levou em consideração a salvaguarda da segurança jurídica e do desenvolvimento nacional (art. 3º, II, da CRFB) ao estabelecer uma espécie de marco zero na gestão ambiental do país, sendo, conseqüentemente, constitucional a fixação da data de 22 de julho de 2008 como marco para a incidência das regras de intervenção em Área de Preservação Permanente ou de Reserva Legal; Conclusão: Declaração de constitucionalidade do art. 7º, § 3º, e do art. 17, *caput* e § 3º, da Lei n. 12.651/2012 (vencido o Relator); (j) Art. 8º, § 2º (Possibilidade de intervenção em restingas e manguezais para a execução de obras habitacionais e de urbanização em áreas urbanas consolidadas ocupadas por população de baixa renda): Ao possibilitar a intervenção em restingas e manguezais para a execução de obras habitacionais e de urbanização em áreas urbanas consolidadas ocupadas por população de baixa renda, o legislador promoveu louvável compatibilização entre a proteção ambiental e os vetores constitucionais de erradicação da pobreza e da marginalização, e redução das desigualdades sociais (art. 3º, IV, da CRFB); de promoção do direito à moradia (art. 6º da CRFB); de promover a construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico (art. 23, IX, da CRFB); de combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos (art. 23, X, da CRFB); e de estabelecer política de desenvolvimento urbano para ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes (art. 182 da CRFB). Ademais, os empreendimentos respectivos devem sempre vir acompanhados de estudos de impacto ambiental e medidas compensatórias, além das medidas de fiscalização

administrativa, consoante a determinação constitucional. Ante a previsão legal desses requisitos estritos e plenamente razoáveis, considerados os interesses em jogo, exige-se do Judiciário uma postura de autocontenção, em homenagem à função constitucionalmente garantida ao Legislativo para resolver conflitos de valores na formulação de políticas públicas. Conclusão: Declaração de constitucionalidade do artigo 8º, § 2º, do novo Código Florestal; (k) Art. 11 (Possibilidade de manejo florestal sustentável para o exercício de atividades agrossilvipastoris em áreas de inclinação entre 25 e 45 graus): A admissão do manejo florestal sustentável e do exercício de atividades agrossilvipastoris em áreas de inclinação entre 25º e 45º se insere na margem de discricionariedade do legislador, máxime quando estabelecidos critérios para a autorização dessas práticas, exigindo dos órgãos ambientais a fiscalização da observância de boas práticas agronômicas, bem como vedando a conversão de novas áreas para as atividades mencionadas. Além disso, a legislação anterior já admitia atividades extrativas nessas áreas de inclinação, estabelecendo como restrição apenas a cláusula aberta da utilização racional. Nesse particular, as atividades agrossilvipastoris, em aperfeiçoamento das práticas agrícolas ortodoxas, são destinadas à otimização das vocações produtivas e ambientais na atividade agrícola; Conclusão: Declaração de constitucionalidade do artigo 11 do novo Código Florestal; (l) Art. 12, §§ 4º e 5º (Possibilidade de redução da Reserva Legal para até 50% da área total do imóvel em face da existência, superior a determinada extensão do Município ou Estado, de unidades de conservação da natureza de domínio público e de terras indígenas homologadas): A redução excepcional e facultativa da área de Reserva Legal em face de existência de unidades de conservação da natureza de domínio público e terras indígenas homologadas acomoda o atendimento de diversos interesses igualmente salvaguardados pela Carta Magna, como a proteção do meio ambiente (art. 225), o reconhecimento dos direitos dos índios (art. 231), o desenvolvimento nacional (art. 3º, II), a redução das desigualdades regionais (art. 3º, III) e a preservação dos entes federativos menores (art. 18). O Judiciário não é órgão dotado de expertise ou legitimidade democrática para definir percentuais de espaços territoriais especialmente protegidos, à medida que o próprio art. 225, § 1º, III, da Constituição atribui essa definição ao Executivo e ao Legislativo. A redução da área de Reserva Legal ocorre em graduação deveras razoável: de 80% (oitenta por cento) para até 50% (cinquenta por cento). Quando o poder público estadual optar pela redução, deverá ouvir o Conselho Estadual de Meio Ambiente, órgão estadual responsável pela análise da viabilidade ecológica dessa iniciativa, e possuir Zoneamento Ecológico-Econômico aprovado. Relativamente aos Municípios, as normas impugnadas visam a possibilitar uma alternativa institucional de manutenção da viabilidade e autonomia da municipalidade que tenha sua área sensivelmente afetada por iniciativa dos Estados (mediante a criação de unidades de conservação estadual), ou da União (seja pela instituição de unidades federais de proteção ambiental, seja pela homologação de terras indígenas). Trata-se, a rigor, de uma cláusula legal que protege o ente municipal de indevida intervenção estadual para além das cláusulas taxativas do art. 35 do texto constitucional; Conclusão: Declaração de constitucionalidade do artigo 12, §§ 4º e 5º, do novo Código Florestal; (m) Art. 12, §§ 6º, 7º e 8º (Dispensa de reserva legal para exploração de potencial de energia hidráulica e construção ou ampliação de rodovias e ferrovias): Na hipótese, a dispensa de reserva legal resulta de

opção do legislador amparada pelos benefícios gerados quanto à satisfação dos objetivos constitucionais de prestação de serviços de energia elétrica e de aproveitamento energético dos cursos de água (art. 21, XII, b, da CRFB), de exploração dos potenciais de energia hidráulica (art. 176 da CRFB), de atendimento do direito ao transporte (art. 6º da CRFB) e de integração das regiões do país (art. 43, § 1º, I). Ademais, o novo Código Florestal não afastou a exigência de licenciamento ambiental, com estudo prévio de impacto, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente (art. 225, § 1º, IV, da Constituição); Conclusão: Declaração da constitucionalidade do artigo 12, §§ 6º, 7º e 8º, do novo Código Florestal; (n) Art. 68 (Dispensa de os proprietários que realizaram supressão de vegetação nativa respeitando os percentuais da legislação revogada se adaptarem às regras mais restritivas do novo Código Florestal): A aplicação da norma sob a regra *tempus regit actum* para fins de definição do percentual de área de Reserva Legal encarta regra de transição com vistas à preservação da segurança jurídica (art. 5º, *caput*, da Constituição). O benefício legal para possuidores e proprietários que preservaram a vegetação de seus imóveis em percentuais superiores ao exigido pela legislação anterior, consistente na possibilidade de constituir servidão ambiental, Cota de Reserva Ambiental e outros instrumentos congêneres, traduz formato de política pública inserido na esfera de discricionariedade do legislador; Conclusão: Declaração de constitucionalidade do artigo 68 do Código Florestal; (o) Art. 13, § 1º (Possibilidade de redução da reserva legal para até 50% da área total do imóvel rural): A redução ou aumento da Reserva Legal pelo poder público federal, por indicação do Zoneamento Ecológico-Econômico estadual, para fins de regularização em imóveis com área rural consolidada na Amazônia Legal, valoriza as particularidades das áreas, com o intuito de fixar alternativas de uso e gestão que oportunizam as vantagens competitivas do território, contempladas variadas atividades de preservação e desenvolvimento em níveis nacional, regional e local; Conclusão: Declaração de constitucionalidade do artigo 13, § 1º, do novo Código Florestal; (p) Art. 15 (Possibilidade de se computar as Áreas de Preservação Permanente para cômputo do percentual da Reserva Legal, em hipóteses legais específicas): As Áreas de Preservação Permanente são zonas específicas nas quais se exige a manutenção da vegetação, como restingas, manguezais e margens de cursos d'água. Por sua vez, a Reserva Legal é um percentual de vegetação nativa a ser mantido no imóvel, que pode chegar a 80% (oitenta por cento) deste, conforme localização definida pelo órgão estadual integrante do Sisnama à luz dos critérios previstos no art. 14 do novo Código Florestal, dentre eles a maior importância para a conservação da biodiversidade e a maior fragilidade ambiental. Em regra, consoante o *caput* do art. 12 do novo Código Florestal, a fixação da Reserva Legal é realizada sem prejuízo das áreas de preservação permanente. Entretanto, a incidência cumulativa de ambos os institutos em uma mesma propriedade pode aniquilar substancialmente a sua utilização produtiva. O cômputo das Áreas de Preservação Permanente no percentual de Reserva Legal resulta de legítimo exercício, pelo legislador, da função que lhe assegura o art. 225, § 1º, III, da Constituição, cabendo-lhe fixar os percentuais de proteção que atendem da melhor forma os valores constitucionais atingidos, inclusive o desenvolvimento nacional (art. 3º, II, da CRFB) e o direito de propriedade (art. 5º, XXII, da CRFB). Da mesma forma, impedir o cômputo das áreas de

preservação permanente no cálculo da extensão da Reserva Legal equivale a tolher a prerrogativa da lei de fixar os percentuais de proteção que atendem da melhor forma os valores constitucionais atingidos; Conclusão: Declaração de constitucionalidade do artigo 15 do Código Florestal; (q) Art. 28 (Proibição de conversão de vegetação nativa para uso alternativo do solo no imóvel rural que possuir área abandonada): A ausência de vedação específica à conversão para uso alternativo do solo em áreas subutilizadas ou mal utilizadas não ofende a Constituição, mercê de o legislador ter transferido ao órgão ambiental competente a tarefa de apreciar a forma de utilização do imóvel ao decidir sobre o requerimento de autorização para a referida conversão; Conclusão: Declaração de constitucionalidade do artigo 28 do novo Código Florestal; (r) Arts. 44; 48, § 2º; e 66, §§ 5º e 6º (Cota de Reserva Ambiental CRA): A Cota de Reserva Ambiental (CRA) consiste em mecanismo de incentivos em busca da proteção ambiental, não se limitando às tradicionais e recorrentemente pouco efetivas regras de imposições e proibições (command-and-control), por meio da criação de ativos correspondentes à preservação dos recursos ecológicos, de modo que qualquer tipo de degradação da natureza passa também a ser uma agressão ao próprio patrimônio. As soluções de mercado (market-based) para questões ambientais são amplamente utilizadas no Direito Comparado e com sucesso, a exemplo do sistema de permissões negociáveis de emissão de carbono (European Union Permission Trading System ETS). Um grande caso de sucesso é o comércio internacional de emissões de carbono, estruturado em cumprimento aos limites de emissões fixados pelo Protocolo de Kyoto. A União Europeia, por exemplo, estabeleceu em 2005 um sistema de permissões negociáveis de emissão de carbono, especificando os limites que cada poluidor deve atender, os quais são reduzidos periodicamente (European Union Permission Trading System ETS). Ao final de cada ano, as companhias devem possuir permissões suficientes para atender às toneladas de dióxido de carbono e outros gases de efeito estufa emitidos, sob pena de pesadas multas. Dessa forma, a possibilidade de negociação (cap-and-trade) incentiva a redução de emissões como um todo e, ao mesmo tempo, possibilita que os cortes sejam feitos em setores nos quais isso ocorra com o menor custo. Nesse sentido, além de atender aos ditames do art. 225 da Constituição, no que se refere à proteção do meio ambiente, esse instrumento introduzido pelo novo Código Florestal também satisfaz o princípio da eficiência, plasmado no art. 37, *caput*, da Carta Magna. Por fim, a necessidade de compensação entre áreas pertencentes ao mesmo bioma, bem como a possibilidade de compensação da Reserva Legal mediante arrendamento da área sob regime de servidão ambiental ou Reserva Legal, ou, ainda, por doação de área no interior de unidade de conservação, são preceitos legais compatíveis com a Carta Magna, decorrendo de escolha razoável do legislador em consonância com o art. 5º, *caput* e XXIV, da Constituição; Conclusão: Declaração de constitucionalidade dos artigos 44, e 66, §§ 5º e 6º, do novo Código Florestal; Interpretação conforme a Constituição ao art. 48, §2º, para permitir compensação apenas entre áreas com identidade ideológica (vencido o relator); (s) Arts. 59 e 60 (Programas de Regularização Ambiental - PRAs): Os Programas de Regularização Ambiental (PRAs) promovem transição razoável entre sistemas legislativos, revelando técnica de estabilização e de regularização das situações jurídicas já utilizada em outras searas do Direito brasileiro que igualmente envolvem a proteção de bens jurídicos igualmente indisponíveis.

Eventual mora dos entes federados na regulamentação dos PRAs deverá ser combatida pelas vias próprias, não fulminando de inconstitucionalidade a previsão do novo Código Florestal. Necessidade de resguardar a interrupção da prescrição punitiva durante a execução do PRA, mediante interpretação conforme dos dispositivos questionados. Conclusão: Interpretação conforme do artigo 59, §§4º e 5º, de modo a afastar, no decurso da atuação de compromissos subscritos nos Programas de Regularização Ambiental, o risco de decadência ou prescrição, seja dos ilícitos ambientais praticados antes de 22.07.2008, seja das sanções dele decorrentes, aplicando-se extensivamente o disposto no §1º do art. 60 da Lei 12.651/2012 (vencido o relator); Declaração de constitucionalidade do artigo 60 da Lei n. 12.651/2012 (vencido o relator); (t) Art. 66, § 3º (Possibilidade de plantio intercalado de espécies nativas e exóticas para recomposição de área de Reserva Legal): Não existem elementos empíricos que permitam ao Judiciário afirmar, com grau de certeza, que a introdução de espécies exóticas compromete a integridade dos atributos de áreas de Reserva Legal. Tampouco há provas científicas de que utilização de espécies exóticas para o reflorestamento de biomas sempre prejudica as espécies nativas ou causa desequilíbrio no habitat. A autorização legal para a recomposição de áreas de Reserva Legal com plantio intercalado de espécies pode ser justificada em diversas razões de primeira e de segunda ordem: pode ser que o conhecimento da composição original da floresta nativa seja de difícil apuração; a espécie exótica pode apresentar crescimento mais rápido, acelerando a recuperação da floresta; a literatura científica pode conferir mais certeza sobre as características da espécie exótica, como a sua interação com outras espécies ou resposta a pragas, em contraposição ao possível desconhecimento do comportamento da espécie nativa etc. Todos esses elementos devem ser considerados pelo órgão competente do Sisnama ao estabelecer os critérios para a recomposição da Reserva Legal, consoante o cronograma estabelecido pelo art. 66, § 2º, do novo Código Florestal. É defeso ao Judiciário, sob pena de nociva incursão em tarefa regulatória especializada, impor ao Administrador espécies de plantas a serem aplicadas em atividades de reflorestamento. Conclusão: Declaração de constitucionalidade do artigo 66, § 3º, do Código Florestal; (u) Arts. 61-A, 61-B, 61-C, 63 e 67 (Regime das áreas rurais consolidadas até 22.07.2008): O Poder Legislativo dispõe de legitimidade constitucional para a criação legal de regimes de transição entre marcos regulatórios, por imperativos de segurança jurídica (art. 5º, *caput*, da CRFB) e de política legislativa (artigos 21, XVII, e 48, VIII, da CRFB). Os artigos 61-A, 61-B, 61-C, 63 e 67 da Lei n. 12.651/2012 estabelecem critérios para a recomposição das Áreas de Preservação Permanente, de acordo com o tamanho do imóvel. O tamanho do imóvel é critério legítimo para definição da extensão da recomposição das Áreas de Preservação Permanente, mercê da legitimidade do legislador para estabelecer os elementos norteadores da política pública de proteção ambiental, especialmente à luz da necessidade de assegurar minimamente o conteúdo econômico da propriedade, em obediência aos artigos 5º, XXII, e 170, II, da Carta Magna, por meio da adaptação da área a ser recomposta conforme o tamanho do imóvel rural. Além disso, a própria lei prevê mecanismos para que os órgãos ambientais competentes realizem a adequação dos critérios de recomposição para a realidade de cada nicho ecológico; Conclusão: Declaração de constitucionalidade dos artigos 61-A, 61-B, 61-C, 63 e 67 do Código Florestal;

(v) Art. 78-A (Condicionamento legal da inscrição no Cadastro Ambiental Rural CAR para a concessão de crédito agrícola): O condicionamento legal da inscrição no Cadastro Ambiental Rural (CAR) para a concessão de crédito agrícola é um incentivo para que proprietários e possuidores de imóveis rurais forneçam informações ambientais de suas propriedades, a fim de compor base de dados para controle, monitoramento, planejamento ambiental e econômico e combate ao desmatamento. Não há norma constitucional que proíba a concessão de crédito para agricultores sem inscrição em cadastro de cunho ambiental, enquadrando-se a implementação do aludido condicionamento em zona de discricionariedade legislativa; Conclusão: Declaração de constitucionalidade do artigo 78-A do Código Florestal.

23. Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 4901, 4902, 4903 e 4937 e Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 42 julgadas parcialmente procedentes.

(ADC 42, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 28/02/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-175 DIVULG 12-08-2019 PUBLIC 13-08-2019)."

No mesmo sentido, aplicando a nova disposição codificada aos fatos pretéritos:

"EMENTA: DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADC 42, ADI 4.901, ADI 4.902, ADI 4.903 e ADI 4.937. CONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA LEI 12.651/2012. INEXISTÊNCIA DE QUESTÃO LEGAL OU INFRACONSTITUCIONAL DE CONFLITO DE LEIS NO TEMPO.

1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADC 42 e das ADIs 4.901; 4.902; 4.903 e 4.937, Rel. Min. Luiz Fux, analisou a constitucionalidade de dispositivos da Lei 12.651/2012.

2. A não aplicação desses dispositivos, sob o argumento de que o novo código não poderia alcançar fatos pretéritos, resulta esvaziamento da eficácia da referida norma, cuja validade constitucional foi afirmada por este Tribunal.

3. Agravo interno a que se nega provimento.

(ARE 1322337 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 11/11/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-235 DIVULG 26-11-2021 PUBLIC 29-11-2021)"

Nesse sentido, a não aplicação de dispositivos da Lei nº 12.651/2012 sob o argumento de que o novo Código não poderia alcançar fatos pretéritos resultaria em esvaziamento da referida norma, cuja validade constitucional foi afirmada pelo STF.

Ademais, julgar de forma diversa seria declarar obliquamente a inconstitucionalidade do Novo Código Florestal, decisão que abriria ensejos, perante o STF, de Reclamação para restabelecimento da autoridade da matéria decidida na ADI.

Nesta toada verifica-se que o entendimento do STF é claro quando declara a constitucionalidade do artigo 62 do Novo Código Florestal que estabelece nova regra para fins de apuração de metragem de APP nos seguintes termos:

“Art. 62. Para os reservatórios artificiais de água destinados a geração de energia ou abastecimento público que foram registrados ou tiveram seus contratos de concessão ou autorização assinados anteriormente à Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001, a faixa da Área de Preservação Permanente será a distância entre o nível máximo operativo normal e a cota *máxima maximorum*.”

Com efeito, esta Corte Regional tem decidido, com base no entendimento da E. Corte Superior, que o artigo 62 do Novo Código Florestal tem aplicação pretérita já que o dispositivo, cuja constitucionalidade foi declarada, em sua literalidade, define novos parâmetros às áreas de preservação permanente: “*Para os reservatórios artificiais de água destinados a geração de energia ou abastecimento público que foram registrados ou tiveram seus contratos de concessão ou autorização assinados anteriormente à MP nº 2.166-67 de 2001*”, sendo este o caso da UHE de Ilha Solteira, tendo em vista que esta foi outorgada à CESP por meio do Decreto nº 67.066, de 17/08/1970.

Como supramencionado, a concessão da UHE de Ilha Solteira foi outorgada à CESP, à época sob a denominação Centrais Elétricas de São Paulo S/A, por meio do Decreto nº 67.066, de 17/8/1970, cuja concessão foi prorrogada por mais 20 anos pela Portaria MME 289/2004, portanto, antes da MP 2.166-67 de 2001.

Neste sentido deve ser aplicado, por força do caráter vinculante, o entendimento firmado pelo STF na ADI e na ADCS mencionadas.

Marco temporal

O IBAMA e a UNIÃO FEDERAL alegam que o artigo 62 da Lei nº 12.651/2012 só seria aplicável em áreas consolidadas até 22/7/2008, (ou seja, somente quando não delimitada anteriormente a APP), conforme previsto no *caput* do artigo 61-A do mesmo diploma legal e após esse marco temporal a faixa de APP a ser considerada é a definida no licenciamento ambiental do empreendimento, onde não houver ocupação antrópica, nos termos dos artigos 4º, III, e 5º, da Lei nº 12.651/2012, explicitando que outra interpretação equivaleria a um salvo conduto para novas invasões/edificações em APP de reservatórios artificiais, a qual também não deve prevalecer, por ausência de previsão legal.

Defendem que o marco temporal para aplicação do art. 62 do Novo Código Florestal, seja a data de 22/07/2008, ou então, subsidiariamente, 28/05/2012 (data da entrada em vigor do novo Código Florestal).

A discussão se limita, então, a incidir para fins da extensão da APP, se prevalece o artigo 5º, *caput*; ou o artigo 62, ambos do novo Código Florestal. Para tanto, o Juízo deve declarar o *discrímen* aplicável, a saber, se o marco temporal relativo ao registro do reservatório de água (ou a assinatura do contrato de concessão) se qualifica como anterior ou posterior à vigência da MP 2.166/2001 (24/08/2001).

Vejam os artigos 4º, III, 5º e 61-A:

“Art. 4º Considera-se Área de Preservação Permanente, em zonas rurais ou urbanas, para os efeitos desta Lei:

(...)

III - as áreas no entorno dos reservatórios d'água artificiais, decorrentes de barramento ou represamento de cursos d'água naturais, na faixa definida na licença ambiental do empreendimento;” (...)

“Art. 5º Na implantação de reservatório d'água artificial destinado a geração de energia ou abastecimento público, é obrigatória a aquisição, desapropriação ou instituição de servidão administrativa pelo empreendedor das Áreas de Preservação Permanente criadas em seu entorno, conforme estabelecido no licenciamento ambiental, observando-se a faixa mínima de 30 (trinta) metros e máxima de 100 (cem) metros em área rural, e a faixa mínima de 15 (quinze) metros e máxima de 30 (trinta) metros em área urbana.” (...)

“Art. 61-A. Nas Áreas de Preservação Permanente, é autorizada, exclusivamente, a continuidade das atividades agrossilvipastoris, de ecoturismo e de turismo rural em áreas rurais consolidadas até 22 de julho de 2008. (Incluído pela Lei nº 12.727, de 2012). (Vide ADIN Nº 4.937) (Vide ADC Nº 42) (Vide ADIN Nº 4.902) ”

No que diz respeito à Área de Preservação Permanente no entorno de reservatórios artificiais de água, o novo Código Florestal, no artigo 4º, III, artigo 5º, e no já mencionado artigo 62, previu três extensões distintas, a depender da circunstância fática:

“Artigo 4º, III: no entorno dos reservatórios d'água artificiais, decorrentes de barramento ou represamento de cursos d'água naturais, a faixa definida na licença ambiental do empreendimento.

Artigo 5º: no entorno de reservatório d'água artificial destinado a geração de energia ou abastecimento público, conforme estabelecido no licenciamento ambiental, observando-se a faixa mínima de 30 (trinta) metros e máxima de 100 (cem) metros em área rural, e a faixa mínima de 15 (quinze) metros e máxima de 30 (trinta) metros em área urbana.

Artigo 62: no entorno de reservatórios artificiais de água destinados a geração de energia ou abastecimento público que foram registrados ou tiveram seus contratos de concessão ou autorização assinados anteriormente à Medida Provisória 2.166-67/2001, a distância entre o nível máximo operativo normal e a cota “*máxima maximorum*”.

Especificamente no que toca aos reservatórios de água destinados à produção de energia que foram registrados ou tiveram concessões autorizadas antes de 24 de agosto de 2001 (início da vigência da MP 2.166/2001), a APP foi desde logo delimitada como sendo a faixa compreendida entre o nível máximo

operativo normal e a cota *máxima maximorum*, assim compreendida como a faixa máxima alcançada pelo reservatório em períodos de grandes cheias.

No caso dos autos a assinatura do contrato de concessão da UHE de Ilha Solteira é anterior a 2001.

Portanto, não subsiste as alegações no sentido de que o artigo 62 teria lugar somente quando não delimitada anteriormente a APP, ou seja, em áreas consolidadas até 22/07/2008, conforme previsto no artigo 61-A do mesmo Diploma Legal, ou em casos em que houvesse ocupações antrópicas na extensão geral do artigo 5º, *caput* e nos termos do artigo 4º, da Lei nº 12.651/2012.

Isto porque a legislação é clara ao estabelecer, como único critério para aplicação da exceção à regra geral, o marco temporal da MP 2.661/2001, descabendo ao Poder Judiciário inovar e trazer critérios diversos do previsto legalmente para indicar a aplicação de um ou outro critério.

O artigo 62 do Código Florestal não faz alusão ao marco temporal do artigo 61-A, em 22/07/2008, portanto referida data deve ser afastada.

Ainda, não há que se falar em aplicação subsidiária a data da entrada em vigor do novo código florestal, qual seja, 28/05/2012, posto que o registro ou concessão da UHE de Ilha Solteira é anterior a 2001, exatamente nos termos do disposto no artigo 62.

No mesmo contexto não há que se falar em interpretação de cunho generalista porque o imóvel em discussão é de propriedade de Júlio Galbiatti Júnior e outros, cuja construção foi erguida em área de preservação permanente em loteamento denominado “Condomínio Porto Amaral”, localizado no Município de Populina, na margem do Rio Paraná, confrontando-se com o reservatório da UHE de Ilha Solteira, cujo imóvel fora adquirido em 1998, em que os danos ambientais foram constatados por meio do Auto de Infração 263057- Série D/Termo de Embargo nº 181804/C, lavrado pelo IBAMA, (ID. 212721246 - pág. 4/5 e 212721259 - pág. 8/9)

Do dano ambiental e suas consequências

O meio ambiente ecologicamente equilibrado é bem comum de uso do povo, cabendo ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo.

A Constituição Federal trata da proteção ao meio ambiente em seu art. 225, *in verbis*:

“Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I – preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e dos ecossistemas;

II – preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III – definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

(...)

VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.” (grifos nossos)”

No que concerne às Áreas de Proteção Permanente, o Código Florestal, Lei 12.651/2012, em seu art. 4º, I, “c”, VI e VII, e artigo 62, estabelecem que, *in verbis*:

“Art. 4º Considera-se Área de Preservação Permanente, em zonas rurais ou urbanas, para os efeitos desta Lei:

I - as faixas marginais de qualquer curso d’água natural, desde a borda da calha do leito regular, em largura mínima de:

a) 30 (trinta) metros, para os cursos d’água de menos de 10 (dez) metros de largura;

b) 50 (cinquenta) metros, para os cursos d’água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura;

c) 100 (cem) metros, para os cursos d’água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura;

d) 200 (duzentos) metros, para os cursos d’água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros de largura;

e) 500 (quinhentos) metros, para os cursos d’água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros; (...) VI - as restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues; VII - os manguezais, em toda a sua extensão;”

“Art. 62. Para os reservatórios artificiais de água destinados a geração de energia ou abastecimento público que foram registrados ou tiveram seus contratos de concessão ou autorização assinados anteriormente à Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001, a faixa da Área de Preservação Permanente será a distância entre o nível máximo operativo normal e a cota *máxima maximorum*.

A presente ação civil pública objetiva a restauração do equilíbrio ecológico em virtude da ocorrência de danos ao meio ambiente, ocasionados por interferência em área de preservação ambiental. Tais danos decorrem das construções irregulares pelo demandado, Sr. Júlio Galbiatti Júnior e outros, denominados rancheiros.

O suporte fático que ensejou a propositura da ação civil pública foi a constatação de construções irregulares não autorizadas em área de preservação permanente, descritas no auto de infração lavrado pelo Ibama no loteamento

denominado “Condomínio Porto Amaral”, localizado no Município de Populina, na Margem do rio Paraná, confrontando-se com o reservatório da UHE Ilha Solteira.

O imóvel em questão possui 289,12M2 de área total, com 81M2 de área autuada sobre Área de Preservação Permanente, sendo que o IBAMA notificou o proprietário da irregularidade da edificação, lavrando Auto de Infração nº263057/D e Termo de Embargo, (ID.212721246- pág. 4/5).

Importante de menção que as impugnações apresentadas em sede de contestação e em apelação, não são em relação à ausência do dano, como consequência, não há controvérsia nos autos quanto à existência de danos, ou dos limites legais do terreno, ficando inconteste que o rancheiro invadiu área de preservação permanente, consoante Auto de Infração e Termo de embargo juntado aos autos.

No que diz respeito à reparação do dano ao meio ambiente, o ordenamento jurídico pátrio agasalha a responsabilidade objetiva e impõe o dever de recomposição integral dos prejuízos por parte dos agentes infratores.

A responsabilidade por dano ambiental, portanto, possui evidenciado caráter objetivo, sendo necessária a presença do nexo e do dano, independentemente do caráter volitivo do agente (dolo/culpa).

Conforme disposto no § 3º do art. 225: *“As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”*

A Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, nº 6.938/81, cujo art. 14, § 1º, afirma: *“o poluidor é obrigado, independentemente de existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade”*.

Por sua vez, o art. 3º, IV, da referida lei, define poluidor como *“a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental.”*

Já o art. 4º, VII, dispõe que a Política Nacional do Meio Ambiente visará *“à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados, e ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos”*.

Consoante entendimento do STJ, o sistema jurídico de proteção ao meio ambiente, disciplinado em normas constitucionais (CF, art. 225, § 3º) e infraconstitucionais (Lei 6.938/81, arts. 2º e 4º), está fundado, entre outros, nos princípios da prevenção, do poluidor-pagador e da reparação integral.

A Lei nº 6.938/81, recepcionada pelo texto constitucional de 1988, prevê a responsabilidade civil objetiva do infrator das normas ambientais, ao estabelecer que *“é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade”*

Dos princípios da prevenção, do poluidor-pagador e da reparação integral decorrem, para os destinatários (Estado e comunidade), deveres e obrigações de variada natureza, comportando prestações pessoais, positivas e negativas (fazer e não fazer), bem como de pagar quantia (indenização dos danos insuscetíveis de recomposição *in natura*), prestações essas que não se excluem, mas, pelo contrário, se cumulam, se for o caso. (REsp 605323 / MG; RECURSO ESPECIAL 2003/0195051-9 Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI).

Ademais, ressalta-se que tal entendimento foi firmado pelo STJ por meio do rito previsto no art. 543-C, do CPC/73 (Recurso Especial Representativo de Controvérsia), no sentido de que *“a responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato”* (...) (REsp 1374284/MG).

A responsabilidade objetiva ambiental significa que quem danificar o ambiente tem o dever jurídico de repará-lo.

Mister enfatizar que a obrigação de recuperar a degradação ambiental abrange aquele que é titular da propriedade do imóvel, mesmo que não seja de sua autoria a deflagração do dano, tendo em conta sua natureza *propter rem* (Neste sentido, v., p. ex., REsp 343.741/PR, Rel. Min. Franciulli Netto, DJU 7.10.2002; REsp 745.363/PR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJU 18.10.2007; e REsp 453.875/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 11.11.2009).

No caso dos autos, não há dúvidas sobre a ocorrência de dano ambiental, visto que as construções foram realizadas em APP, o que alterou as características do meio ambiente, por meio de degradação, razão pela qual é devida a indenização.

Por oportuno, anoto que embora não tenha sido efetuada a perícia, conforme mencionado alhures, as construções em área de preservação permanente foram confirmadas, conforme amplamente demonstrado pelo Auto de Infração, portanto, o dano ambiental deve ser reparado e a extensão da intervenção em APP será apurada em sede de liquidação de sentença.

Da solidariedade na reparação do dano ambiental

A responsabilidade civil pela reparação dos danos ambientais adere à propriedade como obrigação *propter rem*, sendo possível cobrar do atual proprietário as condutas derivadas de danos provocados pelos proprietários antigos, sem prejuízo da cumulação de obrigações de indenizar, não fazer e fazer (Precedentes: STJ, 1ª Turma, AgRg no REsp 1.254.935, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 28.3.2014; STJ, 2ª Turma, REsp 1.227.139, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 13.4.2012).

Conforme retro mencionado, nos termos do art. 225, §3º, da Constituição Federal c/c art. 14, §1º e art. 3º, IV da Lei 6.938/81, havendo mais de um causador, todos responderão solidariamente pela reparação do meio ambiente.

O dano ambiental provocado pelos réus descrito na inicial pelo MPF constatou que, *“a permanência das edificações e a utilização de antrópica do local impede o restabelecimento da vegetação na APP ao redor do reservatório, podendo trazer danos ambientais decorrentes do lançamento de efluentes (esgotos) e da utilização do lago da usina sem o competente licenciamento ambiental”*

Portanto, os danos ambientais foram ocasionados por aqueles que, direta, ou indiretamente contribuíram para a degradação do meio ambiente.

O(s) rancheiro(s) por ter(em) construído em área de preservação permanente, com degradação do solo, impedindo a regeneração das gramíneas e demais vegetação.

O Município de Populina por ter autorizado o loteamento incentivando a edificação em área em área sabidamente proibida e protegida pela legislação e Resolução do IBAMA.

A CESP titular da concessão Pública na exploração econômica do reservatório, geradora de energia elétrica, por ter permitido o uso irregular de área de proteção permanente, não impedindo nem fiscalizando a obra dentro da área de preservação, sendo que o dano se iniciou ao seu tempo.

A Rio Paraná Energia S/A por ter sucedido a CESP, respondendo da mesma forma que esta.

Portanto, devem ser providas as apelações do MPF e do IBAMA para reconhecer a responsabilidade solidária de todos os corréus na reparação do dano ambiental.

Do plano de recuperação ambiental

No que pertine ao pedido subsidiário de aprovação de um Plano de Recuperação Ambiental (recuperação da área degradada), sob a orientação do IBAMA, tal pleito se mostra plenamente compatível com a natureza do dano causado ao meio ambiente, sob pena de ocorrer o agravamento de tal situação.

Com efeito, a condenação do poluidor em obrigação de fazer conforme decidido em sentença *“destruir e remover qualquer intervenção antrópica existente dentro da APP do imóvel objeto da lide, para fins de recuperação natural da vegetação nativa degradada”*, imposta diretamente aos rancheiros e, de maneira subsidiária, aos demais requeridos, não é suficiente para recuperar a área degradada, portanto, todos os requeridos devem ser condenados na recomposição da área afetada, mediante o reflorestamento e práticas de adequação ambiental devidamente definidos em projeto/plano de recuperação a ser apresentado pelos proprietários do imóvel e aprovação pelos órgãos ambientais, tal como requerido na petição inicial, portanto o recurso do MPF deve ser provido quanto ao ponto.

Neste sentido:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL. CONSTRUÇÃO EM APP. DEGRADAÇÃO AMBIENTAL COMPROVADA. QUESTÕES ANALISADAS. OMISSÕES. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC/73 NÃO CARACTERIZADA. OCUPAÇÃO EM APP. DEGRADAÇÃO AMBIENTAL CONSTATADA. EFETIVA REPARAÇÃO. NECESSIDADE. PRECEDENTES.

I - Na origem, o Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou ação civil pública ambiental com o objetivo de compelir os réus na obrigação de não fazer obras em continuidade às já existentes em imóvel situado em APP, onde não teriam sido devidamente observadas as regras ambientais pertinentes, bem como na obrigação de reparar os danos já causados.

II - As questões foram devidamente analisadas pelo Tribunal *a quo*, em decisão fundamentada, não se evidenciando as omissões apontadas, sendo de rigor o afastamento da apontada violação do art. 535 do CPC/73.

III - O acórdão recorrido é claro ao reconhecer a ocupação em APP, bem como a existência de degradação ambiental na hipótese dos autos, não sendo o caso de incidência do óbice sumular n. 7/STJ.

IV - Nos termos da jurisprudência firmada por esta Corte de Justiça, o princípio que rege as condenações por lesões ao meio ambiente é o da máxima recuperação do dano, não incidindo nessa situação, nenhuma excludente de responsabilidade. Precedentes: REsp n. 176.753/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 11/11/2009; RESP n. 1.374.284/MG. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 11/12/2013, entre outros.

V - Os réus devem ser condenados, também, à reparação integral dos danos ambientais relacionados à demolição de toda edificação em APP; à indenização pelos danos ambientais irreparáveis; e, à realização do abandono da APP do entorno do reservatório mantido pelo acórdão recorrido, efetuando-se o licenciamento com projeto de recuperação da área degradada.

VI - Agravo conhecido, com o provimento do recurso especial. (AREsp 1093640/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/05/2018, DJe 21/05/2018)

Ante o exposto, rejeito as preliminares e, no mérito, dou parcial provimento às apelações do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E DO IBAMA e nego provimento às apelações da UNIÃO FEDERAL, da CESP e da RIO PARANÁ ENERGIA S/A, tudo, nos termos da fundamentação.

É como voto.

Direito Civil



APELAÇÃO CÍVEL **0024634-83.2014.4.03.6100**

Apelante: RAPHAEL STORTI

Apeladas: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, SAHYUN EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES EIRELI, CONSTRUTORA KADESH LTDA - ME

Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO ALESSANDRO DIAFERIA

Disponibilização do Acórdão: DJEN 11/05/2023

EMENTA

DIREITO CIVIL E CONSUMIDOR. COMPRA DE IMÓVEL EM FEIRÃO DA CASA PRÓPRIA PROMOVIDO PELA CEF. RELAÇÃO DE CONSUMO RECONHECIDA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. RECUSA DE CONCESSÃO DE FINANCIAMENTO À INCORPORADORA E À CONSTRUTORA RESPONSÁVEIS PELO EMPREENDIMENTO. ANÁLISE DE RISCO DE CRÉDITO FEITA A DESTEMPO. DANOS MATERIAIS E MORAIS CONFIGURADOS. RECURSO PROVIDO EM PARTE.

1. Da documentação acostada à inicial, resta nítido o papel da Caixa Econômica Federal como intermediadora do negócio jurídico entabulado entre a incorporadora imobiliária e a autora, ficando evidente, ainda, que a CEF colaborou na divulgação e alavancou a comercialização do empreendimento “Edifício Calábria”, abrindo espaço para a Construtora Sahyun no seu “Feirão da Casa Própria”.

2. Por conseguinte, a instituição financeira integra a relação jurídica de direito material discutida nestes autos, sendo patente sua legitimidade para figurar no polo passivo da demanda.

3. É certo o dever de a Caixa Econômica indenizar a parte autora em razão da responsabilidade civil objetiva própria das instituições financeiras, em face da submissão aos ditames do Código de Defesa do Consumidor, conforme entendimento pacífico da jurisprudência pátria, inclusive sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça: “*Súmula 297. O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras*”.

4. Deveras, à guisa de teoria geral do ilícito civil, a configuração deste imprescinde do concurso de elementos fundamentais, dentre os quais o nexo de causalidade entre o resultado, produzido no mundo naturalístico, e o agente/imputado/causador.

5. Da análise dos autos, restou comprovada a configuração da responsabilidade objetiva da CEF, ante a existência de conduta ilícita de sua parte, pois violadora das normas protetivas consumeristas, bem

como diante da configuração de prejuízos materiais e morais sofridos pela parte autora, ora apelante.

6. Da análise dos autos, restou comprovada a configuração da responsabilidade objetiva da CEF, ante a existência de conduta ilícita de sua parte, pois violadora das normas protetivas consumeristas, bem como diante da configuração de prejuízos materiais e morais sofridos pela parte autora, ora apelante.

7. O autor celebrou contrato de promessa de compra e venda de imóvel na planta, oferecido ao público consumidor por meio de feirão de imóveis promovido pela CEF. O financiamento necessário para a realização do empreendimento seria também concedido pela instituição financeira ora apelante, conforme carta de garantia de ID 270590678 (Págs. 96/98).

8. Posteriormente à formalização do contrato pelo autor, a CEF recusou a liberação dos recursos financeiros à construtora e à incorporadora, sob o argumento de que foram encontradas pendências impeditivas da concessão do crédito por elas pleiteado.

9. Não obstante, da Carta de Garantia, formalizada em dezembro de 2009, entre a CEF e as corrés Sahyun e Kadesh, a instituição financeira se comprometeu a conceder o crédito necessário para a realização do empreendimento imobiliário, não existindo menção à possibilidade de que a concessão do financiamento às corrés fosse obstada por análise posterior de crédito dessas pessoas jurídicas.

10. Do exposto, fica claro que a CEF se obrigou, por meio da propaganda veiculada junto ao mercado consumidor em geral – e em relação à parte autora em particular – a liberar o financiamento à construtora e à incorporadora assim que assinado o contrato de aquisição do imóvel com a parte interessada. Assumiu o compromisso, ademais, de garantir a entrega do imóvel pronto e acabado, tudo isso nos termos do artigo art. 30 do Código de Defesa do Consumidor.

11. O material de divulgação do programa de aquisição de moradias pela CEF gerou a legítima e justa expectativa no público consumidor acerca da conclusão da obra, não sendo lícito à instituição financeira pretender se eximir de tal responsabilidade, à luz da legislação consumerista, de todo aplicável ao caso.

12. Presença de culpa da instituição financeira na escolha de seus parceiros comerciais, o que veio a ensejar os prejuízos sofridos pela parte autora, sendo de rigor a sua responsabilização.

13. Quanto ao dano moral, é nítido que a não entrega do bem imóvel pretendido pela parte autora, diante da posterior negativa de concessão, pela CEF, do financiamento à construtora e à incorporadora, em clara violação à propaganda efetivada pela instituição financeira por ocasião do feirão por ela promovido, constitui violação à esfera extrapatrimonial do autor consubstanciada em

situação que vai muito além de um mero dissabor da vida cotidiana, sendo pertinente, portanto, a indenização.

14. Fixado o *quantum debeatur* indenizatório no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, além disso, a penalidade não busca tão somente um conforto monetário por quem sofreu a lesão, mas também impor o sentimento de cautela a quem praticou o ato lesivo, deste modo, refletindo o entendimento jurisprudencial.

15. Em razão da reforma da sentença, condenadas as corrés CEF e Sahyun ao pagamento de honorários em favor do requerente, no importe de 10% (dez por cento) do proveito econômico obtido, a serem rateados proporcionalmente entre elas.

16. Apelação parcialmente provida para reconhecer a responsabilidade solidária da CEF e condenar as apeladas ao pagamento de indenização por danos morais.

ACÓRDÃO

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. JUIZ FEDERAL CONVOCADO ALESSANDRO DIAFERIA (*Relator*): Trata-se de recurso de apelação interposto por Raphael Storti em face da sentença que julgou parcialmente procedente o pedido formulado pela parte autora, em ação de indenização por danos materiais e morais, decorrentes da não entrega de imóvel cuja construção incumbiria às corrés Sahyun Empreendimentos e Participações Ltda e Construtora Kadesh Ltda, com financiamento da Caixa Econômica Federal.

O MM. Juízo *a quo* extinguiu o feito, sem resolução do mérito, com fulcro no art. 485, VI, do CPC em relação à corré Construtora Kadesh Ltda. e condenar as rés à restituição dos valores dispendidos pelo autor: a Sahyun Empreendimentos e Participações Eireli em decorrência da corretagem do contrato de Promessa de Compra e Venda, de R\$ 4.536,00 a título de comissão imobiliária, e a Caixa Econômica Federal em R\$ 530,00 a título de Taxa de Agente Financeiro, acrescidos de correção monetária e juros de mora contados ambos das datas dos respectivos pagamentos, por se tratar de responsabilidade extracontratual (Súmulas 43 e 54 do STJ).

Por fim, condenou as rés, na proporção de 50% para cada uma, ao pagamento de honorários advocatícios ao autor no percentual de 10% sobre o valor da condenação (restituição dos valores pagos), e o autor, em 10% sobre o valor da causa na proporção da improcedência, devidos também na proporção de 50% para cada ré, ambos com atualização nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal desde a data da propositura da ação até a do efetivo pagamento, sendo que o pagamento por parte do autor fica suspenso nos termos do artigo 98, §3º do CPC. Custas *ex lege*.

Em suas razões recursais, o autor pugna pela responsabilização solidária da instituição financeira no presente caso, bem como a condenação das apeladas ao pagamento de indenização por danos morais a ser arbitrado nos termos da petição inicial (ID 270590887).

Com contrarrazões da CEF (ID 270590893) vieram os autos a este E. Tribunal.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. JUIZ FEDERAL CONVOCADO ALESSANDRO DIAFERIA (Relator): Anoto, de início, que da documentação acostada à inicial, resta nítido o papel da CEF como intermediadora do negócio jurídico entabulado entre a incorporadora imobiliária e o autor. Dos documentos de ID 270590678 (Págs. 87 e 99/115), fica evidente que a CEF colaborou na divulgação e alavancou a comercialização do empreendimento “Edifício Calábria”, abrindo espaço para a Construtora Sahyun no seu “Feirão da Casa Própria”.

Por conseguinte, a CEF integra a relação jurídica de direito material discutida nestes autos, sendo patente sua legitimidade para figurar no polo passivo da demanda.

Nesse sentido:

“COMPRA DE IMÓVEL EM FEIRÃO DA CASA PRÓPRIA PROMOVIDO PELA CEF. RELAÇÃO DE CONSUMO. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA.

- Os documentos juntados aos autos permitem aferir que embora a CEF não tenha estabelecido relação contratual direta com a autora, atuou como intermediadora do negócio jurídico entabulado entre a incorporadora imobiliária e a requerente, colaborando na divulgação do empreendimento “Edifício Calábria”, abrindo espaço para a Construtora no seu “Feirão da Casa Própria” e oferecendo-lhe carta de garantia de crédito, na qual se comprometia a financiar a cada um dos adquirentes até 100% do valor da unidade habitacional do empreendimento, sendo patente sua legitimidade para figurar no polo passivo destes autos. (...)

- Apelação desprovida.”

(TRF3, 2ª Turma, AC nº. 0022814-29.2014.4.03.6100, Rel. Des. Fed. JOSÉ CARLOS FRANCISCO, julgado em 07/12/2021, publicado em 21/01/2022)

É certo o dever de a Caixa Econômica indenizar a parte autora em razão da responsabilidade civil objetiva própria das instituições financeiras, em face da submissão aos ditames do Código de Defesa do Consumidor, conforme entendimento pacífico da jurisprudência pátria, inclusive sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça: “*Súmula 297. O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras*”.

Nesta linha, o Código Civil em seu artigo 927, parágrafo único também definiu que haverá obrigação de reparar o dano, independente 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:

“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.”

Deveras, à guisa de teoria geral do ilícito civil, a configuração deste imprescinde do concurso de elementos fundamentais, dentre os quais o nexo de causalidade entre o resultado, produzido no mundo naturalístico, e o agente/imputado/causador.

Além disso, o fornecedor de serviços responde independentemente da existência de culpa pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, nos termos do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor.

Pois bem.

Da análise dos autos, restou comprovada a configuração da responsabilidade objetiva da CEF, ante a existência de conduta ilícita de sua parte, pois violadora das normas protetivas consumeristas, bem como diante da configuração de prejuízos materiais e morais sofridos pela parte autora, ora apelante.

Conforme contrato de ID 270590678 (Págs. 44/51), o autor celebrou contrato de promessa de compra e venda de imóvel na planta, oferecido ao público consumidor por meio de feirão de imóveis promovido pela CEF. O financiamento necessário para a realização do empreendimento seria também concedido pela instituição financeira ora apelante, conforme carta de garantia de ID 270590678 (Págs. 96/98).

Posteriormente à formalização do contrato pelo autor, a CEF recusou a liberação dos recursos financeiros à construtora e à incorporadora, sob o

argumento de que foram encontradas pendências impeditivas da concessão do crédito por elas pleiteado.

Não obstante, da Carta de Garantia, formalizada em dezembro de 2009 entre a CEF e as corrés Sahyun e Kadesh, a instituição financeira se comprometeu a conceder o crédito necessário para a realização do empreendimento imobiliário, não existindo menção à possibilidade de que a concessão do financiamento às corrés fosse obstada por análise posterior de crédito dessas pessoas jurídicas.

Ressalto, por oportuno, que do material de divulgação do programa da CEF para aquisição da casa própria, constam expressamente, as seguintes afirmações, *verbis*:

"(...) A execução das obras do empreendimento é realizada por Construtora contratada pela CAIXA, que se responsabiliza pela entrega dos imóveis concluídos e legalizados. (...)" – ID 270590678 – Pág. 111; "(...) Mesmo financiando o imóvel na planta, é a CAIXA quem garante a entrega. (...)" – ID 270590678 – Pág. 118; "(...) IX – LIBERAÇÃO DE FINANCIAMENTO. No mesmo dia que você assina o contrato, o valor do financiamento é depositado em conta-corrente do vendedor, na CAIXA. Esse depósito fica bloqueado até a entrega à CAIXA do contrato registrado em cartório. (...)" – ID 270590678 – Pág. 127.

Do exposto, fica claro que a CEF se obrigou, por meio da propaganda veiculada junto ao mercado consumidor em geral – e em relação à parte autora em particular – a liberar o financiamento à construtora e à incorporadora assim que assinado o contrato de aquisição do imóvel com a parte interessada. Assumiu o compromisso, ademais, de garantir a entrega do imóvel pronto e acabado, tudo isso nos termos do artigo art. 30 do Código de Defesa do Consumidor, que assim dispõe:

"Art. 30. *Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.*" (grifos nossos)

O material de divulgação do programa de aquisição de moradias pela CEF gerou a legítima e justa expectativa no público consumidor acerca da conclusão da obra, não sendo lícito à instituição financeira pretender se eximir de tal responsabilidade, à luz da legislação consumerista, de todo aplicável ao caso.

Anoto que a recusa posterior da CEF em liberar o crédito para a incorporadora, nos termos anteriormente acordados, se deu com base no seguinte entendimento, exposto pela CEF no documento de ID 270590712 (Págs. 57/58):

“(...) Assunto: Parecer da análise de risco de crédito da construtora

Referência: Edifício Calábria

Prezado Senhor,

1. Conforme conclusão da reavaliação da Construtora Kadesh Ltda. e Sahyun Empreendimentos e Participações Ltda. expedida em 11/01/2011 pela área de análise de risco de crédito informamos a reprovação de ambas as construtoras, tendo em vista os apontamentos abaixo:

CONSTRUTORA KADESH LTDA:

- Margem Operacional Líquida Insuficiente;
- Apontamentos no SCR em valor relevante nos últimos 06 meses;
- Faturamento de valor insuficiente;
- Apontamentos no Sistema Jurídico.

SAHYUN EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA:

- Margem Operacional Líquida insuficiente;
- Apontamentos no SCR em valor relevante nos últimos 06 meses;
- Faturamento de valor insuficiente;
- Apontamentos no Sistema Jurídico;
- Indicação de unidades do Edifício em referência e a serem financiadas pela Caixa em demanda judicial contra a construtora. (...)”

Do exposto, além da configuração da responsabilidade objetiva e solidária da CEF, nos termos do CDC, pelos danos decorrentes da não conclusão da obra “Edifício Calábria”, oferecida ao mercado consumidor por meio do “Feirão da Casa Própria”, saliento, por relevante – e em que pese ser despiciendo para a configuração da responsabilidade objetiva aqui tratada – a presença de culpa da instituição financeira na escolha de seus parceiros comerciais, o que veio a ensejar os prejuízos sofridos pela parte autora.

Realmente, a verificação das condições financeiras e de regularidade jurídica da construtora e da incorporadora deveria ter sido empreendida pela CEF antes de dar início ao oferecimento, para os consumidores, do empreendimento imobiliário, e não somente em 2011 (data do ofício supramencionado), depois de já comercializadas diversas unidades habitacionais.

Em arremate, tendo a CEF promovido o feirão para aquisição do imóvel, e se comprometido, de modo expresso, a realizar o financiamento necessário à realização do empreendimento, além de ter garantido a entrega da obra pronta e acabada, de rigor sua responsabilização, devendo ser reformada a sentença ora recorrida.

No que concerne à demonstração dos danos materiais, como bem pontuou o magistrado de primeiro grau:

“(...) quanto aos alegados danos materiais consistentes na perda de uma chance/lucros cessantes, mesma sorte não assiste ao autor.

Isso porque não houve finalização do negócio jurídico, *sequer tendo havido por parte do autor os pagamentos iniciais relativos ao imóvel*, tais como entrada por recursos próprios, sinal e princípio de pagamento, etc, ou ainda formalizado o financiamento bancário, manteve-se a transação no campo das expectativas. A rigor apenas se ficou no campo do que a doutrina denomina

de negociações preliminares que até podem ensejar direito à indenização todavia se presente a má-fé o que não se vê presente no caso na medida que o empreendimento foi inviabilizado por não aprovação perfeitamente justificável diante de aparente inidoneidade da construtora.

Para a configuração da perda de uma chance ou do lucro cessante, é necessário que o prejuízo não seja imaginado ou hipotético, mas sim, certo e específico, passível de quantificação, o que não se dá no presente caso. ”.

No caso, comprovado o pagamento realizado pelo autor à título de comissão à Imobiliária Family no valor de R\$ 4.536,00, além da taxa cobrada pelo agente da Caixa no valor de R\$ 530,00. *Referido montante deve ser indenizado, solidariamente, pelas partes (Sahyun e CEF).*

Quanto ao dano moral, o artigo 5º, inciso X da Constituição Federal garante, expressamente, a todos que sofram violação do direito à imagem, à intimidade, à vida privada e à honra, a indenização por danos morais.

Como bem elucidado em Sentença, o dano moral está ligado umbilicalmente ao sentimento de ofensa à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, sendo um reflexo social de ultraje, decorrente de conduta antijurídica, como no caso em tela.

Pela impossibilidade de retorno ao *status quo ante*, a reparação do dano moral deve ter cunho compensatório e, ainda, para desestimular novas condutas danosas, pedagógico, sempre tendo por base o princípio da razoabilidade, a fim de evitar o enriquecimento sem causa, nem represente incentivo à empresa para novas infrações. Deve, então, ser estimado de modo prudente, com a necessária sensibilidade para a extensão do dano causado e a gravidade da ação culposa.

Entendo que, *in casu*, é nítido que a não entrega do bem imóvel pretendido pela parte autora, diante da posterior negativa de concessão, pela CEF, do financiamento à construtora e à incorporadora, em clara violação à propaganda efetivada pela instituição financeira por ocasião do feirão por ela promovido, constitui violação à esfera extrapatrimonial do autor consubstanciada em situação que vai muito além de um mero dissabor da vida cotidiana, sendo pertinente, portanto, a indenização.

A jurisprudência norteia e dá os parâmetros para a fixação da correspondente reparação. Desta forma, orienta o Superior Tribunal de Justiça a aplicação das indenizações por dano moral, segundo o critério da razoabilidade e do não enriquecimento despropositado, nos seguintes moldes, *in verbis*:

“A indenização por dano moral deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, devendo o arbitramento operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte empresarial das partes, às suas atividades comerciais e, ainda, ao valor do negócio. Há de orientar-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de suas experiências e do bom senso, atento à realidade da vida, notadamente à situação econômica atual e às

peculiaridades de cada caso.” (STJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *in* RT 776/195)

A fixação do valor a compensação por danos extrapatrimoniais deve levar em consideração o interesse jurídico lesado pelo ato ilícito, tendo em vista os parâmetros fixados pela jurisprudência acerca da matéria, bem como, em um segundo momento, as particularidades do caso concreto, atentando-se para a gravidade do fato analisado, à culpabilidade do agente, à eventual culpa concorrente da vítima e à condição econômica das partes.

Assim, em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, ora fixo a indenização no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), além disso, a penalidade não busca tão somente um conforto monetário por quem sofreu a lesão, mas também impor o sentimento de cautela a quem praticou o ato lesivo, deste modo, refletindo o entendimento jurisprudencial.

Feitas tais considerações, tendo em vista a reforma, em parte, da sentença e considerando a sucumbência mínima do autor, condeno as corréis CEF e Sahyun ao pagamento de honorários em favor do requerente, no importe de 10% (dez por cento) do proveito econômico obtido, a serem rateados proporcionalmente entre elas.

Ante o exposto, *dou parcial provimento* ao recurso de apelação, nos termos da fundamentação supra.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL **5000462-16.2019.4.03.6100**

Apelantes: FERNANDO COSTA MARQUES, VIVIAN MONTEIRO DE FREITAS MARQUES

Apelada: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL GISELLE FRANÇA

Disponibilização do Acórdão: DJEN 02/05/2023

EMENTA

CONTRATOS BANCÁRIOS. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. LEILÕES INFRUTÍFEROS. VENDA DIRETA DO BEM. PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO DE VALOR QUE SOBEJAR À DÍVIDA. DESCABIMENTO.

I – Hipótese dos autos em que a parte autora foi notificada para purgar a mora, tendo decorrido o prazo assinado sem o pagamento das parcelas vencidas, razão pela qual a CEF levou o imóvel objeto da garantia a primeiro e segundo leilão, que restaram negativos, razão pela qual foi lavrado termo de quitação e consolidada, definitivamente, a propriedade plena em favor da credora, que posteriormente efetuou a venda direta do imóvel.

II - Se no segundo leilão o maior lance oferecido não for igual ou superior ao valor do débito, considerar-se-á extinta a dívida, ficando o credor exonerado da obrigação de entregar ao devedor a importância que sobejar de eventual venda do imóvel, inexistindo vinculação a contrato ou a qualquer avaliação. Inteligência do artigo 27, §§2º, 4º e 5º, da Lei 9.514/97. Precedentes da Corte.

III - Uma vez extinta a dívida igualmente insubsistente resulta a relação jurídica entre as partes, fora da qual não há validamente se falar em locupletamento ilícito.

IV – Recurso desprovido, com majoração da verba honorária.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Segunda Turma decidiu, por unanimidade, negar provimento ao recurso, com majoração da verba honorária, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

Trata-se de ação em que postula a parte autora a condenação da CEF ao pagamento de indenização referente à diferença entre o valor de venda de bem imóvel, alienado fiduciariamente como garantia de financiamento obtido no Sistema Financeiro da Habitação – SFH e o valor da dívida.

Proferida sentença de improcedência do pedido (Id. 254613262), dela recorre a parte autora, sustentando enriquecimento sem causa da instituição financeira e direito a indenização correspondente à diferença entre os valores de venda do imóvel e da dívida.

Com contrarrazões, subiram os autos.

É o relatório.

VOTO

Versa o recurso interposto pretensão de ressarcimento correspondente à diferença entre o valor de venda de imóvel, alienado fiduciariamente como garantia de financiamento obtido no Sistema Financeiro da Habitação e o montante da dívida.

Compulsados os autos, verifica-se que dezembro de 2014 a parte autora foi notificada para purgar a mora, tendo decorrido o prazo assinado sem o pagamento das parcelas vencidas, razão pela qual restou consolidada a propriedade em nome da CEF, que levou o imóvel a leilão nos dias 21 de novembro de 2016 e 06 de dezembro de 2016, que restaram infrutíferos, razão pela qual foi lavrado "(...) sendo que a credora fiduciária, forneceu ao devedor fiduciante a quitação a que se refere o parágrafo 6º do citado artigo, voltando o imóvel objeto desta matrícula ao regime normal de propriedade, no domínio pleno da credora fiduciária (...)", conforme a respectiva matrícula (Id. 254612021), também constando que por escritura datada de 22/12/2017 a CEF procedeu à venda direta do imóvel.

Observa-se, ainda, que a parte autora requereu administrativamente à CEF o pagamento da diferença entre o valor de venda do imóvel e o montante da dívida, tendo a instituição financeira indeferido o pedido na consideração de que

"Considerando que não acudiram interessados na aquisição do imóvel nos Leilões Públicos, a Caixa procedeu à inclusão do imóvel em outros certames licitatórios, sendo que foi vendido em na modalidade Venda Direta Especial.

Para haver ressarcimento de valor ao ex-fiduciante, o imóvel tem que ser arrematado em 1º ou 2º Leilão Público e haver valor sobejante entre o arrematado e a dívida juntamente com as despesas, e isso não ocorreu; Como o referido imóvel não foi arrematado na modalidade de Leilão Público, não há o que se falar sobre ressarcimento de valores." (ID 261941385).

Alega a parte autora enriquecimento ilícito pela instituição financeira.

Sem razão a parte autora.

Conforme exegese do artigo 27, §§2º, 4º e 5º, da Lei 9.514/97, se no segundo leilão o maior lance oferecido não for igual ou superior ao valor do débito, considerar-se-á extinta a dívida, ficando o credor exonerado da obrigação de entregar ao devedor a importância que sobejar de eventual venda do imóvel:

“Art. 27. Uma vez consolidada a propriedade em seu nome, o fiduciário, no prazo de trinta dias, contados da data do registro de que trata o § 7º do artigo anterior, promoverá público leilão para a alienação do imóvel.

§ 1º Se no primeiro leilão público o maior lance oferecido for inferior ao valor do imóvel, estipulado na forma do inciso VI e do parágrafo único do art. 24 desta Lei, será realizado o segundo leilão nos quinze dias seguintes. (Redação dada pela Lei nº 13.465, de 2017)

§ 2º No segundo leilão, será aceito o maior lance oferecido, desde que igual ou superior ao valor da dívida, das despesas, dos prêmios de seguro, dos encargos legais, inclusive tributos, e das contribuições condominiais.

§ 2º-A. Para os fins do disposto nos §§ 1º e 2º deste artigo, as datas, horários e locais dos leilões serão comunicados ao devedor mediante correspondência dirigida aos endereços constantes do contrato, inclusive ao endereço eletrônico. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)

§ 2º-B. Após a averbação da consolidação da propriedade fiduciária no patrimônio do credor fiduciário e até a data da realização do segundo leilão, é assegurado ao devedor fiduciante o direito de preferência para adquirir o imóvel por preço correspondente ao valor da dívida, somado aos encargos e despesas de que trata o § 2º deste artigo, aos valores correspondentes ao imposto sobre transmissão inter vivos e ao laudêmio, se for o caso, pagos para efeito de consolidação da propriedade fiduciária no patrimônio do credor fiduciário, e às despesas inerentes ao procedimento de cobrança e leilão, incumbindo, também, ao devedor fiduciante o pagamento dos encargos tributários e despesas exigíveis para a nova aquisição do imóvel, de que trata este parágrafo, inclusive custas e emolumentos. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)

§ 3º Para os fins do disposto neste artigo, entende-se por:

I - dívida: o saldo devedor da operação de alienação fiduciária, na data do leilão, nele incluídos os juros convencionais, as penalidades e os demais encargos contratuais;

II - despesas: a soma das importâncias correspondentes aos encargos e custas de intimação e as necessárias à realização do público leilão, nestas compreendidas as relativas aos anúncios e à comissão do leiloeiro.

§ 4º Nos cinco dias que se seguirem à venda do imóvel no leilão, o credor entregará ao devedor a importância que sobejar, considerando-se nela compreendido o valor da indenização de benfeitorias, depois de deduzidos os valores da dívida e das despesas e encargos de que tratam os §§ 2º e 3º, fato esse que importará em recíproca quitação, não se aplicando o disposto na parte final do art. 516 do Código Civil.

§ 5º Se, no segundo leilão, o maior lance oferecido não for igual ou superior ao valor referido no § 2º, considerar-se-á extinta a dívida e exonerado o credor da obrigação de que trata o § 4º.

§ 6º Na hipótese de que trata o parágrafo anterior, o credor, no prazo de cinco dias a contar da data do segundo leilão, dará ao devedor quitação da dívida, mediante termo próprio.

(...)”

Vale dizer, após a consolidação definitiva da propriedade em favor da CEF em razão da ausência de arrematantes nos leilões, pode ser estabelecido pela instituição financeira preço de venda que entender adequado, inexistindo vinculação a contrato ou a qualquer avaliação, estando desobrigada a devolver ao devedor a importância que sobejar à dívida.

Com efeito, uma vez extinta a dívida igualmente insubsistente resulta a relação jurídica entre as partes, fora da qual não há validamente se falar em locupletamento ilícito.

Neste sentido já se pronunciou esta Corte:

CIVIL. PROCESSO CIVIL. CONTRATOS. INADIMPLENTO. LEILÕES INFRUTÍFEROS. QUITAÇÃO DA DÍVIDA. OBRIGAÇÃO DE PRESTAR CONTAS. INOCORRÊNCIA.

1. No procedimento de execução pelo rito da Lei nº 9.514/97, o devedor deve ser intimado a purgar a mora nos termos de seu artigo 26, *caput* e § 1º. Caso permaneça inerte, o oficial do competente Registro de Imóveis, certificando esse fato, promoverá a averbação, na matrícula do imóvel, da consolidação da propriedade em nome do fiduciário (artigo 26, § 7º, artigo 26-A, § 1º da Lei nº 9.514/97).

2. Uma vez consolidada a propriedade em seu nome, o fiduciário, no prazo de trinta dias, contados da data do registro, promoverá leilão público para a alienação do imóvel (artigo 27).

3. Este leilão só terá sucesso se o maior lance oferecido for superior ao valor do imóvel, já levando em consideração os critérios para a revisão do mesmo (artigo 24, VI, artigo 27, § 1º da Lei nº 9.514/97), caso o valor seja inferior, será realizado um segundo leilão nos quinze dias seguintes.

4. No segundo leilão, o imóvel poderá ser arrematado por montante inferior ao seu valor, em especial se o maior lance oferecido for igual ou superior ao valor da dívida, das despesas, dos prêmios de seguro, dos encargos legais, inclusive tributos, e das contribuições condominiais (artigo 27, § 2º da Lei nº 9.514/97).

5. Na hipótese de bem-sucedido o primeiro leilão, ou o segundo se atendidas as condições acima descritas, o credor entregará ao devedor a importância que sobejar, considerando-se nela compreendido o valor da indenização de benfeitorias, depois de deduzidos os valores da dívida e das despesas e encargos (artigo 27, §§ 2º, 3º e 4º da Lei nº 9.514/97), fato esse que importará em recíproca quitação.

6. Se, contudo, no segundo leilão, o maior lance oferecido não for igual ou superior ao valor referido no § 2º, a dívida será considerada extinta, exonerado o credor da obrigação de tal restituição, nos termos dos §§ 4º e 5º

do artigo 27. O credor, no entanto, fica obrigado a dar ao devedor a quitação da dívida (artigo 27, § 6º da Lei nº 9.514/97).

7. No caso concreto, após dois leilões infrutíferos, houve a quitação da dívida, nos termos dispostos pela lei, a partir do que o imóvel passou a ser de propriedade da Caixa Econômica Federal, não havendo que se falar na necessidade de prestação de contas para eventual posterior alienação do bem, uma vez extinto qualquer liame jurídico entre as partes com a dissolução da relação contratual, podendo a parte ré dispor do bem como bem lhe aprouver.

8. Apelação a que se nega provimento.

(TRF 3ª Região, 1ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5001004-97.2020.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS, julgado em 14/06/2022, DJEN DATA: 20/06/2022);

PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. PAGAMENTO DO VALOR QUE SOBEJOU A DÍVIDA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. O leilão pode ocorrer em duas fases. No primeiro leilão, o imóvel será ofertado no valor de sua avaliação. Caso não haja nenhum lance que alcance o valor estipulado, será realizado o segundo leilão nos quinze dias seguintes, no qual será aceito o maior lance oferecido desde que igual ou superior ao valor das dívidas e demais despesas relativas ao imóvel, nos termos do artigo 27 da Lei 9.514/97.

2. Caso o imóvel seja arrematado, seja no primeiro ou no segundo leilão, o credor deverá entregar ao devedor a importância que sobejar, considerando-se nela compreendido o valor da indenização por benfeitorias, depois de deduzidas todas as dívidas e demais despesas que acompanham o imóvel, fato este que importará em recíproca quitação (artigo 27, §§ 2º, 3º e 4º da Lei 9.514/97).

3. Se, contudo, no segundo leilão, o maior lance oferecido não for igual ou superior ao valor referido no § 2º, a dívida será considerada extinta, exonerado o credor da obrigação de tal restituição, nos termos dos §§ 4º e 5º do artigo 27. O credor fica, contudo, obrigado a dar ao devedor apenas a quitação da dívida (artigo 27, § 6º da Lei 9.514/97).

4. Frustrada a alienação do imóvel via hasta pública, a posterior alienação por venda direta da Caixa Econômica Federal de imóvel que passou a seu acervo patrimonial não concede direito ao antigo devedor a valores que eventualmente sobejassem a dívida. Como visto, a partir do fracasso do segundo leilão, o credor fica exonerado da obrigação de restituição resultando na automática recíproca quitação das obrigações contratuais.

5. Apelação não provida.

(TRF 3ª Região, 1ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5002496-20.2017.4.03.6104, Rel. Desembargador Federal HELIO EGYDIO DE MATOS NOGUEIRA, julgado em 25/11/2021, DJEN DATA: 30/11/2021).

Diante do insucesso do recurso interposto é de ser aplicada a regra da sucumbência recursal estabelecida no art. 85, §11º do CPC, pelo que majoro em 3% os honorários advocatícios fixados na sentença, acréscimo que se mostra adequado aos critérios legais estabelecidos no §2º do art. 85 do CPC, não se apresentando excessivo e desproporcional aos interesses da parte vencida e por

outro lado deparando-se apto a remunerar o trabalho do advogado em proporção à complexidade do feito.

Diante do exposto, *nego provimento* ao recurso, com majoração da verba honorária, nos termos supra.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL **5001152-21.2019.4.03.6108**

Apelantes: MARTA PEREIRA RAMOS, MURILO RAMOS TOMAZ
Apelados: TRADITIO COMPANHIA DE SEGUROS, CAIXA ECONÔMICA
FEDERAL
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ZAUHY
Disponibilização do Acórdão: DJEN 15/05/2023

EMENTA

APELAÇÃO. FCVS. INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA POR VÍCIOS DE CONSTRUÇÃO. APÓLICE PÚBLICA - RAMO 66. SUCESSÃO HEREDITÁRIA DA PROPRIEDADE DO IMÓVEL. DEMONSTRAÇÃO DOS REQUISITOS PREVISTOS NA LEI N. 10.150/2000. LEGITIMIDADE ATIVA DOS AUTORES. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA SUL AMÉRICA. QUITAÇÃO DO CONTRATO. INTERESSE DE AGIR DOS AUTORES. INTERPRETAÇÃO DO SEGURO OBRIGATÓRIO CONSOANTE A SUA FUNÇÃO SOCIAL, A BOA-FÉ OBJETIVA, E A NATUREZA ADESIVA. IMPRESCINDIBILIDADE DA REALIZAÇÃO DE PROVA PERICIAL. NULIDADE DA SENTENÇA. SOBRESTAMENTO DO FEITO. TEMA.1039, C. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. FIXAÇÃO DO TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO. APELO PROVIDO.

1.A presente ação foi ajuizada com o escopo de condenar as requeridas ao pagamento de indenização securitária por supostos danos ao imóvel vinculado ao Sistema Financeiro da Habitação - SFH, decorrentes de vícios de construção.

2. O C. Superior Tribunal de Justiça pacificou a questão *acerca da transferência de titularidade no âmbito do*, segundo o rito do artigo 543-C do Código de Processo Civil de 1973, determinando que “No caso de cessão de direitos sobre imóvel financiado no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação realizada após 25/10/1996, a anuência da instituição financeira mutuante é indispensável para que o cessionário adquira legitimidade ativa para requerer revisão das condições ajustadas, tanto para os contratos garantidos pelo FCVS como para aqueles sem referida cobertura”. (REsp 1150429/CE, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, CORTE ESPECIAL, julgado em 25/04/2013, DJe 10/05/2013).

3. Consoante dispõe o artigo 6º do Código Civil, a existência da pessoa natural termina com a morte, esta por sua vez marca o fim da personalidade natural e consequentemente autoriza a abertura da sucessão com a incidência do *droit de saisine* e transmissão de todo o patrimônio do *de cujus* a seus herdeiros.

4. Na hipótese, os autores tornaram-se proprietários do imóvel, imediatamente o falecimento do mutuário primitivo, que na hipótese, ocorreu em 05 de novembro de 1995, em momento anterior ao marco temporal definido pelo C. Superior Tribunal de Justiça (25/10/1996), de modo que remanesce a legitimidade dos autores para pleitearem a cobertura do seguro habitacional, inicialmente contratado pelo mutuário primitivo Antonio José Tomaz.

5. O tema enfrentado nos autos versa sobre contrato de seguro adjeto ao contrato de mútuo, firmado no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação, entre a estipulante (Seguradora) e o agente financeiro financiador (Caixa Econômica Federal), não contando com a participação direta do Mutuário (beneficiário), a não ser pelo pagamento das parcelas do seguro.

6. Não se trata, destarte, de um típico contrato de seguro em que segurador e segurado firmam voluntariamente o contrato; no seguro habitacional a autonomia de vontade das partes, sobretudo do mutuário, é significativamente reduzida, de modo que a celebração do contrato se dá de forma compulsória, atrelada ao contrato de mútuo, sendo suas cláusulas previamente estabelecidas por normas da Superintendência de Seguros Privados - SUSEP, tudo com o objetivo de atender às exigências próprias do Sistema Financeiro da Habitação.

7. A quitação do contrato não suprime o direito à cobertura do sinistro havido, repita-se, na vigência da relação contratual securitária que garante essa indenização.

8. O pagamento de todas as parcelas do seguro, antes de eximir a seguradora da indenização, reforça a ideia de que o seguro deve cobrir todos os danos advindos de defeitos construtivos que se iniciaram na vigência da relação securitária.

9. A Sul América suscita em sede de contrarrazões de apelação, sua ilegitimidade passiva, seja pelo fato de que com a extinção da apólice pública a Administradora do FCVS – a Caixa Econômica Federal - passou a ser a única legitimada a defender os interesses do fundo em juízo, ou ainda, pelo fato de que, na ausência desta, em última análise a legitimação deveria recair sobre as seguradoras que operavam o seguro público no ciclo que antecedeu a extinção da apólice.

10. Não incumbe à CEF substituir a seguradora privada no polo passivo da lide, na medida que essa não atua como agente securitário, instituição creditícia integrante dos sistemas financeiros de habitação (SFH) ou imobiliário (SFI), mas sim na condição de administradora e representante judicial do Fundo de Compensação de Variação Salarial (FCVS).

11. No entanto, a Apelante comprova que à época dos sinistros narrados na exordial, não integravam o rol, ou não sucedeu qualquer das seguradoras solidariamente responsáveis pelos contratos firmados

pelo BNH. A Declaração emitida pela Delphos Habitacional consignada aos autos pela seguradora, confirma que o contrato de financiamento celebrado pelo mutuário primitivo Antonio Jose Tomaz, inscrito no CPF/MF n.º 036.6904.928-33, em 08 de 1991, foi averbado no ramo 66, de Apólice Pública, assumida pela Caixa Seguros S/A.

12. Acolhida a preliminar de ilegitimidade passiva sustentada pela Apelada.

13. Os efeitos danosos advindos dos vícios construtivos de imóveis, em regra, permanecem ocultos por um longo período, eclodindo apenas com o passar do tempo, de forma lenta, progressiva e permanente, não sendo um evento isolado, detectável de pronto, o que dificulta, quando não inviabiliza, a definição do termo inicial para contagem do prazo de prescrição.

14. A questão do termo inicial da prescrição está afetada à Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, como representativa de controvérsia, a ser julgada sob o rito dos recursos especiais repetitivos, nos termos dos arts. 1.036 e 1.037 do CPC/2015, tendo as decisões de afetação dos REsp 1.799.288/PR e 1.803.225/PR delimitado o Tema 1.039.

15. Em que pese tenha havido a determinação de suspensão do processamento de todos os processos que versem sobre essa questão, a análise da prescrição, não pode anteceder ao encerramento da instrução do processo, destinada à efetiva constatação de vícios nos imóveis de propriedade dos apelantes.

16. O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que *“em se tratando de seguro habitacional, de remarcada função social, há de se interpretar a apólice securitária em benefício do consumidor/mutuário e da mais ampla preservação do imóvel que garante o financiamento”*, concluindo pela “impossibilidade de exclusão do conceito de danos físicos e de ameaça de desmoronamento, cujos riscos são cobertos, de causas relacionadas, também, a vícios construtivos” (EDcl no AgRg no REsp 1.540.894/SP, julgado em 24/05/2016, DJe de 02/06/2016 – grifou-se).

17. Os contratos de financiamento habitacional foram averbados na apólice do extinto SH/SFH (ramo público 66), razão pela qual não se aplicam as disposições do Código de Defesa do Consumidor, nada impede que a situação *sub judice* seja também analisada à luz da boa-fé objetiva e da função social do contrato.

18. A situação deve ser analisada com certa temperança, não cabendo a improcedência imediata dos pedidos, principalmente quando há suspeita de vícios nos elementos estruturais dos imóveis. Ainda que não haja cobertura expressa acerca dos vícios construtivos, não há como dissociá-los completamente, das hipóteses que efetivamente detém cobertura, como o risco de desmoronamento total ou parcial do

imóvel, interdição, ou qualquer situação estrutural que comprometa a segurança e habitualidade do imóvel.

19. Julgamento da questão de fundo, que não se mostra viável neste momento por esta e. Corte, nos termos do artigo 1.013, § 3º, dado que a CEF foi incluída no polo passivo após a realização da perícia e considerando sua posição na lide na condição de ré, mostra-se imprescindível o encerramento da fase instrutória em primeira instância, necessária para análise da pretensão de cobertura de seguro frente aos vícios construtivos apontados na exordial.

20. Acolhida a preliminar de ilegitimidade passiva da SUL AMÉRICA COMPANHIA NACIONAL DE SEGUROS, para extinguir o processo sem julgamento do mérito com relação à seguradora, na forma do artigo 485, VI, do CPC/15.

21. Recurso de apelação a que se dá provimento, para reformar a sentença e, de consequente, DECLARAR o interesse e a legitimidade ativa dos autores e, como o feito não se encontra maduro para julgamento, determinar o retorno dos autos à origem para que prossiga com os demais atos judiciais e a instrução probatória, para que após sejam sobrestados, nos termos da ordem proferida pelo C. Superior Tribunal de Justiça, até o julgamento dos recursos repetitivos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Primeira Turma, por unanimidade, acolheu a preliminar de ilegitimidade passiva da SUL AMÉRICA COMPANHIA NACIONAL DE SEGUROS, e extinguiu o processo sem julgamento do mérito com relação à seguradora, na forma do artigo 485, VI, do CPC/15 e por força da sucumbência condenou os autores ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência, no valor correspondente a 10% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, § 2º, do CPC/15 e, deu provimento ao recurso de apelação para reformar a sentença e, de consequente, DECLARAR o interesse e a legitimidade ativa dos autores. Como o feito não se encontra maduro para julgamento, determinou o retorno dos autos à origem para que prossiga com os demais atos judiciais e a instrução probatória, para que após sejam sobrestados, nos termos da ordem proferida pelo C. Superior Tribunal de Justiça, até o julgamento dos recursos repetitivos, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

Trata-se do julgamento de apelação interposto por MARTA PEREIRA RAMOS TOMAZ e MURILO RAMOS TOMAZ em face da sentença proferida nos autos da presente ação de indenização securitária, reconhecer a falta de interesse e

ilegitimidade dos autores para o ajuizamento da ação, extinguindo o processo sem julgamento do mérito, nos termos do artigo 485, inciso VI, do CPC.

Fundamentou o Juízo de origem na sentença, que “a quitação do débito junto ao agente financeiro faz cessar o pagamento dos prêmios de seguro relativos aos danos físicos e morte e invalidez permanente. De qualquer forma, não haveria legitimidade dos Autores para a demanda, pois o imóvel foi transmitido a eles por meio de partilha, após a quitação do financiamento e extinção do mútuo, de modo que não estabeleceram vínculo com a apólice de seguro.” (Num. 151111939)

Sem condenação dos Autores ao pagamento de custas processuais e de honorários advocatícios, em razão do deferimento do pedido de assistência judiciária gratuita.

Os autores se insurgem contra a sentença, alegando, em síntese, (i) serem beneficiários de seguro habitacional, modalidade de seguro obrigatório, criado pelo Decreto Lei 73/66, com o objetivo de proteger os recursos públicos aplicados nas construções de casas e apartamentos financiados pelo Sistema Financeiro de Habitação (SFH), e proteger o investimento pessoal e a moradia digna da população brasileira. (Num. 151111943 - Pág. 1/11)

Contrarrrazões da Caixa Econômica Federal (Num. 151111947), em que alega a prescrição do direito de ação ora manejado pelo promovente, conforme reza o inciso II do § 1º do art. 206 do Código Civil Brasileiro, porquanto a parte autora teria o prazo de 01 (um) ano para pleitear, em juízo, respectiva a cobertura securitária, não tendo se desincumbido, no curso do precitado lapso temporal, desse encargo.

Contrarrrazões da SUL AMÉRICA COMPANHIA NACIONAL DE SEGUROS (Num.151111955), arguindo, em síntese, a competência absoluta da Justiça Federal; a prescrição inequívoca da pretensão entre segurado e seguradora, uma vez decorrido o prazo anual previsto no art. 206, §1º, II, a, do Código Civil atual e no artigo 178, §6º, II, do antigo Diploma, bem como na súmula 101 do STJ; a ilegitimidade passiva da seguradora Ré e, por fim, a ausência de interesse de agir dos autores.

Os autos subiram a esta Eg. Corte e vieram-me conclusos.

É o relatório.

VOTO

A matéria devolvida a este Tribunal diz respeito com a responsabilidade das requeridas pelo sinistro constatado no imóvel dos Autores, decorrente de vícios de construção, que dificultam seu uso e habitabilidade.

Diversas são as questões que se colocam no presente recurso de apelação, com o que passo a analisar cada uma das alegações dos Apelantes e dos Apelados, de forma tópica e individualizada.

Da legitimidade ativa dos autores

A Lei nº 10.150/2000, prevê o reconhecimento dos denominados “contratos de gaveta”, consoante se observa da leitura do artigo 20 do referido diploma normativo:

Art. 20. As transferências no âmbito do SFH, à exceção daquelas que envolvam contratos enquadrados nos planos de reajustamento definidos pela Lei no 8.692, de 28 de julho de 1993, que tenham sido celebradas entre o mutuário e o adquirente até 25 de outubro de 1996, sem a interveniência da instituição financiadora, poderão ser regularizadas nos termos desta Lei. Parágrafo único. A condição de cessionário poderá ser comprovada junto à instituição financiadora, por intermédio de documentos formalizados junto a Cartórios de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos, ou de Notas, onde se caracterize que a transferência do imóvel foi realizada até 25 de outubro de 1996.

O C. Superior Tribunal de Justiça pacificou a questão, segundo o rito do artigo 543-C do Código de Processo Civil de 1973:

RECURSO ESPECIAL. REPETITIVO. RITO DO ART. 543-C DO CPC. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. LEGITIMIDADE ATIVA DO CESSIONÁRIO DE CONTRATO DE MÚTUO. LEI Nº 10.150/2000. REQUISITOS.

1. Para efeitos do art. 543-C do CPC:

1.1 *Tratando-se de contrato de mútuo para aquisição de imóvel garantido pelo FCVS, avençado até 25/10/96 e transferido sem a interveniência da instituição financeira, o cessionário possui legitimidade para discutir e demandar em juízo questões pertinentes às obrigações assumidas e aos direitos adquiridos.*

1.2 Na hipótese de contrato originário de mútuo sem cobertura do FCVS, celebrado até 25/10/96, transferido sem a anuência do agente financiador e fora das condições estabelecidas pela Lei nº 10.150/2000, o cessionário não tem legitimidade ativa para ajuizar ação postulando a revisão do respectivo contrato.

1.3 No caso de cessão de direitos sobre imóvel financiado no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação realizada após 25/10/1996, a anuência da instituição financeira mutuante é indispensável para que o cessionário adquira legitimidade ativa para requerer revisão das condições ajustadas, tanto para os contratos garantidos pelo FCVS como para aqueles sem referida cobertura.

2. Aplicação ao caso concreto: 2.1. Recurso especial parcialmente conhecido e nessa parte provido.

Acórdão sujeito ao regime do artigo 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução STJ nº 8/2008.

(REsp 1150429/CE, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, CORTE ESPECIAL, julgado em 25/04/2013, DJe 10/05/2013)

Consoante dispõe o artigo 6º do Código Civil, a existência da pessoa natural termina com a morte, esta por sua vez marca o fim da personalidade natural e consequentemente autoriza a abertura da sucessão com a incidência do *droit de saisine* e transmissão de todo o patrimônio do *de cujus* a seus herdeiros.

Na hipótese, os autores tornaram-se proprietários do imóvel, imediatamente o falecimento do mutuário primitivo, que na hipótese, ocorreu em 05 de novembro de 1995 (Num. 151111818 - Pág. 29), posteriormente formalizado pela homologação do instrumento particular de partilha amigável pelo Juízo de Direito da Comarca de Lençóis Paulista, (Num. 151111818 - Pág. 66)

Nesse sentido, tem-se que a cessão de direitos sobre imóvel financiado no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, ainda que por sucessão hereditária, se deu em momento anterior ao marco temporal definido pelo C. Superior Tribunal de Justiça (25/10/1996), de modo que remanesce a legitimidade dos autores para pleitearem a cobertura do seguro habitacional, inicialmente contratado pelo mutuário primitivo Antonio José Tomaz.

Rechaço, portanto, o decreto de extinção do feito por falta de legitimidade ativa dos autores.

Do interesse de agir dos autores – quitação do contrato de financiamento

O tema enfrentado nos autos versa sobre contrato de seguro adjeto ao contrato de mútuo, firmado no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação, entre a estipulante (Seguradora) e o agente financeiro financiador (Caixa Econômica Federal), não contando com a participação direta do Mutuário (beneficiário), a não ser pelo pagamento das parcelas do seguro.

Não se trata, destarte, de um típico contrato de seguro em que segurador e segurado firmam voluntariamente o contrato; no seguro habitacional a autonomia de vontade das partes, sobretudo do mutuário, é significativamente reduzida, de modo que a celebração do contrato se dá de forma compulsória, atrelada ao contrato de mútuo, sendo suas cláusulas previamente estabelecidas por normas da Superintendência de Seguros Privados - SUSEP, tudo com o objetivo de atender às exigências próprias do Sistema Financeiro da Habitação.

De tal forma, entendo que a quitação do contrato não suprime o direito à cobertura do sinistro havido, repita-se, na vigência da relação contratual securitária que garante essa indenização.

Cumprе consignar, a propósito, que os vícios estruturais presentes nos imóveis, apesar de, na maior parte das vezes, permanecerem imperceptíveis e surgirem de modo paulatino com a ação do tempo, têm sua origem ainda durante o curso do contrato, já que, como sabido, são danos decorrentes de vícios de construção.

Nesse sentido, inclusive, já se posicionou esta Eg. Turma, conforme recente precedente que ora colaciono:

APELAÇÃO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO EM QUE SE DISCUTE COBERTURA SECURITÁRIA. FUNDO DE COMPENSAÇÃO DE VARIAÇÕES SALARIAIS - FCVS. APÓLICE PÚBLICA - RAMO 66. CONFIGURAÇÃO DO INTERESSE DE AGIR DA CEF. APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES FIRMADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. VÍCIO DE CONSTRUÇÃO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. RECUSA A INDENIZAR. APELO PARCIALMENTE PROVIDO.

I. A Segunda Seção do E. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos EDcl nos EDcl no REsp 1.091.363-SC, consolidou o entendimento de que para que seja possível o ingresso da CEF no processo, deve-se comprovar documentalmente, não apenas a existência de apólice pública, mas também do comprometimento do FCVS, com risco efetivo de exaurimento da reserva técnica do Fundo de Equalização de Sinistralidade de Apólice - FESA, colhendo-se o processo no estado em que se encontrar, sem anulação de nenhum ato processual anterior.

II. Conforme se infere do julgado supratranscrito, é necessário para a configuração do interesse da Caixa Econômica Federal que o contrato tenha sido celebrado entre 02.12.1988 e 29.12.2009; que o instrumento esteja vinculado ao Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS (apólices públicas, ramo 66), bem como a demonstração cabal do comprometimento do FCVS, com risco efetivo de exaurimento da reserva técnica do Fundo de Equalização de Sinistralidade da Apólice - FESA.

III. No caso dos autos, o contrato foi assinado dentro do período referenciado, o que afasta o atrai da Caixa Econômica Federal em integrar o feito e impõe o reconhecimento da competência absoluta da Justiça Federal.

IV. Os danos decorrentes de vícios de construção são daqueles que se protraem no tempo já que esses últimos podem permanecer ocultos por período indeterminado. Nestas circunstâncias, não se tem uma data precisa para o início da contagem do prazo prescricional, não sendo parâmetro para o cálculo do prazo a data da construção do imóvel.

V. A extinção do contrato também não tem o condão de atingir de imediato a pretensão do mutuário, já que este também é protegido pelo seguro obrigatório, que não se destina exclusivamente a proteger a garantia do mútuo e os vícios ocultos remontam ao período de sua vigência.

VI. Para estes efeitos, o STJ, acompanhado por esta Primeira Turma do TRF da 3ª Região, vem adotando o entendimento de que a pretensão do beneficiário do seguro irrompe apenas no momento em que, comunicado o fato à seguradora, esta se recusa a indenizar: STJ, REsp 1143962/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/03/2012, DJe 09/04/2012.

VII. Apelação parcialmente provida. (ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL / SP 5001672-15.2018.4.03.6108, Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS, 1ª Turma, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 30/05/2019).

Na realidade, o pagamento de todas as parcelas do seguro, antes de eximir a seguradora da indenização, reforça a ideia de que o seguro deve cobrir todos os danos advindos de defeitos construtivos que se iniciaram na vigência da relação securitária.

Assim há que ser reconhecido o interesse de agir da parte autora.

Da legitimidade passiva da Sul América

A Sul América suscita em sede de contrarrazões de apelação, sua ilegitimidade passiva, seja pelo fato de que com a extinção da apólice pública a Administradora do FCVS – a Caixa Econômica Federal – passou a ser a única legitimada a defender os interesses do fundo em juízo, ou ainda, pelo fato de que, na ausência desta, em última análise a legitimação deveria recair sobre as seguradoras que operavam o seguro público no ciclo que antecedeu a extinção da apólice.

Pois bem.

Para melhor elucidação da evolução histórica do Seguro Habitacional, transcrevo trecho de grande relevância do voto lavrado pelo do E. Ministro Gilmar Mendes no RE 827.996, *verbis*:

“Em 1964, em razão da necessidade de promover maiores investimentos habitacionais, o Governo Federal editou a Lei 4.380/1964, que deu origem ao Sistema Financeiro da Habitação (SFH), cujo papel principal era fomentar condições que facilitassem a construção e a aquisição da casa própria, buscando beneficiar principalmente a população de baixa renda.

(...) Ao BNH foi atribuída a competência de manter seguros de vida aos mutuários do SFH (art. 17, V) e fixar as condições em que a rede seguradora privada nacional operaria nas modalidades de seguro nela previstas (art. 18, IX).

(...) Evidenciando as dificuldades do mercado segurador em atender às necessidades do SFH, sobreveio o Decreto-Lei 73/1966 – que instituiu o Sistema Nacional de Seguros Privados –, o qual permitiu a garantia do BNH às operações do SFH que não encontrassem cobertura no mercado nacional, a saber: “Art. 15 .(...)”.

Parágrafo único. O Banco Nacional da Habitação poderá assumir os riscos decorrentes das operações do Sistema Financeiro da Habitação que não encontrem cobertura no mercado nacional, a taxas e condições compatíveis com as necessidades do Sistema Financeiro da Habitação”.

Em cumprimento a tal norma, em 1970, foi instituído o Seguro Habitacional pela Apólice Única de Seguro Habitacional do Sistema Financeiro de Habitação (atualmente chamada “apólice pública” ou “ramo 66”), formado por consórcio com participação majoritária do governo, via Instituto de Resseguros do Brasil (IRB) e o BNH. Em 1986, o BNH foi extinto. A Superintendência Nacional de Seguros Privados (Susep), por meio da Resolução 24/1987, autorizou o IRB a gerir o Fundo de Equalização de Sinistralidade da Apólice de Seguros (Fesa) do Sistema Financeiro da Habitação.

Em 1988, os recursos do FCVS passaram a garantir o equilíbrio do seguro habitacional do SFH, consoante disposição do Decreto-Lei 2.406/1988, com redação dada pelo Decreto-Lei 2.476/1988”.

Com efeito, resta evidente que não incumbe à CEF substituir a seguradora privada no polo passivo da lide, na medida que essa não atua como agente

securitário, instituição creditícia integrante dos sistemas financeiros de habitação (SFH) ou imobiliário (SFI), mas sim na condição de administradora e representante judicial do Fundo de Compensação de Variação Salarial (FCVS).

Assim, nos termos do entendimento exarado pelo C. STF, em se tratando de apólice firmada no ramo 66 (pública), como na hipótese dos autos, em caso de procedência do pedido, incumbe ao FCVS, *“ressarcir às seguradoras e/ou por disponibilizar os recursos necessários ao pagamento das indenizações estabelecidas. Em outras palavras: a seguradora demandada judicialmente paga o mutuário e, posteriormente, busca o ressarcimento junto ao FCVS nas apólices do ramo 66 (gerido por fundo com recursos públicos).”*.

No entanto, a Apelante comprova que à época dos sinistros narrados na exordial, não integravam o rol, ou não sucedeu qualquer das seguradoras solidariamente responsáveis pelos contratos firmados pelo BNH.

Pelo contrário, a Declaração emitida pela Delphos Habitacional consignada aos autos pela seguradora (Num. 151111818 - Pág. 134), confirma que o contrato de financiamento celebrado pelo mutuário primitivo Antonio Jose Tomaz, inscrito no CPF/MF n.º 036.6904.928-33, em 08 de 1991, foi averbado no ramo 66, de Apólice Pública, assumida pela Caixa Seguros S/A.

Nesse sentido, há que ser acolhida a preliminar de ilegitimidade passiva sustentada pela Apelada.

Da cobertura securitária

Superada as questões preliminares, verifico que as requeridas sustentam em contrarrazões de apelação, subsidiariamente, em caso de reforma da sentença recorrida, a ocorrência prescrição da pretensão autoral, consistente na cobertura de sinistro relacionado a contrato de mútuo habitacional celebrado no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação.

Ocorre que a questão do termo inicial da prescrição está afetada à Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, como representativa de controvérsia, a ser julgada sob o rito dos recursos especiais repetitivos, nos termos dos arts. 1.036 e 1.037 do CPC/2015, tendo as decisões de afetação dos REsp 1.799.288/PR e 1.803.225/PR delimitado o Tema 1.039 nesses termos:

PROPOSTA DE AFETAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. RITO DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. SEGURO HABITACIONAL. VÍCIO DE CONSTRUÇÃO. PRESCRIÇÃO. CONTRATO QUITADO. 1. Delimitação da controvérsia: “Fixação do termo inicial da prescrição da pretensão indenizatória em face de seguradora nos contratos, ativos ou extintos, do Sistema Financeiro de Habitação.” 2. Recurso especial afetado ao rito do artigo 1.036 do Código de Processo Civil.
(ProAfr no REsp 1799288/PR, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 03/12/2019, DJe 09/12/2019)

Entretanto, os efeitos danosos advindos dos vícios construtivos de imóveis, em regra, permanecem ocultos por um longo período, eclodindo apenas com o passar do tempo, de forma lenta, progressiva e permanente, não sendo um evento isolado, detectável de pronto, o que dificulta, quando não inviabiliza, a definição do termo inicial para contagem do prazo de prescrição.

Desse modo, em que pese tenha havido a determinação de suspensão do processamento de todos os processos que versem sobre essa questão, a análise da prescrição, não pode anteceder ao encerramento da instrução do processo, destinada à efetiva constatação de vícios no imóvel objeto dos autos.

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que “*em se tratando de seguro habitacional, de remarcada função social, há de se interpretar a apólice securitária em benefício do consumidor/mutuário e da mais ampla preservação do imóvel que garante o financiamento*”, concluindo pela “impossibilidade de exclusão do conceito de danos físicos e de ameaça de desmoronamento, cujos riscos são cobertos, de causas relacionadas, também, a vícios construtivos” (EDcl no AgRg no REsp 1.540.894/SP, julgado em 24/05/2016, DJe de 02/06/2016 – grifou-se).

Nesse sentido, ainda, o posicionamento exarado nos recentes precedentes da Eg. Terceira Turma:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA. RESPONSABILIDADE DA SEGURADORA. VÍCIOS DE CONSTRUÇÃO (VÍCIOS OCULTOS). AMEAÇA DE DESMORONAMENTO. CONHECIMENTO APÓS A EXTINÇÃO DO CONTRATO. BOA-FÉ OBJETIVA PÓS-CONTRATUAL. JULGAMENTO: CPC/15.

1. Ação de indenização securitária proposta em 21/07/2009, de que foi extraído o presente recurso especial, interposto em 06/07/2016 e concluso ao gabinete em 06/02/2017.

2. O propósito recursal consiste em decidir se a quitação do contrato de mútuo para aquisição de imóvel extingue a obrigação da seguradora de indenizar os adquirentes-segurados por vícios de construção (vícios ocultos) que implicam ameaça de desmoronamento.

3. A par da regra geral do art. 422 do CC/02, o art. 765 do mesmo diploma legal prevê, especificamente, que o contrato de seguro, tanto na conclusão como na execução, está fundado na boa-fé dos contratantes, no comportamento de lealdade e confiança recíprocos, sendo qualificado pela doutrina como um verdadeiro “contrato de boa-fé”.

4. De um lado, a boa-fé objetiva impõe ao segurador, na fase pré-contratual, o dever, dentre outros, de dar informações claras e objetivas sobre o contrato para que o segurado compreenda, com exatidão, o alcance da garantia contratada; de outro, obriga-o, na fase de execução e também na pós-contratual, a evitar subterfúgios para tentar se eximir de sua responsabilidade com relação aos riscos previamente cobertos pela garantia.

5. O seguro habitacional tem conformação diferenciada, uma vez que integra a política nacional de habitação, destinada a facilitar a aquisição da casa própria, especialmente pelas classes de menor renda da população. Trata-se, pois, de contrato obrigatório que visa à proteção da família, em caso de morte

ou invalidez do segurado, e à salvaguarda do imóvel que garante o respectivo financiamento, resguardando, assim, os recursos públicos direcionados à manutenção do sistema.

6. À luz dos parâmetros da boa-fé objetiva e da proteção contratual do consumidor, conclui-se que os vícios estruturais de construção estão acobertados pelo seguro habitacional, cujos efeitos devem se prolongar no tempo, mesmo após a extinção do contrato, para acobertar o sinistro concomitante à vigência deste, ainda que só se revele depois de sua conclusão (vício oculto).

7. Constatada a existência de vícios estruturais acobertados pelo seguro habitacional e coexistentes à vigência do contrato, hão de ser os recorrentes devidamente indenizados pelos prejuízos sofridos, nos moldes estabelecidos na apólice.

8. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 1717112/RN, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/09/2018, DJe 11/10/2018)

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA. SEGURO HABITACIONAL. VÍCIOS DE CONSTRUÇÃO. INTERPRETAÇÃO DO SEGURO OBRIGATÓRIO CONSOANTE A SUA FUNÇÃO SOCIAL, A BOA-FÉ OBJETIVA, E A NATUREZA ADESIVA. A CLÁUSULA DAS CONDIÇÕES PARTICULARES DO SEGURO QUE AFASTA A COBERTURA DOS VÍCIOS CONSTRUTIVOS AFRONTA O QUANTO DISPOSTO NO ART. 51, VI E § 2º, DO CDC.

1. Caso concreto em que a alegação de incompetência da Justiça Estadual em face do interesse da CEF já fora objeto de anterior recurso especial entre as mesmas partes, no curso do mesmo processo, tendo sido rechaçada a competência da Justiça Federal em decisão transitada em julgado em 08/10/2018 (REsp 1.673.848-SP).

2. Discussão acerca da abusividade de cláusula constante nas condições particulares do seguro habitacional inserto no âmbito do SFH segundo a qual vícios de construção ou defeitos físicos oriundos de causas internas estejam afastados da cobertura securitária.

3. O seguro é erigido dentro do Sistema Financeiro Habitacional como garantia ao segurado e, do mesmo modo, ao financiador, de modo que possa desempenhar a sua mais clara função: garantir que o segurado seja ressarcido pelos riscos invalidez/morte, danos físicos ao imóvel financiado, e responsabilidade do construtor e que o credor financiante não seja surpreendido com a ruína do imóvel que garante o financiamento.

4. Abusividade da cláusula das condições particulares do seguro habitacional que restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato.

5. Incompatibilidade com os fins sociais do seguro obrigatório habitacional, voltado a coadjuvar um sistema pensado na aquisição da casa própria para a população, notadamente de baixa renda, que os principais vícios que acometam o bem objeto de garantia do financiamento não estejam por ele cobertos.

6. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

(AgInt no REsp 1702126/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/06/2019, DJe 25/06/2019)

Ainda nessa linha, importante a ressalva do Exmo. Relator acerca da finalidade da contratação de seguro obrigatório:

“Reafirmo, não é inteligível para os fins de um contrato de seguro obrigatório voltado a coadjuvar um sistema pensado na aquisição da casa própria para a população, notadamente de baixa renda, que os principais vícios que acometam o bem objeto de garantia do financiamento adquirido não estejam por ele cobertos, especialmente quando, dentro de suas próprias normas e rotinas, preveja-se que a seguradora deverá levar a frente a sanção dos vícios construtivos, intermediando, aliás, o contato com o construtor, responsável principal pelas falhas verificadas no imóvel.

O que se tem visto é imóveis mal construídos, com materiais inapropriados, com técnicas indevidas, em locais que a tanto não se prestam, e tudo isto financiado pelo Poder Público e publicizado ao mercado consumidor supervulnerável, que é o das companhias de habitação popular, como um benefício para as famílias que ali se aventurem em habitar, crenças de que os seus mais básicos interesses (morar em um ambiente sadio e seguro) terão sido observados, ou, senão, que há um contrato de seguro obrigatório a preservar-lhes dos riscos em questão.”.

Não restam dúvidas, nesse sentido que a jurisprudência da Corte Superior tem evoluído no sentido de adotar um vetor interpretativo favorável ao mutuário, justamente por se tratar de seguro habitacional, visando à preservação do direito constitucional à moradia.

Não obstante a hipótese dos autos ser diversa, no sentido de que o contrato de financiamento habitacional foi averbado na apólice do extinto SH/SFH (ramo público 66), razão pela qual não se aplicam as disposições do Código de Defesa do Consumidor, nada impede que a situação sub judice seja também analisada à luz da boa-fé objetiva e da função social do contrato.

Assim, tendo como norte os precedentes acima relacionados, entendo que a situação deve ser analisada com certa temperança, não cabendo a improcedência imediata dos pedidos, principalmente quando há suspeita de vícios nos elementos estruturais dos imóveis.

Com efeito, ainda que não haja cobertura expressa acerca dos vícios construtivos, não há como dissociá-los completamente, das hipóteses que efetivamente detém cobertura, como o risco de desmoronamento total ou parcial do imóvel, interdição, ou qualquer situação estrutural que comprometa a segurança e habitualidade do imóvel.

Contudo, o julgamento da questão de fundo não se mostra viável neste momento por esta e. Corte, nos termos do artigo 1.013, § 3º, dado que a fase instrutória se revela necessária para análise da pretensão de cobertura de seguro frente aos vícios construtivos apontados na exordial.

Desse modo, reputo necessário, tomadas as particularidades do caso concreto, que os autos retornem à Vara de origem para que se prossiga com a

instrução dos autos e realização de prova pericial técnica no imóvel de propriedade dos autores.

Dispositivo

Ante ao exposto, acolho a preliminar de ilegitimidade passiva da SUL AMÉRICA COMPANHIA NACIONAL DE SEGUROS, e extingo o processo sem julgamento do mérito com relação à seguradora, na forma do artigo 485, VI, do CPC/15.

Por força da sucumbência condeno os autores ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência, no valor correspondente a 10% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, § 2º, do CPC/15.

Dou provimento ao recurso de apelação para reformar a sentença e, de consequente, DECLARAR o interesse e a legitimidade ativa dos autores. Como o feito não se encontra maduro para julgamento, determino o retorno dos autos à origem para que prossiga com os demais atos judiciais e a instrução probatória, para que após sejam sobrestados, nos termos da ordem proferida pelo C. Superior Tribunal de Justiça, até o julgamento dos recursos repetitivos.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL **5017403-07.2020.4.03.6100**

Apelante: CLAUDINEI DE CARVALHO E SILVA
Apelada: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL
Relatora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA AUDREY GASPARINI
Disponibilização do Acórdão: DJEN 10/04/2023

EMENTA

CONTRATOS BANCÁRIOS. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. LEILÕES INFRUTÍFEROS. VENDA DIRETA DO BEM. PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO DE VALOR QUE SOBEJAR À DÍVIDA. DESCABIMENTO.

I – Hipótese dos autos em que a parte autora foi notificada para purgar a mora, tendo decorrido o prazo assinado sem o pagamento das parcelas vencidas, razão pela qual a CEF levou o imóvel objeto da garantia a primeiro e segundo leilão, que restaram negativos, razão pela qual foi lavrado termo de quitação e consolidada, definitivamente, a propriedade plena em favor da credora, que posteriormente efetuou a venda direta do imóvel.

II - Se no segundo leilão o maior lance oferecido não for igual ou superior ao valor do débito, considerar-se-á extinta a dívida, ficando o credor exonerado da obrigação de entregar ao devedor a importância que sobejar de eventual venda do imóvel, inexistindo vinculação a contrato ou a qualquer avaliação. Inteligência do artigo 27, §§2º, 4º e 5º, da Lei 9.514/97. Precedentes da Corte.

III - Uma vez extinta a dívida igualmente insubsistente resulta a relação jurídica entre as partes, fora da qual não há validamente se falar em locupletamento ilícito.

IV – Recurso desprovido, com majoração da verba honorária.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Segunda Turma decidiu, por unanimidade, negar provimento ao recurso, com majoração da verba honorária, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

Trata-se de ação em que postula a parte autora a condenação da CEF ao pagamento de indenização referente à diferença entre o valor de venda de bem imóvel, alienado fiduciariamente como garantia de financiamento obtido no Sistema Financeiro da Habitação – SFH.

Proferida sentença de improcedência do pedido (Id. 261614181), dela recorre a parte autora, sustentando enriquecimento sem causa da instituição financeira e direito a indenização correspondente à diferença entre os valores de venda do imóvel e da dívida.

Com contrarrazões, subiram os autos.

É o relatório.

VOTO

Versa o recurso interposto pretensão de ressarcimento correspondente à diferença entre o valor de venda de imóvel, alienado fiduciariamente como garantia de financiamento obtido no Sistema Financeiro da Habitação e o montante da dívida.

Compulsados os autos, verifica-se que em janeiro de 2017 a parte autora foi notificada para purgar a mora, tendo decorrido o prazo assinado sem o pagamento das parcelas vencidas, razão pela qual restou consolidada a propriedade em nome da CEF, que levou o imóvel a leilão nos dias 07 de outubro de 2017 e 21 de outubro de 2017, que restaram infrutíferos, razão pela qual foi lavrado *"Atendendo requerimento de 07 de julho de 2020, instruído com os autos negativos dos leilões realizados em 07 de outubro de 2017 e 21 de outubro de 2017, dos quais o fiduciante tomou ciência nos termos do §2º-A do artigo 27 da lei nº 9514/97 é feita esta averbação para contar que, tendo em vista o cumprimento da obrigação da fiduciária Caixa Econômica Federal – CEF, de efetuar os leilões previstos nos artigo 27 da lei nº 9514/97 e não tendo havido licitantes interessados para imóvel objeto desta matrícula, considera-se extinta a dívida e exonerado o fiduciário da obrigação (...)"*, conforme a respectiva matrícula (Id. 261614148), também constando que por escritura datada de 11/12/2019 a CEF procedeu à venda direta do imóvel.

Alega a parte autora enriquecimento ilícito pela instituição financeira.

Sem razão a parte autora.

Conforme exegese do artigo 27, §§2º, 4º e 5º, da Lei 9.514/97, se no segundo leilão o maior lance oferecido não for igual ou superior ao valor do débito, considerar-se-á extinta a dívida, ficando o credor exonerado da obrigação de entregar ao devedor a importância que sobejar de eventual venda do imóvel:

“Art. 27. Uma vez consolidada a propriedade em seu nome, o fiduciário, no prazo de trinta dias, contados da data do registro de que trata o § 7º do artigo anterior, promoverá público leilão para a alienação do imóvel.

§ 1º Se no primeiro leilão público o maior lance oferecido for inferior ao valor do imóvel, estipulado na forma do inciso VI e do parágrafo único do art. 24 desta Lei, será realizado o segundo leilão nos quinze dias seguintes. (Redação dada pela Lei nº 13.465, de 2017)

§ 2º No segundo leilão, será aceito o maior lance oferecido, desde que igual ou superior ao valor da dívida, das despesas, dos prêmios de seguro, dos encargos legais, inclusive tributos, e das contribuições condominiais.

§ 2º-A. Para os fins do disposto nos §§ 1º e 2º deste artigo, as datas, horários e locais dos leilões serão comunicados ao devedor mediante correspondência dirigida aos endereços constantes do contrato, inclusive ao endereço eletrônico. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)

§ 2º-B. Após a averbação da consolidação da propriedade fiduciária no patrimônio do credor fiduciário e até a data da realização do segundo leilão, é assegurado ao devedor fiduciante o direito de preferência para adquirir o imóvel por preço correspondente ao valor da dívida, somado aos encargos e despesas de que trata o § 2º deste artigo, aos valores correspondentes ao imposto sobre transmissão inter vivos e ao laudêmio, se for o caso, pagos para efeito de consolidação da propriedade fiduciária no patrimônio do credor fiduciário, e às despesas inerentes ao procedimento de cobrança e leilão, incumbindo, também, ao devedor fiduciante o pagamento dos encargos tributários e despesas exigíveis para a nova aquisição do imóvel, de que trata este parágrafo, inclusive custas e emolumentos. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)

§ 3º Para os fins do disposto neste artigo, entende-se por:

I - dívida: o saldo devedor da operação de alienação fiduciária, na data do leilão, nele incluídos os juros convencionais, as penalidades e os demais encargos contratuais;

II - despesas: a soma das importâncias correspondentes aos encargos e custas de intimação e as necessárias à realização do público leilão, nestas compreendidas as relativas aos anúncios e à comissão do leiloeiro.

§ 4º Nos cinco dias que se seguirem à venda do imóvel no leilão, o credor entregará ao devedor a importância que sobejar, considerando-se nela compreendido o valor da indenização de benfeitorias, depois de deduzidos os valores da dívida e das despesas e encargos de que tratam os §§ 2º e 3º, fato esse que importará em recíproca quitação, não se aplicando o disposto na parte final do art. 516 do Código Civil.

§ 5º Se, no segundo leilão, o maior lance oferecido não for igual ou superior ao valor referido no § 2º, considerar-se-á extinta a dívida e exonerado o credor da obrigação de que trata o § 4º.

§ 6º Na hipótese de que trata o parágrafo anterior, o credor, no prazo de cinco dias a contar da data do segundo leilão, dará ao devedor quitação da dívida, mediante termo próprio.

(...)”

Vale dizer, após a consolidação definitiva da propriedade em favor da CEF em razão da ausência de arrematantes nos leilões, pode ser estabelecido pela instituição financeira preço de venda que entender adequado, inexistindo

vinculação a contrato ou a qualquer avaliação, estando desobrigada a devolver ao devedor a importância que sobejar à dívida.

Com efeito, uma vez extinta a dívida igualmente insubsistente resulta a relação jurídica entre as partes, fora da qual não há validamente se falar em locupletamento ilícito.

Neste sentido já se pronunciou esta Corte:

CIVIL. PROCESSO CIVIL. CONTRATOS. INADIMPLENTO. LEILÕES INFRUTÍFEROS. QUITAÇÃO DA DÍVIDA. OBRIGAÇÃO DE PRESTAR CONTAS. INOCORRÊNCIA.

1. No procedimento de execução pelo rito da Lei nº 9.514/97, o devedor deve ser intimado a purgar a mora nos termos de seu artigo 26, *caput* e § 1º. Caso permaneça inerte, o oficial do competente Registro de Imóveis, certificando esse fato, promoverá a averbação, na matrícula do imóvel, da consolidação da propriedade em nome do fiduciário (artigo 26, § 7º, artigo 26-A, § 1º da Lei nº 9.514/97).

2. Uma vez consolidada a propriedade em seu nome, o fiduciário, no prazo de trinta dias, contados da data do registro, promoverá leilão público para a alienação do imóvel (artigo 27).

3. Este leilão só terá sucesso se o maior lance oferecido for superior ao valor do imóvel, já levando em consideração os critérios para a revisão do mesmo (artigo 24, VI, artigo 27, § 1º da Lei nº 9.514/97), caso o valor seja inferior, será realizado um segundo leilão nos quinze dias seguintes.

4. No segundo leilão, o imóvel poderá ser arrematado por montante inferior ao seu valor, em especial se o maior lance oferecido for igual ou superior ao valor da dívida, das despesas, dos prêmios de seguro, dos encargos legais, inclusive tributos, e das contribuições condominiais (artigo 27, § 2º da Lei nº 9.514/97).

5. Na hipótese de bem-sucedido o primeiro leilão, ou o segundo se atendidas as condições acima descritas, o credor entregará ao devedor a importância que sobejar, considerando-se nela compreendido o valor da indenização de benfeitorias, depois de deduzidos os valores da dívida e das despesas e encargos (artigo 27, §§ 2º, 3º e 4º da Lei nº 9.514/97), fato esse que importará em recíproca quitação.

6. *Se, contudo, no segundo leilão, o maior lance oferecido não for igual ou superior ao valor referido no § 2º, a dívida será considerada extinta, exonerado o credor da obrigação de tal restituição, nos termos dos §§ 4º e 5º do artigo 27. O credor, no entanto, fica obrigado a dar ao devedor a quitação da dívida (artigo 27, § 6º da Lei nº 9.514/97).*

7. *No caso concreto, após dois leilões infrutíferos, houve a quitação da dívida, nos termos dispostos pela lei, a partir do que o imóvel passou a ser de propriedade da Caixa Econômica Federal, não havendo que se falar na necessidade de prestação de contas para eventual posterior alienação do bem, uma vez extinto qualquer liame jurídico entre as partes com a dissolução da relação contratual, podendo a parte ré dispor do bem como bem lhe aprouver.*

8. Apelação a que se nega provimento.

(TRF 3ª Região, 1ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5001004-97.2020.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS, julgado em 14/06/2022, DJEN DATA: 20/06/2022);

PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. PAGAMENTO DO VALOR QUE SOBEJOU A DÍVIDA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. O leilão pode ocorrer em duas fases. No primeiro leilão, o imóvel será ofertado no valor de sua avaliação. Caso não haja nenhum lance que alcance o valor estipulado, será realizado o segundo leilão nos quinze dias seguintes, no qual será aceito o maior lance oferecido desde que igual ou superior ao valor das dívidas e demais despesas relativas ao imóvel, nos termos do artigo 27 da Lei 9.514/97.

2. Caso o imóvel seja arrematado, seja no primeiro ou no segundo leilão, o credor deverá entregar ao devedor a importância que sobejar, considerando-se nela compreendido o valor da indenização por benfeitorias, depois de deduzidas todas as dívidas e demais despesas que acompanham o imóvel, fato este que importará em recíproca quitação (artigo 27, §§ 2º, 3º e 4º da Lei 9.514/97).

3. Se, contudo, no segundo leilão, o maior lance oferecido não for igual ou superior ao valor referido no § 2º, a dívida será considerada extinta, exonerado o credor da obrigação de tal restituição, nos termos dos §§ 4º e 5º do artigo 27. O credor fica, contudo, obrigado a dar ao devedor apenas a quitação da dívida (artigo 27, § 6º da Lei 9.514/97).

4. *Frustrada a alienação do imóvel via hasta pública, a posterior alienação por venda direta da Caixa Econômica Federal de imóvel que passou a seu acervo patrimonial não concede direito ao antigo devedor a valores que eventualmente sobejassem a dívida. Como visto, a partir do fracasso do segundo leilão, o credor fica exonerado da obrigação de restituição resultando na automática recíproca quitação das obrigações contratuais.*

5. Apelação não provida.

(TRF 3ª Região, 1ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5002496-20.2017.4.03.6104, Rel. Desembargador Federal HELIO EGYDIO DE MATOS NOGUEIRA, julgado em 25/11/2021, DJEN DATA: 30/11/2021).

Diante do insucesso do recurso interposto é de ser aplicada a regra da sucumbência recursal estabelecida no art. 85, §11º do CPC, pelo que majoro em 1% os honorários advocatícios fixados na sentença, acréscimo que se mostra adequado aos critérios legais estabelecidos no §2º do art. 85 do CPC, não se apresentando excessivo e desproporcional aos interesses da parte vencida e por outro lado deparando-se apto a remunerar o trabalho do advogado em proporção à complexidade do feito.

Diante do exposto, *nego provimento* ao recurso, com majoração da verba honorária, nos termos supra.

É como voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO 5004740-56.2021.4.03.0000

Agravante: VANDA SILVA ALVES

Agravados: SIPES - SOCIEDADE INTERAMERICANA DE PESQUISA E ENSINO SUPERIOR LTDA., CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS FRANCISCO

Disponibilização do Acórdão: DJEN 09/05/2023

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. FIES. ASSUNÇÃO DE DÍVIDA. ART. 299 DO CÓDIGO CIVIL. REGIME JURÍDICO. ANÁLISE DO CASO CONCRETO. AUSÊNCIA DE ACEITE POR PARTE DO AGENTE FINANCEIRO.

- O caso concreto versa sobre hipótese de assunção de dívida, disciplinada pelo art. 299 do Código Civil, por meio da qual ocorre a modificação subjetiva no polo passivo da relação obrigacional, a qual, porém, não é extinta. O instituto se materializa por meio de um negócio jurídico em que terceiro assume a obrigação do devedor, o qual é exonerado, de modo que o débito é transmitido a terceiro, que assume a obrigação do devedor originário, responsabilizando-se pela satisfação da prestação. Mostra-se imprescindível que exista o consentimento do credor, exigência que se justifica a fim de possibilitar que este possa avaliar se o terceiro, a quem se pretende transferir o débito, é merecedor de crédito.

- Tendo em vista que a assunção de dívida somente se opera mediante expresso consentimento do credor, cabe ao devedor originário e ao terceiro consultá-lo, concedendo-lhe prazo razoável a fim de que se manifeste a respeito, valendo frisar que o credor não é obrigado a concordar com a cessão da dívida, sendo que, no silêncio, presume-se sua recusa.

- Analisando o caso concreto subjacente, não há prova alguma a indicar que a Caixa Econômica Federal – CEF tenha participado do contrato de assunção e de reconhecimento de dívida, ou seja, não há qualquer elemento de convicção a demonstrar que a instituição financeira tenha sido consultada para fins de aceite ou não da assunção de dívida relativa ao financiamento estudantil. Logo, conclui-se que o pactuado entre a parte- agravante e o SIPES não pode ser oposto contra a instituição bancária (na qualidade de agente financeiro do FIES).

- Agravo de instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Segunda Turma decidiu, por unanimidade, negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal Carlos Francisco (Relator): Trata-se de agravo de instrumento interposto por VANDA SILVA ALVES contra r. decisão proferida pelo MM. Juízo da 24ª Vara Cível Federal de São Paulo/SP que indeferiu a tutela provisória preteada. Alega, em síntese, que a r. decisão não pode subsistir, pois encontram-se presentes todos os requisitos necessários à concessão da tutela provisória – aduz, ademais, que o seu direito encontra amparo nos documentos anexados aos autos, que demonstram a verossimilhança de suas alegações no sentido de que cumpriu todas as condições contratuais pactuadas e, mesmo assim, teve seu nome negativado indevidamente. Pugnou pela concessão de efeito suspensivo ao recurso e pelo provimento do recurso.

Proferiu-se r. decisão que indeferiu pedido de concessão de efeito suspensivo (ID 268836286).

Foi apresentada contraminuta (IDs 269357265 e 269357277).

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal Carlos Francisco (Relator): No presente caso, nenhuma das partes trouxe qualquer argumento apto a infirmar o entendimento já manifestado na r. decisão que indeferiu pedido de concessão de efeito suspensivo (ID 268836286).

Dentro de tal contexto, passo a transcrever os fundamentos do r. provimento judicial por mim lavrado:

“(...) Registro, inicialmente, que a parte agravante já é beneficiária da assistência judiciária gratuita, deferida em primeira instância. Anoto, a seguir, que distribuídos os autos originários, foi proferida uma primeira decisão pelo MM. Juízo ‘a quo’, extinguindo a demanda em relação à Caixa Econômica Federal (CEF) e determinando a remessa dos autos à Justiça Estadual. Entretanto, foi concedido efeito suspensivo ao agravo de instrumento nº 5000451-80.2021.4.03.0000, para manter a CEF no polo passivo e, por

consequente, o processamento da demanda na Justiça Federal. Em continuação, foi prolatada a decisão ora impugnada, a qual indeferiu o pleito de antecipação de tutela, que objetivava a suspensão da cobrança do débito e a retirada do nome da agravante dos cadastros de proteção ao crédito.

Narra a agravante que: '(...) 4. A primeira agravada manteve com a agravante, contrato de prestação de serviços educacionais, iniciado em 14 de dezembro de 2012, para o curso de administração. 5. A requerente tomou conhecimento de propaganda produzida e veiculada pela primeira requerida, através de parceria com o 'Movimento Cidadania', oferecendo curso superior gratuito, apenas com o pagamento de taxa trimestral de R\$ 50,00 (cinquenta reais), sendo as mensalidades, suportadas em primeiro momento, pelo FIES, sendo que, cumpridas condições contratuais, o período de amortização, ou seja, o pagamento, seria arcado pela própria ré. O 'Layout' desta propaganda dizia: 'AGORA VOCÊ PODE!'... 'VOCÊ ESTUDA E NÃO PAGA NADA' (docs. anexos). 6. Prossequindo, com as orientações da requerida, sendo pessoa de baixa renda a autora obteve benefício do GOVERNO FEDERAL por meio do FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO E DO FINANCIAMENTO AO ESTUDANTE DO ENSINO SUPERIOR, obtendo abertura de crédito perante a CEF – CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, por meio do contrato de financiamento estudantil nº 21.4077.185.0003657-47, no valor de R\$ 58.173,00 (cinquenta e oito mil cento e setenta e três reais) com o prazo de pagamento em 156 meses com início da amortização a partir de 15.02.2018.(doc. anexo). 7. Dito isso, para cumprimento da promessa comercial propagada, a primeira ré assinou com a autora CONTRATO DE ASSUNÇÃO E RECONHECIMENTO DE DÍVIDA E OUTRAS AVENÇAS, ficando estabelecido que a instituição requerida, nos termos da CLAUSULA PRIMEIRA E SEGUNDA, assumiria a responsabilidade pela quitação da dívida no valor de R\$ 58.173,00 (cinquenta e oito mil cento e setenta e três reais) perante o agente financeiro do FIES, neste caso a CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. (doc. anexo)'.

Para a atribuição de efeito suspensivo ao agravo de instrumento é imprescindível a presença concomitante dos requisitos da relevância da fundamentação ('*fumus boni iuris*') e do perigo de lesão grave e de difícil reparação ('*periculum in mora*'). É preciso, ainda, que exista prova inequívoca, capaz de levar ao convencimento quanto à verossimilhança das alegações.

Os requisitos, contudo, não se encontram presentes no recurso sob exame. Com efeito, o caso concreto versa sobre típica hipótese de assunção de dívida, em relação à qual assim dispõe o Código Civil: 'Art. 299. É facultado a terceiro assumir a obrigação do devedor, com o consentimento expresso do credor, ficando exonerado o devedor primitivo, salvo se aquele, ao tempo da assunção, era insolvente e o credor o ignorava. Parágrafo único. Qualquer das partes pode assinar prazo ao credor para que consinta na assunção da dívida, interpretando-se o seu silêncio como recusa'.

Como se nota, na assunção de dívida ocorre a modificação subjetiva no polo passivo da relação obrigacional, a qual, porém, não é extinta. A assunção de dívida se materializa por meio de um negócio jurídico, em que terceiro assume a obrigação do devedor, o qual é exonerado. Portanto, através da assunção de dívida, o débito é transmitido a terceiro, que assume a obrigação do devedor originário, responsabilizando-se pela satisfação da prestação. É imprescindível, contudo, que exista o consentimento do credor, exigência que

se justifica a fim de possibilitar que o credor possa avaliar se o terceiro, a quem se pretende transferir o débito (denominado assuntor) é merecedor de crédito. Dessa forma, uma vez que a assunção de dívida somente se opera mediante expresso consentimento do credor, cabe ao devedor originário e ao terceiro consultá-lo, concedendo-lhe prazo razoável a fim de que se manifeste a respeito, valendo frisar que o credor não é obrigado a concordar com a cessão da dívida. No silêncio, aliás, presume-se a sua recusa.

Ocorre que, no presente agravo de instrumento, não há prova alguma de que a CEF tenha participado do contrato de assunção e reconhecimento de dívida, ou seja, não há qualquer elemento de convicção no sentido de que a instituição financeira tenha sido consultada para fins de aceitar ou não a assunção da dívida relativa ao financiamento estudantil. Logo, ao menos em sede de cognição sumária, própria deste momento processual, conclui-se que o quanto pactuado entre a autora, ora agravante, e o Sipes, não pode ser oposto contra a CEF, na qualidade de agente financeiro do FIES.

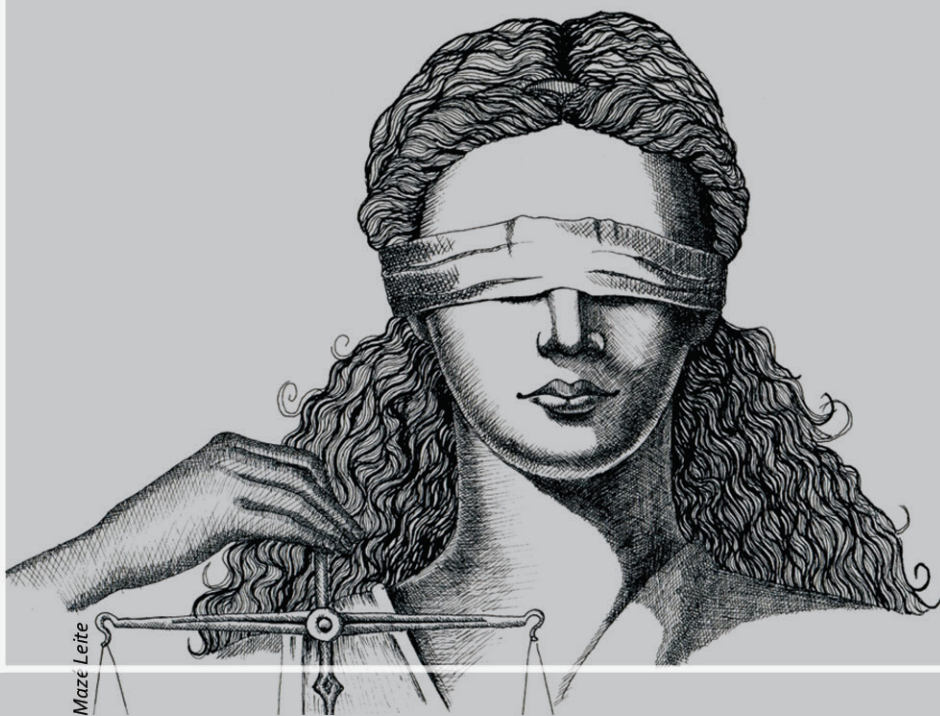
Ante o exposto, ausente a plausibilidade do direito alegado, INDEFIRO o pedido de concessão de efeito suspensivo ao recurso. (...)."

Ausente qualquer motivo para alteração, entendo que a r. decisão deve ser mantida.

Ante o exposto, *NEGO PROVIMENTO* ao agravo de instrumento interposto por VANDA SILVA ALVES.

É o voto.

Direito Penal



EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE 0002028-02.2003.4.03.6115

Embargante: CLODOALDO RIBEIRO DA SILVA

Embargado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 23/05/2023

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES. DIVERGÊNCIA. REDUÇÃO À CONDIÇÃO ANÁLOGA A DE ESCRAVO. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO. ARTIGOS 149 E 297, §4º, DO CÓDIGO PENAL. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. VIOLAÇÃO A NORMAS PREVIDENCIÁRIAS COMO MEIO PARA CONSECUÇÃO DO DELITO FIM. ABSOLVIÇÃO DO DELITO DE FALSO. REDUÇÃO DA PENA DEFINITIVA DO EMBARGANTE. EMBARGOS INFRINGENTES PROVIDOS.

1. Primeiramente, de se repisar que, em sede de embargos infringentes, o reexame do mérito da apelação criminal fica restrito ao ponto de divergência entre os julgadores. No caso, verifica-se que o dissenso diz respeito unicamente sobre a fixação da pena na primeira fase da dosimetria dos embargantes, para que prevaleça o voto vencido na fixação das penas-base no patamar de aumento estabelecido em montante inferior aos votos vencedores.

2. Verifica-se que o dissenso diz respeito à aplicação do princípio da consunção em relação à imputação ao ora embargante do delito previsto no art. 297, §4º, do Código Penal, requerendo a defesa que se entenda que o falso, no presente caso, foi meio para consecução da conduta de reduzir os trabalhadores à condição análoga a de escravo (art. 149 do Código Penal).

3. O delito previsto no art. 297, §4º, do Código Penal tem por bem jurídico a fé pública e possui por finalidade evitar que a seguridade social seja submetida a graves prejuízos na arrecadação de tributos destinados à manutenção da Previdência Social. Enquanto que o delito previsto no art. 149 do Código Penal visa resguardar, não somente a liberdade individual, como os primados da dignidade da pessoa humana e da liberdade do trabalho. Não obstante isso, resta claro que as condutas de previstas no art. 297, §§ 3º e 4º, do Código Penal quando analisadas no contexto do delito de redução à condição análoga a de escravo encontram-se inseridas no desdobramento fático das condutas previstas no art. 149 do Código Penal. Vale dizer, a finalidade do agente, num contexto dessa magnitude, não é ludibriar à

Previdência Social, gerando prejuízos a ela, mas, sim, ceifar a liberdade individual e/ou à dignidade de trabalho, reduzindo-o à condição de coisa.

4. Ainda que não seja qualquer violação dos direitos trabalhistas e previdenciários que configura trabalho escravo, por certo que todo trabalho escravo exige a violação, de todas ou algumas, daquelas normas.

5. O princípio da consunção trata justamente das situações em que o agente pratica dois ou mais crimes e um deles caracteriza meio necessário para a prática de outro delito, sendo esse último a real finalidade das condutas perpetradas pelo autor do delito, de modo que o primeiro delito acaba absorvido pelo segundo. Essa é justamente a situação do presente caso.

6. A circunstância de as situações tipificadas no art. 149 do Código Penal serem alternativas e não cumulativas, não afasta o fato de que a ausência de registro em CTPS, dos contratos de trabalho das vítimas, se constitui como fase de execução do crime previsto no art. 149 do Código Penal, não podendo ser selecionada como delito autônomo somente porque o delito restaria caracterizado pela existência de condições degradantes as quais os trabalhadores foram submetidos, independentemente da violação das normas trabalhistas e previdenciárias.

7. Deve prevalecer o voto vencido no tocante a absolvição do CLODOALDO RIBEIRO DA SILVA da prática do crime previsto no art. 297, § 4º, do Código Penal, em razão da aplicação do princípio da condução, fixando a pena definitiva de CLODOALDO RIBEIRO DA SILVA em 07 (sete) anos de reclusão, no regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do Código Penal, e pagamento de 20 (vinte) dias-multa, pela prática dos crimes previstos no art. 149 do Código Penal, e nos artigos 15 e 16 da Lei nº 7.802/89, em concurso material (CP, art. 69).

8. Embargos infringentes provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Seção, por maioria, decidiu dar provimento aos embargos infringentes para fazer prevalecer o voto vencido no tocante à absolvição de Clodoaldo Ribeiro da Silva da prática do crime previsto no art. 297, § 4º, do Código Penal, em razão da aplicação do princípio da condução, fixando sua pena definitiva em 07 (sete) anos de reclusão, no regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, b, do Código Penal, e pagamento de 20 (vinte) dias-multa, pela prática dos crimes previstos no art. 149 do Código Penal, e nos artigos 15 e 16 da Lei nº

7.802/89, em concurso material (CP, art. 69), nos termos do voto do Relator, no que foi acompanhado pelo Desembargador Federal ALI MAZLOUM, pela Juíza Federal Convocada LOUISE FILGUEIRAS e pelo Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW, vencido o Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA, que negava provimento aos embargos infringentes, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

Trata-se de embargos infringentes opostos por CLODOALDO RIBEIRO DA SILVA contra acórdão ID 257452145, proferido pela E. 11ª Turma deste Tribunal Regional Federal, que, por unanimidade, decidiu negar provimento à apelação do Ministério Público Federal e, por maioria, deu parcial provimento ao apelo da defesa, tão somente para reconhecer a atenuante da confissão quanto ao crime do art. 297, § 4º, do Código Penal, sem alteração da pena, ante a orientação da Súmula nº 231 do STJ, nos termos do voto do Relator, o Desembargador Federal Nino Toldo. Vencido o Desembargador Federal José Lunardelli, que dava provimento à apelação da defesa para absolver CLODOALDO RIBEIRO DA SILVA da prática do crime previsto no art. 297, § 4º, do Código Penal, ficando sua pena definitiva fixada em 07 (sete) anos de reclusão, no regime inicial semiaberto, e pagamento de 20 (vinte) dias-multa, pela prática dos crimes previstos nos artigos 149 do Código Penal e 15 e 16 da Lei nº 7.802/89, em concurso material (CP, art. 69).

O acórdão encontra-se assim ementado:

“PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. REDUÇÃO A CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO. ART. 149 DO CÓDIGO PENAL. REDAÇÃO ANTERIOR À LEI Nº 10.803/2003. OMISSÃO DE REGISTRO EM CTPS. ART. 297, § 4º, DO CÓDIGO PENAL. CRIMES CONTRA A SAÚDE E O MEIO AMBIENTE. ARTS. 15 E 16 DA LEI Nº 7.802/89. MANEJO E DESCARTE DE AGROTÓXICOS. FORNECIMENTO INADEQUADO DE EQUIPAMENTOS DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL (EPI). PRELIMINARES. NULIDADE PROCESSUAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. INOCORRÊNCIA. MATERIALIDADE. AUTORIA. DOLO.

1. A citação por edital não implicou prejuízo à defesa do réu e, consequentemente, não há nulidade a ser declarada (CPP, art. 563).

2. A produção antecipada da prova testemunhal tornou-se urgente em razão do longo tempo decorrido entre os fatos e a fase de instrução, o que poderia tornar imprestáveis os depoimentos, especialmente daqueles que presenciaram os acontecimentos, cujos detalhes poderiam se perder na memória. Não se trata de justificativa genérica pelo mero decurso de tempo, como veda a Súmula nº 455 do Superior Tribunal de Justiça, mas sim de medida necessária para evitar o risco de perecimento da prova, resguardando-se, com isso, a efetividade da prestação jurisdicional.

3. Embora não conste da gravação do interrogatório do réu que ele tenha sido informado previamente acerca do seu direito de permanecer calado e de não

responder a todas as perguntas que lhe fossem formuladas (CPP, art. 186), a ausência dessa advertência não implica automaticamente a nulidade da oitiva, até porque o réu estava acompanhado de advogado na ocasião e suas declarações foram resultado do exercício do seu direito de se defender e de esclarecer os fatos.

4. O apelante foi assistido por defensor durante toda a ação penal, não se podendo falar em deficiência da defesa técnica. Foi-lhe devidamente garantido o pleno exercício da ampla defesa e do contraditório durante todo o processo e a defesa então constituída manifestou-se regularmente nos autos, com ampla possibilidade de requerer o que entendesse necessário. Se agora, por novo defensor constituído, o apelante entende que sua defesa no processo não foi adequada ou suficiente, isso não pode ser alegado como falta de defesa técnica. Como orienta a Súmula nº 523 do STF, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.

5. A desconformidade na digitalização deve ser manifestada por ambas as partes, conforme prevê a Resolução Pres. nº 362, de 29 de junho de 2020, que autorizou a virtualização dos processos criminais em tramitação em suporte físico no âmbito do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, bem como a sua inserção no Sistema Processo Judicial Eletrônico - PJe. Em razão disso, não se pode falar em ônus exclusivo da acusação. O apelante deixou transcorrer o prazo sem qualquer manifestação acerca de eventual desconformidade na digitalização, embora intimado para tal.

6. A sentença condenatória foi objeto de recurso da acusação, buscando a reforma da dosimetria da pena para que esta seja aumentada. Por isso, não é cabível a aplicação do disposto no art. 110 do Código Penal, pois ainda não houve o trânsito em julgado para a condenação.

7. Materialidade, autoria e dolo comprovados em relação a todas as imputações. O dolo ficou demonstrado pelas circunstâncias narradas nos autos, que evidenciam a vontade livre e consciente do apelante em submeter os trabalhadores de sua lavoura a condições degradantes de trabalho, especialmente relacionadas ao não fornecimento de equipamentos de proteção, tampouco de instalações adequadas de moradia, assim como ao descumprimento das normas trabalhistas e a disposição inadequada de embalagens vazias dos defensivos apreendidas no local fiscalizado.

8. O Superior Tribunal de Justiça tem decidido que a ausência de anotação do vínculo trabalhista na CTPS é dotada de tipicidade, configurando a conduta do art. 297, § 4º, do Código Penal.

9. Os crimes previstos nos arts. 15 e 16 da Lei nº 7.802/89 têm como bem jurídico protegido a saúde e o meio ambiente, especialmente em relação ao transporte, armazenamento, comercialização e utilização de agrotóxicos e ao destino final dos seus resíduos, embalagens, componentes e afins.

10. Por serem autônomos os delitos narrados na denúncia, não há que se falar em aplicação do princípio da consunção. Os delitos em questão tutelam bens jurídicos diversos, sendo autônomas as condutas, não se podendo falar em absorção de um crime por outro. Além disso, a utilização de agrotóxicos com descumprimento das exigências estabelecidas na legislação pertinente e a omissão do registro de empregados em CTPS não eram essenciais para o perfazimento da conduta de reduzir os trabalhadores a condição análoga à de escravo, nem exauriram sua potencialidade lesiva naquele.

11. Dosimetria das penas. Reconhecida a circunstância atenuante da confissão (CP, art. 65, III, “d”) para o crime previsto no art. 297, § 4º, do Código Penal. Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça.

12. Rejeitado o pedido de reconhecimento da atenuante genérica prevista no art. 66 do Código Penal, por não ter sido provada a existência de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, apta a atenuar a pena.

13. Não se aplica a causa de redução de pena do arrependimento posterior (CP, art. 16). Embora o apelante tenha efetuado o registro e acerto das verbas trabalhistas dos empregados e fornecido EPI para o manuseio dos agrotóxicos, tal fato não se deu por ato voluntário do agente, e sim depois da fiscalização do Ministério do Trabalho. Além do mais, a extensão do dano causado pelos crimes praticados pelo apelante é muito superior à regularização efetuada no âmbito trabalhista.

14. Apelação da acusação não provida. Apelação da defesa parcialmente provida.”

A declaração de voto do Exmo. Desembargador Federal José Lunardelli encontra-se acostado a ID 255212096.

Em ID 257452145, a defesa juntou petição de Embargos Infringentes, em que requer a prevalência tanto do voto vencido do Exmo. Desembargador Federal José Lunardelli, que, julgado o recurso de apelação da defesa, votou em favor da absolvição do réu em relação à imputação do delito do art. 297, §4º, do Código Penal, pela aplicação do princípio da consunção, mantendo a condenação do ora embargante pela prática dos crimes previstos nos artigos 149 do Código Penal e 15 e 16 da Lei nº 7.802/89, em concurso material (CP, art. 69).

Sustenta a defesa, que o crime do art. 297, §4º, do Código Penal está consumido pelo crime do art. 149 do Código Penal, pois as condições de trabalho – falta de anotação em CTPS, pagamento de direitos trabalhistas, utilização de agrotóxicos sem EPIs etc – são elencados, na denúncia, como fatores para caracterização do trabalho degradante, de modo que o delito de falso imputado ao acusado – omitir, em documentos destinados à fazer prova perante à previdência social, nome do segurado e seus dados pessoais, a remuneração, a vigência do contrato de trabalho ou de prestação de serviços – integra a conduta incriminada pela redução à condição análoga a de escravo e não podem servir para justificar imputações autônomas, sob pena de violação ao princípio do *ne bis in idem*.

Aduz a defesa, ainda, que a pluralidade de bens jurídicos e condutas não é obstáculo para a configuração do princípio da consunção, de modo que se a redução do trabalhador à condição análoga a de escravo abrange as condutas que, concretamente, retiram a dignidade humana do trabalhador (falta de anotação em CTPS, falta de pagamento de verbas trabalhistas, manuseio de agrotóxicos sem EPI etc), não há razão para punição do falso de forma autônoma.

Argumenta que, ao longo do voto vencedor, houve aplicação de critérios diferentes conforme a tese de mérito: para se afastar a aplicação do princípio da

consunção, o contexto geral da conduta foi ignorado, não se entendendo o falso como desdobramento fático das condutas que configuram o crime de redução à condição análoga à de escravo. No entanto, para deixar de aplicar à redução prevista no art. 16 do Código Penal, conforme solicitado pela defesa, entendeu-se eu que a falta de regularização trabalhista está inserida em um contexto maior de danos supostamente causados aos trabalhadores.

Requer a defesa, assim, seja reconhecida a consunção do crime do art. 297, §4º, do Código Penal pelo crime do art. 149 do Código Penal, reduzindo-se a pena do Réu para o montante de 7 (sete) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e a 20 (vinte) dias-multa, nos termos do voto vencido.

O Ministério Público Federal juntou contrarrazões (ID 265528476).

É o Relatório.

À revisão nos termos regimentais.

VOTO

Primeiramente, de se repisar que, em sede de embargos infringentes, o reexame do mérito da apelação criminal fica restrito ao ponto de divergência entre os julgadores.

No caso, verifica-se que o dissenso diz respeito à aplicação do princípio da consunção em relação à imputação ao ora embargante do delito previsto no art. 297, §4º, do Código Penal, requerendo a defesa que se entenda que o falso, no presente caso, foi meio para consecução da conduta de reduzir os trabalhadores à condição análoga a de escravo (art. 149 do Código Penal).

O voto vencedor de lavra do Exmo. Desembargador Federal Nino Toldo, relator para o recurso, negou provimento à apelação do Ministério Público Federal e deu parcial provimento ao apelo da defesa, tão somente para reconhecer a atenuante da confissão quanto ao crime do art. 297, § 4º, do Código Penal, sem alteração da pena, ante a orientação da Súmula nº 231 do STJ. A fundamentação adotada foi a seguinte:

“(…)

A defesa pede a absorção das condutas previstas nos crimes do art. 297, § 4º, do Código Penal e dos arts. 15 e 16 da Lei nº 7.802/89, por serem o meio empregado para a conduta de redução a condição análoga à de escravo (CP, art. 149).

Sem razão, por serem autônomos os delitos narrados na denúncia, não havendo que se falar em aplicação do princípio da consunção de delitos de menor gravidade pelo de pena maior.

Isso porque os delitos em questão tutelam bens jurídicos diversos, sendo autônomas as condutas, não se podendo falar em absorção de um crime por outro. Além disso, a utilização de agrotóxicos com descumprimento das exigências estabelecidas na legislação pertinente e a omissão do registro de

empregados em CTPS não eram essenciais para o perfazimento da conduta de reduzir os trabalhadores a condição análoga à de escravo, nem exauriram sua potencialidade lesiva naquele.”.

Já o voto vencido, prolatado pelo Exmo. Des. Federal José Lunardelli, foi no sentido de dar provimento ao recurso de apelação da defesa, para absolver réu em relação à imputação do delito do art. 297, §4º, do Código Penal, pela aplicação do princípio da consunção, com o seguinte fundamento:

“(…)

Aquele empregador que deixa de registrar em CTPS contrato de trabalho pratica conduta que se amolda, em tese, à descrição típica do § 4º do art. 297 do Código Penal:

Art. 297 - Falsificar, no todo ou em parte, documento público, ou alterar documento público verdadeiro:

Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa.

(…)

§ 4º Nas mesmas penas incorre quem omite, nos documentos mencionados no § 3º, nome do segurado e seus dados pessoais, a remuneração, a vigência do contrato de trabalho ou de prestação de serviços.

Ocorre que, no caso dos autos, o quadro fático descrito na exordial acusatória deixa claro que a não formalização regular do vínculo de trabalho, ou pagamento regular de verbas remuneratórias, estava dentro do desdobramento fático de todas as demais condutas que, juntas, configuram o crime de redução à condição análoga à de escravo. Ou seja, a ausência de registro em CTPS, dos contratos de trabalho das vítimas, se constitui como fase de execução do crime previsto no art. 149 do Código Penal.

Portanto, a meu ver, evidente está a relação consuntiva entre os arts. 297, § 4º do Código Penal e o art. 149 do mesmo instituto penal, na compreensão que a omissão de anotação de CTPS é absorvida pelo crime que atenta contra a própria liberdade individual do trabalhador.”.

Com a devida vênia ao voto vencedor, entendo que deve prevalecer o voto vencido.

CLODOALDO RIBEIRO DA SILVA foi denunciado nos seguintes termos:

“(…)

Em outubro de 2003, no Sítio Estância Santa Mônica, localizado na cidade de Tambaú/SP, o denunciado deu destilação a resíduos e embalagens vazias de agrotóxicos em descumprimento às exigências estabelecidas no artigo 6º, §§ 2º e 4º, da Lei 7802/89, no Decreto nº 4.074/2002, artigo 53, *caput* e seus parágrafos 2º e 5º e Portaria do Ministério do Trabalho nº 3.067/88 — Norma Regulamentadora Rural nº 05, item 5.7.

Ademais, CLODOALDO RIBEIRO DA SILVA, na qualidade de empregador dos trabalhadores rurais do Sítio Estância Santa Mônica, deixou de promover as medidas necessárias de proteção à saúde de seus empregados e ao meio ambiente.

O denunciado, ainda, reduziu os rurícolas LAURI DE LIMA PEREIRA, MÁRCIA RULAN DE OLIVEIRA, HAROLDO GOMES RODRIGUES, EDINALVA DE MOURA SANTOS, ARMANDO DE SOUSA, EDSON DE MOURA SANTOS, GENILDA DOS SANTOS, EDSON CONCEIÇÃO DA SILVA, EDILSON APARECIDO RIBEIRO, ELIAS JOSÉ DA SILVA, MARIA APARECIDA DE MOURA SANTOS, VERA LÚCIA VIDAL, ANDREA DOS SANTOS, EDNA ALVES FEITOSA, VALDIR JOSE DE LIMA, VALMIR JOSÉ DIAS, MARCOS JOSÉ DA SILVA, CLAUDOMIRO JOSÉ DA SILVA, CÉLIA APARECIDA CLARO, LUZIA APARECIDA DE MACEDO, GILMAR DOS SANTOS OLIVEIRA, SUELI CORREIA OLIVEIRA, CONSTANTINO ORTELHADO, GILVANO SOUZA ROCHA, FABIANA FÁTIMA DA SILVA, JOELCIO JOSÉ DA SILVA, BENEDITO DUARTE DE LIMA, JOSÉ AUGUSTO RODRIGUES DE SOUZA, PEDRO NORATO DOS SANTOS, LÚCIA APARECIDA MARTINS DE SOUZA, JOÃO NENEM DE SOUZA, SAMUEL JOSÉ DA SILVA, ROSÂNGELA MARINHO PAIXÃO, IVONE DE FÁTIMA SANTOS, AILTON DE ALCÂNTARA, SIDNEI DE OLIVEIRA, MARIA JOSÉ LOURENÇO, ROBSON ADÃO NEGRÃO, DIEGO MUNHOZ RODRIGUES, DORAIL GONÇALVES DE OLIVEIRA, JOSÉ MARIA DUARTE DE LIMA, GERALDO URSOLINO DE FREITAS, MARCOS RIBEIRO DA SILVA JÚNIOR, VALDECIR DE LIMA PEREIRA, ANDERSON DUARTE DE LIMA, MARCELO DONIZETTI ZAMBELAN, CELSO GERVASIO AUGUSTO E MARIA JOSÉ AUGUSTO, que trabalhavam em suas plantações, a condição análoga à de escravo, bem como *deixou de anotar em Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS de trinta e nove desses empregados período de trabalho que legalmente estaria obrigado a fazê-lo.*

Em fiscalização realizada por auditores-fiscais do Ministério do Trabalho e Emprego, em 8 de outubro de 2003, no Sítio Estância Santa Mônica, arrendado por CLODOALDO, verificou-se que havia 48 (quarenta e oito) trabalhadores exercendo atividades em colheita de tomate, sem o recebimento de salário, alguns até mesmo sem registro em carteira, aplicando agrotóxicos sem o uso de equipamentos de proteção individual e que estavam instalados em moradias sem condições sanitárias adequadas.

Em virtude das irregularidades constatadas lavrou-se os autos de infração cujas cópias estão acostadas às fls. 19/29.

Posteriormente, em cumprimento a mandado de busca e apreensão expedido em 10 de novembro de 2003, a Polícia Federal, acompanhada de auditores fiscais do Ministério do Trabalho, esteve no sítio arrendado pelo denunciado, onde logrou apreender embalagens plásticas dos produtos químicos 'Klorpan', 'Fusilade', 'Permetrina', 'Sevin 480SC' e 'Pirate' (auto circunstanciado de busca e apreensão de fls. 67/68). Também se apreendeu embalagens de agrotóxicos, conforme auto de fl. 101, cujos produtos foram usados na lavoura pelos empregados de CLODOALDO e a mando dele. Note-se que as embalagens deveriam ser entregues ao fabricante ou encaminhadas às autoridades ambientais e não dispersadas levemente no meio ambiente.

Segundo consta do auto de infração de número 6197779, *a empresa de CLODOALDO RIBEIRO DA SILVA mantinha apenas 9 (nove) dos 48 (quarenta e oito) empregados que trabalhavam na lavoura de tomate com contrato de trabalho anotado em CTPS. Os fiscais constataram que os outros 39 (trinta e nove) trabalhadores estavam em pleno exercício de suas atividades, porém não haviam sido registrados.*

Frise-se que os trabalhadores encontravam-se desempenhando atividade laborativa, de maneira não eventual, com subordinação e tendo como promessa o pagamento de salário.

De outro turno, o denunciado, assumindo os riscos da atividade econômica (plantação de tomates), admitiu, dirigia e coordenava os mencionados trabalhadores (estabelecendo o horário de trabalho, as tarefas a serem realizadas, bem como supervisionando as atividades que os empregados deveriam realizar).

Assim, os fiscais do trabalho, reconhecendo a relação de emprego sem as formalidades legais, efetuaram os respectivos autos de infração.

A materialidade do delito tipificado no artigo 297, § 4º, do Código Penal, comprova-se ainda pelos documentos do Ministério do Trabalho e pelo Livro de Registro de Empregados (cópias acostadas nos autos em apenso), os quais demonstram que os trabalhadores CELSO GERVASIO AUGUSTO E MARIA JOSÉ AUGUSTO, a despeito de terem sido admitidos em 18 de abril de 2003, foram registrados somente em 24 de outubro de 2003, em razão de ação fiscal instaurada contra o empregador CLODOALDO RIBEIRO DA SILVA. Além do mais, verifica-se que o denunciado omitiu na CTPS dos empregados ELIAS JOSÉ DA SILVA, MARCOS JOSÉ DA SILVA, CLAUDOMIRO JOSÉ DA SILVA, SUELI CORREIA OLIVEIRA, JOELCIO JOSÉ DA SILVA, SAMUEL JOSÉ DA SILVA, IVONE DE FÁTIMA SANTOS, SIDNEI DE OLIVEIRA, DIEGO MUNHOZ RODRIGUES E DORAIL GONCALVES DE OLIVEIRA a vigência do contrato de trabalho no período de 18 de abril a 30 de setembro de 2003, bem como na carteira de trabalho de MARIA APARECIDA DE MOURA SANTOS e ROBSON ADÃO NEGRÃO contrato vigente no período de 4 de abril a 30 de setembro de 2003 e na CIPS de CÉLIA APARECIDA CLARO e AILTON DE ALCÂNTARA, a vigência de contrato de trabalho no período de 21 de abril a 30 de setembro de 2003. O acusado deixou também de anotar o contrato de trabalho celebrado com os trabalhadores rurais CONSTANTINO ORTELHADO e BENEDITO DUARTE DE LIMA e vigente no período de 1º de março a 30 de setembro de 2003, com os trabalhadores GILVANO SOUZA ROCHA e PEDRO NORATO DOS SANTOS, no período de 1º de julho a 30 de setembro de 2003 e, por fim, o contrato mantido com JOSÉ MARIA DUARTE DE LIMA de 5 de agosto a 30 de setembro de 2003.

No auto de infração de número 8370770, se vislumbra que durante a fiscalização foram encontradas várias embalagens de agrotóxicos com resíduo que eram descartadas, no terreno onde os trabalhadores se dedicavam à lavoura, com risco de contaminação do solo e dos trabalhadores. O denunciado foi autuado também por não manter edificações destinadas ao armazenamento de produtos químicos em condições de possibilitar sua limpeza e descontaminação, conforme determina a Norma Regulamentadora Rural nº 05, item 5.7.2, alínea f— Portaria do Ministério do Trabalho nº 3.067/88.

Desse modo, CLODOALDO descumprira as exigências estabelecidas na legislação relativa à destinação de resíduos e embalagens vazias de agrotóxicos.

Ademais, as irregularidades constatadas no armazenamento dos agrotóxicos e no descarte das embalagens vazias constituem risco à saúde dos trabalhadores e ao meio ambiente.

Com relação à saúde dos trabalhadores rurais, aliás, o denunciado deixou de promover várias medidas necessárias à sua proteção, estabelecidas na Portaria 3.067/88 — Norma Regulamentadora nº 04, itens 4.3 e 4.4, que regulamentou o artigo 13 da Lei 5.889/73.

Com efeito, a fiscalização empreendida pelo Ministério do Trabalho apurou que os trabalhadores aplicavam os agrotóxicos descalços, sem luvas, chapéus, máscaras e óculos de proteção, ou seja, sem nenhum equipamento de proteção individual e não haviam sido treinados para a utilização com segurança destes produtos. Além disso, alguns equipamentos de proteção encontrados na propriedade estavam em péssimo estado de conservação e sem a higienização necessária (autos de infração de fls. 19, 25 e 27).

Parte das embalagens dos mencionados agrotóxicos foi apreendida o que vale dizer a elas não foi dada a destinação legal, constituindo, desse modo, a materialidade do crime.

Note-se que o denunciado na qualidade de produtor e empregador possuía o dever jurídico de promover as medidas necessárias de proteção à saúde dos empregados, bem como deveria ter dado destinação específica às embalagens de agrotóxicos apreendidas.

Quanto ao crime de redução a condição análoga à de escravo, verificou-se que os trabalhadores foram aliciados pelo denunciado que lhes ofereceu promessas como o pagamento de salários e outros benefícios com o propósito de atrai-los ao local de trabalho. Com o escopo de manter as vítimas sob sua vigilância, instalou-as em alojamentos nas cercanias da plantação, longe da área urbana, bem como deixou de pagar-lhe os salários devidos. Ademais, o denunciado oferecia às vítimas vales para desconto em um supermercado localizado na cidade de Mococa, chamado "Supermercado São Braz", o que caracteriza situação de vínculo obrigatório com o local do trabalho, uma vez que tal prática constitui artifício utilizado pelo empregador para transformar o trabalhador em eterno devedor. Todas essas práticas são artifícios eficientes para manter os trabalhadores vinculados eternamente ao local de trabalho, cerceando, de fato, a liberdade de ir e vir.

Elas não possuíam registro em sua carteira de trabalho da relação de emprego e, portanto, não tinham assegurados os direitos decorrentes daquela relação. Assim agindo, o denunciado servia-se dos trabalhadores, sem lhes reconhecer os direitos correspondentes às suas prestações. Ademais, constatou-se que as condições de trabalho existentes no Sítio Estância Santa Mônica eram degradantes, tendo em vista a existência de habitações de madeira com chão de terra batida, sem água encanada, nem banheiro, as péssimas condições de higiene e o risco a que era submetida à saúde dos trabalhadores em razão do emprego de agrotóxicos sem qualquer treinamento e sem equipamentos de proteção adequados, bem como pelo descarte das embalagens em descumprimento à legislação pertinente.

De outro vértice, as vítimas tinham baixa instrução e pouco conhecimento da região, foram induzidas pelas promessas trabalhistas jamais cumpridas, bem como mantinham dívidas no mencionado armazém. Todos esses fatores reduziram a esfera de liberdade dos trabalhadores a ponto de impedi-los de deixarem o cativeiro.

Destarte, o cenário humilhante de trabalho encontrado claramente não é condizente com a condição de ser humano livre e digno, consistindo verdadeira afronta ao princípio da dignidade humana.

Cumprе consignar que a fiscalização fora acompanhada por jornalistas da televisão local, que gravaram reportagem mostrando as flagrantes ilegalidades encontradas na Estância Santa Mônica, tendo entrevistado os trabalhadores CLAUDOMIRO JOSÉ DA SILVA, JOSÉ EDUARDO DE LIMA, DIEGO MUNHOZ RODRIGUES e EDINALVA DE MOURA SANTOS.

CLAUDOMIRO JOSÉ DA SILVA, ao ser entrevistado, afirmou que o pagamento era realizado mediante vales para compras em um mercado, os quais eram suficientes somente para a alimentação. O repórter afirma também que os fiscais verificaram que os contratos de trabalho não eram anotados em CTPS.

O trabalhador JOSÉ EDUARDO DE LIMA, por sua vez, declarou que presenciou quando alguns trabalhadores passaram mal devido a intoxicação causada pelos agrotóxicos usados na lavoura. Ainda quanto à falta de equipamentos de proteção, a reportagem relata que muitos trabalhadores tinham as mãos e os pés machucados em virtude do contato com as substâncias químicas usadas como pesticidas.

Vale salientar que a reportagem contém imagens das moradias ocupadas pelos trabalhadores rurais e das péssimas condições de higiene em que viviam, com esgoto a céu aberto, sem banheiro, existindo em seu lugar tão somente um buraco no chão.

Em derradeiro, os auditores fiscais do trabalho EDMUNDO DE OLIVEIRA NETO e ROBERTO MARTINS DE FIGUEIREDO, ao serem ouvidos perante a Autoridade Policial, confirmaram sua participação na fiscalização realizada em 8 de outubro de 2003 e nas autuações dela decorrentes. Com relação às embalagens de agrotóxicos, eles frisaram que não havia na propriedade nenhuma edificação destinada ao armazenamento dos produtos químicos e que, após a utilização dos referidos produtos, as embalagens ficavam espalhadas por todo o local, inclusive próximo às moradias, oferecendo perigo de contaminação do solo e dos trabalhadores (termos de depoimento de fls. 208/209 e 210/211).

(...)” – Grifei

Diz o art. 297, *caput*, §§ 3º e 4º, do Código Penal:

“Art. 297 - Falsificar, no todo ou em parte, documento público, ou alterar documento público verdadeiro:

Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa.

§3º. Nas mesmas penas incorre quem insere ou faz inserir:

I – na folha de pagamento ou em documento de informações que seja destinado a fazer prova perante a previdência social, pessoa que não possua a qualidade de segurado obrigatório;

II – na Carteira de Trabalho e Previdência Social do empregado ou em documento que deva produzir efeito perante a previdência social, declaração falsa ou diversa da que deveria ter sido escrita;

III – em documento contábil ou em qualquer outro documento relacionado com as obrigações da empresa perante a previdência social, declaração falsa ou diversa da que deveria ter constado.;

§ 4º. Nas mesmas penas incorre quem omite, nos documentos mencionados no §3º, nome do segurado e seus dados pessoais, a remuneração, a vigência do contrato de trabalho ou de prestação de serviços.”.

O delito previsto no supramencionado artigo tem por bem jurídico a fé pública e possui por finalidade evitar que a seguridade social seja submetida a graves prejuízos na arrecadação de tributos destinados à manutenção da Previdência Social. Enquanto que o delito previsto no art. 149 do Código Penal

visa resguardar, não somente a liberdade individual, como os primados da dignidade da pessoa humana e da liberdade do trabalho.

Não obstante isso, resta claro que as condutas previstas no art. 297, §§ 3º e 4º, do Código Penal quando analisadas no contexto do delito de redução à condição análoga a de escravo encontram-se inseridas no desdobramento fático das condutas previstas no art. 149 do Código Penal. Vale dizer, a finalidade do agente, num contexto dessa magnitude, não é ludibriar a Previdência Social, gerando prejuízos a ela, mas, sim, ceifar a liberdade individual e/ou à dignidade de trabalho, reduzindo-o à condição de coisa.

Por óbvio que, em situação tal qual a do presente caso, nenhuma norma trabalhista ou previdenciária estará sendo observada, afinal não haveria sentido observar regras como obrigatoriedade de registro, participação na contribuição social do trabalhador, através da cota patronal, entre outras, se, na prática, o agente do delito apaga a “existência” de seus trabalhadores com violação intensa e persistente de seus direitos básicos, inclusive do direito ao trabalho digno.

Ainda que não seja qualquer violação dos direitos trabalhistas e previdenciários que configura trabalho escravo, por certo que todo trabalho escravo exige a violação, de todas ou algumas, daquelas normas.

O princípio da consunção trata justamente das situações em que o agente pratica dois ou mais crimes e um deles caracteriza meio necessário para a prática de outro delito, sendo esse último a real finalidade das condutas perpetradas pelo autor do delito, de modo que o primeiro delito acaba absorvido pelo segundo.

Essa é justamente a situação do presente caso.

Friso que a circunstância de as situações tipificadas no art. 149 do Código Penal serem alternativas e não cumulativas, não afasta o fato de que a ausência de registro em CTPS, dos contratos de trabalho das vítimas, se constitui como fase de execução do crime previsto no art. 149 do Código Penal, não podendo ser selecionada como delito autônomo somente porque o delito restaria caracterizado pela existência de condições degradantes as quais os trabalhadores foram submetidos, independentemente da violação das normas trabalhistas e previdenciárias.

Sendo assim, mister a absolvição de CLODOALDO RIBEIRO DA SILVA da imputação pela prática do delito do art. 297, § 4º, do Código Penal, em razão da aplicação do princípio da consunção.

Com a exclusão da condenação do acusado do delito de falso, resta fixada a pena definitiva do embargante em 07 (sete) anos de reclusão e 20 (vinte) dias-multa, visto que as penas aplicadas na sentença recorrida foram mantidas pelo Exmo. Relator Desembargador Federal Nino Toldo e não houve divergência pelo voto vencido.

Acompanho o voto vencido do Desembargador Federal José Lunardelli na fixação do regime semiaberto para início do cumprimento da pena, em razão do

quantum de pena aplicada, bem como pela ausência de razões hábeis à fixação de regime mais gravoso.

Ante o exposto, dou provimento aos embargos infringentes para fazer prevalecer o voto vencido no tocante a absolvição do CLODOALDO RIBEIRO DA SILVA da prática do crime previsto no art. 297, § 4º, do Código Penal, em razão da aplicação do princípio da condução, fixando a pena definitiva de CLODOALDO RIBEIRO DA SILVA em 07 (sete) anos de reclusão, no regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do Código Penal, e pagamento de 20 (vinte) dias-multa, pela prática dos crimes previstos nos art. 149 do Código Penal, e nos artigos 15 e 16 da Lei nº 7.802/89, em concurso material (CP, art. 69).

É o voto.

VOTO

O Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA: peço vênia ao e. Relator para divergir.

Nego provimento aos embargos infringentes, em razão dos delitos imputados atingirem bens jurídicos distintos, conforme expostos pelo voto vencedor, não se divisando concreta consunção entre eles.

EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE 0003960-69.2014.4.03.6105

Embargantes: EDSON MOURA, EDSON MOURA JUNIOR

Embargado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - PR/SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 02/05/2023

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES. CRIME CONTINUADO – ART. 71 DO CÓDIGO PENAL – CONCEITO DE “CRIMES DA MESMA ESPÉCIE” – NECESSIDADE DE QUE OS DELITOS PERPETRADOS ESTEJAM TOPOGRAFICAMENTE PREVISTOS NO MESMO DISPOSITIVO LEGAL – PRECEDENTES DO C. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO E. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – IMPOSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DA FICÇÃO JURÍDICA DA CONTINUIDADE DELITIVA ENTRE AS INFRAÇÕES PENAIS DESCRITAS NOS ARTS. 168-A E 337-A, AMBOS DO CÓDIGO PENAL, À MÍNGUA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO “CRIMES DA MESMA ESPÉCIE”.

- O reconhecimento da ficção jurídica da continuidade delitiva demanda o implemento de alguns requisitos concomitantes elencados no art. 71 do Código Penal: (a) pluralidade de condutas; (b) execução de crimes de mesma espécie; e (c) infrações penais levadas a efeito em semelhantes condições de tempo, de lugar e de maneira de execução. A jurisprudência tanto do C. Supremo Tribunal Federal como do E. Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que “crimes de mesma espécie” seriam tão somente aqueles que se encontram topograficamente no mesmo dispositivo legal. Dentro de tal contexto, os delitos perpetrados pelos embargantes (arts. 168-A e 337-A, ambos do Código Penal), ainda que possam ser enxergados como infrações penais de gênero semelhante, encontram-se alocados em tipos penais diversos, o que impede a aplicação da figura do crime continuado como critério de unificação de penas.

- Negado provimento aos Embargos Infringentes opostos por EDSON MOURA e EDSON MOURA JUNIOR.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, prosseguindo o julgamento, a Quarta Seção, por maioria, decidiu NEGAR PROVIMENTO AOS EMBARGOS INFRINGENTES opostos por EDSON MOURA e EDSON MOURA JUNIOR, nos termos do voto do Relator, no que foi acompanhado

pelos Desembargadores Federais NINO TOLDO, JOSÉ LUNARDELLI e ANTONIO CEDENHO, Presidente da Seção, que proferiu voto de qualidade, nos termos do Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, artigos 22, V e 159, restando vencidos os Desembargadores Federais PAULO FONTES, MAURÍCIO KATO e ANDRÉ NEKATSCHALOW, que acolhiam os embargos infringentes e de nulidade, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

O DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS:

Trata-se de Embargos Infringentes opostos por *EDSON MOURA* e *EDSON MOURA JUNIOR* (ID 193177802 – págs. 237/244) em face do v. acórdão prolatado pela Quinta Turma deste E. Tribunal Regional Federal (ID's 193177802 – págs. 209 e 219/235 e 238995015) que, por maioria, deu parcial provimento ao recurso defensivo para excluir a figura do concurso formal e para reduzir a pena de multa, do que resultam as penas, para cada um dos embargantes, de 05 anos, 08 meses e 12 dias de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime semiaberto, e de 26 dias-multa, cada qual no valor de 1/10 do salário mínimo vigente na data dos fatos, em razão da execução do delito previsto no art. 337-A, I e III, do Código Penal, em concurso material com aquele estampado no art. 168-A, I, do mesmo Diploma, nos termos do v. voto proferido pelo Eminent Desembargador Federal Maurício Kato, no que foi acompanhado pelo Eminent Desembargador Federal André Nekatschalow, tendo restado vencido, na oportunidade, o Eminent Desembargador Federal Paulo Fontes, que dava parcial provimento ao apelo em maior extensão para excluir a figura do concurso formal, para reconhecer continuidade delitiva entre os delitos dos arts. 337-A e 168-A, ambos do Código Penal, e para reduzir a pena de multa, do que resultam as penas, para cada um dos embargantes, de 03 anos e 02 meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime aberto, e de 16 dias-multa, cada qual no valor de 1/10 do salário mínimo vigente na data dos fatos, substituída a pena privativa de liberdade por duas reprimendas restritivas de direito consistentes em prestação de serviço a comunidade pelo tempo da pena corporal e em prestação pecuniária no importe de 10 salários mínimos. O v. acórdão encontra-se assim ementado:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. DOLO ESPECÍFICO. INEXIGIBILIDADE. DOSIMETRIA. CONSEQUÊNCIAS. CRIME ÚNICO. PENA DE MULTA. PROPORCIONALIDADE.

1. Os delitos previstos nos artigos 168-A e 337-A, ambos do Código Penal e artigo 1º, I, da Lei n. 8.137/90 não exigem dolo específico para sua configuração, bastando o dolo genérico, relacionado à inexatidão, omissão ou prestação falsa de informações ao fisco que implique o não recolhimento ou supressão de tributos ou de contribuição social e/ou previdenciária, bem

como, qualquer acessório a eles correlatos, no prazo e forma legal convencionada por lei.

2. Dosimetria. As consequências da prática delitiva relacionam-se a circunstâncias de caráter geral, não previstas em dispositivos específicos, ligadas à gravidade maior ou menor do dano e/ou prejuízo causado.

3. Quando a sonegação de vários tributos (contribuições previdenciárias e sociais devidas a terceiros) são uma consequência da informação inverídica prestada pelo agente através de um mesmo meio (Guia de Recolhimento do FGTS e de Informações à Previdência Social - GFIP) configura-se o crime único.

4. A fixação da pena de multa de forma desproporcional à reprimenda corporal está em desacordo à orientação majoritária da doutrina e jurisprudência pátrias no sentido que no cômputo da reprimenda pecuniária deve ser observado o mesmo critério utilizado para o cálculo da pena privativa de liberdade (art. 49 c/c art. 59, do Código Penal).

5. Recurso da defesa parcialmente provido

(TRF3, QUINTA TURMA, ApCrim - APELAÇÃO CRIMINAL - 79718 - 0003960-69.2014.4.03.6105, Rel. Des. Fed. MAURICIO KATO, julgado em 01/03/2021, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/03/2021).

O embargante pleiteia a reforma do julgado a fim de que prevaleça o v. voto vencido, de modo que haja o reconhecimento da figura da continuidade delitiva entre os crimes previstos nos arts. 337-A e 168-A, ambos do Código Penal, reduzindo-se, conseqüentemente, a pena de multa.

Aberta vista dos autos ao *Parquet* federal, este pugnou, originariamente, pela juntada do v. voto vencido para que fosse possível a apresentação de suas Contrarrazões (ID 227079221). Sobreveio o r. despacho colacionado ao documento ID 227777398 por meio do qual este Desembargador Federal Relator assentou que, a despeito da via dos Embargos Infringentes não ser a adequada para a postulação da juntada do v. voto vencido (o que deveria ter sido aviado por meio da oposição de Embargos de Declaração pelos acusados), prestigiando-se a ampla defesa (manifestada pela possibilidade eventual de interposição de Recursos Excepcionais, bem como com o fito de bem aquilatar a divergência então manifestada pelo Eminentíssimo Desembargador Federal Paulo Fontes), deveria o feito ser encaminhado ao Gabinete de Sua Excelência a fim de que ela deliberasse a respeito do vindicado (juntada do v. voto vencido). O v. voto vencido restou colacionado ao documento ID 238995015.

Em sede de Contrarrazões, a Procuradoria Regional da República pugnou pelo não conhecimento do recurso (em razão de sua intempestividade) e, acaso superado tal estágio, por seu desprovimento (ID 257263961).

É o relatório.

À revisão.

VOTO

O DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS:

DA PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO EM RAZÃO DE SUA INTEMPESTIVIDADE SUSCITADA PELA PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA NO BOJO DE SUAS CONTRARRAZÕES

Conforme é possível ser aferido do documento ID 257263961, a Procuradoria Regional da República pugnou pelo não conhecimento destes Embargos Infringentes em razão de sua pretensa intempestividade – para tanto, teceu a argumentação que segue: (...) *a defesa dos embargantes, em clara intempestividade, à luz da certidão de disponibilização do acórdão tornado público em 12 de março de 2021 (primeiro dia útil seguinte à certidão de disponibilização do id 193177802, fl. 348 dos autos físicos), apenas ajuizou os embargos extemporaneamente, esgotado o prazo de 10 dias, visto que o recurso apenas veio a ser protocolado em 07 de junho de 2021 (id-193177802, fl. 349 dos autos físicos), quando precluíra o direito de embargar em 24 de março de 2021, mesmo observado o § 1º do art. 798 do CPP, razão pela qual o recurso sequer merece ser conhecido, determinando-se o trânsito em julgado da decisão condenatória com o início da execução da pena (...).*

Com efeito, conforme é possível ser inferido do documento ID 193177802 – pág. 236, nota-se que o v. acórdão embargado foi disponibilizado no Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3ª Região em 11 de março de 2021, considerando-se data de publicação o primeiro dia útil subsequente à data mencionada, nos termos dos §§ 3º e 4º do art. 4º da Lei nº 11.419/2006. Ocorre, entretanto, que, a teor da Portaria Conjunta PRES/CORE nº 19, de 19 de maio de 2021, deliberou-se que os prazos processuais de feitos físicos (ressaltando-se que o presente expediente era, à época, físico) somente voltariam a fluir a partir de 31 de maio de 2021, razão pela qual o protocolo dos Embargos Infringentes nos idos de 07 de junho de 2021 (ID 193177802 – pág. 237) mostra-se tempestivo (ante o cumprimento do prazo de interposição previsto no art. 609, parágrafo único, do Código de Processo Penal). Passa-se, portanto, ao conhecimento do mérito recursal.

DA DIVERGÊNCIA EXISTENTE ENTRE V. VOTO VENCEDOR E V. VOTO VENCIDO

Trata-se de Embargos Infringentes opostos por EDSON MOURA e EDSON MOURA JUNIOR com o objetivo de que prevaleça o v. voto vencido proferido pelo Eminente Desembargador Federal Paulo Fontes, que dava parcial provimento ao apelo defensivo em maior extensão para excluir a figura do concurso formal, para reconhecer continuidade delitiva entre os delitos dos arts. 337-A e 168-A, ambos do Código Penal, e para reduzir a pena de multa, do que resultavam as penas, para cada um dos embargantes, de 03 anos e 02 meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime aberto, e de 16 dias-multa, cada qual no valor de 1/10 do salário mínimo vigente na data dos fatos, substituída a pena

privativa de liberdade por duas reprimendas restritivas de direito consistentes em prestação de serviço a comunidade pelo tempo da pena corporal e em prestação pecuniária no importe de 10 salários mínimos – a propósito, colhe-se do r. provimento judicial, especificamente no que tange ao ponto sob análise (ID 238995015):

(...) Os autos foram encaminhados a este gabinete em razão de não constar o voto vencido anteriormente proferido por mim em sede de apelação criminal. Trata-se de apelação interposta por Edson Moura e Edson Moura Júnior contra a sentença que os condenou pela prática dos crimes descritos no artigo 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90 e artigo 337-A, incisos I e III, do Código Penal, em concurso formal de crimes (artigo 70 do Código Penal), estes em concurso material (artigo 69 do Código Penal) com as penas do artigo 168-A, § 1º, inciso I, do Código Penal, cada qual em continuidade delitiva (artigo 71 do Código Penal). Em síntese, os apelantes foram condenados, individualmente, à pena privativa de liberdade de 06 (seis) anos, 02 (dois) meses e 02 (dois) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 209 (duzentos e nove) dias-multa, no valor unitário de 1/10 (um décimo) do salário-mínimo vigente ao tempo dos fatos. Em suas razões recursais, a defesa de Edson Moura e Edson Moura Junior requereu a absolvição dos réus em razão da atipicidade da conduta por ausência de dolo específico e insuficiência probatória. Subsidiariamente, pugnam pela redução da pena aplicada aos réus. Na sessão de julgamento realizada em 01 de março de 2021, esta Quinta Turma decidiu, por maioria, dar parcial provimento ao recurso defensivo de Edson Moura e Edson Moura Júnior para excluir o concurso formal entre os delitos de sonegação fiscal e sonegação de contribuição previdenciária e reduzir a pena de multa, do que resultaram as penas, para cada um, de 5 (cinco) anos, 8 (oito) meses e 12 (doze) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, além de 26 (vinte e seis) dias-multa, no valor unitário fixado em 1/10 (um décimo) do salário mínimo vigente na data dos fatos pela prática do delito previsto no artigo 337-A, incisos I e III, do Código Penal em concurso material com o artigo 168-A, § 1º, inciso I, do Código Penal, nos termos do voto do relator, Des. Fed. Maurício Kato, acompanhado pelo voto do Des. Fed. André Nekatschalow. Na ocasião, proferi voto vencido que dava parcial provimento ao recurso defensivo, em maior extensão, para excluir o concurso formal, reconhecer a continuidade delitiva entre os delitos dos artigos 337-A e 168-A, ambos do Código Penal, e reduzir a pena de multa, do que resultam as penas para cada um, de 3 (três) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicial aberto, substituída a reprimenda corporal por duas penas restritivas de direitos, quais sejam, a prestação de serviços à comunidade pelo período da condenação, na forma do art. 46, § 3º, do Código Penal, e prestação pecuniária no valor de 10 (dez) salários mínimos, ambas as penas em favor de entidade com destinação social a ser designada pelo Juízo das Execuções Penais, e 16 (dezesesseis) dias-multa, no valor unitário de 1/10 (um décimo) do salário mínimo vigente na data dos fatos, mantidos os demais termos da sentença, nos termos da fundamentação. Irresignada, a defesa interpôs Embargos Infringentes, pugnando pela reforma do acórdão para reconhecer a continuidade delitiva entre os delitos dos artigos 337-A e 168-A, § 1º, inciso I, ambos do Código Penal, e reduzir a pena de multa, nos exatos termos do voto vencido. (...) Da dosimetria. Desse modo, mantida a condenação dos

réus nos delitos de apropriação indébita previdenciária (artigo 168-A, § 1º, inciso I, do CP) e sonegação de contribuição previdenciária (artigo 337-A, incisos I e III, do CP) é possível o reconhecimento da continuidade delitiva entre os delitos. Acerca do tema, acolho entendimento jurisprudencial no sentido de que os crimes de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A do CP), sonegação de contribuição previdenciária (artigo 337-A do CP) e sonegação fiscal (artigo 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90) são delitos da mesma espécie, que violam os mesmos bens jurídicos, ensejando, assim, a aplicação do instituto da continuidade delitiva. A figura criada no artigo 71 do Código penal é uma medida de política criminal em benefício do réu, segundo a qual lei considera como um único crime diversas condutas típicas. Desta feita, o agente mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie que, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução são considerados como continuação do primeiro, aplicando-se a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços). Contudo, ressalve-se que pende controvérsia a respeito do que se considera como 'crimes de mesma espécie'. A propósito, o Código Penal, não dispôs sobre a expressão para o reconhecimento da continuidade delitiva. Segundo Guilherme de Souza Nucci, em sua obra 'Código Penal Comentado', 15ª Edição, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2015, dois posicionamentos consolidados existem na doutrina acerca do tema: (...). Filio-me ao entendimento de que crimes de mesma espécie são aqueles que tenham elementos objetivos e subjetivos semelhantes, os quais não estão necessariamente descritos no mesmo tipo penal, mas buscam a tutela do mesmo bem jurídico. Os delitos em questão foram introduzidos no Código Penal por meio da Lei nº 9.983/2000, que revogou expressamente o artigo 95 da Lei nº 8.212/1991. Ambos os delitos apresentam evolução legislativa semelhante e, embora descrevam condutas diversas e estejam localizados em Títulos distintos do Código Penal, buscam tutelar a arrecadação de contribuições previdenciárias. O artigo 337-A dispõe sobre o não pagamento de contribuição previdenciária por meio de omissão, enquanto, no caso do crime do artigo 168-A, o agente deixa de repassar à Previdência Social a contribuição previdenciária devida. 'In casu', vale ressaltar que a unidade de desígnios, consistente no liame volitivo entre os delitos, está demonstrada, uma vez que os réus, na qualidade de administradores da empresa 'Instituto do Futuro Empresário, Marketing LTDA. – IBRAFEM', além de não recolherem valores referentes a tributos e contribuições, apropriaram-se, indevidamente, de contribuições previdenciárias retidas de contribuintes. De igual modo, as condutas foram praticadas durante semelhante período (janeiro de 2004 a outubro de 2007), no mesmo espaço geográfico e mediante semelhante maneira de execução. Desta feita, observa-se que os delitos se assemelham em relação aos elementos subjetivos e objetivos e ofendem o mesmo bem jurídico tutelado, qual seja, a Previdência Social, de forma que é possível o reconhecimento da continuidade delitiva. A respeito do tema há posicionamento na doutrina: (...). Igualmente, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça já decidiu a questão no mesmo sentido: (...). No mesmo sentido, o entendimento acolhido pela jurisprudência pátria. Confira-se: (...). Ante o exposto, mantenho a aplicação da pena-base de um só dos crimes, sobre a qual deve incidir a causa de aumento de pena do artigo 71 do Código Penal. Desse modo, mantenho a aplicação da pena do crime mais grave, qual seja, o delito de

sonegação de contribuição previdenciária (artigo 337-A, incisos I e III, do CP), com base no valor do prejuízo suportado pelos cofres públicos. Passo ao reexame das penas cominadas aos réus Edson Moura e Edson Moura Júnior quanto ao delito previsto no artigo 337-A, incisos I e III, do Código Penal. Primeira fase da dosimetria. Na sentença, a pena-base cominada aos réus pela prática do delito do artigo 337-A, incisos I e III, do CP foi exasperada somente por força da gravidade das consequências delitivas, diante do montante do prejuízo suportado pelos cofres públicos. A pena-base fixada na sentença restou mantida no voto do E. Relator. Nesta sede, considero as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal normais à espécie, exceto as consequências delitivas, as quais comportam majoração da pena-base em razão do valor do prejuízo suportado pelos cofres públicos, qual seja, R\$ 264.158,53 (duzentos e sessenta e quatro mil, cento e cinquenta e oito reais e cinquenta e três centavos), já descontados os juros e as multas (cf. fl. 07). Contudo, ressalvo que não obstante a pena-base ter sido fixada na sentença em parâmetro inferior ao entendimento acolhido nesta E. Corte, à míngua de recurso da acusação quanto à essa questão, mantenho o aumento da pena-base em 1/6 (um sexto), com fundamento no princípio da 'non reformatio in pejus'. Sendo assim, acompanho o Relator, mantendo a pena-base cominada para cada um dos réus em 2 (dois) anos, 4 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, tendo em vista as consequências do crime por força do prejuízo causado aos cofres públicos. Segunda fase da dosimetria. Na segunda fase, o juiz 'a quo' considerou ausentes as circunstâncias atenuantes e agravantes. Em seu voto, o Relator considerou ausentes as circunstâncias atenuantes e agravantes. Nesta sede, também considero ausentes atenuantes e agravantes. Logo, mantenho a pena intermediária em 2 (dois) anos, 4 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão. Terceira fase da dosimetria. Na terceira fase da dosimetria, o juiz 'a quo' considerou o concurso formal de crimes entre os delitos do art. 337-A e da Lei 8.137/90, exasperando a pena na fração de aumento de 1/6 (um sexto) e, ainda, estes em concurso material (artigo 69 do Código Penal) com as penas do artigo 168-A, § 1º, inciso I, do Código Penal, cada qual em continuidade delitiva (artigo 71 do Código Penal). De outro lado, o E. Relator reconheceu a existência de crime único (artigo 337-A, incisos I e III do Código Penal), consignando que quando os vários tributos sonegados são uma consequência da informação inverídica prestada pelo agente na Guia de Recolhimento do FGTS e de Informações à Previdência Social – GFIP, não podem ser considerados de forma isolada. No mais, manteve o acréscimo decorrente da continuidade delitiva na mesma fração aplicada na sentença, da ordem de 1/5 (um quinto) e, por fim, aplicou a regra do concurso material entre os delitos previstos nos artigos 337-A e 168-A, § 1º, inciso I, ambos do Código Penal, nos seguintes termos: (...). Nessa etapa, divirjo do E. Relator para reconhecer a continuidade delitiva entre os delitos de sonegação fiscal de contribuição previdenciária e apropriação indébita previdenciária, aplicando o fator de acréscimo da ordem de 1/3 (um terço), resultante dos períodos de cada um dos delitos ocorridos, quais sejam, o delito previsto no artigo 337-A do CP, ocorrido nos anos de 2004 a 2007 e, o delito previsto no artigo 168-A, § 1º, inciso I, ocorrido nos anos de 2006 a 2007, perfazendo o total de cerca de 4 (quatro anos). Logo, fixo a pena definitiva para cada um dos réus em 3 (três) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicial aberto. Pena de multa. No que diz respeito à pena de multa, observo que o juiz 'a quo' fixou-a em desproporção à pena corporal,

violando o sistema trifásico de fixação da pena (cf. artigo 49 c.c artigo 59, ambos do CP). Desse modo, redimensiono a pena de multa definitiva para 16 (dezesseis) dias-multa, mantido o valor unitário de 1/10 (um décimo) do salário mínimo vigente à data dos fatos. Diante do acima exposto, redimensiono a pena definitiva cominada para cada um dos réus em 3 (três) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicial aberto e pagamento de 16 (dezesseis) dias-multa, no valor unitário de 1/10 (um décimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos. Nos moldes do art. 33, § 2º, 'c', do Código Penal, não havendo circunstância que torne recomendável a fixação em regime mais gravoso, bem como são favoráveis os critérios fixados no artigo 59 do CP, estabeleço o regime inicial aberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade. Com esteio no disposto no artigo 44 do Código Penal, bem como por estarem presentes os requisitos previstos nos incisos I, II e III, do mencionado dispositivo legal, deve ser concedida a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, que se apresenta recomendável para a recomposição ético-social dos réus. Sendo assim, substituo a reprimenda corporal imposta aos réus por duas penas restritivas de direitos, quais sejam, a prestação de serviços à comunidade pelo período da condenação, na forma do art. 46, § 3º, do Código Penal, e prestação pecuniária no valor de 10 (dez) salários mínimos, ambas as penas em favor de entidade com destinação social a ser designada pelo Juízo das Execuções Penais. Desta forma, após detida análise dos autos, divirjo parcialmente do E. Relator para dar parcial provimento recurso defensivo de Edson Moura e Edson Moura Júnior, em maior extensão, para excluir o concurso formal, reconhecer a continuidade delitiva entre os delitos dos artigos 337-A e 168-A, § 1º, inciso I, ambos do Código Penal, e reduzir a pena de multa, do que resultam as penas para cada um, de 3 (três) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicial aberto, substituída a reprimenda corporal por duas penas restritivas de direitos, quais sejam, a prestação de serviços à comunidade pelo período da condenação, na forma do art. 46, § 3º, do Código Penal, e prestação pecuniária no valor de 10 (dez) salários mínimos, ambas as penas em favor de entidade com destinação social a ser designada pelo Juízo das Execuções Penais, e 16 (dezesseis) dias-multa, no valor unitário de 1/10 (um décimo) do salário mínimo vigente na data dos fatos, mantidos os demais termos da sentença, nos termos da fundamentação (...).

Por sua vez, o v. voto vencedor, proferido pelo Eminentíssimo Desembargador Federal Maurício Kato, deu parcial provimento ao recurso defensivo para excluir a figura do concurso formal e para reduzir a pena de multa, do que resultavam as penas, para cada um dos embargantes, de 05 anos, 08 meses e 12 dias de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime semiaberto, e de 26 dias-multa, cada qual no valor de 1/10 do salário mínimo vigente na data dos fatos, em razão da execução do delito previsto no art. 337-A, I e III, do Código Penal, em concurso material com aquele estampado no art. 168-A, I, do mesmo Diploma – nesse sentido, vide seu v. voto (ID 193177802 – págs. 221/233):

(...) No tocante à dosimetria das penas, o Juízo de 1º grau assim procedeu: (...). Em razões de apelação, a defesa de Edson Moura e Edson de Moura Júnior pretende a redução das penas que lhes foram impostas. Com parcial

razão. Crimes do art. 337-A, I e III, do Código Penal e art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90. 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. Aqui, a culpabilidade, motivos e circunstâncias não extrapolam o limite da normalidade, dos autos não exsurtem elementos que justifiquem a valoração negativa da conduta social e personalidade do réu que também não ostenta maus antecedentes e no caso vertente o comportamento da vítima é circunstância neutra e, por isso, não há falar em exasperação da pena-base. O mesmo não se diga quanto às consequências delitivas, as quais relacionam-se a circunstâncias de caráter geral, não previstas em dispositivos específicos, ligadas à gravidade maior ou menor do dano e/ou prejuízo causado que, no caso, é significativa já que a supressão de tributos importou sonegação no importe total de R\$ 313.246,10 (trezentos e treze mil, duzentos e quarenta e seis reais e dez centavos), descontados juros e multa (fls. 07 e 126 do Apenso I). Tais consequências negativas justificaria, no meu entender, a fixação da pena-base acima do mínimo legal na fração de 1/5 (um quinto), entretanto, tratando-se de recurso exclusivo, em atenção ao princípio da 'non reformatio in pejus', mantenho o aumento praticado na sentença e as penas em 2 (dois) anos, 4 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão. Na segunda fase da dosimetria, não vislumbro a presença de agravante e atenuantes, motivo pelo qual conservo as penas em 2 (dois) anos, 04 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão. Na terceira fase da dosimetria, observo que o magistrado de 1º grau considerou o concurso formal de crimes entre os delitos do art. 337-A e da Lei 8.137/90 e aumentou a pena na fração de 1/6 (um sexto). Ocorre que, no caso dos autos, a conduta dos réus ocasionou a redução do 'quantum' devido (i) às contribuições previdenciárias e (ii) às contribuições devidas a terceiros (INCRA, SENAI, SESI, SEBRAE e FNDE) (DEBCAD's nºs 37.208.165-7 e 37.258.835-2). Quando os vários tributos sonegados são uma consequência da informação inverídica prestada pelo agente na Guia de Recolhimento do FGTS e de Informações à Previdência Social – GFIP, não podem ser considerados de forma isolada, como no caso dos autos em relação às contribuições previdenciárias e os tributos FNDE, SESI, SENAI, INCRA e SEBRAE. Nesta hipótese, a conduta consiste em deixar de prestar declaração ou prestá-la em desacordo com a realidade através de um mesmo meio, atingindo o bem jurídico tutelado, que é a arrecadação tributária. A diversidade das espécies tributárias não constitui, neste caso, condição suficiente, por si só, para a incidência da regra de concurso de crimes. Logo, reconhece-se a existência de crime único (art. 337-A, I, do Código Penal) entre as condutas perpetradas pelo réu com relação à supressão ou redução das contribuições previdenciárias e à das contribuições referentes a outras entidades, devendo ser decotado o acréscimo referente ao concurso formal. No mais, diante da supressão ou redução de tributos e contribuições em diferentes competências, preservada a configuração da continuidade delitiva, em decorrência de o agente ter praticado o crime durante os anos-calendário de 2004 a 2007, sob as mesmas circunstâncias de tempo, lugar e maneira de execução, o que justifica a majoração das penas na mesma fração de 1/5 (um quinto) da sentença, razão pela qual torno definitiva as penas de Edson Moura e Edson Moura Júnior, quanto à prática do delito previsto no artigo 337-A, I e III, do Código Penal em 2 (dois) anos, 10

(dez) meses e 6 (seis) dias de reclusão. No que diz respeito à pena de multa, observo que o juiz sentenciante a fixou em desproporção à pena corporal, o que está em desacordo à orientação majoritária da doutrina e jurisprudência pátrias, no sentido que no cômputo da reprimenda pecuniária deve ser observado o mesmo critério utilizado para o cálculo da pena privativa de liberdade (art. 49 c/c art. 59, do Código Penal). Assim, fixo a pena de multa, na primeira fase da dosimetria, em 11 (onze) dias-multa, que conservo, na segunda fase da dosimetria, já que ausentes agravantes e atenuantes e, na terceira fase da dosimetria, ausentes causas de diminuição, impõe-se o aumento em razão da continuidade delitiva, em idêntica fração aplicada à pena privativa de liberdade (1/5), o resulta na pena de multa definitiva de 13 (treze) dias-multa, mantido o valor dia-multa fixado na sentença (1/10 do salário mínimo vigente à data dos fatos) à míngua de recurso das partes. Crime do art. 168-A, I, do Código Penal. Adoto os mesmos fundamentos utilizados para a fixação das penas impostas aos réus nos crimes do artigo 337-A, I e III, do Código Penal e artigo 1º, I, da Lei nº 8.137/90. Assim, na primeira fase da dosimetria, de rigor a valoração negativa das consequências decorrentes da prática delitiva, já que o prejuízo causado à Autarquia Previdenciária somou a importância de R\$ 120.982,62 (cento e vinte mil, novecentos e oitenta e dois reais e sessenta e dois centavos), descontados juros e multa (fl. 111 do Apenso I), na mesma fração aplicada pelo magistrado de 1º grau e, por isso, fixo a pena-base em 1/5 (um quinto) acima do mínimo legal, o que resulta em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão. Na segunda fase da dosimetria, conservo as penas em 2 (dois) anos, 4 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, diante da inexistência de atenuantes e agravantes e, na terceira fase de dosimetria, caracterizada a continuidade delitiva (artigo 71, do Código Penal), majoro a reprimenda corporal na fração de 1/5 (um quinto), pelo que preservo a pena definitiva de 2 (dois) anos, 10 (dez) meses e 6 (seis) dias de reclusão. Conforme já fundamentado, em atenção ao disposto no artigo 49 c. c. o 59, ambos do Código Penal, mantenho a necessária proporcionalidade entre a pena privativa de liberdade imposta e a pena de multa a ela correlata, razão pela qual, fixo-a em 13 (treze) dias-multa, cada um no mesmo valor de 1/10 (um décimo) do salário mínimo vigente à data dos fatos. Considerando-se o concurso material verificado entre o crime do artigo 337-A, I e III, do Código Penal e o delito do art. 168-A, I, do Código Penal, somam as penas totais para cada um dos réus de 5 (cinco) anos, 8 (oito) meses e 12 (doze) dias de reclusão e 28 (vinte e oito) dias-multa. Em relação ao regime prisional, diante da pena privativa de liberdade fixada em concreto, conservo o regime inicial semiaberto, a teor do artigo 33, § 2º, 'b', do Código Penal. Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista a quantidade de pena aplicada (5 anos, 8 meses e 12 dias de reclusão), nos termos do artigo 44, I, do Código Penal (...).

DO CRIME CONTINUADO – ART. 71 DO CÓDIGO PENAL – CONCEITO DE “CRIMES DA MESMA ESPÉCIE” – NECESSIDADE DE QUE OS DELITOS PERPETRADOS ESTEJAM TOPOGRAFICAMENTE PREVISTOS NO MESMO DISPOSITIVO LEGAL – PRECEDENTES DO C. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO E. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – IMPOSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DA FICÇÃO JURÍDICA DA CONTINUIDADE DELITIVA ENTRE AS INFRAÇÕES PENAIAS

DESCRITAS NOS ARTS. 168-A E 337-A, AMBOS DO CÓDIGO PENAL, À MÍNGUA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO “CRIMES DA MESMA ESPÉCIE”.

A teor do comando inserto no art. 71 do Código Penal (que disciplina a ficção jurídica do crime continuado), quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços. Trata-se, na realidade, de efetiva ficção jurídica criada sob os influxos de políticas criminais que passaram a permitir, a partir da alteração da Parte Geral do Código Penal nos idos de 1984, a atenuação das reprimendas com o fito de se almejar a ressocialização do condenado – nesse sentido:

DIREITO PENAL. CRIMES DE ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. MESMA VÍTIMA. CONCURSO MATERIAL (E NÃO CRIME CONTINUADO).

1. O Direito Penal brasileiro encampou a teoria da ficção jurídica para justificar a natureza do crime continuado (art. 71, do Código Penal). Por força de uma ficção criada por lei, justificada em virtude de razões de política criminal, a norma legal permite a atenuação da pena criminal, ao considerar que as várias ações praticadas pelo sujeito ativo são reunidas e consideradas fictamente como delito único. (...)

(STF, HC 91370, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 20/05/2008, DJe-112 DIVULG 19-06-2008 PUBLIC 20-06-2008 EMENT VOL-02324-03 PP-00586) - destaque nosso.

Importante ressaltar que o reconhecimento do instituto ora em comento demanda o implemento de alguns requisitos concomitantes elencados no artigo de lei acima transcrito: (a) *pluralidade de condutas*; (b) *execução de crimes de mesma espécie*; e (c) *infrações penais levadas a efeito em semelhantes condições de tempo, de lugar e de maneira de execução*.

Especificamente para o deslinde do caso concreto ora em julgamento, mostra-se pertinente a perquirição se os delitos pelos quais os embargantes EDSON MOURA e EDSON MOURA JUNIOR foram condenados (arts. 168-A e 337-A, ambos do Código Penal) poderiam enquadrar-se no conceito atinente à “mesma espécie” a ponto de ser crível a prevalência da continuidade delitiva ou, em sendo a resposta negativa, pertinente seria a manutenção da aplicação da regra elencada no art. 69 do Código Penal (*Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela*).

Nesse diapasão, calha rememorar que a jurisprudência do C. Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que “crimes de mesma espécie” seriam tão somente aqueles que se encontram topograficamente no mesmo dispositivo

legal, afastando, por exemplo, a benesse a acusado que, anteriormente ao advento da Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009, perpetrava os delitos de estupro e de atentado violento ao pudor (então arts. 213 e 214, ambos do Código Penal) – dentro de tal contexto, à luz da sobrevinda da legislação de 2009, que teve o condão de aglutinar no mesmo tipo penal as condutas caracterizadoras tanto de estupro como de atentado violento ao pudor, mencionado C. Tribunal Superior adequou seu entendimento para aquiescer com pleitos de aplicação do crime continuado em situações em que o agente fora condenado pelos delitos sexuais aduzidos na justa medida em que as condutas passaram a estar dispostas no exato mesmo preceito primário incriminador. A propósito:

'Habeas corpus'. Atentado violento ao pudor e estupro. Continuidade delitiva. Superveniência da Lei nº 12.015/2009, não examinada na origem. Supressão de instância. Não conhecimento. Evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. 'Habeas corpus' concedido de ofício. Embora o acórdão atacado esteja em harmonia com a jurisprudência anteriormente prevalecente do Supremo Tribunal Federal, cujo Plenário, em 18.06.2009, no julgamento do HC 86.238 (rel. min. Cezar Peluso e rel. p/ o acórdão min. Ricardo Lewandowski), assentou a inadmissibilidade da continuidade delitiva entre o estupro e o atentado violento ao pudor, por tratar-se de espécies diversas de crimes, destaco que, após esse julgado, sobreveio a Lei 12.015/2009, que, dentre outras inovações, deu nova redação ao art. 213 do Código Penal, unindo em um só dispositivo os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor. Com isso, desapareceu o óbice que impedia o reconhecimento da regra do crime continuado no caso. Em atenção ao direito constitucional à retroatividade da lei penal mais benéfica (CF, art. 5º, XL), seria o caso de admitir-se a continuidade delitiva pleiteada, porque presentes os seus requisitos (CP, art. 71), já os acórdãos proferidos pelo TJSP e pelo STJ indicam que os fatos atribuídos ao paciente foram praticados nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução. Ocorre que tal matéria, até então, não foi apreciada, razão por que o seu exame, diretamente pelo Supremo Tribunal Federal, constituiria supressão de instância. Por outro lado, nada impede a concessão de 'habeas corpus' de ofício, para conferir ao juízo da execução o enquadramento do caso ao novo cenário jurídico trazido pela Lei 12.015/2009, devendo, para tanto, proceder à nova dosimetria da pena, afastando o concurso material e aplicando a regra do crime continuado (CP, art. 71), o que, aliás, encontra respaldo tanto na Súmula 611 do STF, quanto no precedente firmado no julgamento do HC 102.355 (rel. min. Ayres Britto, DJe de 28.05.2010). Não conhecimento do 'writ' e concessão de 'habeas corpus' de ofício.

(STF, HC 94636, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 31/08/2010, DJe-179 DIVULG 23-09-2010 PUBLIC 24-09-2010 EMENT VOL-02416-02 PP-00300) – destaque nosso.

Na linha do anteriormente sustentado, o C. Superior Tribunal de Justiça também acolhe o posicionamento anteriormente exposto, conforme é possível ser inferido das ementas que seguem por meio das quais se refutou a

possibilidade de reconhecimento da figura do crime continuado a agente que perpetrar os delitos de furto e de roubo tendo como premissa a constatação de que tais infrações, a despeito de serem do mesmo gênero, são de espécies diversas e possuem definições típicas autônomas:

'HABEAS CORPUS' IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. *FURTO EM CONCURSO MATERIAL COM ROUBO SIMPLES TENTADO*. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL 'A QUO'. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. CONFISSÃO PARCIAL. POSSIBILIDADE. ENUNCIADO N. 545 DA SÚMULA DESTA CORTE. *APONTADA EXISTÊNCIA DE CONTINUIDADE DELITIVA. FURTO E ROUBO. IMPOSSIBILIDADE. DELITOS DE ESPÉCIES DIVERSAS E DEFINIÇÕES AUTÔNOMAS. PRECEDENTES*. REGIME INICIAL. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO. PENA FINAL QUE PERMANECE EM PATAMAR SUPERIOR A 4 ANOS. MANUTENÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO NA DOSIMETRIA DA PENA. REDIMENSIONAMENTO PELO RECONHECIMENTO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. 'HABEAS CORPUS' NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. (...)

- *Quanto ao alegado constrangimento ilegal pela aplicação ao caso do concurso material de crimes, em detrimento do crime continuado, deve-se ressaltar que o crime continuado é ficção jurídica aplicável quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, comete mais de um crime da mesma espécie, em conexão de tempo, lugar, maneira de execução e outras características, nos termos do art. 71, caput, do Código Penal. - Entretanto, em caso como o dos autos, nos quais foram cometidos os delitos de roubo e de furto, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que não há como se reconhecer a continuidade delitiva entre os referidos delitos, pois são infrações penais de espécies diferentes e que têm definição legal autônoma. Precedentes. (...)*

(STJ, HC 299.516/SP, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2018, DJe 29/06/2018) – destaque nosso.

'HABEAS CORPUS' SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. *ROUBO MAJORADO E FURTO QUALIFICADO*. DOSIMETRIA. CONFISSÃO PARCIAL UTILIZADA COMO ELEMENTO DE CONVICÇÃO PELO MAGISTRADO. REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO INTEGRAL. CIRCUNSTÂNCIAS IGUALMENTE PREPONDERANTES. ERESP N. 1.154.752/RS. SÚMULA N. 545/STJ. *CONTINUIDADE DELITIVA. INFRAÇÕES PENAS DO MESMO GÊNERO, MAS ESPÉCIES DIFERENTES*. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. 'WRIT' NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. (...)

3. *Inviável o reconhecimento da continuidade delitiva entre os crimes de furto qualificado e roubo majorado, pois não obstante do mesmo gênero, são de espécies diferentes. (...)*

(STJ, HC 425.674/SP, Rel. Min. JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 05/04/2018, DJe 18/04/2018) – destaque nosso.

Dentro de tal contexto, impossível reconhecer o instituto da continuidade delitiva, tal qual pugnado pelos embargantes EDSON MOURA e EDSON MOURA

JUNIOR, na justa medida em que os delitos nos quais eles acabaram sendo condenados (arts. 168-A e 337-A, ambos do Código Penal) encontram-se previstos em tipos penais autônomos (ainda que possam ser enxergados como infrações penais de gênero semelhante). Assim, de rigor manter a unificação das reprimendas mediante a aplicação do art. 69 do Código Penal, nos termos constantes do v. voto vencedor, restando prejudicada a pretensão de redução da pena de multa (porque fundada na premissa de que seria necessário o acolhimento do posicionamento plasmado no v. voto vencido).

DISPOSITIVO

Ante o exposto, voto por NEGAR PROVIMENTO aos Embargos Infringentes opostos por EDSON MOURA e EDSON MOURA JUNIOR, nos termos anteriormente expendidos.

VOTO - VISTA

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO:

Infere-se dos autos, conforme votos colhidos no painel de votação do PJe, em sessão de julgamento realizada por videoconferência em 15.12.2022, que há empate entre os integrantes da 4ª Seção deste Tribunal quanto aos embargos infringentes e de nulidade opostos por Edson Moura e Edson Moura Junior, razão pela qual, nos termos do artigo 22, V, do RITRF3, profiro voto de qualidade.

A controvérsia, aqui, é centrada na possibilidade de reconhecimento da continuidade delitiva entre os delitos previstos nos artigos 337-A (sonegação de contribuição previdenciária) e 168-A do Código Penal (apropriação indébita previdenciária).

Embora pessoalmente eu compreenda que os crimes podem ser considerados da mesma espécie uma vez que buscam tutelar o mesmo bem jurídico, observo que tal entendimento não encontra respaldo na jurisprudência dos tribunais superiores eis consideram “crimes da mesma espécie” aqueles que se encontram topograficamente no mesmo dispositivo legal.

Nesse sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA E SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. DELITOS DE ESPÉCIES DIVERSAS. AUSÊNCIA DE LIAME CAUSAL. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE CRIME CONTINUADO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. *Os delitos de apropriação indébita previdenciária e de sonegação de contribuição previdenciária, previstos, respectivamente, nos arts. 168-A e 337-A do CP, embora sejam do mesmo gênero, são de espécies diversas; obstando a benesse da continuidade delitiva.*

2. Caso em que sobreleva a autonomia dos crimes praticados, uma vez que se declarou falsamente os requisitos para obtenção do regime tributário diferenciado (Simples Nacional), com a apropriação dos valores das contribuições previdenciárias referentes aos empregados; pressuposto que afasta o liame causal e, por conseguinte, a aplicação da continuidade delitiva.

3. Agravo regimental desprovido.”

(STJ, AgRg no REsp 1868826/CE, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 17/02/2021)

Assim, na esteira do que vem decidindo o STJ, vênia à divergência, acompanho o Relator para negar provimento aos Embargos Infringentes.

É o voto.

APELAÇÃO CRIMINAL **0012049-08.2018.4.03.6181**

Apelante: CAIO PRADO BARCELOS
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - PR/SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA
Disponibilização do Acórdão: DJEN 16/05/2023

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. OBTENÇÃO DE FINANCIAMENTO MEDIANTE FRAUDE. VEÍCULO DETERMINADO. ARTIGO 19 DA LEI 7.492/86. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. CONDENAÇÃO MANTIDA. PENA DE MULTA. PROPORCIONALIDADE. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

1. Configura o crime do art. 19 da Lei 7.492/86, obter financiamento de veículo determinado mediante fraude em instituição financeira. (AgRg no REsp n. 1.806.106/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 27/8/2019, DJe de 4/9/2019.)

2. A operação financeira ora perquirida estava vinculada a um objetivo específico, e os recursos obtidos perante a instituição financeira possuíam destinação exclusiva para a aquisição de veículo automotor, de modo que deve ser entendida como financiamento bancário apto a atrair a incidência do tipo específico previsto no art. 19 da Lei 7.492/86

3. A materialidade delitiva e a autoria estão devidamente comprovadas, conforme atestam os elementos de informação coligidos no inquérito policial e nos autos judiciais. Não há nenhuma dúvida de que o réu foi o responsável pela empreitada criminoso, tal como se infere das provas documentais e orais produzidas no inquérito policial e na instrução criminal

4. Quanto ao elemento subjetivo, por tudo que já foi analisado nos autos, infere-se o dolo fraudulento do réu que, com consciência e vontade de obter crédito com finalidade específica de aquisição de veículo automotor, utilizou-se de documentos e dados de terceiro, sem sua autorização.

5. Observa-se estar a sanção penal aplicada adequadamente, sem que haja ofensa aos princípios da legalidade e proporcionalidade. Ante a ausência de ilegalidade ou recurso, resta mantida incólume a sentença.

6. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quinta Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso de apelação, tendo o Des. Fed. Fausto De Sanctis acompanhado o voto do e. Relator, com ressalva do seu entendimento acerca da subsunção do delito ao tipo penal do artigo 19 da Lei n.º 7.492/1986, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto por CAIO PRADO BARCELOS em face de sentença proferida pelo MM. Juízo da 6ª Vara Federal Criminal de São Paulo/SP, que julgou procedente a pretensão punitiva e o condenou pela prática do delito tipificado no art. 19, *caput*, da Lei 7.492/86.

Consta da denúncia (ID 252730770 - Pág. 3/7), em síntese, que em 28/09/2015, CAIO PRADO BARCELOS obteve, mediante fraude, financiamento de veículo automotor Audi A4, placa FJJ-3818, no valor de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), perante instituição financeira em nome da pessoa jurídica *Poder Comprar Magazine Ltda.*, mediante apresentação de documento de identidade e de comprovante de endereço originais de Leonardo Pereira de Oliveira, sem a autorização ou o conhecimento do titular.

O recebimento da denúncia deu-se em 03.04.2019 (ID 252730770 - Pág. 10).

Processado regularmente o feito, sobreveio a r. sentença publicada em 19/02/2020 (ID 252730770 - Pág. 150), que julgou procedente a pretensão punitiva para condenar o réu CAIO PRADO BARCELOS pela prática do crime previsto no art. 19 da Lei 7.492/86, cominando a pena de 02 (dois) anos 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 29 (vinte e nove) dias-multa no valor unitário de R\$ 500,00 (quinhentos reais), substituída por duas penas restritivas de direito.

Em sede de razões recursais (ID 254144427), a defesa requereu a absolvição do acusado, sustentando a ausência de provas da autoria delitiva. Requer-se, assim, seja o presente recurso conhecido e integralmente proferido para reformar a sentença e absolver o Apelante da acusação constante na denúncia.

Contrarrazões apresentadas (ID 259737406).

A Procuradoria Regional da República manifestou-se pelo desprovimento do recurso, a fim de que a r. sentença seja mantida em seus exatos termos (ID 262287506).

É o relatório.

À revisão, nos termos regimentais.

VOTO

Da Tipicidade

Imputa-se a CAIO PRADO BARCELOS a prática do delito previsto no artigo 19, *caput*, da Lei nº 7.492/86, sob a acusação de que firmou contrato de financiamento, utilizando-se de documentos originais em nome de LEONARDO PEREIRA DE OLIVEIRA (RG e comprovante de residência), sem a sua autorização ou o seu conhecimento, para a aquisição de veículo automotor.

Assim dispõe o art. 19 da Lei nº 7.492/86:

Art. 19. Obter, mediante fraude, financiamento em instituição financeira: Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Parágrafo único. A pena é aumentada de 1/3 (um terço) se o crime é cometido em detrimento de instituição financeira oficial ou por ela credenciada para o repasse de financiamento.

Importa registrar que se trata de “crime instantâneo, cuja consumação ocorre no exato momento em que se obtém o financiamento e aplicado recurso em finalidade diversa da constante no contrato celebrado, independentemente de lesão patrimonial” (STJ, CC 81.987/SP, 3ª S., Rel. Arnaldo Esteves Lima, j. 22/04/2009). Logo, não se exige efetivo prejuízo material, o prejuízo pode ser simplesmente potencial, basta, portanto, a obtenção do financiamento.

O tipo penal arrogado dispõe sobre forma especial de estelionato, que busca a tutela da estabilidade e da higidez do sistema financeiro nacional, cujo processamento e julgamento é de competência da Justiça Federal, nos termos do artigo 109, inciso VI, da Constituição Federal, e do artigo 26 da Lei 7.492/86. (AgRg no CC n. 183.388/SP, DJe de 15/2/2022.)

Há muito firmou-se entendimento de que se a fraude é praticada para a obtenção de empréstimo comum, a conduta caracteriza o delito de estelionato (art. 17 do CP); no entanto, se a fraude é destinada ao objetivo específico de obtenção de recurso mediante financiamento bancário com finalidade específica se está diante do crime contra o sistema financeiro nacional.

No caso em exame, a operação financeira ora perquirida estava vinculada a um objetivo específico, e os recursos obtidos perante a instituição financeira possuíam destinação exclusiva para a aquisição de veículo automotor, de modo que deve ser entendida como financiamento bancário apto a atrair a incidência do tipo específico previsto no art. 19 da Lei 7.492/86.

Nesse sentido, prevalece a posição do STJ:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FRAUDE PARA OBTENÇÃO DE FINANCIAMENTO BANCÁRIO PARA AQUISIÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. ART. 19 DA LEI N. 7.492/1986. CONFIGURAÇÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA

FEDERAL. 1. Tratando-se de fraude para obtenção de financiamento bancário visando a compra de veículo automotor - operação financeira caracterizada pela destinação vinculada da verba emprestada -, fica tipificado o crime contra o sistema financeiro nacional previsto no art. 19 da Lei n. 7.492/1986, o que atrai a competência da Justiça Federal. Precedentes. 2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp n. 1.806.106/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 27/8/2019, DJe de 4/9/2019.)

Portanto, o princípio da especialidade (*lex specialis derogat legi generali*) não deixa margem à dúvida quanto ao tipo penal aplicável à espécie, evidentemente o previsto na lei especial que disciplina de maneira específica a conduta, sendo a correta subsunção típica empregada na sentença recorrida.

Materialidade, autoria e dolo

Segundo a narrativa delineada na peça acusatória, no dia 28 de setembro de 2015, o réu obteve o financiamento do veículo automotor Marca Audi, modelo A4, ano/modelo 2012/2013, placa FJJ-3818, no valor de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) junto à instituição financeira Banco Santander (Aymoré Crédito Financiamento e Investimento S/A), de maneira fraudulenta e ilícita, em nome da empresa PODER COMPRAR MAGAZINE LTDA. ("PODER COMPRAR"), valendo-se de documento originais de LEONARDO PEREIRA DE OLIVEIRA, sem que este tivesse ciência do negócio jurídico.

No caso em apreço, a materialidade delitiva e a autoria estão devidamente comprovadas, conforme atestam os elementos de informação coligidos no inquérito policial e nos autos judiciais. Não há nenhuma dúvida de que o réu CAIO PRADO BARCELOS foi o responsável pela empreitada criminoso, tal como se infere das provas documentais e orais produzidas no inquérito policial e na instrução criminal, devidamente enumeradas na sentença:

a) *Contrato de financiamento referente ao financiamento do veículo automotor Audi A4 no nome de Poder Comprar Magazine Ltda., com assinatura em nome de Leonardo Pereira de Oliveira no valor de R\$60.000,00 (fls.74/77);*

b) *Boletim de Ocorrência em que Leonardo Pereira de Oliveira relata ter sido cobrada por financiamento que não teria realizado (fls.15/17, 54/58);*

c) *Laudo de perícia criminal federal declarando que a assinatura aposta no contrato de financiamento não partiu do punho de Leonardo Pereira de Oliveira (fls. 167/175);*

d) *Depoimento em sede policial de Anderson Fernando da Silva e de Erasmo Silva Amorim Júnior, posteriormente confirmados em juízo, declarando que, a pedido do réu, realizaram contrato de financiamento em nome de terceira pessoa (fls.164/165 e183/184);*

e) *Documento pessoal e comprovante de residência de Leonardo Pereira de Oliveira apresentado para a celebração do contrato de financiamento fraudado (fls. 104/107);*

f) Contrato de constituição de sociedade limitada da empresa Poder Comprar Magazine Ltda. apresentado por ocasião da celebração do contrato de financiamento fraudado (fls.110/113);

g) Interrogatório em que o réu afirmou ter apresentado documentos de terceiro a fim de obter contrato de financiamento de veículo automotor para si (mídia a fls.318);

As provas que lastreiam os autos são inequívocas a respeito do fato de que o réu, CAIO PRADO BARCELOS, foi quem, livre e conscientemente, compareceu junto à concessionária “Carangos” e celebrou o negócio jurídico utilizando-se de documentos oficiais de terceiro, Leonardo Pereira de Oliveira, para obtenção fraudulenta de financiamento em nome de empresa da qual Leonardo é sócio, visando a compra do veículo já descrito.

O réu confessou em depoimento inquisitorial e judicial ser o autor da aquisição do veículo Audi A4, modelo A4, ano/modelo 2012/2013, placa FJJ-3818, mediante obtenção de financiamento bancário, utilizando-se de documentos pessoais de terceiro.

A contratação de financiamento perante instituição financeira exige a apresentação de documentos pessoais e a comprovação de renda do interessado, para que este possa, em tese, adimplir o crédito fornecido. Na hipótese, a documentação de terceiro fornecida pelo réu configurou instrumento fundamental para a consumação do delito de obtenção de financiamento mediante fraude.

Em audiência de instrução, as testemunhas Anderson Fernando da Silva e Erasmo da Silva Amorim Júnior, vendedores da concessionária “carangos” que atuaram na negociação, confirmaram a participação direta de CAIO na aquisição do veículo, que compareceu à loja e, tendo apresentado na ocasião documentos de identificação de Leonardo Pereira de Oliveira, obteve crédito em nome da empresa PODER COMPRAR MAGAZINE, dizendo que Leonardo tinha ciência do negócio e identificando-se como um dos titulares da pessoa jurídica em cujo nome foi aprovado o financiamento.

Interrogado em juízo, Leonardo, por sua vez, sócio da PODER COMPRAR, afirmou que CAIO não era sócio da empresa, mas mero parceiro “informal”. Declarou, ainda, não ter assinado, celebrado ou consentido com o negócio jurídico em discussão promovido com seus documentos e em nome de sua empresa mediante fraude, o que restou comprovado por intermédio de arquivo acostado aos autos de áudio de gravação ambiental realizada por um dos interlocutores (ID 252730777), bem como por laudo produzido por perito criminal federal em avaliação dos materiais gráficos, o qual atestou que as assinaturas subscritas no contrato de financiamento eram inautênticas e que “não partiram do punho de Leonardo Pereira de Oliveira” (ID 252730768 - Pág. 196).

Em que pese a defesa do réu apoie-se em suposta ausência de provas da autoria delitiva, sob a alegação de que o laudo pericial não encontrou

convergências gráficas em quantidade suficientes para atribuir à assinatura do contrato ao réu, é resoluto que CAIO participou diretamente da fraude, por meio da apresentação de maneira consciente e voluntária de documentos pessoais de terceiro, pretendendo obter financiamento do veículo automotor, fato confessado pelo próprio denunciado em seu depoimento judicial e corroborado por Anderson Fernando da Silva e Erasmo da Silva Amorim Júnior nos testemunhos prestados em audiência, provas robustas e plenamente suficientes para atribuir de forma segura ao réu a autoria do delito.

Nesse diapasão, a hipótese fática descrita na inicial acusatória, no que concerne à materialidade e à autoria, está suficientemente corroborada, não pairando qualquer dúvida acerca de sua ocorrência e de ser o réu o autor.

Quanto ao elemento subjetivo, por tudo que já foi analisado nos autos, infere-se o dolo fraudulento do réu que, com consciência e vontade de obter crédito com finalidade específica de aquisição de veículo automotor, utilizou-se de documentos e dados de terceiro, sem sua autorização.

Portanto, no contexto probatório coligido no processo, considero comprovada a materialidade, autoria e dolo de CAIO PRADO BARCELOS, mantida, pois, a sua condenação no tocante à prática do crime tipificado no art. 19 da Lei nº 7.492/86.

Dosimetria

Cabe ao magistrado, valendo-se das balizas normativas estabelecidas no Código Penal, a tarefa de individualizar a pena de forma proporcional à conduta praticada pelo réu.

O juízo *a quo* fixou a pena-base em 02 (dois) anos e 08 (quatro) meses, majorada adequadamente acima do mínimo legal em razão das circunstâncias desfavoráveis da culpabilidade e das consequências do crime.

Na segunda etapa, a sanção foi reduzida em 1/6 (um sexto), fixada a pena em 02 (dois) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, porquanto presente a atenuante da confissão (art. 65, I, “d” do Código Penal), pois em sede de interrogatório judicial o réu confessou ter entregado documentos de terceira pessoa a fim de obter o contrato de financiamento.

Na derradeira fase dosimétrica, não houve aumento ou diminuição da pena.

Dessa forma, a pena imposta ao réu ficou consolidada em 02 (dois) anos 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 29 (vinte e nove) dias-multa. O valor do dia-multa foi fixado em R\$ 500,00 e o valor total da multa foi de R\$ 14.500,00 (quatorze mil e quinhentos reais).

Não há recurso da defesa contra qualquer aspecto afeto à dosimetria da pena. Tenho que, no ponto, a decisão não merece qualquer reparo, de modo que preserve a reprimenda conforme fixada.

Com efeito, observa-se estar a sanção penal aplicada adequadamente, sem que haja ofensa aos princípios da legalidade e proporcionalidade.

Ante a ausência de ilegalidade ou recurso, resta mantida incólume a sentença.

No que tange à pena de multa, mantenho a referida pena em 29 (vinte e nove) dias-multa e o valor do dia-multa de R\$ 500,00 (quinhentos reais), uma vez que esse é o *quantum* que guarda relação de proporcionalidade com a sanção privativa de liberdade e a renda mensal declarada pelo réu.

De rigor, ainda, a manutenção do regime inicial aberto de cumprimento de pena, em razão do *quantum* da sanção imposta (artigo 33, §2º, c, do Código Penal).

Substituição da pena privativa de liberdade

Presentes os requisitos previstos pelo artigo 44, *caput*, do Código Penal, deve ser mantida a substituição da pena privativa de liberdade aplicada por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas e em prestação pecuniária, por serem as que melhor atingem a finalidade da persecução criminal.

Dispositivo

Ante o exposto, *nego provimento* ao recurso de apelação.

É o voto.

APELAÇÃO CRIMINAL 5002283-06.2019.4.03.6181

Apelante: GLEISON GONÇALVES DA SILVA
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - PR/SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ALI MAZLOUM
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 11/04/2023

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CONTRABANDO. BRINQUEDOS CONTRAFEITOS. ARTIGO 334-A, §1º, IV, DO CÓDIGO PENAL. *EMENDATIO LIBELLI*. ARTIGO 383 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ARTIGO 190, I, DA LEI Nº 9.279/96.

1. Em razão do princípio da especialidade, a conduta de expor à venda e ter em estoque brinquedos contrafeitos mediante reprodução ilícita de marca configura o crime previsto no artigo 190, I, da Lei nº 9.279/96.
2. Sentença anulada, determinado o encaminhamento do feito a uma das varas da Justiça Estadual de São Paulo.
2. Apelação da defesa prejudicada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quinta Turma, por unanimidade, de ofício, atribuiu aos fatos a classificação prevista no art. 190, inciso I, da Lei nº 9.279/96, nos termos do art. 383 do Código de Processo Penal, nos termos do voto do Relator e, por maioria, anulou a sentença e determinou o encaminhamento do feito a uma das varas da Justiça Estadual de São Paulo e julgou prejudicado o exame do recurso da defesa de Gleison Gonçalves da Silva, nos termos do voto do Des. Fed. Ali Mazloum, acompanhado pelo Des. Fed. André Nekatschalow, vencido o Relator que não anulava o feito e determinava o encaminhamento do feito a uma das varas da Justiça Estadual de São Paulo e julgava prejudicado o exame do recurso defesa de Gleison Gonçalves da Silva, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação criminal interposta pela defesa de *Gleison Gonçalves da Silva* em face da sentença (id. 263569907) que o condenou pela prática do

crime previsto no artigo 334-A, §1º, V, do Código Penal à pena de 2 (dois) anos de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade ou entidade pública e prestação pecuniária no valor de 5 (cinco) salários mínimos.

Em seu apelo (id. 263569914), a defesa de *Gleison Gonçalves da Silva* requer a absolvição do réu em razão da aplicação do princípio da insignificância ou por falta de provas de autoria. Subsidiariamente, pretende o afastamento da pena de multa e da prestação pecuniária substitutiva, diante da impossibilidade financeira de arcar com tais sanções, com a substituição da prestação pecuniária por interdição temporária de direitos.

Com as contrarrazões da acusação (id. 263569918), os autos vieram a esta Corte Regional.

A Procuradoria Regional da República manifestou-se pelo desprovimento do recurso (id. 263632626).

É o relatório.

À revisão, nos termos regimentais.

VOTO

Trata-se de apelação criminal interposta pela defesa de *Gleison Gonçalves da Silva* em face da sentença (id. 263569907) que o condenou pela prática do crime previsto no artigo 334-A, §1º, V, do Código Penal à pena de 2 (dois) anos de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade ou entidade pública e prestação pecuniária no valor de 5 (cinco) salários mínimos.

Em seu apelo (id. 263569914), a defesa de *Gleison Gonçalves da Silva* requer a absolvição do réu em razão da aplicação do princípio da insignificância ou por falta de provas de autoria. Subsidiariamente, pretende o afastamento da pena de multa e da prestação pecuniária substitutiva, diante da impossibilidade financeira de arcar com tais sanções, com a substituição da prestação pecuniária por interdição temporária de direitos.

Com as contrarrazões da acusação (id. 263569918), os autos vieram a esta Corte Regional.

A Procuradoria Regional da República manifestou-se pelo desprovimento do recurso (id. 263632626).

O Eminentíssimo Relator Desembargador Federal Maurício Kato, de ofício, atribuiu aos fatos a classificação prevista no artigo 190, I da Lei 9.279/96, nos termos do artigo 383 do Código de Processo Penal e determinou o encaminhamento do feito a uma das varas da Justiça Estadual de São Paulo, e,

finalmente, julgou prejudicado o exame do recurso defesa de *Gleison Gonçalves da Silva*.

Data vênia, *divirjo* do Eminentíssimo Relator apenas por entender necessária a declaração de nulidade da sentença proferida pelo Juízo Federal, dada sua incompetência em razão da matéria, seguindo, nos demais termos, a douta Relatoria.

Enfatizo que a declaração de nulidade da sentença proferida por juiz *absolutamente* incompetente é de rigor, nos termos do art. 564, I, do CPP e por violar o princípio constitucional do juiz natural, pois, de acordo com o artigo 5º, LIII, da CRFB/88, “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”. Neste sentido, inclusive, têm decidido as colendas 5ª e 11ª Turmas desta Corte Regional:

EMENTA: DIREITO PENAL. PROCESSO PENAL. CRIME AMBIENTAL SEM REFLEXO REGIONAL OU NACIONAL. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA ESTADUAL. SENTENÇA ANULADA. APELAÇÃO PREJUDICADA.

1. Segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça e deste Tribunal, a competência da Justiça Federal para o julgamento de delitos ambientais, com fundamento na ofensa a bens, serviços ou interesses da União (CR, art. 109, IV), demanda que o dano cause reflexos em âmbito regional ou nacional, sendo insuficiente o dano local para firmar a competência federal (STJ, CC n. 154.859, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 22.11.17; CC n. 156.882, Rel. Min. Jorge Mussi, decisão monocrática, j. 24.05.18; AgRg no CC n. 36.405, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, j. 24.08.05; TRF da 3ª Região, ACr n. 2015.60.06.001484-4, Rel. Juíza Fed. Conv. Raquel Silveira, j. 10.06.19; ACr n. 2012.61.12.009775-0, Rel. Des. Fed. Maurício Kato, j. 18.02.19).

2. Os elementos dos autos indicam que os danos ambientais imputados ao réu têm apenas reflexo local, a afastar a competência da Justiça Federal para o processamento do feito, ainda que ocorridos em área integrante de Unidade de Conservação da União, a Floresta Nacional do Ipanema.

3. *Sentença anulada, de ofício, por incompetência da Justiça Federal para o processamento do feito. Determinada a remessa dos autos ao Juízo a quo, para redistribuição à Justiça Estadual de São Paulo, à qual caberá ratificar os atos processuais e decisões proferidas, se cabível (CPP, art. 108, § 1º c. c. o CPC, art. 64, § 4º). Prejudicadas as apelações.*

(TRF 3ª Região, 5ª Turma, ApCrim - APELAÇÃO CRIMINAL - 0007068-86.2017.4.03.6110, Rel. Desembargador Federal ANDRÉ CUSTÓDIO NEKATSCHALOW, julgado em 06/09/2022, Intimação via sistema DATA: 08/09/2022) (g.n.)

EMENTA: DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO. GERENTE PESSOA JURÍDICA EM AGÊNCIA. BANCO DO BRASIL. EXERCÍCIO CONCRETO DE PODERES EFETIVOS DE GESTÃO. NÃO COMPROVAÇÃO. AGENTE NÃO ENQUADRADO NO ART. 25 DA LEI 7.492/86. SENTENÇA ANULADA DE OFÍCIO. COMPETÊNCIA DECLINADA. PREJUDICADA A APELAÇÃO MINISTERIAL.

1. Recurso de apelação interposto contra sentença que absolveu os acusados da imputação da prática dos crimes previstos nos artigos 4º, *caput*, e 5º da Lei n.º 7.492/86.
2. Nenhum dos fatos narrados na denúncia se subsomem ao art. 4º, *caput*, da Lei 7.492/86, haja vista terem sido fraudados, em tese, contratos relativos a um único cliente do banco, sem que tenham sido demonstrados sequer indícios da prática de uma suposta gestão fraudulenta na agência bancária, ou mesmo qualquer poder de gestão dos gerentes envolvidos na elaboração de tais contratos.
3. A denúncia descreve que um dos corréus, diante da necessidade de capital de giro para funcionamento de sua atividade empresarial, agindo supostamente em conluio com funcionários do Banco do Brasil, teria passado a contrair sucessivos empréstimos em nome de terceiros, no caso, empregados de sua empresa.
4. A fraude teria consistido, basicamente, na utilização indevida dos dados pessoais dos empregados do corréu (*extraneus*) para a contratação de empréstimos consignados, cujas irregularidades teriam sido perpetradas com a conivência e concorrência direta dos funcionários do Banco do Brasil, os quais, aproveitando-se de seus cargos, teriam desviado e direcionado créditos decorrentes desses contratos em favor do corréu ROGERS.
5. Verifica-se a completa ausência de uma suposta política de gestão baseada na fraude, razão pela qual inviável reconhecer a prática, sequer em tese, de atos moldados no tipo de gestão fraudulenta, qual seja, art. 4º, *caput*, da Lei n.º 7.492/86. Por tais motivos, com fundamento no artigo 383 do Código de Processo Penal, reclassifico todos os fatos narrados na denúncia apenas para o art. 5º da Lei n.º 7.492/86.
6. O deslinde da questão passa pela aptidão de os réus serem sujeitos ativos na prática de crimes contra o sistema financeiro, ante a natureza de seu cargo, e o fato de se tratar de crimes próprios, cuja prática só pode ser realizada por (ou em associação com) pessoas no exercício das atribuições declinadas no art. 25 da Lei de Crimes Contra o Sistema Financeiro.
7. Se de um lado não se pode descaracterizar a ocorrência de crime contra o sistema financeiro apenas por se tratar de gerente territorial ou materialmente restrito, de outro, a nomenclatura de “gerente” não implica, por si, a caracterização de um acusado como sujeito englobado pelos conceitos do art. 25 da Lei 7.492/86, o qual remete claramente à necessidade de que o sujeito ativo, para assim ser caracterizado, exerça poderes de gestor/administrador. Tais poderes significam alguma capacidade de implementação de políticas de gestão e atos balizadores da conduta institucional da empresa (seja sob o prisma material, seja sob o prisma territorial), e não apenas a prática de atos esparsos sem necessidade de autorização de chefias imediatas (ou sujeitos apenas a ratificação posterior por estas), salvo nos casos excepcionais em que um mero ato solitário tomado fora de uma cadeia de comando possa ser de grande impacto em parcela da instituição.
8. Os apelados (*intraneus*), no período de cometimento das condutas a eles imputadas (janeiro de 2007 a março de 2008), exerciam, respectivamente, os cargos de assistente de negócios e gerentes de contas de pessoa jurídica, em agência bancária do Banco do Brasil.

9. Portanto, os apelados não ocupavam cargos de gerente geral da agência, sendo meros gerentes de atendimento de pessoas jurídicas, conforme ofício enviado pelo Banco do Brasil, juntado às fls. 2033/2034 dos presentes autos.

10. Não obstante os apelados (intraneus) ocuparem o cargo de gerente de atendimento de pessoas jurídicas e de assistente de negócios, não possuíam qualquer poder de gestão na agência em que atuavam, inclusive porque necessitavam sempre da assinatura do gerente geral para a aprovação das operações de crédito, não obstante algumas tenham sido feitas à sua revelia, enquanto outras foram concedidas diretamente por este.

11. Não há qualquer narrativa a respeito de eventuais poderes de gestão por parte dos “gerentes” (auxiliados pelo assistente, também apelado), os quais não passavam de funcionários do banco, nominados “gerente pessoa jurídica”, que, segundo a denúncia, teriam fraudado alguns contratos em favor de um único cliente da agência bancária.

12. Tais fatos, por si sós, não demonstram a existência de efetivos poderes de administrador/gestor/gerente em mãos dos apelados (intraneus) ao tempo dos fatos. A uma, porque a mera nomenclatura de “gerente” pode ter diversos sentidos a depender do organograma de uma instituição financeira, inexistindo regramento específico ou unívoco a respeito, o que possibilita que diversas categorias de funcionários sejam chamados de “gerentes” sem que isso implique atribuições propriamente gerenciais, de comando, nos termos expostos supra. A duas, porque eventuais sucessos em empreitadas delitivas cometidas por funcionários de instituições financeiras em seu interior não ensejam de pronto a conclusão de que essas pessoas possuíam autonomia. Se assim fosse, um operador de caixa poderia ser enquadrado como “administrador da instituição financeira” se conseguisse subtrair recursos por longo período de tempo sem atrair atenção de seus superiores.

13. A aferição relativa à existência de poderes de gestão detidos pelos apelados passa pelo exame de suas competências formais ou materiais de âmbito gerencial, de liderança ou planejamento sobre parcela minimamente relevante de uma instituição financeira.

14. Essas atribuições ou esse exercício material não foram comprovados nos autos. Não há relatos de que os apelados tivessem a capacidade de implementar políticas ou práticas nem mesmo no âmbito da agência bancária em que trabalhavam, muito menos que tivessem formalmente tais poderes.

15. Aliás, o que se infere dos autos é que o cargo de “gerente pessoa jurídica” se refere a uma denominação de funcionários encarregados, no interior das agências, de atender especificamente esse tipo de clientela, ou seja, pessoas jurídicas, o que em nada implica poderes de administrador, seja da agência, seja da instituição globalmente considerada, ou capacidade de decisões de maior porte a respeito de políticas setoriais, estratégias ou condutas de natureza iterativa de qualquer parcela da instituição. Assim, os apelados não tinham competências formais de gestor, de administrador.

16. A narrativa da exordial e as provas dos autos dão conta de que os apelados, em conluio com um dos clientes da cartela (pessoa jurídica) que atendiam, fraudaram alguns contratos, utilizando-se de nomes de terceiros (no caso, empregados do referido cliente), com o objetivo de obtenção de capital de giro para sua atividade empresarial.

17. No entanto, se se trata apenas dessa conduta, sem a demonstração de que chefiavam ou geriam de maneira mais ampla a agência ou uma política setorial (ainda que territorialmente restrita de alguma maneira), o que se tem

são apenas funcionários com atribuições específicas (como qualquer funcionário do banco), mas cujo cargo ostentava a denominação de “gerente”.
18 Portanto, os fatos descritos na inicial não se amoldam ao disposto no art. 5º da Lei 7.492/86, mas sim, em tese, ao crime de apropriação indébita, nos termos do art. 168, § 1º, III, do Código Penal, ou mesmo ao crime de peculato-desvio e estelionato.

19. Nestes termos, não se caracterizando em tese a ocorrência de crime contra o sistema financeiro, nem hipótese outra descrita no rol do art. 109 da Constituição Federal, constata-se a incompetência da Justiça Federal para apreciação do caso concreto, devendo a sentença ser anulada e os autos remetidos à Justiça Estadual paulista, para julgamento do processo.

20. *De ofício, reconheço a incompetência da Justiça Federal para exame do processo, anulo a sentença contida nos autos e declino da competência em favor da Justiça Estadual paulista, a quem compete a apreciação do feito, prejudicada a apelação ministerial.*

(TRF 3ª Região, DÉCIMA PRIMEIRA TURMA, ApCrim - APELAÇÃO CRIMINAL - 75878 - 0002585-37.2013.4.03.6115, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI, julgado em 07/11/2019, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/12/2019)

Assim, acompanho o r. voto do e. Relator, no tocante à recapitulação jurídica dos fatos, a teor do artigo 383 do CPP, reclassificando-os para o crime do artigo 190, I, da Lei 9.279/96 e, assim, diante da nova tipificação legal, constatada a incompetência da Justiça Federal para julgamento do processo, já que não estão presentes as hipóteses estabelecidas no artigo 109 da CRFB/88, deve ser declarada nula a sentença proferida pelo Juízo Federal, incompetente em razão da matéria, com determinação da remessa dos autos à Justiça Comum do Estado de São Paulo.

Ante o exposto, *de ofício*, atribuo aos fatos a classificação prevista no artigo 190, I da Lei 9.279/96, nos termos do artigo 383 do Código de Processo Penal, e *declaro nula a sentença* por incompetência da Justiça Federal para o processamento do feito (divirjo neste ponto do Relator), determinando o encaminhamento dos autos a uma das varas da Justiça Estadual de São Paulo; e, finalmente, julgo prejudicado o exame do recurso defesa de *Gleison Gonçalves da Silva*.

É como voto.

VOTO

Consta dos autos que *Gleison Gonçalves da Silva* foi denunciado pela prática do crime previsto no artigo 334-A, §1º, IV do Código Penal porque manteve em depósito e expôs à venda, no exercício de atividade comercial, mercadoria proibida pela lei brasileira, consistente em brinquedos contrafeitos impróprios para consumo.

Narra a peça acusatória (id. 263569748) que entre os dias 17 e 20 de julho de 2017 a Receita Federal e a Prefeitura de São Paulo/SP realizaram operação

conjunta no prédio localizado na Rua Comendador Assad Abdalla, nº 22, São Paulo/SP, momento em que constataram grande quantidade de brinquedos contrafeitos armazenados na sala nº 66, alugada pelo denunciado. Em posterior análise, os objetos foram avaliados em R\$166.900,00 (cento e sessenta e seis mil e novecentos reais) e os impostos devidos estimados em R\$83.450,00 (oitenta e três mil, quatrocentos e cinquenta reais), bem como constatada a sua falsidade.

Após regular instrução criminal, foi proferida sentença (id. 263569907) que condenou *Gleison Gonçalves da Silva* pela prática do crime previsto no artigo 334-A, §1º, V, do Código Penal à pena de 2 (dois) anos de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade ou entidade pública e prestação pecuniária no valor de 5 (cinco) salários mínimos.

Passo às matérias devolvidas.

A defesa de *Gleison Gonçalves da Silva* requer a absolvição do réu em razão da aplicação do princípio da insignificância ou por falta de provas de autoria. Subsidiariamente, pretende o afastamento da pena de multa e da prestação pecuniária substitutiva, diante da impossibilidade financeira de arcar com tais sanções, com a substituição da prestação pecuniária por interdição temporária de direitos.

No entanto, o recurso deve ser julgado prejudicado, em razão da incompetência absoluta da Justiça Federal para processamento do feito, a demandar a anulação dos atos decisórios proferidos na ação penal.

Com efeito, observo que a denúncia imputou a *Gleison Gonçalves da Silva* a conduta de manter em depósito e expor à venda, no exercício de atividade comercial, mercadoria proibida pela lei brasileira, qual seja, diversos brinquedos contrafeitos impróprios para consumo. Conforme sustenta a acusação, a ausência de registro dos bens junto ao INMETRO tornaria os brinquedos mercadoria proibida, de modo que o fato praticado pelo denunciado seria aquele previsto no artigo 334-A, §1º, IV do Código Penal.

De fato, segundo o teor da Representação Fiscal para Fins Penais, elaborada pela Receita Federal (id. 263569216 - fls. 8/11), e do Laudo de Constatação de Contrafação, confeccionado por representantes das marcas *Disney Enterprises Inc.*, *Lucas Film Ltd., LLC* e *Marvel Characters Inc.* (id. 263569217 - fls. 6/7), os brinquedos apreendidos no estabelecimento comercial de responsabilidade de *Gleison Gonçalves da Silva* eram falsificados, já que “não foram fabricados pelo titular dos direitos e nem por empresa licenciada ou autorizada para tanto, sendo sua origem, portanto, desconhecida”.

Nesse cenário, a conduta praticada por *Gleison Gonçalves da Silva* se amolda ao crime previsto no artigo 190, I, da Lei 9.279/96, que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial:

Art. 190. Comete crime contra registro de marca quem importa, exporta, vende, oferece ou expõe à venda, oculta ou tem em estoque:

I - produto assinalado com marca ilicitamente reproduzida ou imitada, de outrem, no todo ou em parte; ou

II - produto de sua indústria ou comércio, contido em vasilhame, recipiente ou embalagem que contenha marca legítima de outrem.

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.

Isso porque a mercadoria contrafeita é espécie do gênero mercadoria proibida e, em razão do princípio da especialidade, evidenciada a reprodução ilícita de marca, tal como no caso, resta afastada a incidência do crime de contrabando.

Dessa forma, com fundamento no artigo 383 do Código de Processo Penal, promovo a recapitulação jurídica dos fatos e os reclassifico para o crime do artigo 190, I, da Lei 9.279/96.

Diante do novo enquadramento legal, constato a incompetência da Justiça Federal para julgamento do feito, já que não estão presentes as hipóteses estabelecidas no artigo 109 da Constituição Federal, haja vista que o delito em questão tutela interesses particulares e, processado o feito em juízo absolutamente incompetente, de rigor a remessa dos autos ao juízo competente.

Ante o exposto, *de ofício*, atribuo aos fatos a classificação prevista no artigo 190, I da Lei 9.279/96, nos termos do artigo 383 do Código de Processo Penal e determino o encaminhamento do feito a uma das varas da Justiça Estadual de São Paulo, e, finalmente, julgo prejudicado o exame do recurso defesa de *Gleison Gonçalves da Silva*.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL 5000766-53.2022.4.03.6118

Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - PR/SP
Apelado: SILVANO APARECIDO DA COSTA
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI
Disponibilização do Acórdão: DJEN 05/05/2023

EMENTA

APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 171, §3º C/C ART. 14, II DO CP. ART. 304 C/C ART. 297 DO CP. CONCURSO MATERIAL. TENTATIVA DE SAQUE DE RECURSOS DO FGTS DE TERCEIRO MEDIANTE USO DE CÉDULA DE IDENTIDADE FALSA. MAUS ANTECEDENTES. REINCIDÊNCIA. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 269 DO STJ. REGIME FECHADO.

No dia 18/05/2022, na agência da CAIXA situada no centro do município de Guaratinguetá/SP, o apelante tentou sacar valores do FGTS em nome de terceiro. Na ocasião, o réu apresentou uma cédula de identidade materialmente falsa em nome do titular da conta vinculada ao FGTS, contendo sua fotografia.

O crime de estelionato não se consumou por circunstâncias alheias à vontade do agente, uma vez que a funcionária desconfiou da autenticidade do documento e a polícia militar foi acionada.

Mantida a condenação pela prática do crime previsto no art. 171, §3º c/c art. 14, II do CP e pelo cometimento do delito do art. 304 c/c art. 297 do CP, em concurso material.

O apelante ostenta três condenações criminais definitivas, que foram utilizadas para valoração negativa dos antecedentes, além de outra condenação transitada em julgado que configurou a reincidência.

Apesar da quantidade de pena ser inferior a 04 anos, a reincidência e a existência de circunstância judicial desfavorável (maus antecedentes) impõem a fixação do regime prisional mais gravoso e afastam a súmula 269 do Superior Tribunal de Justiça.

Apelação provida para fixar o regime inicial fechado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Décima Primeira Turma, por unanimidade, decidiu dar provimento à apelação do Ministério Público Federal para fixar o regime inicial fechado, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI

Trata-se de apelação criminal interposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL em face da sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara Federal Criminal de Guaratinguetá/SP, que condenou Silvano Aparecido da Costa pela prática do crime previsto no art. 171, §3º c/c art. 14, II e art. 304 c/c art. 297, todos do CP, em concurso material.

O Ministério Público Federal expôs os motivos pelos quais deixou de propor ANPP (art. 28-A do CPP) e ofereceu denúncia, nos seguintes termos (ID 267455266):

“Em 18 de maio de 2022, por volta das 12h30min, na agência da Caixa Econômica Federal - CEF situada na Rua Comendador João Galvão, 99, Centro, Guaratinguetá/SP, SILVANO APARECIDO DA COSTA, agindo de forma livre e consciente, tentou obter vantagem ilícita em prejuízo da empresa pública federal citada, ao induzir em erro, mediante meio fraudulento (uso de documento falso - RG), a operadora de caixa, visando o saque de benefício de Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS, em nome de Luiz Henrique Benetti Favali, somente não consumando seu intento por circunstâncias alheias à sua vontade.

Nas mesmas condições de tempo e lugar descritas na imputação anterior, SILVANO APARECIDO DA COSTA, agindo de forma livre e consciente, fez uso de documento público falso, consistente no RG número 16610758-X, em nome de Luiz Henrique Benetti Favali.

[...]Diante do exposto, o Ministério Público Federal denuncia SILVANO APARECIDO DA COSTA pela prática do crime previsto no artigo 171, §3º, c.c. 14, II, e artigo 304 (com a pena do Art. 297 do Código Penal), na forma do artigo 69, todos do Código Penal”.

Denúncia recebida em 23/05/2022 (ID 267455267).

Após regular instrução, o Juízo da 1ª Vara Federal de Guaratinguetá/SP proferiu a sentença ID 267455362, publicada em 19/10/2022, por meio da qual condenou Silvano Aparecido da Costa pela prática do crime previsto no art. 171, §3º c/c art. 14, II do CP, à pena de 1 ano e 6 dias de reclusão e 09 dias multa, e pela prática do crime previsto no art. 304 c/c art. 297 do CP, à pena de 2 anos e 4 meses de reclusão e 11 dias multa, na forma do art. 69 do CP. Em razão do concurso material, as penas totalizaram 3 anos, 4 meses e 6 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 20 dias multa no valor unitário mínimo legal. O réu foi condenado ao pagamento das custas processuais. Na sentença, foi determinada a expedição de alvará de soltura.

O Ministério Público Federal interpôs apelação objetivando a fixação do regime inicial fechado, considerando a reincidência e os maus antecedentes reconhecidos na sentença (ID 267455373/267455380).

Contrarrazões pelo desprovimento do recurso (ID 267455384).

Nesta Corte, a Procuradoria Regional da República opinou pelo provimento da apelação (ID 271082484).

É o relatório.

À revisão.

VOTO

O EXCELENTÍSSIMO DESEMBAGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço da apelação interposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL.

O Juízo da 1ª Vara Federal de Guaratinguetá/SP condenou Silvano Aparecido da Costa pela prática do crime previsto no art. 171, §3º c/c art. 14, II do CP, à pena de 1 ano e 6 dias de reclusão e 09 dias multa, e pela prática do crime previsto no art. 304 c/c art. 297 do CP, à pena de 2 anos e 4 meses de reclusão e 11 dias multa, na forma do art. 69 do CP. Em razão do concurso material, as penas totalizaram 3 anos, 4 meses e 6 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 20 dias multa no valor unitário mínimo legal.

A materialidade delitiva e autoria, que não foram impugnadas e, portanto, são incontroversas nos autos, estão demonstradas pelo auto de prisão em flagrante (ID 267455048 – pag. 1); termo de apreensão (ID 267455048 – pag. 14); laudo de perícia criminal federal nº 184/2002 (ID 267455351) e depoimentos prestados na fase policial e em juízo (ID 267455048 – pag. 3/5 e ID 267455320).

Tais elementos comprovam que no dia 18/05/2022, na agência da CAIXA situada no centro do município de Guaratinguetá/SP, SILVANO APARECIDO DA COSTA tentou sacar valores do FGTS em nome de Luiz Henrique Benetti Favali. Na ocasião, SILVANO apresentou à funcionária do caixa da agência uma cédula de identidade materialmente falsa número 16610758-X em nome do titular da conta vinculada ao FGTS, Luiz Henrique Benetti Favali, contendo sua fotografia.

A operadora de caixa desconfiou da autenticidade do documento e consultou o gerente Claudio Dalla Mariga, que, por sua vez recordou-se da fotografia do réu em e-mail divulgado por outras agências da CAIXA, onde o acusado havia tentado praticar golpes. A polícia militar foi acionada e o apelante foi preso em flagrante na agência bancária, de modo que o crime de estelionato não se consumou por circunstâncias alheias à vontade do agente.

O réu confessou os fatos na fase investigativa e em juízo (ID 267455048 – pag. 6/7 e ID 267455320).

A sentença não merece reparo no tocante à inaplicabilidade do princípio da consunção, uma vez que a cédula de identidade falsa utilizada pelo réu, em nome de terceiro contendo sua fotografia, possui aptidão para ser usada em outras fraudes, razão pela qual a potencialidade lesiva não se exauriu na tentativa de estelionato praticada no dia 18/05/2022, o que afasta a incidência da Súmula 17 do STJ.

Assim, deve ser mantida a condenação pela prática do crime previsto no art. 171, §3º c/c art. 14, II do CP e pelo cometimento do delito do art. 304 c/c art. 297 do CP, em concurso material.

Da dosimetria

Extrai-se da sentença:

“DO CRIME DESCRITO NO ART. 171, §3º, DO CÓDIGO PENAL

Analizando as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, verifica-se que o *Réu possui maus antecedentes*, conforme informação às fls. 251737685 - Pág. 1 e ss, referente aos processos n. 0035470-95.2003.8.26.0161, condenado pelo crime de roubo, com trânsito em julgado em 07.12.2004; n. 7002435-35.2004.8.26.0114, pelo crime de roubo, com cumprimento da execução em 04.06.2017; n. 7000793-5.2000.8.26.0344, pelo crime de roubo, com cumprimento da execução em 22.03.2007; n. 0005871-22.2015.8.26.0635, pelo crime de roubo, com trânsito em julgado em 07.04.2021, devendo esse último ser considerado para fins de reincidência. No que tange aos motivos, às circunstâncias e às consequências do crime, esses são normais à espécie, nada havendo a valorar em relação à culpabilidade, personalidade e à conduta social do acusado. Logo, diante das condições e razões de reprovação e prevenção delitivas indicadas no art. 59 do CP, *fixo a pena-base acima do mínimo legal, no patamar de um ano e dois meses de reclusão e onze dias-multa.*

Considerando ainda o *concurso de circunstância atenuante da confissão com circunstância agravante da reincidência* (autos n. 0005871-22.2015.8.26.0635), *entendo que elas devem se compensar mutuamente, de modo que mantenho a pena em um ano e dois meses de reclusão e onze dias-multa.*

Há causa de aumento, conforme o § 3º, do art. 171, do CP. Portanto, acresço um terço à pena, fixando-a em um ano, seis meses e vinte dias de reclusão e catorze dias-multa.

Considerando a existência de causa de diminuição da pena prevista no art. 14, inciso II, do Código Penal, consistente na tentativa, diminuo a pena em um terço e *fixo a pena em um ano e seis dias de reclusão e nove dias-multa.*

DO CRIME DESCRITO NO ART. 304 C/C ART. 297, AMBOS DO CÓDIGO PENAL

Analizando as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, verifica-se que o *Réu possui maus antecedentes*, conforme informação às fls. 251737685 - Pág. 1 e ss, referente aos processos n. 0035470-95.2003.8.26.0161, condenado pelo crime de roubo, com trânsito em julgado em 07.12.2004; n. 7002435-35.2004.8.26.0114, pelo crime de roubo, com cumprimento da

execução em 04.06.2017; n. 7000793-5.2000.8.26.0344, pelo crime de roubo, com cumprimento da execução em 22.03.2007; n. 0005871-22.2015.8.26.0635, pelo crime de roubo, com trânsito em julgado em 07.04.2021, devendo esse último ser considerado para fins de reincidência. No que tange aos motivos, às circunstâncias e às consequências do crime, esses são normais à espécie, nada havendo a valorar em relação à culpabilidade, personalidade e à conduta social do acusado. Logo, diante das condições e razões de reprovação e prevenção delitivas indicadas no art. 59 do CP, *fixo a pena-base acima do mínimo legal, no patamar de dois anos e quatro meses de reclusão e onze dias-multa.*

Considerando ainda o *curso de circunstância atenuante da confissão com circunstância agravante da reincidência* (autos n. 0005871-22.2015.8.26.0635), *entendo que elas devem se compensar mutuamente*, de modo que mantenho a pena em dois anos e quatro meses de reclusão e onze dias-multa.

Na ausência de causas de diminuição ou aumento de pena, *fixo-a em dois anos e quatro meses de reclusão e onze dias-multa.*

DO CONCURSO MATERIAL

Em razão do concurso material, fixo a pena final em três anos, quatro meses e seis dias de reclusão e vinte dias-multa.

O regime inicial de cumprimento da pena é o *semiaberto*.

Diante da situação econômica do Réu (desempregado), arbitro o valor do dia-multa, em 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época do fato, atualizados desde então.

Considerando a reincidência (autos n. 0005871-22.2015.8.26.0635), não vislumbro a presença dos requisitos do art. 44 e seguintes do CP a ensejar a substituição por pena restritiva de direitos”.

Em relação ao delito do art. 171, §3º c/c art. 14, II do CP, deve ser mantida a pena-base de 1 ano e 2 meses de reclusão e 11 dias multa, em razão dos maus antecedentes, conforme certidão ID 267455280, que demonstra a existência de três condenações definitivas por fatos anteriores aos delitos em análise.

Na segunda etapa da dosimetria, incidiram as circunstâncias atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, “d” do CP) e agravante da reincidência, por força da condenação nos autos nº 0005871-22.2015.8.26.0635, não atingida pelo período depurador previsto no art. 64, I do CP, conforme certidão ID 267455280. Foi determinada a compensação dessas circunstâncias, de modo que a pena intermediária foi mantida em 1 ano e 2 meses de reclusão.

Na terceira fase, presentes a causa de aumento prevista no §3º do art. 171 do CP, na fração de 1/3, e a causa de diminuição relativa à tentativa (art. 14, II do CP), na fração de 1/3. Assim a pena foi fixada em 01 ano e 06 dias de reclusão e 09 dias multa.

Em relação ao crime do art. 304 c/c art. 297 do CP, mantenho a pena-base de 02 anos e 04 meses de reclusão e 11 dias multa, por força dos maus antecedentes, conforme certidão ID 267455280, que demonstra a existência de três condenações definitivas por fatos anteriores aos delitos em análise.

Na segunda fase da dosimetria, incidiram as circunstâncias atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, “d” do CP) e agravante da reincidência, por força da condenação nos autos nº 0005871-22.2015.8.26.0635, não atingida pelo período depurador previsto no art. 64, I do CP, conforme certidão ID 267455280. Foi determinada a compensação dessas circunstâncias, de modo que a pena intermediária foi mantida em 02 anos e 04 meses de reclusão e 11 dias multa.

Na terceira fase, ausentes causas de aumento e de diminuição. Desse modo, a pena foi fixada em 02 anos e 04 meses de reclusão e 11 dias multa.

Por força do concurso material, as penas foram somadas, nos termos do art. 69 do CP, totalizando 3 anos, 04 meses e 06 dias de reclusão, além de 20 dias multa no valor unitário mínimo legal.

Do regime prisional

Em seu apelo, o Ministério Público Federal pleiteia a fixação do regime inicial fechado. Sustenta que *“levando em consideração que o réu é reincidente e as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP são desfavoráveis, o regime a ser fixado para o início do cumprimento de pena é o fechado, nos termos do art. 33, §2º, “c”, e §3º, do CP. Cumpre salientar a impossibilidade de aplicar a Súmula 269 do Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista que, conforme já informado anteriormente, as circunstâncias judiciais são desfavoráveis”*.

O apelo ministerial deve ser provido.

A fixação do regime prisional deve ser pautada pelos critérios estabelecidos no art. 33, §2º e §3º do CP. Portanto, além da quantidade de pena aplicada devem ser ponderadas as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP e eventual reincidência do réu.

No caso concreto, o apelante ostenta três condenações criminais definitivas, que foram utilizadas para valoração negativa dos antecedentes, além de outra condenação transitada em julgado que configurou a reincidência.

Nessa esteira, apesar da quantidade de pena ser inferior a 04 anos, a reincidência e a existência de circunstância judicial desfavorável (maus antecedentes) impõem a fixação do regime prisional mais gravoso e afastam a súmula 269 do Superior Tribunal de Justiça, que dispõe: *“É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais”*.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. FURTO QUALIFICADO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. DECISÃO FUNDAMENTADA. MANUTENÇÃO DO REGIME FECHADO. RÉU REINCIDENTE COM A PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA N. 269 DO STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Na esteira da orientação jurisprudencial desta Corte, por se tratar de questão afeta à certa discricionariedade do magistrado, a dosimetria da pena é passível de revisão em *habeas corpus* apenas em hipóteses excepcionais, quando ficar evidenciada flagrante ilegalidade, constatada de plano, sem a necessidade de maior aprofundamento no acervo fático-probatório.

2. Na espécie, está correto o aumento da pena-base diante dos maus antecedentes do sentenciado, pois existem condenações definitivas, anteriores à data do fato em análise, diferentes da condenação utilizada na segunda etapa do cálculo da sanção para a configuração da reincidência.

3. *Não se observa a existência de constrangimento ilegal na manutenção do regime fechado para o início do cumprimento da sanção aplicada, pois, embora a pena imposta ao paciente seja inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, sua condição de reincidente, somada à análise desfavorável das circunstâncias judiciais, impede a aplicação do disposto na Súmula n. 269 desta Corte. Precedentes.*

4. Agravo regimental a que se nega provimento

(STJ. AGRHC 2015.02.29279-1. Sexta Turma. Relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro. DJE DATA:05/04/2018) – grifei

APELAÇÃO CRIMINAL. REINGRESSO DE ESTRANGEIRO EXPULSO. USO DE DOCUMENTO FALSO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES. AGRAVANTE. ART. 61, II, “B”, CP. REGIME INICIAL FECHADO.

O bem jurídico tutelado refere-se à fé pública (art. 304, CP) e, conseqüentemente, à confiança que as pessoas depositam na autenticidade dos documentos, não sendo possível quantificar o dano causado à sociedade. Mesmo raciocínio deve ser aplicado em relação ao bem jurídico protegido pela norma no art. 338 do CP, uma vez que a lesão à administração da Justiça não pode ser mensurada. Embora não impugnados, a materialidade, a autoria e o dolo estão bem demonstrados nos autos através do auto de prisão em flagrante, prova testemunhal produzida na fase investigativa e em juízo, auto de exibição e apreensão, portaria de expulsão nº 1.288 do Ministério da Justiça, termo de expulsão, laudos periciais e carteira de identidade. O réu conhecia da falsidade documental e tinha plena consciência disso ao fazer uso do documento falso com o intuito de ocultar seu ingresso irregular e de permanecer irregularmente no Brasil, uma vez que havia sido expulso do território nacional, em 08/08/2008. A pena-base deve ser exasperada em face da condenação transitada em julgado em 17/04/2008, pelo cometimento do delito previsto no art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal. O réu utilizou a carteira de identidade falsa, em nome de terceiro, com a finalidade de ingressar e permanecer ilegalmente no território nacional, e, com isso, assegurar a execução e a ocultação do delito do art. 338, CP, o que conduz à incidência da agravante prevista no art. 61, II, “b” do CP. *A reincidência e a existência de circunstância judicial desfavorável (maus antecedentes) autorizam a fixação do regime prisional mais gravoso e afastam a súmula 269 do Superior Tribunal de Justiça.* Determinada a execução provisória da pena. Apelação da defesa desprovida. Recurso do Ministério Público Federal parcialmente provido.

(TRF3. ACR 0000199-40.2017.4.03.6003/MS. Décima Primeira Turma. Relator Desemb. Fed. José Lunardelli. Julgado em 24/04/2018) – grifei

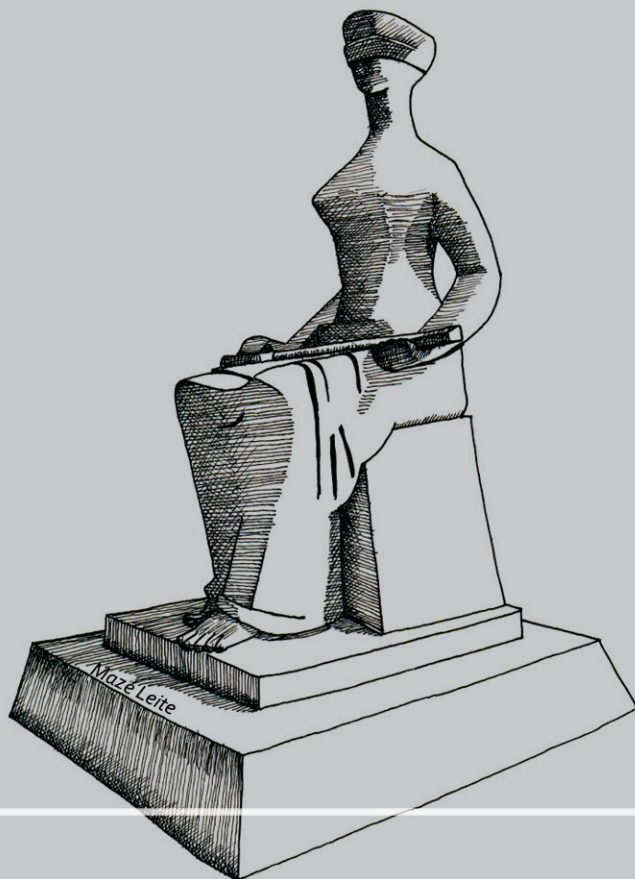
Assim, nos termos do art. 33, §§2º e 3º do CP, acolho o pedido do Ministério Público Federal e estabeleço o regime inicial fechado.

Dispositivo

Pelo exposto, dou provimento à apelação do Ministério Público Federal para fixar o regime inicial fechado.

É o voto.

Direito Previdenciário



EMBARGOS DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL 0000441-66.2012.4.03.6102

Embargante: ACIMAR FRANCO DA SILVA

Embargado: V. ACÓRDÃO DE FLS.

Apelantes: ACIMAR FRANCO DA SILVA, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelados: ACIMAR FRANCO DA SILVA, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL INÊS VIRGÍNIA

Disponibilização do Acórdão: DJEN 26/05/2023

EMENTA

PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. APOSENTADORIA ESPECIAL. REQUISITOS PREENCHIDOS. EMBARGOS ACOLHIDOS, COM EFEITOS INFRINGENTES.

- Cabe a oposição de embargos declaratórios em caso de omissão, obscuridade ou contradição (art. 1.022, CPC/15).

- Havendo pedido expresso da parte autora e considerando o tempo de atividade especial reconhecido, verifica-se, de plano, que o autor atingiu o limite mínimo necessário para aposentadoria especial, mais de 25 anos de labor exclusivamente em atividade especial e faz jus ao benefício de aposentadoria especial.

- Embargos acolhidos, com efeitos infringentes.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sétima Turma, por unanimidade, decidiu acolher os embargos de declaração, atribuindo-lhes efeitos infringentes, para sanar omissão e conceder o benefício de aposentadoria especial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. DESEMBARGADORA FEDERAL INÊS VIRGÍNIA (RELATORA): Trata-se de embargos de declaração opostos pela parte autora em face acórdão desta C. Turma, que reconheceu a especialidade no período de 06/03/1997 a 27/11/2003.

A parte autora alega, em síntese, que a decisão embargada está eivada de omissão quanto à análise do pedido de aposentadoria especial. Requer o acolhimento dos declaratórios, para que seja sanada a omissão.

Instado a se manifestar a respeito dos embargos de declaração, o INSS ficou-se inerte.

É O RELATÓRIO.

VOTO

A EXMA. SRA. DESEMBARGADORA FEDERAL INÊS VIRGÍNIA (RELATORA): Cabe a oposição de embargos declaratórios em caso de omissão, obscuridade ou contradição (art. 1.022, CPC/15).

Sustenta a parte autora que a decisão embargada restou omissa quanto ao seu pedido de concessão do benefício de aposentadoria especial.

A omissão passível de ser sanada por embargos de declaração fica configurada quando a decisão deixa de se manifestar sobre uma questão jurídica suscitada (ponto), não ficando caracterizada quando a questão suscitada já tiver sido decidida de forma fundamentada na decisão embargada.

No presente caso, razão assiste ao embargante.

De fato, havendo pedido expresso da parte autora e considerando o tempo de atividade especial reconhecido, verifica-se, de plano, que o autor atingiu o limite mínimo necessário para aposentadoria especial, mais de 25 anos de labor exclusivamente em atividade especial, conforme tabela juntada ao final do voto, fazendo jus ao benefício de aposentadoria especial.

DA LIMITAÇÃO DO ART. 57, §8º DA LEI 8.213/91

O artigo 57, §8º, da Lei 8.213/91, estabelece que *"Aplica-se o disposto no art. 46 ao segurado aposentado nos termos deste artigo que continuar no exercício de atividade ou operação que o sujeite aos agentes nocivos constantes da relação referida no art. 58 desta Lei". Já o artigo 46, da Lei 8.231/91, determina que "o aposentado por invalidez que retornar voluntariamente à atividade terá sua aposentadoria automaticamente cancelada, a partir da data do retorno".*

A inteligência do artigo 57, §8º c.c o artigo 46, ambos da Lei 8.231/91, revela que o segurado que estiver recebendo aposentadoria especial terá tal benefício cancelado se retornar voluntariamente ao exercício da atividade especial. Logo, só há que se falar em cancelamento do benefício e, conseqüentemente, em incompatibilidade entre o recebimento deste e a continuidade do exercício da atividade especial se houver (i) a concessão do benefício e, posteriormente, (ii) o retorno ao labor especial.

No caso, não houve a concessão administrativa da aposentadoria especial, tampouco o retorno ao labor especial. A parte autora requereu o benefício; o INSS o indeferiu na esfera administrativa, circunstância que, evidentemente, levou o segurado a continuar a trabalhar, até mesmo para poder prover a sua subsistência e da sua família.

Considerando que a aposentadoria especial só foi concedida na esfera judicial e que o segurado não retornou ao trabalho em ambiente nocivo, mas sim continuou nele trabalhando após o INSS ter indeferido seu requerimento administrativo, tem-se que a situação fática verificada *in casu* não se amolda ao disposto no artigo 57, §8º, da Lei 8.213/91, de sorte que esse dispositivo não pode ser aplicado ao caso vertente, ao menos até que ocorra o trânsito em julgado da decisão que concedeu a aposentadoria especial.

Destaque-se que esta C. Turma, ao interpretar tal dispositivo, já decidiu que *"Não há que se falar na impossibilidade do beneficiário continuar exercendo atividade especial, pois diferentemente do benefício por incapacidade, cujo exercício de atividade remunerada é incompatível com a própria natureza da cobertura securitária, a continuidade do labor sob condições especiais na pendência de ação judicial, na qual postula justamente o respectivo enquadramento, revela cautela do segurado e não atenta contra os princípios gerais de direito; pelo contrário, privilegia a norma protetiva do trabalhador"*. (ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 1928650 / SP 0002680-43.2012.4.03.6102, DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS).

Não se pode olvidar, ainda, que o entendimento que, com base numa interpretação extensiva, aplica o artigo 57, §8º, da Lei 8.213/91, a casos em que a aposentadoria especial é concedida apenas judicialmente, impedindo o pagamento dos valores correspondentes à aposentadoria especial no período em que o segurado continuou trabalhando em ambiente nocivo, não se coaduna com a interpretação teleológica, tampouco com o postulado da proporcionalidade e com a proibição do *venire contra factum proprium* (manifestação da boa-fé objetiva).

De fato, o artigo 57, §8º, da Lei 8.213/91, tem como finalidade proteger a saúde do trabalhador, vedando que o beneficiário de uma aposentadoria especial continue trabalhando num ambiente nocivo. Sendo assim, considerando que tal norma visa proteger o trabalhador, ela não pode ser utilizada para prejudicar aquele que se viu na contingência de continuar trabalhando pelo fato de o INSS ter indevidamente indeferido seu benefício.

A par disso, negar ao segurado os valores correspondentes à aposentadoria especial do período em que ele, após o indevido indeferimento do benefício pelo INSS, continuou trabalhando em ambiente nocivo significa, a um só tempo, beneficiar o INSS por um equívoco seu - já que, nesse cenário, a autarquia deixaria de pagar valores a que o segurado fazia jus por ter indeferido indevidamente o requerido - e prejudicar duplamente o trabalhador - que se viu na contingência de continuar trabalhando em ambiente nocivo mesmo quando já tinha direito ao benefício que fora indevidamente indeferido pelo INSS - o que

colide com os princípios da proporcionalidade e da boa-fé objetiva (*venire contra factum proprium*).

Tal linha de entendimento foi adotada pelo E. Supremo Tribunal Federal - STF ao apreciar o RE 79161/PR, pela sistemática da repercussão geral da matéria (art. 543-B do CPC/1972), no julgamento realizado em 08/06/2020, sendo tal acórdão posteriormente (24/02/2021) integrado em sede de *Embargos de Declaração (Tema 709)*, publicado em 12/03/2021 e com trânsito em julgado em 01/12/2021, no qual a E. Corte decidiu que, *uma vez constatada a continuidade ou o retorno à atividade que deu ensejo à aposentadoria especial*, o pagamento do benefício previdenciário em questão será cessado. Dessa forma, foi fixada a seguinte tese de repercussão geral (grifei):

“I) É constitucional a vedação de continuidade da percepção de aposentadoria especial se o beneficiário permanece laborando em atividade especial ou a ela retorna, seja essa atividade especial aquela que ensejou a aposentação precoce ou não; (II) Nas hipóteses em que o segurado solicitar a aposentadoria e continuar a exercer o labor especial, a data de início do benefício será a data de entrada do requerimento, remontando a esse marco, inclusive, os efeitos financeiros. Efetivada, contudo, seja na via administrativa, seja na judicial, a implantação do benefício, *uma vez verificada a continuidade ou o retorno ao labor nocivo*, cessará o pagamento do benefício previdenciário em questão”.

Vê-se, assim, que o STF, embora tenha reconhecido a constitucionalidade do artigo 57, §8º, da Lei 8.213/91, e da vedação de continuidade da percepção de aposentadoria especial se o beneficiário permanece laborando em atividade especial, concluiu que tal vedação só se aplica após a efetivação, na via administrativa ou judicial, da aposentadoria especial.

Portanto, na forma delineada pelo E. STF, o segurado que tem o seu pedido de aposentadoria especial indeferido pelo INSS e que, posteriormente, tenha seu direito à aposentadoria especial reconhecido no âmbito judicial, faz jus ao recebimento dos valores atrasados de tal benefício, desde a data do termo inicial do benefício fixado judicialmente (normalmente o requerimento administrativo) até a data da efetiva implantação (administrativa ou judicial) da aposentadoria, ainda que tenha continuado a laborar em condições especiais nesse intervalo de tempo, sendo possível a cessação de tal benefício se, após a sua efetivação, for “*verificada a continuidade ou o retorno ao labor nocivo*”, *verificação essa que deve ser levada a efeito, obviamente, em regular processo administrativo*.

Por tais razões, não há como se acolher o pedido autárquico, sendo devido o pagamento dos valores atrasados relativos à aposentadoria especial deferida neste feito, desde o termo inicial dos efeitos financeiros aqui fixado até a véspera da data da efetiva implantação (administrativa ou judicial) de referida jubilação.

Por outro lado, uma vez implantada a aposentadoria especial aqui deferida e constatado, em regular processo administrativo, que o segurado continua a

exercer atividade laborativa exposto a agente nocivos, poderá o INSS cessar o pagamento do benefício.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, *acolho os embargos de declaração, com efeitos infringentes, para sanar omissão e condenar o INSS a conceder o benefício de aposentadoria especial ao embargante*, nos termos expendidos no voto.

É COMO VOTO.

QUADRO CONTRIBUTIVO

Data de Nascimento	03/05/1962
Sexo	Masculino
DER	01/06/2011

Tempo especial

Nº	Nome / Anotações	Início	Fim	Fator	Tempo	Carência
1	FABRICA OESTE BORRACHA E TINTA LTDA	14/09/1976	31/08/1977	Especial 25 anos	0 anos, 11 meses e 17 dias	12
2	R.MUNHOZ & CIA LTDA	14/09/1977	10/02/1978	Especial 25 anos	0 anos, 4 meses e 27 dias	6
3	PALUCCI & CIA LTDA	10/03/1978	01/10/1980	Especial 25 anos	2 anos, 6 meses e 22 dias	32
4	PALUCCI & CIA LTDA	01/02/1981	26/08/1981	Especial 25 anos	0 anos, 6 meses e 26 dias	7
5	COTRAMP IMPLEMENTOS AGRICOLAS LTDA	03/11/1981	12/04/1982	Especial 25 anos	0 anos, 5 meses e 10 dias	6
6	INDUSTRIA E MECANICA SPINA LTDA	02/08/1982	04/10/1982	Especial 25 anos	0 anos, 2 meses e 3 dias	3
7	A. ULDERIGO ROSSI MANUTENCAO DE MAQUINAS GRAFICAS EIRELI	18/10/1982	03/07/1992	Especial 25 anos	9 anos, 8 meses e 16 dias	117
8	HITACHI ENERGY BRASIL LTDA.	03/11/1992	31/03/1993	Especial 25 anos	0 anos, 4 meses e 28 dias	5
9	GIL EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS LIMITADA	16/08/1993	14/10/1993	Especial 25 anos	0 anos, 1 meses e 29 dias	3
10	(AVRC-DEF) HITACHI ENERGY BRASIL LTDA.	03/01/1994	04/07/1994	Especial 25 anos	0 anos, 6 meses e 2 dias	7
11	TURBOMIX EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS LTDA	07/07/1994	06/09/1994	Especial 25 anos	0 anos, 2 meses e 0 dias	2
12	RIBERCARDANS PECAS E SERVICOS LTDA	04/10/1994	27/12/1994	Especial 25 anos	0 anos, 2 meses e 24 dias	3
13	A. ULDERIGO ROSSI MANUTENCAO DE MAQUINAS GRAFICAS EIRELI	02/01/1995	27/11/2003	Especial 25 anos	8 anos, 10 meses e 26 dias	107

Tempo comum

Marco Temporal	Tempo especial	Tempo total (especial + comum s/ conversão) para fins de pontos	Carência	Idade	Pontos (art. 21 da EC nº 103/19)
Até a DER (01/06/2011)	25 anos, 2 meses e 20 dias	Inaplicável	394	49 anos, 0 meses e 28 dias	Inaplicável

Aposentadoria especial

Em 01/06/2011 (DER), o segurado *tem direito* à aposentadoria especial (Lei 8.213/91, art. 57), porque cumpre o tempo mínimo de 25 anos sujeito a condições prejudiciais à saúde ou à integridade física. O cálculo do benefício deve ser feito de acordo com o art. 29, II, da Lei 8.213/91, com redação dada pela Lei 9.876/99 (média aritmética simples dos maiores salários de contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo, sem incidência do fator previdenciário, e multiplicado pelo coeficiente de 100%).

APELAÇÃO CÍVEL **0003371-71.2013.4.03.6183**

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelado: ALFIO BECCARI

Relatora Originária: DESEMBARGADORA FEDERAL THEREZINHA CAZERTA

Relator para o Acórdão: DESEMBARGADOR FEDERAL HERBERT DE BRUYN

Disponibilização do Acórdão: DJEN 17/04/2023

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. TEMA Nº 692/STJ. DEVOLUÇÃO DE VALORES. TUTELA ANTECIPADA POSTERIORMENTE REVOGADA. DESAPOSENTAÇÃO.

1. Em 11 de maio de 2022, o Superior Tribunal de Justiça revisou a tese anteriormente firmada no Tema nº 692 do sistema dos Recursos Repetitivos, confirmando a obrigação de devolução de valores em caso de reforma que antecipa os efeitos da tutela: *“A reforma da decisão que antecipa os efeitos da tutela final obriga o autor da ação a devolver os valores dos benefícios previdenciários ou assistenciais recebidos, o que pode ser feito por meio de desconto em valor que não exceda 30% (trinta por cento) da importância de eventual benefício que ainda lhe estiver sendo pago.”*

2. No entanto, afirmou expressamente, nesse mesmo julgado, ser diversa a situação nas hipóteses em que a revogação da tutela de urgência ocorre em razão de mudança superveniente da jurisprudência então dominante. Dessa forma, no dizer do próprio Superior Tribunal de Justiça, uma *“eventual guinada jurisprudencial”* não resultará, em princípio, na devolução dos valores recebidos em decorrência da tutela posteriormente revogada, devendo ser observada a modulação dos efeitos realizada pela Corte que alterou a jurisprudência então dominante.

3. No caso específico da desaposentação, o Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do recurso especial repetitivo nº 1.334.488/SC, em 14/5/2013, havia firmado posicionamento no sentido de ser possível a renúncia de benefício previdenciário para obtenção de outro mais vantajoso, com o cômputo de tempo de contribuição posterior à aposentadoria preterida. No entanto, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Repercussão Geral reconhecida no Recurso Extraordinário nº 661.256, em 26/10/16, considerou indevida a desaposentação, alterando o anterior

posicionamento firmado em sede de recurso repetitivo. Ao examinar os Segundos ED no RE nº 661.256/SC, a Corte Suprema modulou os efeitos da decisão que julgou a repercussão geral acima mencionada, pronunciando a irrepetibilidade dos valores recebidos a título de “*desaposentação*” até a data da proclamação do resultado de tal julgamento (6/2/2020).

4. Dessa forma, considerando que os valores executados pelo INSS referem-se à desaposentação, no período anterior a 6/2/20, não há que se falar em devolução de valores recebidos pela parte autora, decorrentes de tutela antecipada posteriormente revogada.

5. Recurso do INSS não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, prosseguindo no julgamento, a Oitava Turma, por maioria, decidiu negar provimento à apelação, nos termos do voto do Desembargador Federal Herbert de Bruyn, com quem votaram os Desembargadores Federais Toru Yamamoto e Gilberto Jordan, vencidos a Relatora e o Desembargador Federal Marcelo Vieira, que lhe davam provimento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

Demanda, proposta objetivando a desaposentação para a concessão de benefício mais vantajoso, julgada improcedente, com requerimento do INSS para execução da tutela antecipada cassada.

O juízo *a quo* indeferiu o pedido do INSS (p. 43/45, Id. 48360341).

Apelou o INSS, pleiteando a reforma da sentença, alegando a possibilidade de execução dos valores pagos a título de tutela antecipada posteriormente cassada (p. 48/68, Id. 48360341).

Com contrarrazões, subiram os autos.

Sobrestado o feito até o julgamento do Tema n.º 692/STJ.

É o relatório.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

VOTO

Tempestivo o recurso e presentes os demais requisitos de admissibilidade, passa-se ao exame da insurgência propriamente dita, considerando-se a matéria objeto de devolução.

Em razão do julgamento proferido em Pet 12482/DF, sob a sistemática dos recursos repetitivos (Relator Ministro Humberto Martins, julgado em 11/5/2022), a matéria foi objeto do pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça nos acórdãos paradigmas, qual seja, *"proposta de Revisão de Entendimento firmado em tese repetitiva firmada pela Primeira Seção relativa ao Tema 692/STJ, quanto à devolução dos valores recebidos pelo litigante beneficiário do Regime Geral da Previdência Social - RGPS em virtude de decisão judicial precária, que venha a ser posteriormente revogada."*

Por ocasião do referido julgamento, foi firmada a seguinte tese:

"A reforma da decisão que antecipa os efeitos da tutela final obriga o autor da ação a devolver os valores dos benefícios previdenciários ou assistenciais recebidos, o que pode ser feito por meio de desconto em valor que não exceda 30% (trinta por cento) da importância de eventual benefício que ainda lhe estiver sendo pago."

O Superior Tribunal de Justiça, portanto, posicionou-se no sentido de que a reforma da decisão que antecipa os efeitos da tutela final obriga o autor da ação a devolver os valores dos benefícios previdenciários ou assistenciais recebidos, o que pode ser feito por meio de desconto em valor que não exceda 30% (trinta por cento) da importância de eventual benefício que ainda lhe estiver sendo pago.

Forçoso, portanto, o reconhecimento da procedência do pedido, podendo prosseguir a execução dos valores, auferidos em sede de tutela antecipada, por meio do cumprimento de sentença pelo INSS.

Posto isso, dou provimento à apelação do INSS, para determinar o prosseguimento da execução.

É o voto.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

DECLARAÇÃO DE VOTO

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL HERBERT DE BRUYN: Peço vênia para divergir do voto proferido pela E. Desembargadora Federal Relatora, por considerar não ser devida a devolução de valores decorrentes de tutela antecipada posteriormente revogada, em se tratando de desaposentação.

Com efeito, o C. Superior Tribunal de Justiça revisou a tese anteriormente firmada no Tema nº 692 do sistema dos Recursos Repetitivos, confirmando a obrigação de devolução de valores em caso de reforma que antecipa os efeitos da tutela:

“A reforma da decisão que antecipa os efeitos da tutela final obriga o autor da ação a devolver os valores dos benefícios previdenciários ou assistenciais recebidos, o que pode ser feito por meio de desconto em valor que não exceda 30% (trinta por cento) da importância de eventual benefício que ainda lhe estiver sendo pago.”

No entanto, afirmou expressamente, nesse mesmo julgado, ser diversa a situação nas hipóteses em que a revogação da tutela de urgência ocorre em razão de mudança superveniente da jurisprudência então dominante:

“PROCESSUAL CIVIL. PROPOSTA DE REVISÃO DO ENTENDIMENTO FIRMADO NO TEMA REPETITIVO 692/STJ (RESP N. 1.401.560/MT). ART. 927, § 4º, DO CPC/2015. ARTS. 256-S, 256-T, 256-U E 256-V DO RISTJ. DEVOLUÇÃO DE VALORES DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS RECEBIDOS POR FORÇA DE DECISÃO LIMINAR POSTERIORMENTE REVOGADA. ADVENTO DE NOVA LEGISLAÇÃO. ART. 115, INC. II, DA LEI N. 8.213/1991, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 13.846/2019. TEMA N. 799/STF (ARE 722.421/MG): POSSIBILIDADE DA DEVOLUÇÃO DE VALORES RECEBIDOS EM VIRTUDE DE TUTELA ANTECIPADA POSTERIORMENTE REVOGADA. NATUREZA INFRACONSTITUCIONAL. QUESTÃO DE ORDEM JULGADA NO SENTIDO DA REAFIRMAÇÃO, COM AJUSTES REDACIONAIS, DO PRECEDENTE FIRMADO NO TEMA REPETITIVO N. 692/STJ.

(...)

19. *Situação diversa é a da tutela de urgência cuja revogação se dá em razão de mudança superveniente da jurisprudência então dominante.*

Nesses casos, a superação do precedente deverá ser acompanhada da indispensável modulação dos efeitos, a juízo do Tribunal que está promovendo a alteração jurisprudencial, como determina o art. 927, § 3º, do CPC. Assim, como diz a norma, o próprio juízo de superação ‘de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos’ deve ser acompanhado da modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. Dessa forma, uma eventual guinada jurisprudencial não resultará, em princípio, na devolução de valores recebidos por longo prazo devido à cassação de tutela de urgência concedida com base em jurisprudência dominante à época em que deferida, bastando que o tribunal, ao realizar a superação, determine a modulação dos efeitos.

(...)

21. Questão de ordem julgada no sentido da reafirmação da tese jurídica, com acréscimo redacional para ajuste à nova legislação de regência, nos termos a seguir: “A reforma da decisão que antecipa os efeitos da tutela final obriga o autor da ação a devolver os valores dos benefícios previdenciários ou assistenciais recebidos, o que pode ser feito por meio de desconto em valor

que não exceda 30% (trinta por cento) da importância de eventual benefício que ainda lhe estiver sendo pago.”.

(Petição nº 12.482/DF, Relator Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, julgado em 11/5/2022, DJe de 24/5/2022.)

Dessa forma, no dizer do próprio Superior Tribunal de Justiça, uma “*eventual guinada jurisprudencial*” não resultará, em princípio, na devolução dos valores recebidos em decorrência da tutela posteriormente revogada, devendo ser observada a modulação dos efeitos realizada pela Corte que alterou a jurisprudência então dominante.

No caso específico da desaposentação, o C. Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do recurso especial repetitivo nº 1.334.488/SC, em 14/5/2013, havia firmado posicionamento no sentido de ser possível a renúncia de benefício previdenciário para obtenção de outro mais vantajoso, com o cômputo de tempo de contribuição posterior à aposentadoria preterida.

No entanto, o C. Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Repercussão Geral reconhecida no Recurso Extraordinário nº 661.256, em 26/10/16, considerou indevida a desaposentação, alterando o anterior posicionamento firmado em sede de recurso repetitivo. Ressalto que, ao examinar os *Segundos ED no RE nº 661.256/SC*, a C. Corte Suprema modulou os efeitos da decisão que julgou a repercussão geral acima mencionada, *pronunciando a irrepetibilidade dos valores recebidos a título de “desaposentação” até a data da proclamação do resultado de tal julgamento (6/2/2020)*:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. TEMA 503 DA REPERCUSSÃO GERAL. DESAPOSENTAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. EXTENSÃO AO INSTITUTO DA REAPOSENTAÇÃO. AMPLIAÇÃO DA TESE, UNICAMENTE PARA FINS DE ESCLARECIMENTOS. IRREPETIBILIDADE DOS VALORES ALIMENTARES RECEBIDOS DE BOA-FÉ, POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL, ATÉ A PROCLAMAÇÃO DO RESULTADO DESTE JULGAMENTO. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DO JULGADO, PARA PRESERVAR AS HIPÓTESES RELATIVAS ÀS DECISÕES TRANSITADAS EM JULGADO ATÉ A DATA DESTE JULGADO.

(...)

5. *Diante da boa-fé dos beneficiários, bem como da natureza alimentar da aposentadoria, reputa-se desnecessária a devolução dos valores recebidos, até a proclamação do resultado do julgamento destes embargos de declaração.*

6. *Em relação aos segurados que usufruem da desaposentação em razão de decisão judicial transitada em julgado até a data do julgamento destes embargos declaratórios, considera-se legítima a modulação dos efeitos, em conformidade com os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança.* Vencido, em parte, o Ministro Redator para o Acórdão, unicamente quanto ao marco temporal.

7. Embargos de Declaração conhecidos para dar-lhes provimento parcial, para: a) acompanhar a proposta de alteração da tese de repercussão geral apresentada pelo Ilustre Ministro Relator, 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'; b) modular os efeitos do acórdão embargado e da tese de repercussão geral, de forma a preservar a desaposentação aos segurados que tiveram o direito reconhecido por decisão judicial transitada em julgado até a data deste julgamento; c) *declarar a desnecessidade de repetição dos valores recebidos a título de desaposentação até a data deste julgamento.*"

(Segundos ED no RE nº 661.256/SC, Plenário, Rel. p/ Acórdão Min. Alexandre de Moraes, por maioria, j. 06/02/2020, DJe 13/11/2020, grifos meus)

Em seu voto, asseverou o E. Ministro Alexandre de Moraes, Relator designado para o acórdão:

"Sr. Presidente, diante da boa-fé dos beneficiários, bem como da natureza alimentar da aposentadoria, entendo desnecessária a devolução dos valores recebidos. Ora, a decisão paradigmática do STJ que reconheceu o direito à desaposentação data de 8/5/2013; logo, seria absolutamente inviável compelir o segurado a devolver os valores que recebeu de boa-fé durante tantos anos."

Assim, ressalta a irrepetibilidade dos valores pagos em decorrência de desaposentação até 6/2/2020, como afirmado pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que essa posição encontra-se harmônica com o disposto no item 19 da Petição n. 12.482 do STJ, acima transcrita, que revisou seu Tema 692.

Nesse sentido, transcrevo precedente desta E. Corte:

"PROCESSUAL CIVIL. TEMA 503/STF. IRREPETIBILIDADE. JUÍZO POSITIVO DE RETRATAÇÃO.

1. Considerando que C.STF, aos 06/02/2020, por ocasião do julgamento dos embargos de declaração opostos nos autos do RE 661.256/SC (Tema 503), modulou os efeitos da decisão que considerou inexistir previsão legal ao direito de 'desaposentação', para o fim de declarar a desnecessidade de repetição dos valores recebidos a esse título até a data daquele julgamento, *exerço juízo positivo de retratação para, tão somente, consignar a impossibilidade de restituição de valores percebidos pela parte autora a esse título, nos exatos termos definidos pela modulação do julgado.*"

2. Juízo positivo de retratação.

(TRF 3ª Região, 7ª Turma, Apelação Cível nº 0006778-49.2014.4.03.9999, Relator Desembargador Federal Toru Yamamoto, j. em 7/12/2022, DJEN 16/12/2022)

Dessa forma, considerando que os valores executados pelo INSS referem-se à desaposentação, no período anterior a 6/2/20, não há que se falar em devolução de valores recebidos pela parte autora, decorrentes de tutela antecipada posteriormente revogada.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso do INSS.
É o meu voto.

Desembargador Federal Herbert de Bruyn

AGRAVO EM APELAÇÃO CÍVEL 0025683-34.2016.4.03.9999

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Agravada: R. DECISÃO DE FLS.
Apelante: MARIA APARECIDA DE JESUS DA SILVA
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO NILSON LOPES
Disponibilização do Acórdão: DJEN 24/05/2023

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA. ART. 932, IV E V, C/C ART. 927, AMBOS DO CPC. APOSENTADORIA POR IDADE HÍBRIDA. CARÊNCIA CUMPRIDA. BENEFÍCIO DEVIDO.

1. A decisão agravada está em consonância com o artigo 932, incisos IV e V, c/c artigo 927, ambos do Código de Processo Civil, uma vez que fundamentada em decisão proferida pela Primeira Seção do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Recursos Especiais Repetitivos 1.674.221/SP e 1.788.404/PR, vinculado ao Tema 1007, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, julgado em 14/08/2019, DJe 04/09/2019, que fixou a tese: “o tempo de serviço rural, ainda que remoto e descontínuo, anterior ao advento da Lei 8.213/1991, pode ser computado para fins da carência necessária à obtenção da aposentadoria híbrida por idade, ainda que não tenha sido efetivado o recolhimento das contribuições, nos termos do art. 48, § 3º da Lei 8.213/1991, seja qual for a predominância do labor misto exercido no período de carência ou o tipo de trabalho exercido no momento do implemento do requisito etário ou do requerimento administrativo.”.

2. Como restou bem observado, o artigo 48 da Lei nº 8.213/91, com a redação dada pela Lei nº 11.718 de 20/06/2008, possibilitou aos segurados que tenham completado 65 (sessenta e cinco) anos, se homem, e 60 (sessenta) anos, se mulher, a soma de períodos de trabalho rural efetivamente comprovados, mesmo que anteriores a novembro de 1991, a períodos de contribuição sob outras categorias de segurado, para fins de concessão do benefício de aposentadoria por idade.

3. Ressaltou-se que do resumo de documentos para cálculo de tempo de contribuição”, cujos lançamentos são incontroversos, verifica-se o registro de 149 contribuições, as quais somadas aos períodos da CTPS,

verificou-se que na data do requerimento administrativo, a parte autora possuía a carência necessária à concessão do benefício.

4. Dessa forma, não há divergência da solução dada ao caso em comento em relação ao entendimento consolidado na tese firmada pela Primeira Seção do Egrégio Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos Recursos Especiais Repetitivos 1.674.221/SP e 1.788.404/PR, vinculado ao Tema 1007, supracitada.

5. A correção monetária e os juros de mora serão aplicados de acordo com o vigente Manual de Cálculos da Justiça Federal, atualmente com as alterações promovidas pela Resolução nº 658/2020 - CJF, de 10/08/2020, observando-se que desde a promulgação da Emenda Constitucional nº 113, de 08/12/2021, a apuração do débito se dará unicamente pela taxa SELIC, mensalmente e de forma simples, nos termos do disposto em seu artigo 3º, ficando vedada a incidência da taxa SELIC cumulada com juros e correção monetária.

6. Agravo interno parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por unanimidade, decidiu dar parcial provimento ao Agravo Interno, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

O Senhor Juiz Federal Convocado NILSON LOPES (Relator): Trata-se de agravo interno interposto pela autarquia previdenciária contra a r. decisão monocrática, que deu provimento à apelação da parte autora, mantendo a concessão do benefício de aposentadoria por idade híbrida (ID. . 104166410 - Pág. 16/19).

Sustenta o INSS, em síntese, que do resumo de cálculo apresentado foram apuradas 129 contribuições e não 149 contribuições como constou na decisão, assim, mesmo que fossem consideradas as 07 contribuições reconhecidas na decisão, não seria atingida a carência de 156 contribuições. Subsidiariamente, alega omissão da decisão recorrida no tocante à correção monetária e juros de mora. Requer, assim, o provimento do agravo, para que seja reconsiderada a decisão monocrática ou encaminhado o processo para julgamento colegiado.

Após vista à parte contrária, sem a apresentação de contraminuta (ID. 104166410 - Pág. 31).

É o relatório.

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.

Inicialmente, a decisão agravada está em consonância com o artigo 932, incisos IV e V, do Código de Processo Civil, c/c art. 927, do mesmo diploma legal, que estabelece que os juízes e tribunais observarão os acórdãos proferidos em recursos extraordinário e especial repetitivos.

Outrossim, contra decisão monocrática cabe agravo interno para o respectivo órgão colegiado, como preceitua o artigo 1.021 do Código de Processo Civil, de modo que garantido o princípio da colegialidade.

Trata-se de agravo interno interposto pela autarquia previdenciária contra a r. decisão monocrática, que nos termos do art. 927 c/c art. 932, IV e V, do CPC, deu provimento à apelação da parte autora, para conceder o benefício de aposentadoria por idade, mediante a comprovação da atividade rural, somada à atividade urbana, conforme previsto no artigo 48, §3º da Lei 8.213/91.

Assim posta a questão, o recurso não merece provimento.

Com efeito, como restou bem observado, o artigo 48 da Lei nº 8.213/91, com a redação dada pela Lei nº 11.718 de 20/06/2008, possibilitou aos segurados que tenham completado 65 (sessenta e cinco) anos, se homem, e 60 (sessenta) anos, se mulher, a soma de períodos de trabalho rural efetivamente comprovados, mesmo que anteriores a novembro de 1991, a períodos de contribuição sob outras categorias de segurado, para fins de concessão do benefício de aposentadoria por idade.

Outrossim, ressaltou-se que do resumo de documentos para cálculo de tempo de contribuição, cujos lançamentos são incontroversos, verifica-se o registro de 149 contribuições (Id. 104169288 - Pág. 14). Ainda, observou-se que, embora ilegíveis alguns dos registros na CTPS do autor, é possível reconhecer o vínculo de trabalho entre 01/02/1980 a 12/07/1980 para o empregador Benedicto Domingos Quilzini e 01/01/1981 (sem data de saída) para o empregador Antonio Bublía (fi. 44), equivalente a 07 contribuições, totalizando 156 contribuições, suficientes para a acolhida do pleito inicial e, de consequente, a reforma da sentença de improcedência.

Ressalte-se que o registro em carteira de trabalho constitui prova material, e não simples início de prova. Ademais, já se pacificou o entendimento de que as anotações em carteira de trabalho gozam de presunção “juris tantum”, vencível por prova em sentido contrário, tornando-se impossível prejudicar o empregado pela ausência de anotações complementares ou recolhimentos que são de responsabilidade exclusiva do empregador. Conforme precedente:

“PREVIDENCIÁRIO. CARTEIRA PROFISSIONAL. ANOTAÇÕES FEITAS POR ORDEM JUDICIAL. PRESUNÇÃO RELATIVA DE VERACIDADE. SENTENÇA TRABALHISTA. PROVA MATERIAL. ALUNO-APRENDIZ. ESCOLA TÉCNICA FEDERAL. CONTAGEM. TEMPO DE SERVIÇO. POSSIBILIDADE. REMUNERAÇÃO. EXISTÊNCIA. SÚMULA N.º 96 DO TCU.

1. As anotações feitas na Carteira de Trabalho e Previdência Social gozam de presunção juris tantum, consoante preconiza o Enunciado n.º 12 do Tribunal Superior do Trabalho e da Súmula n.º 225 do Supremo Tribunal Federal.

2. O fato de o empregador ter descumprido a sua obrigação de proceder ao registro do empregado no prazo devido, o que foi feito extemporaneamente e por força de ordem judicial, não tem o condão de afastar a veracidade da inscrição.

3. Consoante remansosa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a sentença trabalhista pode ser considerada como início de prova material, desde que fundada em elementos que demonstrem o labor exercido na função e os períodos alegados pelo trabalhador; tornando-se, dessa forma, apta a comprovar o tempo de serviço enunciado no art. 55, § 3º da Lei n.º 8.213/91, ainda que a Autarquia Previdenciária não tenha integrado a respectiva lide. Precedentes.

4. Restando caracterizado que o aluno-aprendiz de Escola Técnica Federal recebia remuneração, mesmo que indireta, a expensas do orçamento da União, há direito ao aproveitamento do período como tempo de serviço estatutário federal, o qual deverá ser computado na aposentadoria previdenciária pela via da contagem recíproca, a teor do disposto na Lei n.º 6.226/1975. Precedentes.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

(Resp nº 585511/PB, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJ 05/04/2004, p. 00320).

“PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA. TEMPO DE SERVIÇO. ANOTAÇÕES EM CARTEIRA PROFISSIONAL. PRESUNÇÃO JURIS TANTUM DE AUTENTICIDADE ATÉ PROVA EM CONTRÁRIO.

1. A simples alegação do INSS de que os documentos atestados à inicial, assim como, de que as anotações feitas nas CTPS's apresentadas não provam suficientemente o tempo de serviço necessário à concessão da aposentadoria, não ilidem os efeitos dos contratos firmados entre o empregado e os empregadores. As anotações em Carteira Profissional gozam de presunção juris tantum, que faz prevalecer como verdadeira tudo o que nela se contém, até que seja apresentada prova inquestionável em sentido contrário.

2. A aposentadoria é um direito do segurado da Previdência Social, após o mesmo se apresentar com as condições exigidas pela legislação específica para o seu gozo. O seu indeferimento imotivado ou baseado em simples presunção caracteriza abuso de poder

3. Apelação improvida.”

(TRF 5ª Região, AC nº 44.808-PE, rel. Juiz José Delgado, j. 12/4/94, D.J.U. 30/5/94, Seção 2, p. 27.680).

Ademais, o fato de o Instituto não localizar registro da anotação no Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS) não transfere ao empregado a obrigação de comprovar os recolhimentos das contribuições do período laborativo anotado na carteira profissional, uma vez que é de responsabilidade exclusiva do

empregador a anotação do contrato de trabalho na CTPS, o desconto e o recolhimento das contribuições devidas à Previdência Social, não podendo o segurado ser prejudicado pela conduta negligente cometida por seu empregador, que efetuou as anotações dos vínculos empregatícios, mas não recolheu as contribuições. Precedente do STJ: REsp 566405/MG, Relatora Ministra Laurita Vaz, j.18/11/03, DJ 15/12/03, p 394.

A CTPS é documento obrigatório do trabalhador, nos termos do art. 13 da CLT, e gera presunção “juris tantum” de veracidade, constituindo-se em meio de prova do efetivo exercício da atividade profissional, produzindo efeitos previdenciários (art. 62, § 2º, I, do Dec. 3.048/99). Sendo assim, o INSS não se desincumbiu do ônus de provar que as anotações efetuadas na CTPS do autor são inverídicas, de forma que não podem ser desconsideradas.

Ainda, não há divergência da solução dada ao caso em comento em relação ao entendimento consolidado na tese firmada pela Primeira Seção do Egrégio Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos Recursos Especiais Repetitivos 1.674.221/SP e 1.788.404/PR, vinculado ao Tema 1007, supracitada.

Ressalte-se que a tese foi plenamente confirmada quando do julgamento os Embargos de Declaração no Recurso Especial 1.674.221, publicado no DJe de 02/12/2019, destacando, ainda, que, para a concessão da aposentadoria por idade híbrida, não há se falar em comprovação da atividade rural em período anterior ao implemento etário, e tampouco violação aos princípios do equilíbrio financeiro e atuarial e da fonte de custeio:

“PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO AO RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS. APOSENTADORIA HÍBRIDA. ART. 48, §§ 3o. E 4o. DA LEI 8.213/1991. PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DE ISONOMIA A TRABALHADORES RURAIS E URBANOS. MESCLA DOS PERÍODOS DE TRABALHO URBANO E RURAL. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE RURAL, REMOTO E DESCONTÍNUO, ANTERIOR À LEI 8.213/1991 A DESPEITO DO NÃO RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÃO. CÔMPUTO DO TEMPO DE SERVIÇO PARA FINS DE CARÊNCIA. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO LABOR CAMPESSINO POR OCASIÃO DO IMPLEMENTO DO REQUISITO ETÁRIO OU DO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DO INSS REJEITADOS.

1. Os Embargos de Declaração destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado. Excepcionalmente o Recurso Aclaratório pode servir para amoldar o julgado à superveniente orientação jurisprudencial do Pretório Excelso, quando dotada de efeito vinculante, em atenção à instrumentalidade das formas, de modo a garantir a celeridade, eficácia da prestação jurisdicional e a reverência ao pronunciamento superior, hipótese diversa da apresentada nos presentes autos.

2. O acórdão é claro ao consignar que o tempo de serviço rural, ainda que remoto e descontínuo, anterior ao advento da Lei 8.213/1991, pode ser computado para fins da carência necessária à obtenção da aposentadoria híbrida por idade, ainda que não tenha sido efetivado o recolhimento das

contribuições, nos termos do art. 48, § 3o. da Lei 8.213/1991, seja qual for a predominância do labor misto exercido no período de carência ou o tipo de trabalho exercido no momento do implemento do requisito etário ou do requerimento administrativo.

3. Assim, fica claro que o tempo de serviço rural pode ser computado, para fins de carência para a concessão de aposentadoria híbrida, seja qual for o momento em que foi exercido, seja ele anterior ou não a 1991.

4. Esta Corte, no julgamento do REsp. 1.354.908/SP, representativo da controvérsia, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 10.2.2016, estabeleceu que o Segurado especial tem que comprovar o exercício de atividade campesina no momento anterior ao implemento da idade mínima para fins de concessão de aposentadoria rural, o que não se amolda à hipótese dos autos. Como já delineado no acórdão, a aposentadoria híbrida, nos exatos termos do art. 48, § 3o. da Lei 8.213/1991, é devida exatamente àqueles trabalhadores rurais que não preenchem os requisitos fixados no § 2o. do mesmo dispositivo, não havendo que se falar em necessidade de comprovação da atividade rural em período anterior ao implemento etário.

5. Não há que se falar em violação aos princípios do equilíbrio financeiro e atuarial e da precedência do custeio, vez que no presente recurso não há o reconhecimento de direito previdenciário não previsto em lei, ao contrário, firmou-se aqui, tão somente, a literal aplicação do disposto no art. 48, § 3o. da Lei 8.213/1991. Nesse passo, o cálculo envolvendo o equilíbrio financeiro e atuarial e a precedência de custeio foram já objeto de análise do legislador quando instituiu a nova política previdenciária introduzida pela Lei 11.718/2008.

6. A vedação disposta no art. 55 da Lei 8.213/1991, que impede o cômputo da atividade rural para fins de carência, se dirige à concessão de aposentadoria por tempo de contribuição, não havendo que se falar em óbice para cômputo para aposentadoria por idade, como é a aposentadoria híbrida.

7. É entendimento pacífico desta Corte que os rurícolas em atividade por ocasião da Lei de Benefícios, foram dispensados do recolhimento das contribuições relativas ao exercício do trabalho no campo, substituindo a carência pela comprovação do efetivo desempenho do labor agrícola, nos termos dos arts. 26, I e 39, I da Lei 8.213/1991.

8. O que se percebe, em verdade, é que busca o INSS conferir caráter constitucional à matéria, para fins de interposição de Recurso Extraordinário. Hipótese, contudo, que já fora rechaçada pelo STF, reconhecendo a competência exclusiva do Superior Tribunal de Justiça do exame da matéria. Precedentes: ARE 1.065.915, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 5.9.2017; ARE 1.062.849, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJe 10.8.2017; ARE 1.059.692, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe 9.8.2017; ARE 920.597, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe 26.10.2015. 9. Embargos de Declaração do INSS rejeitados.”

(EDRESP - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL - 1674221 2017.01.20549-0, NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, STJ - PRIMEIRA SEÇÃO, DJE DATA:02/12/2019) – grifei

Por fim, convém ressaltar que E. Superior Tribunal de Justiça já decidiu que é possível a aplicação da tese firmada em Recurso Repetitivo ou de Repercussão Geral antes mesmo do seu trânsito em julgado. Vejamos:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 3/STJ. SERVIDOR PÚBLICO. SUSPENSÃO DO PROCESSO EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO DO RE Nº 870.947/SE. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES. PRETENSÃO DE SOBRESTAMENTO DO PROCESSO ATÉ O JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS NO RE Nº 870.947/SE PARA MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO. AFASTADA A MODULAÇÃO DOS EFEITOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA SESSÃO REALIZADA EM 03/10/2019. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. A orientação do STJ é no sentido de ser desnecessário aguardar o trânsito em julgado para a aplicação do paradigma firmado em sede de Recurso Repetitivo ou de Repercussão Geral. Precedentes.

2. Ademais, importante destacar que o Supremo Tribunal Federal, na sessão realizada em 03/10/2019, rejeitou todos os embargos de declaração e afastou, por maioria, o pedido de modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 870.947/SE.

3. Agravo interno não provido.”

(AgInt no AREsp 1346875/PE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/10/2019, DJe 29/10/2019);

“AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. TESE AFETADA NOS MOLDES DO ART. 543-C DO CPC. REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. APLICAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. DESNECESSIDADE. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA COLETIVA. AUTORIZAÇÃO DO ASSOCIADO NA FASE DE CONHECIMENTO. INOVAÇÃO. INADMISSIBILIDADE. NÃO PROVIMENTO.

1. O acórdão proferido em recurso representativo da controvérsia pode ser aplicado aos demais processos que tratam da mesma matéria, antes mesmo do seu trânsito em julgado. Precedentes.

2. Não se admite a adição de teses no agravo interno que não tenham sido veiculadas no recurso especial ou nas contrarrazões a ele.

3. Agravo interno a que se nega provimento.” (AgInt no REsp 1536711/MT, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 08/08/2017, DJe 22/08/2017)

Acresce relevar que em sede de agravo legal, ora sob análise, a parte autora não trouxe argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a concessão do benefício pleiteado.

Entretanto, quanto à correção monetária e os juros de mora, serão aplicados de acordo com o vigente Manual de Cálculos da Justiça Federal, atualmente com as alterações promovidas pela Resolução nº 658/2020 - CJF, de 10/08/2020, observando-se que desde a promulgação da Emenda Constitucional nº 113, de 08/12/2021, a apuração do débito se dará unicamente pela taxa SELIC, mensalmente e de forma simples, nos termos do disposto em seu artigo 3º, ficando vedada a incidência da taxa SELIC cumulada com juros e correção monetária.

Ante o exposto, *DOU PARCIAL PROVIMENTO AO AGRAVO INTERNO*, apenas para fixar a incidência da correção monetária, na forma da fundamentação.

É o voto.

APELAÇÃO CÍVEL **5004113-44.2019.4.03.6104**

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: HELIO MUNIZ FILHO
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL DALDICE SANTANA
Disponibilização do Acórdão: DJEN 24/05/2023

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. CONCESSÃO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. ATIVIDADE ESPECIAL. DRAGUISTA E ENCARREGADO DE DRAGA. RUÍDO. AGENTES QUÍMICOS. ENQUADRAMENTO. REQUISITOS PREENCHIDOS.

- A sentença proferida no CPC vigente cuja condenação ou proveito econômico for inferior a 1.000 (mil) salários mínimos não se submete ao duplo grau de jurisdição.

- Conjunto probatório suficiente para demonstrar a especialidade reconhecida (exercício das atividades de “draguiستا” e de “encarregado de draga” - códigos 2.3.1 e 2.3.2 e 2.4.2 do anexo do Decreto n. 53.831/1964, e dos códigos 2.3.1, 2.3.3, 2.3.4 e 2.4.4 do anexo do Decreto n. 83.080/1979, exposição habitual e permanente a ruído em nível superior aos limites de tolerância previstos nas normas regulamentares e a agentes químicos deletérios).

- Atendidos os requisitos (carência e tempo de serviço) para a concessão da aposentadoria por tempo de contribuição integral (regra permanente do artigo 201, § 7º, da CF/1988).

- Em relação à prescrição quinquenal, esta não se aplica ao caso concreto, por não ter decorrido, entre o requerimento na via administrativa e o ajuizamento desta ação, período superior a 5 (cinco) anos.

- No tocante aos honorários de advogado, estes já foram fixados na sentença, consoante pretensão da autarquia. Mantida a condenação do INSS a pagar honorários de advogado fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor das parcelas vencidas até a data da prolação da sentença, consoante § 2º do artigo 85 do CPC, orientação desta Turma e redação da Súmula n. 111 do Superior Tribunal de Justiça. Considerado o parcial provimento ao recurso interposto pela autarquia, não incide, neste caso, a regra do artigo 85, §§ 1º e 11, do CPC, que determina a majoração dos honorários de advogado em instância recursal.

- A Autarquia Previdenciária está isenta das custas processuais no Estado de São Paulo. Contudo, essa isenção não a exime do pagamento das custas e despesas processuais em restituição à parte autora, por força da sucumbência, na hipótese de pagamento prévio.
- Tendo em vista as disposições da EC n. 103/2019 sobre acumulação de benefícios em regimes de previdência social diversos (§§ 1º e 2º do art. 24), é necessária a apresentação de declaração, nos moldes do Anexo I da Portaria PRES/INSS n. 450/2020, na fase de cumprimento do julgado.
- Possíveis valores não cumulativos recebidos na esfera administrativa deverão ser compensados nesse momento.
- Matérias preliminares rejeitadas.
- Apelação autárquica parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por unanimidade, decidiu rejeitar as matérias preliminares arguidas pelo INSS e dar parcial provimento à sua apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

Trata-se de ação de conhecimento proposta em face do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), na qual a parte autora pleiteia o enquadramento de atividade especial, com vistas à concessão de aposentadoria por tempo de contribuição.

A sentença julgou parcialmente procedente o pedido para: (i) enquadrar como atividade especial os intervalos de 15/1/1985 a 11/6/1985, de 9/10/1985 a 4/2/1986, de 8/3/1986 a 16/11/1987, de 14/3/1988 a 30/11/1990, de 1º/3/1991 a 19/12/1991, de 1º/6/1992 a 18/10/1992, de 18/1/1993 a 22/9/1994 e de 20/1/2010 a 29/12/2017; (iii) determinar a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição desde a data do requerimento administrativo (DER 20/7/2017), fixados os consectários legais.

Inconformada, a autarquia interpôs recurso de apelação, no qual aduz, preliminarmente, a suspensão processual em virtude do Tema n. 1.090 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e a necessidade da remessa oficial. No mérito, alega, em síntese, a impossibilidade do reconhecimento especial efetuada e do preenchimento dos requisitos para a concessão do benefício. Subsidiariamente, defende a ocorrência da prescrição quinquenal, suscita a necessidade de a parte autora apresentar declaração sobre cumulação entre benefícios de regimes

diversos, em razão do disposto no artigo 24, §§ 1º e 2º, da Emenda Constitucional n. 103/2019, pleiteia a fixação dos honorários advocatícios nos termos da Súmula n. 111 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a isenção das custas processuais e o desconto, de eventual montante retroativo, dos valores já pagos administrativamente ou de qualquer benefício recebido, ou pelo deferimento de valores pagos a título de tutela antecipada. Prequestiona a matéria para fins recursais.

Com contrarrazões, os autos subiram a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O recurso atende aos pressupostos de admissibilidade e merece ser conhecido.

A remessa oficial não deve ser conhecida, por ter sido proferida a sentença na vigência do atual Código de Processo Civil, cujo artigo 496, § 3º, I, afasta a exigência do duplo grau de jurisdição quando a condenação ou o proveito econômico for inferior a 1.000 (mil) salários mínimos.

No caso, à evidência, esse montante não é alcançado, devendo a certeza matemática prevalecer sobre o teor da Súmula n. 490 do Superior Tribunal de Justiça.

No que tange ao pedido de suspensão do feito em virtude do Tema 1.090 do STJ, cumpre destacar que a determinação se refere somente aos Recursos Especiais ou Agravos em Recursos Especiais nos Tribunais de segunda instância ou em tramitação no STJ.

Desse modo, *rejeito* as matérias preliminares.

Assim, adstrito ao princípio que norteia o recurso de apelação (*tantum devolutum quantum appellatum*), procedo ao julgamento apenas das questões ventiladas na peça recursal.

Da atividade especial

Consoante assente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a caracterização e a comprovação do tempo de atividade exercida sob condições especiais é disciplinada pela lei em vigor à época da prestação laboral.

Ademais, as regras para possível conversão entre tempos de serviço especial e comum é determinada pela legislação vigente na data do preenchimento dos requisitos exigidos à concessão do benefício, independentemente da época de efetivo exercício da atividade.

Nesse sentido, destaco teses fixadas pelo STJ em precedentes vinculantes:

Tema Repetitivo 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.

Tema Repetitivo 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.

Efetivamente, até a data da promulgação da *Emenda Constitucional (EC) n. 103/2019* remanesceu na legislação previdenciária a possibilidade de conversão de tempo de atividade sob condições especiais em tempo de atividade comum, consoante fatores de conversão indicados no artigo 70 do Decreto n. 3.048/1999 (Regulamento da Previdência Social), com a redação dada pelo Decreto n. 4.827/2003.

Entretanto, desde a entrada em vigor dessa Emenda (13/11/2019) está *vedada* a conversão de tempo especial em comum, consoante regra inserta em seu artigo 25, § 2º:

“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.”

De fato, a vedação refere-se tão-somente à conversão de tempo e não há impedimento ao reconhecimento de atividade exercida sob condições especiais depois da vigência da EC n. 103/2019, sobretudo por remanescer a possibilidade de obtenção de aposentadoria especial nos termos do seu artigo 19, § 1º, I.

Assim, retomando a questão acerca da caracterização e da comprovação da atividade exercida em condições especiais, tem-se a seguinte evolução normativa:

a) para o *período até 28/4/1995*, quando vigente a Lei n. 3.807/1960 (Lei Orgânica da Previdência Social) e suas alterações e, posteriormente, a Lei n. 8.213/1991, em sua redação original (artigos 57 e 58), é possível o reconhecimento da especialidade do trabalho se houver o enquadramento da *categoria profissional* nos Decretos n. 53.831/1964 (Quadro Anexo - 2ª parte) e 83.080/1979 (Anexo II), ou na legislação especial, ou se demonstrada a sujeição do segurado a agentes nocivos por qualquer meio de prova (exceto para ruído e calor, casos em que sempre se exigiu a aferição mediante perícia técnica);

b) para o *período de 29/4/1995* (data de extinção do enquadramento por categoria profissional) *até 5/3/1997* (quando vigentes as alterações introduzidas pela Lei n. 9.032/1995 no artigo 57 da Lei n. 8.213/1991), faz-se necessária a

demonstração efetiva de exposição, de forma permanente, não ocasional nem intermitente, a agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, por qualquer meio de prova, considerando-se suficiente a apresentação de formulário-padrão preenchido pelo empregador (SB40 ou DSS8030), sem a exigência de embasamento em laudo técnico, salvo ruído e calor;

c) desde 6/3/1997, data da entrada em vigor do Decreto n. 2.172/1997, que regulamentou as disposições introduzidas no artigo 58 da Lei n. 8.213/1991 (Lei de Benefícios) pela Medida Provisória n. 1.523/1996 (convertida na Lei n. 9.528/1997): passou-se a exigir, para fins de reconhecimento de tempo de serviço especial, a comprovação da efetiva sujeição do segurado a agentes agressivos pela apresentação de formulário-padrão, fundado em laudo técnico, ou mediante perícia técnica;

d) após 1º/1/2004, conforme estabelecido na Instrução Normativa INSS/DC n. 99/2003, artigo 148, o Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), instituído pelo artigo 58, § 4º, da Lei n. 9.528/1997, passou a ser indispensável para a análise da atividade especial requerida. Esse documento substituiu os antigos formulários (SB-40, DSS-8030 ou DIRBEN-8030) e, desde que regularmente preenchido, inclusive com a indicação dos profissionais legalmente habilitados (engenheiro ou médico de segurança do trabalho), responsáveis pelos registros ambientais, exime o segurado da apresentação do laudo técnico em juízo.

A propósito, 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 no decorrer do tempo.

Do agente nocivo ruído

Especificamente quanto ao agente nocivo ruído, são consideradas insalubres as atividades que expõem o segurado aos seguintes níveis de pressão sonora, consoante previsão dos decretos regulamentadores:

(i) até 5/3/1997 – ruído superior a 80 decibéis (Anexo do Decreto n. 53.831/1964);

(ii) de 6/3/1997 a 18/11/2003 - ruído superior a 90 decibéis (Anexo IV dos Decretos n. 2.172/1997 e 3.048/1999, na redação original);

(iii) desde 19/11/2003 - ruído superior a 85 decibéis (Anexo IV do Decreto n. 3.048/1999, com a alteração introduzida pelo Decreto n. 4.882/2003).

Quanto a esse aspecto, o STJ, em sede de recurso repetitivo (Tema 694), 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 (REsp Repetitivo n. 1.398.260).

No mais, possível utilização de metodologia diversa não desnatura a especialidade do período, uma vez constatada a exposição a ruído superior ao limite considerado salubre e comprovado por meio de PPP ou laudo técnico,

consoante jurisprudência desta Corte (Ap – Apelação Cível - 2306086 0015578-27.2018.4.03.9999, Desembargadora Federal Inês Virgínia – 7ª Turma, e-DJF3 Judicial 1 Data: 7/12/2018; Ap – Apelação Cível - 3652270007103-66.2015.4.03.6126, Desembargador Federal Baptista Pereira – 10ª Turma, e-DJF3 Judicial 1 Data: 19/7/2017).

Do Equipamento de Proteção Individual - EPI

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 amparo 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, fixou as seguintes teses sobre a questão: (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.

Da fonte de custeio

Questões afetas ao recolhimento de contribuições específicas para o custeio da aposentadoria especial, não devem, em tese, influir no reconhecimento da atividade exercida sob condições especiais pelo segurado empregado, à vista dos princípios da solidariedade e da automaticidade (artigo 30, I, da Lei n. 8.212/1991), aplicáveis neste enfoque.

Pelos mesmos motivos, não cabe cogitar de violação à regra inscrita no artigo 195, § 5º, da Constituição Federal de 1988 (CF/1988).

A propósito, segundo jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), os benefícios criados diretamente pela própria Constituição, como é o caso do benefício em debate, não se submetem ao comando dessa norma, cuja regra dirige-se à legislação ordinária posterior que venha a criar novo benefício ou a majorar e estender benefício já existente.

Nesse sentido: ADI n. 352-6, Plenário, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, julgada em 30.10.1997; RE n. 220.742-6, Segunda Turma, Rel. Ministro Néri da Silveira, julgado em 03.03.1998; AI n. 614.268 AgR, Primeira Turma, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 20.11.2007.

Do caso concreto

Examinados os autos, verifica-se que é possível o enquadramento, como especial, dos interstícios de:

(i) 15/1/1985 a 11/6/85, 9/10/1985 a 4/2/1986, 8/3/1986 a 16/11/1987, 14/3/1988 a 30/11/1990, 1º/3/1991 a 19/12/1991, 1º/6/1992 a 18/10/1992 e 18/1/1993 a 22/9/1994 - cópia da Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS), formulário e Perfis Profissiográfico Previdenciário (PPP's) coligidos aos autos indicam o exercício das atividades de "draguista" e de "encarregado de draga" ("máquinas pesadas"), ou seja, na extração de minérios, é de ser considerada especial, nos termos dos códigos 2.3.1 e 2.3.2 (Escavações de Superfície - Poços e Escavações de Subsolo - Túneis: trabalhadores em escavações em túneis e galerias e trabalhadores em escavações a céu aberto) e 2.4.2 do anexo do Decreto n. 53.831/1964, bem como dos códigos 2.3.1, 2.3.3, 2.3.4 (Trabalhadores em pedreiras, túneis, galerias) e 2.4.4 do anexo do Decreto n. 83.080 /1979.

Nesse sentido, trago à colação precedentes desta Corte Regional (g.n.):

"PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. RECONHECIMENTO DE ATIVIDADE RURAL. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. PROVA TESTEMUNHAL. NATUREZA ESPECIAL DAS ATIVIDADES LABORADAS PARCIALMENTE RECONHECIDA. TRATORISTA, AUXILIAR DE DRAGUISTA E OPERADOR DE PÁ CARREGADEIRA. AGENTE FÍSICO RUÍDO. VINTE E CINCO ANOS DE TRABALHO INSALUBRE, CARÊNCIA E QUALIDADE DE SEGURADO COMPROVADOS.

1. Na hipótese dos autos, embora a sentença tenha sido parcialmente desfavorável ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, esta possui natureza declaratória, logo, não produz efeito patrimonial. Não conheço, portanto, da remessa necessária.

2. A aposentadoria por tempo de contribuição, conforme art. 201, § 7º, da constituição Federal, com a redação dada pela EC nº 20/98, é assegurada após 35 (trinta e cinco) anos de contribuição, se homem, e 30 (trinta) anos de contribuição, se mulher. E a aposentadoria especial é devida aos segurados que trabalhem sob efeito de agentes nocivos, em atividades penosas, insalubres ou perigosas.

3. A legislação aplicável para caracterização da natureza especial é a vigente no período em que a atividade a ser avaliada foi efetivamente exercida, devendo, portanto, ser levada em consideração a disciplina estabelecida pelos Decretos nº 53.831/64 e nº 83.080/79, até 05.03.1997 e, após, pelos Decretos nº 2.172/97 e nº 3.049/99.

4. Os Decretos nº 53.831/64 e nº 83.080/79 vigoram de forma simultânea, não havendo revogação daquela legislação por esta, de forma que,

verificando-se divergência entre as duas normas, deverá prevalecer aquela mais favorável ao segurado.

5. A atividade desenvolvida até 10.12.1997, mesmo sem a apresentação de laudo técnico, pode ser considerada especial, pois, em razão da legislação de regência a ser considerada até então, era suficiente para a caracterização da denominada atividade especial a apresentação dos informativos SB-40 e DSS-8030, exceto para o agente nocivo ruído por depender de prova técnica.

6. É de considerar prejudicial até 05.03.1997 a exposição a ruídos superiores a 80 decibéis, de 06.03.1997 a 18.11.2003, a exposição a ruídos de 90 decibéis e, a partir de então, a exposição a ruídos de 85 decibéis.

7. Efetivo exercício de atividades especiais comprovado por meio de formulários de insalubridade e laudos técnicos que atestam a exposição a agentes físicos.

8. No caso dos autos, os períodos incontroversos em virtude de acolhimento na via administrativa totalizam 26 (vinte e seis) anos, 11 (onze) meses e 13 (treze) dias (fls. 104/106), tendo sido reconhecido como de natureza especial o período de 01.06.1993 a 09.02.1998. Portanto, a controvérsia colocada nos autos engloba apenas o reconhecimento da natureza especial das atividades exercidas nos períodos de 01.01.1975 a 14.03.1977, 20.06.1977 a 17.01.1979, 01.02.1979 a 31.03.1981, 06.07.1981 a 31.03.1984, 08.04.1985 a 19.01.1987, 01.06.1992 a 10.02.1993 e 03.08.1998 a 19.09.2011. Com efeito, nos períodos de 20.06.1977 a 17.01.1979, 01.02.1979 a 31.03.1981, 06.07.1981 a 31.03.1984, 08.04.1985 a 19.01.1987, 01.06.1992 a 10.02.1993 e 03.08.1998 a 19.09.2011, a parte autora, *nas atividades de tratorista, auxiliar de draguista e operador de pá carregadeira*, esteve exposta a ruídos acima dos limites legalmente admitidos (fls. 281/294), *devendo também ser reconhecida a natureza especial das atividades exercidas nesses períodos, por enquadramento no código 2.4.4 do Decreto nº 53.831/64 até 10.12.1997, e conforme código 1.1.6 do Decreto nº 53.831/64, código 1.1.5 do Decreto nº 83.080/79, código 2.0.1 do Decreto nº 2.172/97 e código 2.0.1 do Decreto nº 3.048/99, neste ponto observado, ainda, o Decreto nº 4.882/03*. Finalizando, os períodos de 15.03.1977 a 31.05.1977, 02.05.1984 a 30.03.1985, 16.03.1987 a 26.08.1987, 06.10.1987 a 31.12.1987, 01.01.1988 a 15.06.1988, 03.09.1988 a 28.07.1989, 20.11.1989 a 02.12.1990 e 20.09.2011 a 28.11.2011 devem ser reconhecidos como tempo de contribuição comum, ante a ausência de comprovação de exposição a quaisquer agentes físicos, químicos ou biológicos.

9. Sendo assim, somados todos os períodos comuns, inclusive rural, e especiais, estes devidamente convertidos, totaliza a parte autora 47 (quarenta e sete) anos, 06 (seis) meses e 17 (dezessete) dias de tempo de contribuição até a data da entrada do requerimento administrativo (D.E.R. 28.11.2011). Ademais, somados todos os períodos especiais, totaliza a parte autora 26 (vinte e seis) anos, 09 (nove) meses e 13 (treze) dias de tempo especial até a data do requerimento administrativo (D.E.R. 28.11.2011), observado o conjunto probatório produzido nos autos e os fundamentos jurídicos explicitados na presente decisão. Portanto, deve ser implantada a aposentadoria especial, na data da entrada do requerimento administrativo, uma vez que esta é a modalidade mais vantajosa.

10. O benefício é devido a partir da data do requerimento administrativo (D.E.R. 28.11.2011).

11. A correção monetária deverá incidir sobre as prestações em atraso desde as respectivas competências e os juros de mora desde a citação, observada eventual prescrição quinquenal, nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013, do Conselho da Justiça Federal (ou aquele que estiver em vigor na fase de liquidação de sentença). Os juros de mora deverão incidir até a data da expedição do PRECATÓRIO/RPV, conforme entendimento consolidado pela colenda 3ª Seção desta Corte. Após a devida expedição, deverá ser observada a Súmula Vinculante 17.

12. Com relação aos honorários advocatícios, tratando-se de sentença ilíquida, o percentual da verba honorária deverá ser fixado somente na liquidação do julgado, na forma do disposto no art. 85, § 3º, § 4º, II, e § 11, e no art. 86, todos do CPC, e incidirá sobre as parcelas vencidas até a data da decisão que reconheceu o direito ao benefício (Súmula 111 do STJ).

13. Reconhecido o direito da parte autora à aposentadoria especial, com renda mensal inicial de 100% do salário-de-benefício, nos termos do art. 57 da Lei nº 8.213/91, a partir do requerimento administrativo (D.E.R. 28.11.2011), observada eventual prescrição.

14. Remessa necessária não conhecida. Apelações parcialmente providas. Fixados, de ofício, os consectários legais.”

(TRF3, APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 2298201, ApelRemNec 0008719-92.2018.4.03.9999, Relator: Desembargados Federal Nelson Porfirio - Décima Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA:07/08/2019)

“PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. CONCESSÃO. PEDIDO DE JUSTIÇA GRATUITA. CRITÉRIO OBJETIVO DA FAIXA DE ISENÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA. CATEGORIAS PROFISSIONAIS NÃO ENQUADRADAS NOS DECRETOS. *ATIVIDADE DE OPERADOR DE DRAGA SE EQUIPARA A ATIVIDADE DO CÓDIGO 2.4.2 DO DECRETO 53.831/64.* FORMULÁRIO DESCUMPRE O TEMA 208 DA TNU. NÃO INDICAÇÃO DE RESPONSÁVEL TÉCNICO PELOS REGISTROS AMBIENTAIS.

1.Trata-se de recurso interposto pela parte autora e pela ré em face da sentença que julgou procedente em parte o pedido, reconhecendo período especial e concedendo o benefício pleiteado.

2. A parte autora requer o enquadramento de diversos períodos por categoria profissional, bem como, por exposição a agentes nocivos.

3. A parte ré alega que a remuneração mensal do autor é de aproximadamente R\$ 9.000,00, superior a faixa de isenção do imposto de renda, comprovando que tem condições financeiras de arcar com as custas do processo, sendo que a declaração de pobreza é insuficiente, a teor do art. 4º da Lei 1060/50. Alega ainda erro no cálculo de concessão do benefício, sendo que onde constou o início do vínculo em 23/01/1989, o correto é 23/11/1989, conforme dados do CNIS.

4. *Reconhecer atividade de operador de draga (draguista) em embarcação no Rio Tietê por similaridade a atividade do código 2.4.2 do Decreto 53.831/64 (operador de transporte fluvial).* Formulário sem indicação de responsável técnico (aplicação do Tema 208 da TNU).

5. Rendimentos do autor estão fora da faixa de isenção do IR. Precedente do STJ. Cassar justiça gratuita. Corrigir os cálculos, passando a constar a data correta de 23/11/1989.

4. Recurso da parte autora que se dá parcial provimento e recurso da parte ré que se dá integral provimento.”

(TRF3, RECURSO INOMINADO CÍVEL, RecInoCiv 5003590-80.2020.4.03.6109, Juiz Federal Fernanda Souza Hutzler, 14ª Turma Recursal da Seção Judiciária de São Paulo, DJEN DATA: 15/09/2022)

(ii) *20/1/2010 a 20/7/2017* (DER) - Perfil Profissiográfico Previdenciário aponta exposição habitual e permanente a ruído em nível superior aos limites de tolerância e a agentes químicos deletérios (hidrocarbonetos, tais como: benzeno, etilbenzeno, tolueno e xileno), fato que possibilita o enquadramento perseguido em conformidade com os códigos 1.2.11 do anexo do Decreto n. 53.831/1964, 1.2.10 do anexo do Decreto n. 83.080/1979, 1.0.17 e 1.0.19 dos anexos dos Decretos n. 2.172/1997 e 3.048/1999.

Ademais, os riscos ocupacionais gerados pela exposição a agentes químicos, em especial os hidrocarbonetos, não requerem análise quantitativa e sim qualitativo (TRF-4 - APELREEX: 50611258620114047100 RS 5061125-86.2011.404.7100, Relator: (Auxílio Vânia) PAULO PAIM DA SILVA, Data de Julgamento: 09/07/2014, SEXTA TURMA, Data de Publicação: D.E. 10/07/2014); (TRF-1- AC: 00435736820104013300 0043573-68.2010.4.01.3300, Relator: JUIZ FEDERAL ANTONIO OSWALDO SCARPA, Data de Julgamento: 14/12/2015, 1ª CÂMARA REGIONAL PREVIDENCIÁRIA DA BAHIA, Data de Publicação: 22/01/2016 e-DJF1 P. 281).

Diante das circunstâncias da prestação laboral descritas, conclui-se que, na hipótese, o EPI não é realmente capaz de neutralizar a nocividade dos agentes.

É relevante destacar, ainda, que o reconhecimento da especialidade em relação a somente um agente nocivo já é suficiente para a sua caracterização.

Em síntese, prospera o pleito de reconhecimento do caráter especial das atividades executadas nos lapsos de 5/1/1985 a 11/6/1985, de 9/10/1985 a 4/2/1986, de 8/3/1986 a 16/11/1987, de 14/3/1988 a 30/11/1990, de 1º/3/1991 a 19/12/1991, de 1º/6/1992 a 18/10/1992, de 18/1/1993 a 22/9/1994 e de 20/1/2010 a 20/7/2017 (DER).

Da aposentadoria por tempo de serviço/contribuição e programada

Em conformidade com a data em que são reunidas as condições configuradoras da aquisição do direito à aposentação, poderão incidir as seguintes hipóteses:

(i) *aposentadoria por tempo de serviço* pelas regras anteriores à EmendaEm relação à prescrição quinquenal, esta não se aplica ao caso concreto, por não ter decorrido, entre o requerimento na via administrativa e o ajuizamento desta ação, período superior a 5 (cinco) anos. Constitucional (EC) n. 20/1998, proporcional ou integral, para a qual se exige a satisfação da carência (prevista artigo 142 da Lei n. 8.213/1991) e do tempo de serviço mínimo de 25 anos para a mulher ou 30 anos para o homem;

(ii) *aposentadoria pelas regras de transição* da EC n. 20/1998, proporcional ou integral, na qual, para a inativação proporcional, será preciso a efetivação da carência (artigo 142 da Lei n. 8.213/1991), do tempo de contribuição mínimo de 25 anos (se mulher) ou 30 anos (se homem), da idade mínima de 48 anos ou 53 anos, respectivamente, e do pedágio de 40% do tempo que, em 16/12/1998, faltava ao segurado para atingir aquele mínimo necessário à outorga da inativação (artigo 9º, § 1º, I, “a” e “b”, da EC n. 20/1998);

(iii) *aposentadoria por tempo de contribuição* pelas regras da EC n. 20/1998, com limitação do tempo de contribuição e carência em 13/11/2019 (data da promulgação da EC n. 103/2019), que será devida desde que cumprida a carência mínima (artigo 142 da Lei n. 8.213/1991) e 30 anos de contribuição, se mulher, ou 35 anos de contribuição, no caso do homem;

(iv) *aposentadoria por pontos ou fórmula 85/95*, modalidade de aposentadoria por tempo de contribuição sem a incidência do fator previdenciário instituída pela Medida Provisória n. 676/2015, posteriormente convertida na Lei n. 13.183/2015, que acrescentou o artigo 29-C à Lei n. 8.213/1991. Esse dispositivo passou a prever a possibilidade de concessão de aposentadoria sem a incidência do fator previdenciário quando o somatório da idade do segurado(a) com o seu tempo de contribuição atingir, no ano de 2015, o total de 85 pontos (para mulher) e 95 pontos (para homem). Também foi estabelecido o aumento progressivo no número de pontos para ambos os sexos até atingir o limite de 100 pontos para as mulheres e 105 pontos para os homens;

(v) *aposentadoria programada ou voluntária pelas regras da EC n. 103/2019*, para o(a)s segurado(a)s que se filiarem à Previdência Social a partir de 13/11/2019 (data da promulgação da referida Emenda), cujos requisitos são o tempo de contribuição mínimo de 15 anos para a mulher ou 20 anos para o homem (artigo 19, EC n. 103/2019), além da idade mínima de 62 anos para a mulher ou 65 anos para o homem (artigo 201, § 7º, I, CF/1988) e 180 meses de carência;

(vi) *aposentadoria programada ou voluntária pelas regras de transição da EC n. 103/2019*, a qual contempla a situação do(s)a segurado(a)s que já estavam filiados à Previdência Social na data da promulgação do novo regramento (13/11/2019), consoante respectivos artigos 15 a 20.

Quanto ao(a)s segurado(a)s filiado(a)s à Previdência Social até a entrada em vigor dessa Emenda (13/11/2019), o artigo 18 da EC n. 103/2019 assegura o direito à aposentadoria, quando preenchidos, cumulativamente: (a) 60 anos de idade, se mulher, ou 65 anos de idade, se homem; (b) 15 anos de contribuição para ambos os sexos; (c) carência de 180 meses.

A partir de 1º/1/2020, a idade de 60 anos para mulher passou a ser acrescida em 6 (seis) meses a cada ano e seguirá até atingir 62 anos de idade (regra permanente) em 2023. A idade mínima, para homem, continua sendo de 65 anos. O tempo mínimo de contribuição também foi mantido em 15 anos para ambos os sexos.

De qualquer modo, a concessão do benefício previdenciário, independentemente da data do requerimento administrativo e considerado o direito à aposentadoria pelas condições legalmente previstas à época da reunião de todos os requisitos, deve ser regida pela regra da prevalência da condição mais vantajosa ou mais benéfica ao segurado(a), a ser devidamente analisada na fase de cumprimento de sentença.

Esse é o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF), sob o regime de repercussão geral (RE 630.501/RS, Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. para acórdão Min. Marco Aurélio, julg. em 21/2/2013, DJe de 23/8/2013, pub. em 26/8/2013).

No caso dos autos, verifica-se que o requisito da carência restou cumprido e a parte autora possui mais de 35 anos de profissão até a data do requerimento administrativo (DER 20/7/2017), tempo suficiente à concessão da *aposentadoria por tempo de contribuição integral* (regra permanente do artigo 201, § 7º, da CF/1988), conforme planilha anexa à sentença.

Em relação à prescrição quinquenal, esta não se aplica ao caso concreto, por não ter decorrido, entre o requerimento na via administrativa e o ajuizamento desta ação, período superior a 5 (cinco) anos.

No tocante aos honorários de advogado, estes já foram fixados na sentença, consoante pretensão da autarquia.

Desse modo, fica mantida a condenação do INSS a pagar honorários de advogado, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor das parcelas vencidas até a data da prolação da sentença, consoante § 2º do artigo 85 do CPC, orientação desta Turma e redação da Súmula n. 111 do Superior Tribunal de Justiça. Considerado o parcial provimento ao recurso interposto pela autarquia, não incide, neste caso, a regra do artigo 85, §§ 1º e 11, do CPC, que determina a majoração dos honorários de advogado em instância recursal.

Sobre as custas processuais, no Estado de São Paulo, delas está isenta a Autarquia Previdenciária, a teor do disposto nas Leis Federais n. 6.032/1974, 8.620/1993 e 9.289/1996, bem como nas Leis Estaduais n. 4.952/1985 e 11.608/2003. Contudo, essa isenção não a exime do pagamento das custas e despesas processuais em restituição à parte autora, por força da sucumbência, na hipótese de pagamento prévio.

Tendo em vista as disposições da EC n. 103/2019 sobre acumulação de benefícios em regimes de previdência social diversos (§§ 1º e 2º do art. 24), é necessária a apresentação de declaração, nos moldes do Anexo I da Portaria PRES/INSS n. 450/2020, na fase de cumprimento do julgado.

Ademais, possíveis valores não cumulativos recebidos na esfera administrativa deverão ser compensados nesse momento.

No que concerne ao prequestionamento suscitado, assinalo não ter havido contrariedade alguma à legislação federal ou a dispositivos constitucionais.

Diante do exposto, *rejeito* as matérias preliminares arguidas pelo INSS e *dou parcial provimento* à sua apelação para, nos termos da fundamentação

supra: apenas delimitar o enquadramento da atividade especial até a data do requerimento administrativo (DER 20/7/2017).

É o voto.

APELAÇÃO CÍVEL **5003018-45.2020.4.03.6103**

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: JANETE COSTA MORAES
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA
Disponibilização do Acórdão: DJEN 15/05/2023

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO INTEGRAL. ATIVIDADE ESPECIAL. MÉDICA. TRABALHOS NA CTPS. CONVERSÃO EM TEMPO COMUM. RMI. ART. 29-C, DA LEI 8.213/91.

1. Para a aposentadoria integral no RGPS, exige-se o tempo mínimo de contribuição (35 anos para homem, e 30 anos para mulher) e será concedida levando-se em conta somente o tempo de serviço, sem exigência de idade ou pedágio, nos termos do Art. 201, § 7º, I, da CF.

2. Até 29/04/95 a comprovação do tempo de serviço laborado em condições especiais era feita mediante o enquadramento da atividade no rol dos Decretos 53.831/64 e 83.080/79. A partir daquela data até a publicação da Lei 9.528/97, em 10/12/1997, por meio da apresentação de formulário que demonstre a efetiva exposição de forma permanente, não ocasional nem intermitente, a agentes prejudiciais a saúde ou a integridade física. Após 10/12/1997, tal formulário deve estar fundamentado em laudo técnico das condições ambientais do trabalho, assinado por médico do trabalho ou engenheiro do trabalho. Quanto aos agentes ruído e calor, o laudo pericial sempre foi exigido.

3. Os registros na CTPS da autora, permitem computar os trabalhos na função de médica, como atividade especial, nos períodos de 07/10/1985 a 30/09/1987, 01/10/1987 a 30/06/1990, 01/04/1990 a 30/03/1991, 01/06/1991 a 17/12/1993, 01/02/1994 a 01/02/1995, por enquadramento previsto nos itens 1.3.2 e 2.1.3, do Decreto 53.831/64 e 2.1.3, anexo II, do Decreto 83.080/79.

4. O uso do equipamento de proteção individual - EPI, pode ser insuficiente para neutralizar completamente a nocividade a que o trabalhador esteja submetido. (STF, ARE 664335/SC, Tribunal Pleno, Relator Ministro Luiz Fux, j. 04/12/2014, DJe-029 DIVULG 11/02/2015 Public 12/02/2015).

5. Na data do requerimento administrativo, a autora contava com a pontuação necessária para que o benefício de aposentadoria integral por tempo de contribuição seja calculado nos termos do Art. 29-C, da Lei 8.213/91.

6. Aplica-se o disposto no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal no que tange aos índices de correção monetária e taxa de juros de mora.

7. Os honorários advocatícios devem observar as disposições contidas no inciso II, do § 4º, do Art. 85, do CPC, e a Súmula 111, do e. STJ.

8. A autarquia previdenciária está isenta das custas e emolumentos, nos termos do Art. 4º, I, da Lei 9.289/96, do Art. 24-A da Lei 9.028/95, com a redação dada pelo Art. 3º da MP 2.180-35/01, e do Art. 8º, § 1º, da Lei 8.620/93.

9. Remessa oficial, havida como submetida, e apelação providas em parte.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Décima Turma, por unanimidade, decidiu dar parcial provimento à remessa oficial, havida como submetida, e à apelação, sendo que o Des. Fed. Nelson Porfírio e a Des. Fed. Leila Paiva ressalvaram seus entendimentos, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial, havida como submetida, e apelação, em ação de conhecimento objetivando computar como atividade especial os trabalhos entre 07/10/1985 a 30/09/1987, 01/10/1987 a 30/06/1990, 01/04/1990 a 30/03/1991, 01/06/1991 a 17/12/1993 e 01/02/1994 a 01/02/1995 com a conversão em tempo comum, para que somados aos demais períodos vinculados ao RGPS, exceto o trabalho na Prefeitura de São José dos Campos entre 08/04/1989 a 31/12/2008 vinculado a regime próprio, e concedido o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, desde a DER em 11/01/2019.

O MM. Juízo *a quo* julgou procedente o pedido, para reconhecer como tempo especial, sujeito à conversão em comum, o trabalho de 07/10/1985 a 30/09/1987, 01/10/1987 a 30/06/1990, 01.04.1990 a 30/03/1991, 01/06/1991 a 17/12/1993 e 01/02/1994 a 01/02/1995, condenando o réu a proceder a implantação da aposentadoria por tempo de contribuição, sem a aplicação do fator previdenciário (caso seja mais vantajoso à autora), pagar as prestações em atraso, com juros e correção monetária, e honorários advocatícios que serão fixados na fase de cumprimento da sentença e, por fim, determinou ao réu que adote as providências para liberar, para eventual averbação em outro regime de previdência, o período de 08/04/1989 a 31/12/2008, prestado pela autora ao Município de São José dos Campos.

O réu apela, pleiteando a reforma da r. sentença, por ausência do tempo de contribuição e, subsidiariamente, quanto aos juros requer a aplicação da Lei 11.960/09.

Com contrarrazões, subiram os autos.

É o relatório.

VOTO

De início, cabe mencionar que a autora, exercendo a função de médica, ao longo de sua vida laboral contribuiu para a previdência social pelo RGPS e, também, para os regimes próprios dos servidores dos municípios de São José dos Campos onde mantém vínculo desde 08/04/1989, e Jacareí, onde já alcançou sua jubilação.

Nesta ação, a autora pretende o reconhecimento do trabalho em atividade especial, com a conversão em tempo comum, de períodos com contribuição para o RGPS, culminando com a concessão do benefício de aposentadoria integral por tempo de contribuição, sem o fator previdenciário, desprezando o vínculo como servidora do município São José dos Campos desde 08/04/1989.

Para tanto, formulou seu requerimento administrativo de aposentadoria por tempo de contribuição - NB 42/193.874.880-5, junto ao INSS, com a DER em 11/01/2019, o qual restou indeferido nos termos da comunicação de 13/09/2019.

Para a obtenção da aposentadoria integral no regime geral da previdência social – RGPS, exige-se o tempo mínimo de contribuição (35 anos para homem, e 30 anos para mulher) e será concedida levando-se em conta somente o tempo de serviço, sem exigência de idade ou pedágio, nos termos do Art. 201, § 7º, I, da CF.

Por sua vez, a Emenda Constitucional 20/98 assegura, em seu Art. 3º, a concessão de aposentadoria proporcional aos que tenham cumprido os requisitos até a data de sua publicação, em 16/12/98. Neste caso, o direito adquirido à aposentadoria proporcional, faz-se necessário apenas o requisito temporal, ou seja, 30 (trinta) anos de trabalho no caso do homem e 25 (vinte e cinco) no caso da mulher, requisitos que devem ser preenchidos até a data da publicação da referida emenda, independentemente de qualquer outra exigência.

Em relação aos segurados que se encontram filiados ao RGPS à época da publicação da EC 20/98, mas não contam com tempo suficiente para requerer a aposentadoria – proporcional ou integral – ficam sujeitos as normas de transição para o cômputo de tempo de serviço. Assim, as regras de transição só encontram aplicação se o segurado não preencher os requisitos necessários antes da publicação da emenda. O período posterior à Emenda Constitucional 20/98 poderá ser somado ao período anterior, com o intuito de se obter aposentadoria proporcional, se forem observados os requisitos da idade mínima

(48 anos para mulher e 53 anos para homem) e período adicional (pedágio), conforme o Art. 9º, da EC 20/98.

A par do tempo de serviço, deve o segurado comprovar o cumprimento da carência, nos termos do Art. 25, II, da Lei 8213/91. Aos já filiados quando do advento da mencionada lei, vige a tabela de seu Art. 142 (norma de transição), em que, para cada ano de implementação das condições necessárias à obtenção do benefício, relaciona-se um número de meses de contribuição inferior aos 180 exigidos pela regra permanente do citado Art. 25, II.

Quanto ao tempo de contribuição, no procedimento administrativo o INSS computou os seguintes períodos: de 07/10/1985 a 30/09/1987, 01/10/1987 a 30/06/1990, 01/04/1990 a 30/03/1991, 01/06/1991 a 14/12/1993, 01/10/2014 a 31/10/2014, 01/01/2015 a 31/07/2019, conforme planilha de resumo de documentos.

O extrato do CNIS datado de 17/06/2020, integrante dos autos, registra também os recolhimentos com a filiação de contribuinte individual, com a inscrição nº 1.115.181.689-7, nos períodos de 01/08/1983 a 31/10/1985, 01/02/1995 a 30/11/1999, 01/12/1999 a 31/03/2005, 01/09/2006 a 31/12/2006, 01/04/2007 a 31/08/2007, 01/09/2007 a 31/10/2007, 01/12/2007 a 31/12/2007, 01/07/2008 a 31/07/2009, 01/08/2009 a 30/04/2010, 01/01/2011 a 31/03/2013, 01/06/2013 a 31/07/2013, 01/07/2014 a 31/07/2014, 01/08/2014 a 31/08/2014, 01/10/2014 a 31/10/2014 e 01/01/2015 a 31/07/2019.

A questão tratada nos autos também diz respeito ao reconhecimento do tempo trabalhado em condições especiais com a conversão em tempo comum.

Define-se como atividade especial aquela desempenhada sob certas condições peculiares - insalubridade, penosidade ou periculosidade - que, de alguma forma cause prejuízo à saúde ou integridade física do trabalhador.

A contagem do tempo de serviço rege-se pela legislação vigente à época da prestação do serviço.

Até 29/04/95, quando entrou em vigor a Lei 9.032/95, que deu nova redação ao Art. 57, § 3º, da Lei 8.213/91, a comprovação do tempo de serviço laborado em condições especiais era feita mediante o enquadramento da atividade no rol dos Decretos 53.831/64 e 83.080/79, nos termos do Art. 295 do Decreto 357/91; a partir daquela data até a publicação da Lei 9.528/97, em 10.12.1997, por meio da apresentação de formulário que demonstre a efetiva exposição de forma permanente, não ocasional nem intermitente, a agentes prejudiciais a saúde ou a integridade física; após 10.12.1997, tal formulário deve estar fundamentado em laudo técnico das condições ambientais do trabalho, assinado por médico do trabalho ou engenheiro do trabalho, consoante o Art. 58 da Lei 8.213/91, com a redação dada pela Lei 9.528/97. Quanto aos agentes ruído e calor, é de se salientar que o laudo pericial sempre foi exigido.

Nesse sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. CONVERSÃO DO PERÍODO LABORADO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS. LEI N.º 9.711/1998. EXPOSIÇÃO A AGENTES NOCIVOS. LEIS N.ºS 9.032/1995 E 9.528/1997. OPERADOR DE MÁQUINAS. RUÍDO E CALOR. NECESSIDADE DE LAUDO TÉCNICO. COMPROVAÇÃO. REEXAME DE PROVAS. ENUNCIADO Nº 7/STJ. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

1. A tese de que não foram preenchidos os pressupostos de admissibilidade do recurso especial resta afastada, em razão do dispositivo legal apontado como violado.

2. Até o advento da Lei n.º 9.032/1995 é possível o reconhecimento do tempo de serviço especial em face do enquadramento na categoria profissional do trabalhador. A partir dessa lei, a comprovação da atividade especial se dá através dos formulários SB-40 e DSS-8030, expedidos pelo INSS e preenchidos pelo empregador, situação modificada com a Lei n.º 9.528/1997, que passou a exigir laudo técnico.

3. Contudo, para comprovação da exposição a agentes insalubres (ruído e calor) sempre foi necessário aferição por laudo técnico, o que não se verificou nos presentes autos.

4. A irresignação que busca desconstituir os pressupostos fáticos adotados pelo acórdão recorrido encontra óbice na Súmula nº 7 desta Corte.

5. Agravo regimental.”

(STJ, AgRg no REsp 877.972/SP, Rel. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador Convocado do TJ/CE), Sexta Turma, julgado em 03/08/2010, DJe 30/08/2010).

Atualmente, no que tange à comprovação de atividade especial, dispõe o § 2º, do Art. 68, do Decreto 3.048/99, que:

“Art. 68 (...)

§ 2º A comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos será feita mediante formulário denominado perfil profissiográfico previdenciário, na forma estabelecida pelo Instituto Nacional do Seguro Social, emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho.” (Redação dada pelo Decreto nº 4.032, de 26/11/2001).

Assim sendo, não é mais exigido que o segurado apresente o laudo técnico, para fins de comprovação de atividade especial, basta que forneça o Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP, assinado pela empresa ou seu preposto, o qual reúne, em um só documento, tanto o histórico profissional do trabalhador como os agentes nocivos apontados no laudo ambiental que foi produzido por médico ou engenheiro do trabalho.

Por fim, ressalte-se que o formulário extemporâneo não invalida as informações nele contidas. Seu valor probatório remanesce intacto, haja vista que a lei não impõe seja ele contemporâneo ao exercício das atividades. A

empresa detém o conhecimento das condições insalubres a que estão sujeitos seus funcionários e por isso deve emitir os formulários ainda que a qualquer tempo, cabendo ao INSS o ônus probatório de invalidar seus dados.

Cabe ressaltar ainda que o Decreto 4.827 de 03/09/03 permitiu a conversão do tempo especial em comum ao serviço laborado em qualquer período, alterando os dispositivos que vedavam tal conversão.

Em relação ao agente ruído, os Decretos 53.831/64 e 83.080/79 consideravam nociva à saúde a exposição em nível superior a 80 decibéis. Com a alteração introduzida pelo Decreto n. 2.172, de 05.03.1997, passou-se a considerar prejudicial aquele acima de 90 dB. Posteriormente, com o advento do Decreto 4.882, de 18.11.2003, o nível máximo tolerável foi reduzido para 85 dB (Art. 2º, do Decreto n. 4.882/2003, que deu nova redação aos itens 2.01, 3.01 e 4.00 do Anexo IV do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto n. 3.048/99).

Estabelecido esse contexto, esclareço que, anteriormente, manifestei-me no sentido de admitir como especial a atividade exercida até 05/03/1997, em que o segurado ficou exposto a ruídos superiores a 80 decibéis, e a partir de tal data, aquela em que o nível de exposição foi superior a 85 decibéis, em face da aplicação do princípio da igualdade.

Contudo, a Primeira Seção do C. Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar a questão submetida ao rito do Art. 543-C do CPC, decidiu que no período compreendido entre 06.03.1997 e 18.11.2003, considera-se especial a atividade com exposição a ruído superior a 90 dB, nos termos do Anexo IV do Decreto 2.172/97 e do Anexo IV do Decreto 3.048/1999, não sendo possível a aplicação retroativa do Decreto 4.882/2003, que reduziu o nível para 85 dB (REsp 1398260/PR, Relator Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, j. 14/05/2014, DJe 05/12/2014).

Por conseguinte, em consonância com o decidido pelo C. STJ, é de ser admitida como especial a atividade em que o segurado ficou exposto a ruídos superiores a 80 decibéis até 05/03/1997, e 90 decibéis no período entre 06/03/1997 e 18/11/2003 e, a partir de então até os dias atuais, em nível acima de 85 decibéis.

No que diz respeito ao uso de equipamento de proteção individual, insta observar que este não descaracteriza a natureza especial da atividade a ser considerada, uma vez que tal equipamento não elimina os agentes nocivos à saúde que atingem o segurado em seu ambiente de trabalho, mas somente reduz seus efeitos. Nesse sentido: TRF3, AMS 2006.61.26.003803-1, Relator Desembargador Federal Sergio Nascimento, 10ª Turma, DJF3 04/03/2009, p. 990; APELREE 2009.61.26.009886-5, Relatora Desembargadora Federal Leide Pólo, 7ª Turma, DJF 29/05/09, p. 391.

Ainda que o laudo consigne a eliminação total dos agentes nocivos, é firme o entendimento desta Corte no sentido da impossibilidade de se garantir que tais equipamentos tenham sido utilizados durante todo o tempo em que executado o

serviço, especialmente quando seu uso somente tornou-se obrigatório com a Lei 9732/98.

Igualmente nesse sentido:

“A menção nos laudos técnicos periciais, por si só, do fornecimento de EPI e sua recomendação, não tem o condão de afastar os danos inerentes à ocupação. É que tal exigência só se tornou efetiva em 11 de dezembro de 1998, com a entrada em vigor da Lei nº 9.732, que alterou a redação do artigo 58 da Lei nº 8.213/91. Ademais, é pacífico o entendimento de que a simples referência aos EPI’s não elide o enquadramento da ocupação como especial, já que não se garante sua utilização por todo o período abrangido, principalmente levando-se em consideração que o lapso temporal em questões como a presente envolve décadas e a fiscalização, à época, nem sempre demonstrou-se efetiva, não se permitindo concluir que a medida protetória permite eliminar a insalubridade”.

(TRF3, AI 2005.03.00.082880-0, 8ª Turma, Juíza Convocada Márcia Hoffmann, DJF3 CJ1 19/05/2011, p: 1519).

Por demais, em julgamento proferido pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, em tema com repercussão geral reconhecido pelo plenário virtual no ARE 664335/SC, restou decidido que o uso do equipamento de proteção individual - EPI, pode ser insuficiente para neutralizar completamente a nocividade a que o trabalhador esteja submetido.

A propósito, transcrevo os seguintes tópicos da ementa:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO CONSTITUCIONAL PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL. ART. 201, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. REQUISITOS DE CARACTERIZAÇÃO. TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO SOB CONDIÇÕES NOCIVAS. FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTO DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL - EPI. TEMA COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA PELO PLENÁRIO VIRTUAL. EFETIVA EXPOSIÇÃO A AGENTES NOCIVOS À SAÚDE. NEUTRALIZAÇÃO DA RELAÇÃO NOCIVA ENTRE O AGENTE INSALUBRE E O TRABALHADOR. COMPROVAÇÃO NO PERFIL PROFISSIONAL PREVIDENCIÁRIO PPP OU SIMILAR. NÃO CARACTERIZAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS HÁBEIS À CONCESSÃO DE APOSENTADORIA ESPECIAL. CASO CONCRETO. AGENTE NOCIVO RUÍDO. UTILIZAÇÃO DE EPI. EFICÁCIA. REDUÇÃO DA NOCIVIDADE. CENÁRIO ATUAL. IMPOSSIBILIDADE DE NEUTRALIZAÇÃO. NÃO DESCARACTERIZAÇÃO DAS CONDIÇÕES PREJUDICIAIS. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DEVIDO. AGRAVO CONHECIDO PARA NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. (...)

11. A Administração poderá, no exercício da fiscalização, aferir as informações prestadas pela empresa, sem prejuízo do inafastável judicial review. Em caso de divergência ou dúvida sobre a real eficácia do Equipamento de Proteção Individual, a premissa a nortear a Administração e o Judiciário é pelo reconhecimento do direito ao benefício da aposentadoria especial. Isto porque o uso de EPI, no caso concreto, pode não se afigurar suficiente para

descaracterizar completamente a relação nociva a que o empregado se submete.

12. *In casu*, tratando-se especificamente do agente nocivo ruído, desde que em limites acima do limite legal, constata-se que, apesar do uso de Equipamento de Proteção Individual (protetor auricular) reduzir a agressividade do ruído a um nível tolerável, até no mesmo patamar da normalidade, a potência do som em tais ambientes causa danos ao organismo que vão muito além daqueles relacionados à perda das funções auditivas. ...

13. Ainda que se pudesse aceitar que o problema causado pela exposição ao ruído relacionasse apenas à perda das funções auditivas, o que indubitavelmente não é o caso, é certo que não se pode garantir uma eficácia real na eliminação dos efeitos do agente nocivo ruído com a simples utilização de EPI, pois são inúmeros os fatores que influenciam na sua efetividade, dentro dos quais muitos são impassíveis de um controle efetivo, tanto pelas empresas, quanto pelos trabalhadores.

14. Desse modo, a segunda tese fixada neste Recurso Extraordinário é a seguinte: na hipótese de exposição do trabalhador a ruído acima dos limites legais de tolerância, a declaração do empregador, no âmbito do Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), no sentido da eficácia do Equipamento de Proteção Individual - EPI, não descaracteriza o tempo de serviço especial para aposentadoria.

15. Agravo conhecido para negar provimento ao Recurso Extraordinário.”

(ARE 664335/SC, Tribunal Pleno, Relator Ministro Luiz Fux, j. 04/12/2014, DJe-029 DIVULG 11-02-2015 Public 12-02-2015).

Quanto à possibilidade de conversão de atividade especial em comum, após 28/05/98, tem-se que, na conversão da Medida Provisória 1663-15 na Lei 9.711/98 o legislador não revogou o Art. 57, § 5º, da Lei 8213/91, porquanto suprimida sua parte final que fazia alusão à revogação. A exclusão foi intencional, deixando-se claro na Emenda Constitucional n.º 20/98, em seu artigo 15, que devem permanecer inalterados os Arts. 57 e 58 da Lei 8.213/91 até que lei complementar defina a matéria.

O E. STJ modificou sua jurisprudência e passou a adotar o posicionamento supra, conforme ementa *in verbis*:

“PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. JULGAMENTO EXTRA PETITA E REFORMATIO IN PEJUS. NÃO CONFIGURADOS. APOSENTADORIA PROPORCIONAL. SERVIÇO PRESTADO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS. CONVERSÃO EM TEMPO COMUM. POSSIBILIDADE.

1. Os pleitos previdenciários possuem relevante valor social de proteção ao Trabalhador Segurado da Previdência Social, sendo, portanto, julgados sob tal orientação exegética.

2. Tratando-se de correção de mero erro material do autor e não tendo sido alterada a natureza do pedido, resta afastada a configuração do julgamento extra petita.

3. Tendo o Tribunal *a quo* apenas adequado os cálculos do tempo de serviço laborado pelo autor aos termos da sentença, não há que se falar em *reformatio in pejus*, a ensejar a nulidade do julgado.

4. O Trabalhador que tenha exercido atividades em condições especiais, mesmo que posteriores a maio de 1998, tem direito adquirido, protegido constitucionalmente, à conversão do tempo de serviço, de forma majorada, para fins de aposentadoria comum.

5. Recurso Especial improvido.”

(REsp 956110/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 29/08/2007, DJ 22/10/2007, p. 367).

Na conversão do tempo de atividade especial em tempo comum, para fins de aposentadoria por tempo de contribuição, deve ser efetuado o fator de 1,4, para o homem, e 1,2, para a mulher (Decreto 611/92), vigente à época do implemento das condições para a aposentadoria.

Importa mencionar que a necessidade de comprovação de trabalho “não ocasional nem intermitente, em condições especiais” passou a ser exigida apenas a partir de 29/4/1995, data em que foi publicada a Lei 9.032/95, que alterou a redação do Art. 57, § 3º, da lei 8.213/91, não podendo, portanto, incidir sobre períodos pretéritos. Nesse sentido: TRF3, APELREE 2000.61.02.010393-2, Relator Desembargador Federal Walter do Amaral, 10ª Turma, DJF3 30/6/2010, p. 798 e APELREE 2003.61.83.004945-0, Relator Desembargador Federal Marianina Galante, 8ª Turma, DJF3 22/9/2010, p. 445.

No mesmo sentido colaciono o seguinte julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

“AGRAVO REGIMENTAL. APOSENTADORIA ESPECIAL. EXPOSIÇÃO HABITUAL E PERMANENTE A AGENTES NOCIVOS EXIGIDA SOMENTE A PARTIR DA EDIÇÃO DA LEI N. 9.032/95. EXPOSIÇÃO EFETIVA AO AGENTE DANOSO. SÚMULA 7/STJ.

1. A alegação recursal de que a exposição permanente ao agente nocivo existe desde o Decreto 53.831/64 contrapõe-se à jurisprudência do STJ no sentido de que “somente após a entrada em vigor da Lei n.º 9.032/95 passou a ser exigida, para a conversão do tempo especial em comum, a comprovação de que a atividade laboral tenha se dado sob a exposição a fatores insalubres de forma habitual e permanente” (AgRg no REsp 1.142.056/RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 20/9/2012, DJe 26/9/2012).

2. Segundo se extrai do voto condutor, o exercício da atividade especial ficou provado e, desse modo, rever a conclusão das instâncias de origem no sentido de que o autor estava exposto de modo habitual e permanente a condições perigosas não é possível sem demandar o reexame do acervo fático-probatório dos autos, o que é inviável em recurso especial, sob pena de afronta ao óbice contido na Súmula 7 do STJ.

Agravo regimental improvido.”

(STJ, AgRg no AREsp 547.559/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 23/09/2014, DJe 06/10/2014)

O reconhecimento da contagem de tempo especial não destoa do entendimento adotado pela Corte Suprema, pois não determina que o benefício seja calculado de acordo com normas pertencentes a regimes jurídicos diversos,

mas, apenas, que é dever do INSS conceder ao segurado o benefício que lhe for mais favorável, efetuando o cálculo da renda mensal inicial, desde que presentes todos os requisitos exigidos, de acordo com a legislação vigente até a data da EC 20/98, até a edição da Lei nº 9876/99 e até a DER (STF, RE 575089/RS, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, publicado em 24/10/2008).

Tecidas essas considerações gerais a respeito da matéria, passo a análise da documentação do caso em tela.

Assim fazendo, verifico que a parte autora comprovou que exerceu atividade especial nos períodos reconhecidos pela r. sentença e por ela não impugnados, de:

- 07/10/1985 a 30/09/1987, no cargo de médica, na empregadora Clínica Beneficente Guanabara Ltda, conforme registro na CTPS, exposta aos agentes nocivos por enquadramento da atividade contemplada nos itens 1.3.2 e 2.1.3, do Decreto 53.831/64 e 2.1.3, anexo II, do Decreto 83.080/79;

- 01/10/1987 a 30/06/1990, no cargo de médica, na empregadora ESHO – Empresa de Serviços Hospitalares Ltda, conforme registro na CTPS, exposta aos agentes nocivos por enquadramento da atividade contemplada nos itens 1.3.2 e 2.1.3, do Decreto 53.831/64 e 2.1.3, anexo II, do Decreto 83.080/79;

- 01/04/1990 a 30/03/1991, no cargo de médica, no empregador Instituto de Reabilitação Santo Inácio de Loiola, conforme registro na CTPS, exposta aos agentes nocivos por enquadramento da atividade contemplada nos itens 1.3.2 e 2.1.3, do Decreto 53.831/64 e 2.1.3, anexo II, do Decreto 83.080/79;

- 01/06/1991 a 17/12/1993, no cargo de médica, na empregadora APAE – Associação de Paes e Amigos dos Excepcionais de São José dos Campos, conforme registro na CTPS, exposta aos agentes nocivos por enquadramento da atividade contemplada nos itens 1.3.2 e 2.1.3, do Decreto 53.831/64 e 2.1.3, anexo II, do Decreto 83.080/79;

- 01/02/1994 a 01/02/1995, no cargo de médica, na Prefeitura do Município de Cambé, conforme registro na CTPS, exposta aos agentes nocivos por enquadramento da atividade contemplada nos itens 1.3.2 e 2.1.3, do Decreto 53.831/64 e 2.1.3, anexo II, do Decreto 83.080/79.

Portanto, o tempo total de serviço com vinculação ao regime geral da previdência social – RGPS, comprovado nos autos, contado de forma não concomitante até a DER em 11/01/2019, alcança os 30 anos, suficiente para a aposentadoria integral por tempo de contribuição pelo INSS.

Cumprando esclarecer que a certidão nº 013/2019/DDB, emitida aos 20/09/2019 pelo Instituto de Previdência do Município de Jacareí, relata que para a aposentadoria integral concedida em regime próprio, foram utilizados os tempos de contribuição dos seguintes vínculos: Prefeitura da cidade do Rio de Janeiro – 05 anos, 11 meses e 11 dias; Prefeitura de Cambé – 08 meses e 15 dias; INSS – 10 meses; e, Prefeitura de Jacareí – sendo 02 anos, 01 mês e 26 dias (INSS) e 20 anos, 05 meses e 22 dias (Estatutária) (ID 146976417).

Bem como, conforme anotação na pág. 45 da CTPS emitida em 01/09/1992, consta que o vínculo registrado com início em 08/04/1989, na Prefeitura de São José dos Campos, foi transformado em estatutário (ID 146976415).

O próprio CNIS assenta para este trabalho no Município de São José dos Campos, com início em 08/04/1989, o indicador “PRPPS - Vínculo de empregado com informações de Regime Próprio (Servidor Público)”, assim como o recibo de pagamento de salário do mês de novembro de 2019, também comprova a retenção da contribuição previdenciária para o Instituto de Previdência do Município – IPSM (ID 146976416).

Assim, o tempo de serviço aproveitado nestes autos, para a percepção da aposentadoria integral por tempo de contribuição pelo INSS, apurado até a DER em 11/01/2019, exclui aqueles aproveitados no regime próprio do Município de Jacareí/SP, e também o tempo de serviço para o Município de São José dos Campos/SP.

De sua vez, a autora, nascida aos 14/12/1959, na data da entrada do requerimento administrativo, contava com 59 anos de idade, que somado aos 30 anos de serviço contados neste processo, ultrapassa os 86 pontos para que a aposentadoria seja calculada na forma do Art. 29-C, da Lei 8.213/91.

No mais, o tempo de serviço com vínculo empregatício anotado na CTPS, pela Prefeitura de São José dos Campos, com admissão em 08/04/1989, deverá integrar a certidão de tempo de contribuição – CTC do INSS, para ser aproveitado no regime dos servidores de São José dos Campos no qual a autora permanece vinculada, em consonância com o Art. 94, da Lei 8.213/91.

Destarte, a r. sentença é de ser mantida quanto à matéria de fundo, devendo o réu averbar como trabalhados em condições especiais os períodos de 07/10/1985 a 30/09/1987, 01/10/1987 a 30/06/1990, 01/04/1990 a 30/03/1991, 01/06/1991 a 17/12/1993 e 01/02/1994 a 01/02/1995, com o acréscimo da conversão em tempo comum, conceder o benefício de aposentadoria integral por tempo de contribuição, nos termos do Art. 29-C, da Lei 8.213/91, desde 11/01/2019, e pagar as parcelas vencidas, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de mora.

Aplica-se o disposto no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal no que tange aos índices de correção monetária e taxa de juros de mora.

Convém alertar que das prestações vencidas devem ser descontadas aquelas pagas administrativamente ou por força de liminar, e insuscetíveis de cumulação com o benefício concedido, na forma do Art. 124, da Lei nº 8.213/91; não podendo ser incluídos, no cálculo do valor do benefício, os períodos trabalhados, comuns ou especiais, após o termo inicial/data de início do benefício - DIB.

Os honorários advocatícios devem observar as disposições contidas no inciso II, do § 4º, do Art. 85, do CPC, e a Súmula 111, do e. STJ.

A autarquia previdenciária está isenta das custas e emolumentos, nos termos do Art. 4º, I, da Lei 9.289/96, do Art. 24-A da Lei 9.028/95, com a redação dada pelo Art. 3º da MP 2.180-35/01, e do Art. 8º, § 1º, da Lei 8.620/93.

Ante o exposto, dou parcial provimento à remessa oficial, havida como submetida, e à apelação e para adequar os consectários legais.

É o voto.

RECURSO INOMINADO CÍVEL 5010971-77.2021.4.03.6183

Recorrente: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Recorrido: ALISON DA ROCHA ALVES
Relator: JUIZ FEDERAL DOUGLAS CAMARINHA GONZALES
Data do julgamento: DJEN /02/2023

EMENTA

Dispensada a elaboração de ementa, nos termos do art. 46 da Lei nº 9.099/95.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sétima Turma decidiu, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso interposto pelo INSS em face da sentença que julgou procedente o pedido de concessão de salário-maternidade a adotante.

É a síntese do necessário.

VOTO

À vista da análise do presente feito, a sentença está irretocável. Portanto, deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos, nos termos do artigo 1º da Lei 10.259/2001, c.c. artigo 46 da Lei 9.099/95.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 749.963/RJ, reconheceu que este procedimento não afronta o artigo 93, IX, da Constituição Federal. Veja-se a transcrição da ementa:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA INDIRETA. JUIZADO ESPECIAL. DECISÃO TURMÁRIA QUE REMETE AOS FUNDAMENTOS DA SENTENÇA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA.

1. Não ofende o artigo 93, IX, da Constituição do Brasil a decisão tomada por turma recursal que confirma a sentença por seus próprios fundamentos nos termos do artigo 46 da Lei n. 9.099/95.

2. As alegações de desrespeito aos postulados da legalidade, do devido processo legal, da motivação dos atos decisórios, do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, se dependentes de reexame prévio de normas inferiores, podem configurar, quando muito, situações de ofensa meramente reflexa ao texto da Constituição. Agravo regimental a que se nega provimento.

(Relator: Ministro EROS GRAU. Segunda Turma. DJe: 24/9/2009).

Nessa senda, é válida a transcrição dos fundamentos da sentença:

“(…)

O benefício de salário-maternidade encontra-se previsto no artigo 71 da Lei nº 8.213/91, nos seguintes termos:

“Art. 71. O salário-maternidade é devido à segurada da Previdência Social, durante 120 (cento e vinte) dias, com início no período entre 28 (vinte e oito) dias antes do parto e a data de ocorrência deste, observadas as situações e condições previstas na legislação no que concerne à proteção à maternidade. (Redação dada pela Lei nº 10.710, de 5.8.2003)

O artigo 71-A, por sua vez, dispõe que:

“Ao segurado ou segurada da Previdência Social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança é devido salário-maternidade pelo período de 120 (cento e vinte) dias. (Redação dada pela Lei nº 12.873, de 2013)

§ 1º O salário-maternidade de que trata este artigo será pago diretamente pela Previdência Social. (Redação dada pela Lei nº 12.873, de 2013)

§ 2º Ressalvado o pagamento do salário-maternidade à mãe biológica e o disposto no art. 71-B, não poderá ser concedido o benefício a mais de um segurado, decorrente do mesmo processo de adoção ou guarda, ainda que os cônjuges ou companheiros estejam submetidos a Regime Próprio de Previdência Social. (Incluído pela Lei nº 12.873, de 2013).”

Segundo o artigo 71-C, “a percepção do salário-maternidade, inclusive o previsto no art. 71-B, está condicionada ao afastamento do segurado do trabalho ou da atividade desempenhada, sob pena de suspensão do benefício.

”

Portanto, extrai-se dos dispositivos em comento, que o direito à percepção do benefício é do segurado ou segurada que adotar ou obtiver guarda judicial, o qual será pago pela Previdência Social.

Destaca-se, entretanto que o benefício de salário-maternidade não será concedido ao segurado que estiver exercendo as suas atividades profissionais. A percepção do benefício está condicionada ao afastamento do trabalho.

Destarte a concessão do benefício está condicionada ao preenchimento dos seguintes requisitos: a) adoção, b) manutenção da qualidade de segurado, c) cumprimento da carência, nas hipóteses de contribuinte individual, facultativa e especial (art. 25, III, da Lei nº 8.213/91) e d) afastamento do trabalho.

O autor apresentou o termo de guarda do menor Gabriel Figueiredo, concedido em 11 de agosto de 2021- ID Num. 98564436 - Pág. 2. Na certidão

apresentada com o respectivo documento, foi certificado que a guarda é para fins de adoção.

O autor apresentou o termo de guarda do menor Luccas Figueiredo Cavalcante, concedido em 11 de agosto de 2021- ID Num. 98564436 - Pág. 3. Na certidão apresentada com o respectivo documento, foi certificado que a guarda é para fins de adoção.

A qualidade de segurado restou demonstrada, tendo em vista a existência de vínculo empregatício com o Centro Estadual de Educação Tecnológica Paula Souza, conforme extrato CNIS anexada aos autos (ID 98564445 – pg. 11).

A parte autora apresentou documento consistente em declaração emitida pelo Centro Paula Souza, informando a licença-maternidade da parte autora a partir de 11/08/2021 (ID Num. 98564433 - Pág. 1).

A decisão administrativa foi indeferida nos seguintes termos (ID Num. 257006207 - Pág. 29):

"3. Considerando que o requerente apresentou Termo de Guarda, no qual não consta que para fins de adoção, conforme previsto no artigo 93A e o disposto no § 2º do mesmo artigo do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto 3.048/99, bem como o disposto nos artigos 343 e 344 da IN 77/2015. 4. Além disso, trata-se de guarda de maior de 12 anos, portanto, sem previsão de pagamento de salário maternidade de acordo com artigo 93A do Regulamento aprovado pelo Decreto 3048/99."

O INSS alegou que, no presente caso, a prestação previdenciária é indevida, vez que existe previsão legal apenas para a adoção de crianças. Alegou que a Lei 8.213/91 estabelece que "Art. 71-A. Ao segurado ou segurada da Previdência Social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança é devido salário-maternidade pelo período de 120 (cento e vinte) dias." E, de acordo como ECA somente são consideradas crianças as pessoas até 12 anos de idade incompletos.

O INSS acrescenta que o menor, quando da adoção, tinha mais de 12 anos de idade. Assim, como não houve adoção de criança, o benefício de salário-maternidade é indevido.

Observe, contudo, que em 11/08/2021 foi concedida a guarda para fins de adoção dos menores Gabriel Figueiredo (com data e nascimento em 17/11/2007 – 13 anos) e Luccas Figueiredo Cavalcante (com data de nascimento em 10/03/2012 – 9 anos). Portanto, com relação a alegação do INSS quanto a idade inferior a 12 anos, constata-se que o menor Luccas contava com 09 anos na data em que foi concedida a guarda à parte autora.

Nesse sentido, colaciono o seguinte precedente:

"PODER JUDICIÁRIO Nº RELATOR: OUTROS PARTICIPANTES: PODER JUDICIÁRIOJUIZADO ESPECIAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO TURMAS RECURSAIS DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS DE SÃO PAULO RECURSO INOMINADO CÍVEL (460) Nº 0000253-92.2021.4.03.6317 RELATOR: 29º Juiz Federal da 10ª TR SP RECORRENTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO RECORRIDO: CARLOS ANTONIO RODRIGUES VIEIRA Advogados do(a) RECORRIDO: GERALDO THOMAZ FERREIRA - SP125713-A, JULIANA GARCIA FERREIRA - SP212271-A OUTROS PARTICIPANTES: RELATÓRIO JUIZ FEDERAL CAIO MOYSÉS DE LIMA: Trata-se de ação movida por CARLOS ANTONIO RODRIGUES VIEIRA em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, que tem por objeto a concessão do benefício de salário-maternidade ao autor, em função da adoção do menor Fernando Henrique

Machado Cardoso, então com 12 anos de idade, cuja guarda foi concedida nos autos da ação nº 0024481-26.2020.8.26.0002, que tramitou perante a Vara da Infância e da Juventude do Foro Regional II - Santo Amaro, da Comarca de São Paulo/SP. Narra a inicial que a autora formulou requerimento de obtenção do benefício de salário-maternidade em 03/12/2020, o qual foi indeferido pela justificativa de que o adotado tinha idade igual ou superior a oito anos na data do fato gerador. Alega, em síntese, ser inconstitucional o disposto no art. 93-A do Decreto nº 3.048/999, com a redação dada pelo Decreto nº 10.410/2020, que condiciona o pagamento do benefício à idade da criança ou adolescente adotado, visto que tais regramentos ferem o direito constitucional à igualdade entre os filhos biológicos e adotivos. Afirma, ainda, que a referida regra representa um grave prejuízo ao sistema brasileiro de adoção. A sentença julgou procedente o pedido formulado na inicial para: a) declarar incidentalmente a inconstitucionalidade da limitação etária insculpida no art. 71-A da Lei n. 8.213/1991 e no art. 93-A do Decreto n. 3.048/1999, que apenas admite a concessão do benefício previdenciário de salário-maternidade na hipótese de o segurado(a) adotar menor de idade qualificado(a) como criança (pessoa até 12 anos de idade incompletos) e, por conseguinte, impede a concessão do citado benefício quando o(a) adotado(a) menor for qualificado(a) como adolescente (pessoa entre 12 e 18 anos de idade incompletos), por violação ao art. 5º, *caput* e inciso LIV, e ao art. 227, *caput* e § 6º, da Constituição Federal; b) condenar o INSS à concessão do benefício previdenciário de salário-maternidade (art. 71-A da Lei n. 8.213/1991), em favor do autor, em razão da obtenção, em 16.11.2020, da guarda para fins de adoção, concedida nos autos do Processo n. 0024481-26.2020.8.26.0002 da Vara da Infância e da Juventude do Foro Regional II - Santo Amaro, da Comarca de São Paulo - SP, fixando a data de início do benefício (DIB) em 16.11.2020; c) ratificar a tutela de urgência concedida em caráter liminar, convolvendo a tutela provisória em definitiva, deixando, contudo, de condenar a autarquia previdenciária ao pagamento de valores na via judicial (RPV ou Precatório), tendo em vista que, devido à implantação do benefício em cumprimento à decisão liminar, todas as parcelas do salário-maternidade foram solvidas na via administrativa (anexos n. 52/53). O INSS recorreu, sustentando, em síntese, que é indevida a concessão do benefício em função de o adotado ter mais de oito anos idade na data da adoção. Requereu, assim, a reforma da sentença para que o pedido formulado na inicial fosse julgado improcedente. Esta Turma Recursal negou provimento ao recurso da parte ré. O INSS opôs embargos de declaração, sustentando que houve omissão do julgado, visto que é vedada a concessão do benefício de salário-maternidade para o adotante de criança com mais de oito anos de idade na data da adoção, conforme previsão do art. 344 da Instrução Normativa nº 77, de 21/01/2015. Aduz, ainda, que os presentes embargos são opostos também para fins de prequestionamento. É o relatório. PODER JUDICIÁRIO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO TURMAS RECURSAIS DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS DE SÃO PAULO RECURSO INOMINADO CÍVEL (460) Nº 0000253-92.2021.4.03.6317 RELATOR: 29º Juiz Federal da 10ª TR SP RECORRENTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO RECORRIDO: CARLOS ANTONIO RODRIGUES VIEIRA Advogados do(a) RECORRIDO: GERALDO THOMAZ FERREIRA - SP125713-A, JULIANA GARCIA FERREIRA - SP212271-A OUTROS PARTICIPANTES: VOTO JUIZ FEDERAL

CAIO MOYSÉS DE LIMA (RELATOR): Não vislumbro qualquer vício a ser sanado no aresto. Todas as questões relevantes para a solução da lide foram tratadas de forma clara e fundamentada, estando o juízo obrigado a mencionar tão somente seus elementos de convicção, conforme resulta da dicção expressa do art. 38 da Lei nº 9.099/95. Diante do exposto, voto por rejeitar os embargos. E M E N T A Dispensada a ementa, nos termos do art. 46 da Lei nº 9.099/95, combinado com o art. 1º da Lei nº 10.259/2001. ACÓRDÃO Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Décima Turma Recursal do Juizado Especial Federal da Terceira Região, Seção Judiciária de São Paulo, por unanimidade, rejeitar os embargos da parte ré, nos termos do voto do Juiz Federal Relator, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. (0000253-92.2021.4.03.6317-RECURSO INOMINADO CÍVEL ..SIGLA_CLASSE: RecInoCivRelator Juiz Federal CAIO MOYSES DE LIMA - TRF - TERCEIRA REGIÃO - 10ª Turma Recursal da Seção Judiciária de São Paulo – Data da publicação - 23/03/2022)

Com efeito, com relação à guarda/adoção, ressalto o disposto pelo art. 227, da Constituição Federal, que assegura a proteção à convivência familiar e comunitária, *in verbis*:

“Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)”.

Ressalto que o salário-maternidade, tem o escopo de promover a convivência do adotado com a nova família, visando, desta forma, promover a proteção à entidade familiar.

A finalidade da norma é o amparo ao menor, de modo que seja viabilizado o acompanhamento dos pais aos filhos, na fase de adaptação ao núcleo familiar. Portanto, com relação ao menor Gabriel, não constato impedimento ao recebimento do benefício pela parte autora, conforme precedente que segue:

“RECURSO INOMINADO. PREVIDENCIÁRIO. SALÁRIO-MATERNIDADE. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO EM CASO DE ADOÇÃO DE MAIOR DE 12 ANOS. IMPOSSIBILIDADE DE DISTINÇÃO ENTRE ADOTANTES DE CRIANÇAS E DE ADOLESCENTES. MELHOR INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 71-A DA LEI 8.213/91. PROTEÇÃO ESPECIAL DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE. 1. O benefício de salário-maternidade é devido também ao adotante de pessoa com mais de 12 (doze) anos, uma vez que o Estatuto da Criança e do Adolescente distingue crianças de adolescentes apenas para fins de adequar medidas protetivas, não para restringir direitos. 2. A melhor interpretação do artigo 71-A da Lei 8.213/91 concede o benefício, indistintamente, à adoção ou à obtenção de guarda judicial, tanto de criança com menos de 12 anos quanto do adolescente com mais de 12 anos, diante da proteção especial que a Constituição Federal concede a tais pessoas. 3. Recurso Inominado Improvido. ACORDAM os Juízes da 2ª Turma Recursal de Santa Catarina, por unanimidade, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO, nos termos do voto do(a) Relator(a) (5001217-40.2017.4.04.7213 - RECURSO CÍVEL – Rel. ERIKA GIOVANINI REUPKE - JEF - QUARTA REGIÃO - SEGUNDA TURMA RECURSAL DE SC – Data - 24/01/2018)

Desta forma, entendo fazer jus a parte autora ao pagamento do benefício. (...).”.

Deveras, a r. sentença expressa com senso jurídico-constitucional a necessidade de se conferir tratamento equânime e não discriminatório ao menor adotado, seja essa criança ou adolescente, pois fiel aos valores e preceitos constitucionais que amparam interpretação condizente de proteção e integridade aos menores voltados para a adoção.

Registre-se, ainda, que a adoção em pauta engloba duas pessoas, uma criança de 9 anos e um menor de 13 anos à época da adoção, de sorte que independentemente da interpretação integrativa ao menor, justifica-se a concessão do benefício de auxílio-maternidade.

Por oportuno, merece expressão jurídico-valorativa a integridade de equivalência toda forma de adoção de menores de idade – entre crianças e adolescentes – até como imperativo normativo equitativo expresso no §6º do art. 227 da Constituição Federal, pois explicita régua uniforme de interpretação legal à Administração, ao Legislador e a própria sociedade:

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

O próprio *caput* expressa o dever do Estado e da sociedade de buscar colocar os menores em convivência familiar e comunitária, e a salvo de qualquer forma de discriminação ou negligência. E, como é sabido, a adoção é uma forma maravilhosa de concretude desses deveres, de sorte que não merece distinção discriminatória para o adolescente, sobretudo porque a esses tem-se mostrado muito menor a chance de adoção na sociedade há muitas décadas.

Em outros termos, o adolescente que se encontra despido de integração familiar é o que tem menos chances estatísticas de ser adotado, frente aos recém-nascidos e as crianças, de sorte que vige essa constatação estatística (um discrimine social), situação que seria piorada pela discriminação de vantagens ao adotante de um adolescente, caso se reconheça constitucionalidade em norma que afaste o benefício do salário-maternidade ao adolescente.

Nesse sentir, nota-se imprescindível firmar tratamento equânimes entre esses, em prol de um sentimento de igualdade material de tratamento aos menores, gênese do comando constitucional expresso no art. 227, da Constituição.

Diversas vezes, o STF já sinalizou interpretação constitucional que amplie a igualdade entre homens e mulheres, até como forma de firmar uma sociedade emancipatória, de sorte que agasalhou a necessidade se imputar à Previdência Social, do salário-maternidade, sob pena de se implantar possível tratamento discriminatório em desfavor da contratação de mulheres que teriam direito ao benefício (caso engravidassem), quando era custeado somente pelo empregador,

sem qualquer abatimento em guias de contribuição – decisão tomada no Recurso Extraordinário RE 576967.

Nesses termos, tem-se como imperativo constitucional conferir ao art. 71-A da Lei 8.213, interpretação conforme a Constituição, conforme o art. 227, para amparar igualdade de direitos entre adotantes de criança ou adolescente; como tal, resta devido o benefício.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso do INSS para manter a sentença.

Condeno o INSS ao pagamento de honorários advocatícios, os quais fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, limitados ao teto do Juizado Especial Federal.

É o voto.

APELAÇÃO CÍVEL **5003029-89.2021.4.03.9999**

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: CARLOS ALBERTO CAMPOS
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO DENILSON BRANCO
Disponibilização do Acórdão: DJEN 26/05/2023

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APELAÇÃO. REMESSA NECESSÁRIA. ATIVIDADE ESPECIAL. TRABALHADOR DA AGROPECUÁRIA: AUSÊNCIA DE ESPECIALIDADE. NÃO IMPLEMENTAÇÃO DOS REQUISITOS. APELAÇÃO DO INSS PROVIDA

1. Valor da condenação inferior a 1000 salários mínimos. Remessa oficial descabida. Preliminar rejeitada.
2. É plenamente possível a antecipação dos efeitos da tutela contra a Fazenda Pública nas causas de natureza previdenciária e assistencial. Apelação dotada apenas de efeito devolutivo.
3. O STJ, no RE 1352721/SP, decidiu que nos processos em que se pleiteia a concessão de aposentadoria, a ausência de prova material apta a comprovar o exercício da atividade rural caracteriza carência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido do processo a ensejar a extinção da ação sem exame do mérito.
4. São requisitos para a concessão da aposentadoria por tempo de contribuição, de acordo com os arts. 52 e 142 da Lei 8.213/91, a carência e o recolhimento de contribuições, ressaltando-se que o tempo de serviço prestado anteriormente à Emenda Constitucional 20/98 equivale a tempo de contribuição, a teor do seu art. 4º.
5. Deve ser observada a legislação vigente à época da prestação do trabalho para o reconhecimento da natureza da atividade exercida pelo segurado e os meios de sua demonstração.
6. A especialidade do tempo de trabalho é reconhecida por mero enquadramento legal da atividade profissional (até 28/04/95), por meio da confecção de informativos ou formulários (no período de 29/04/95 a 10/12/97) e via laudo técnico ou Perfil Profissiográfico Previdenciário (a partir de 11/12/97).
7. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do PUIL 452/PE, de relatoria do Ministro HERMAN BENJAMIN, DJe 14/06/2019, firmou entendimento segundo o qual o trabalhador rural (seja empregado rural ou empregado especial) que não demonstre o exercício de seu labor na agropecuária, nos termos do enquadramento

por categoria profissional vigente até a edição da Lei nº 8.032/1995, não possui o direito subjetivo à conversão ou contagem como tempo especial para fins de aposentadoria por tempo de serviço/contribuição ou aposentadoria especial. Isso porque o trabalhador rural, antes da Lei nº 8213/91 não era obrigado a recolher contribuições, eis que era beneficiário do PRORURAL, regido pelas Leis Complementares 11/71 e 16/73, com plano limitado de cobertura social ao dos trabalhadores urbanos.

8. Ressalte-se que a Lei nº 3.807/60 (Lei Orgânica da Previdência) excluía os trabalhadores rurais do regime geral de previdência (artigo 3º, II), o que foi mantido pelas legislações posteriores. Com efeito, o rurícola não tinha direito à aposentadoria por tempo de serviço, ficando restrito à aposentadoria por idade ou invalidez, sem possibilidade de contagem recíproca com o sistema urbano. Com o advento da Constituição da República de 1988, e consequentemente Leis nº 8.212/91 e 8.213/91, o trabalhador rural foi integrado ao sistema previdenciário geral, com direitos e obrigações dos empregados do setor urbano, como segurado obrigatório.

9. Nesse passo, o Decreto nº 53.831/64, código 2.2.1, relacionou os serviços/atividades profissionais dos trabalhadores na agropecuária, com campo de aplicação agricultura, como insalubres. Assim, não é possível estender a toda e qualquer atividade no campo, pois cada qual está sujeita a regime próprio.

10. A categoria profissional a que se refere o Decreto restringia-se aos trabalhadores que, mesmo exercendo atividades tipicamente rurais, estavam vinculados ao regime urbano, como os empregados de empresa agroindustrial ou agrocomercial.

11. Portanto, se o trabalhador, registrado como empregado no setor agroindustrial, exercia atividade essencialmente rural, em empresa não incluída no regime urbano, na forma do Decreto-lei nº 704/69, não tem direito à contagem do respectivo tempo como especial, porque não efetuou as contribuições necessárias à proteção respectiva, nem eram devidas pelo empregador, ausente o custeio indispensável a cobertura. Consequentemente, o período em análise é comum.

12. O autor não cumpriu o requisito temporal, não fazendo jus à aposentadoria por tempo de serviço integral.

13. Condeno a parte autora no pagamento dos honorários advocatícios, que fixo em 10% (dez por cento). No que tange à base de cálculo e considerando a questão submetida a julgamento no Tema n. 1.105 do C. STJ - Definição acerca da incidência, ou não, da Súmula 111/STJ, ou mesmo quanto à necessidade de seu cancelamento, após a vigência do CPC/2015 (art. 85), no que tange à fixação de honorários advocatícios nas ações previdenciárias - postergo sua fixação para a ocasião do cumprimento de sentença, observadas as

normas do artigo 85, §§ 3º, 4º, III, 5º, 11, do CPC/2015 e o regime jurídico da assistência judiciária gratuita.

14. Apelação do INSS provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, prosseguindo no julgamento, a Oitava Turma, por unanimidade, decidiu rejeitar as preliminares e, por maioria, decidiu dar provimento à apelação do INSS, nos termos do voto do Relator, com quem votaram os Desembargadores Federais Therezinha Cazerta e Herbert de Bruyn e a Juíza Federal Convocada Audrey Gasparini, vencido, parcialmente, o Desembargador Federal Toru Yamamoto, que lhe dava parcial provimento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

O EXCELENTÍSSIMO JUIZ FEDERAL CONVOCADO DENILSON BRANCO, RELATOR: Trata-se de ação ordinária em que se objetiva a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço mediante o reconhecimento do labor rural, bem como de período trabalhado em atividades especiais, sua conversão em tempo comum e cômputo aos demais períodos de trabalho urbano.

A sentença julgou procedente o pedido para reconhecer como laborado(s) em atividade(s) especial(ais) o(s) período(s) de 01/09/1986 a 28/04/1995, determinando ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS a concessão da aposentadoria por tempo de serviço integral, com DIB em 17/10/2018, condenando-o, em consequência, ao pagamento das parcelas em atraso, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de mora, pela Lei nº 11.960/09 e IPCA-E. Condenou o réu, também, ao pagamento de honorários de advogado, fixados em 10% (dez por cento) do valor da causa.

Dispensado o reexame necessário, nos termos do § 3º / 4º do artigo 496 do Código de Processo Civil/2015.

Apela o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, alegando, preliminarmente, a necessidade do reexame necessário e o recebimento do recurso no efeito suspensivo extraordinário. No mérito, alega que o autor não comprovou o exercício de atividade especial, sendo insuficiente o conjunto probatório produzido. Subsidiariamente, requer a reforma da sentença para a redução do montante arbitrado a título de honorários advocatícios.

Com contrarrazões.

É o relatório.

VOTO

O EXCELENTÍSSIMO JUIZ FEDERAL CONVOCADO DENILSON BRANCO, RELATOR:

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do(s) recurso(s) de apelação.

Embora não seja possível, de plano, aferir-se o valor exato da condenação, pode-se concluir, pelo termo inicial do benefício, seu valor aproximado e a data da sentença, que o valor total da condenação será inferior à importância de 1.000 (mil) salários mínimos estabelecida no inciso I do §3º do art. 496 do CPC/15.

Afinal, o valor que superaria a remessa oficial é equivalente a 14 anos de benefícios calculados no valor máximo, o que certamente não será o caso dos autos.

Assim, é nítida a inadmissibilidade, na hipótese em tela, da remessa necessária. Preliminar rejeitada.

Rejeito a preliminar aventada pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, posto que é plenamente possível a antecipação dos efeitos da tutela contra a Fazenda Pública nas causas de natureza previdenciária e assistencial. Precedentes (STF, Rcl 1067 / RS, Tribunal Pleno, Relatora Min. Ellen Gracie, j. 05/9/2002, v.u., DJ 14/02/2003, p. 60; STJ, RESP 539621, Sexta Turma, Relator Min. Hamilton Carvalhido, j. 26/5/2004, v.u., DJ 02/8/2004, p. 592)

Nos termos do artigo 300 do Código de Processo Civil/2015, vigente à época da sentença, o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que evidenciada a prova do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

No caso, conforme avaliação do Juízo *a quo*, restaram configurados os requisitos autorizadores da concessão do benefício, pelo que mantenho seus efeitos.

Passo ao exame do mérito.

Aposentadoria por tempo de serviço/contribuição – requisitos

A aposentadoria por tempo de serviço, atualmente denominada aposentadoria por tempo de contribuição, admitia a forma proporcional e a integral antes do advento da Emenda Constitucional 20/98, fazendo jus à sua percepção aqueles que comprovem tempo de serviço (25 anos para a mulher e 30 anos para o homem na forma proporcional, 30 anos para a mulher e 35 anos para o homem na forma integral) desenvolvido totalmente sob a égide do ordenamento anterior, respeitando-se, assim, o direito adquirido.

Aqueles segurados que já estavam no sistema e não preencheram o requisito temporal à época da Emenda Constitucional 20 de 15 de dezembro de

1998, fazem jus à aposentadoria por tempo de serviço proporcional desde que atendam às regras de transição expressas em seu art. 9º, caso em que se conjugam o requisito etário (48 anos de idade para a mulher e 53 anos de idade para o homem) e o requisito contributivo (pedágio de 40% de contribuições faltantes para completar 25 anos, no caso da mulher e para completar 30 anos, no caso do homem).

Assim, até a edição da EC 113/2019, eram requisitos para a concessão da aposentadoria por tempo de contribuição, de acordo com os arts. 52 e 142 da Lei 8.213/91, a carência e o recolhimento de contribuições (30 anos para a mulher e 35 anos para o homem), ressaltando-se que o tempo de serviço prestado anteriormente à referida Emenda equivale a tempo de contribuição, a teor do art. 4º da Emenda Constitucional 20/98.

Aposentadoria Especial

A aposentadoria por tempo de serviço especial teve assento primeiro no artigo 31 da Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960, Lei Orgânica da Previdência Social - LOPS, que estabeleceu que seria concedida ao segurado que, contando no mínimo 50 (cinquenta) anos de idade e 15 (quinze) anos de contribuições, tivesse trabalhado durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme a atividade profissional, em serviços que, para esse efeito, fossem considerados penosos, insalubres ou perigosos, por Decreto do Poder Executivo.

Prevê ainda o artigo 162 da LOPS o reconhecimento de atividade especial prestada em data anterior à sua edição, na hipótese de seu cômputo ser mais benéfico ao segurado.

Como assentado pelas Cortes Superiores “tal hipótese, apesar de similar, não se confunde com a questão da legislação aplicável ao caso de concessão de aposentadoria, tampouco com aquela que diz respeito à possibilidade de aplicação retroativa da lei nova que estabeleça restrição ao cômputo do tempo de serviço. (...) Interpretação diversa levaria à conclusão de que o segurado, sujeito a condições insalubres de trabalho, só teria direito à aposentadoria especial após 15, 20 e 25 anos de trabalho exercida depois da Lei nº 3.807/60, desconsiderando, portanto, todo o período de labor, também exercido em tal situação, porém em data anterior à lei de regência” (Ag Rg no REsp nº 1015694, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza Assis de Moura, DJe 01/02/2011)

Essa norma foi expressamente revogada pela Lei nº 5.890, de 8 de junho de 1973, que passou a discipliná-la no artigo 9º, alterando, em efeitos práticos, apenas o período de carência de 15 (quinze) anos para 5 (cinco) anos de contribuição, mantendo no mais a redação original.

Sobreveio, então, o Decreto nº 83.080, de 24 de janeiro de 1979, reclassificando as atividades profissionais segundo os agentes nocivos e os grupos profissionais tidos por perigosos, insalubres ou penosos, com os respectivos tempos mínimos de trabalho.

Importante ressaltar que os Decretos nºs. 53.831/64 e 83.080/79 tiveram vigências simultâneas, de modo que, conforme reiteradamente decidido pelo C.

STJ, havendo colisão entre as mencionadas normas, prevalece a mais favorável ao segurado. (REsp nº 412351, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 21/10/2003, DJ 17/11/2003, pág. 355).

As atividades insalubres previstas nas aludidas normas são meramente exemplificativas, podendo outras funções ser assim reconhecidas, desde que haja similitude em relação àquelas legalmente estatuídas ou, ainda, mediante laudo técnico-pericial demonstrativo da nocividade da ocupação exercida. Nesse sentido, o verbete 198 da Súmula do TFR.

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a matéria passou a ser prevista no inciso II do artigo 202 e disciplinada no artigo 57 da Lei nº 8.213/91, cuja redação original previa que o benefício de aposentadoria especial seria devido ao segurado que, após cumprir a carência exigida, tivesse trabalhado durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme a atividade profissional, sujeito a condições especiais que prejudicassem a saúde ou a integridade física, restando assegurada, ainda, a conversão do período trabalhado no exercício de atividades danosas em tempo de contribuição comum (§3º).

Em seguida, foi editada a Lei nº 9.032/95, alterando o artigo 57 da Lei nº 8.213/91, dispondo que a partir desse momento não basta mais o mero enquadramento da atividade exercida pelo segurado na categoria profissional considerada especial, passando a ser exigida a demonstração da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos, químicos, físicos e biológicos, que poderá se dar por meio da apresentação de informativos e formulários, tais como o SB-40 ou o DSS-8030.

Posteriormente, com a edição do Decreto n.º 2.172, de 05/03/1997, que estabeleceu requisitos mais rigorosos para a comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos, passou-se a exigir-se a apresentação de laudo técnico para a caracterização da condição especial da atividade exercida. Todavia, por se tratar de matéria reservada à lei, tal exigência apenas tem eficácia a partir da edição da Lei n.º 9.528, de 10/12/1997.

Cumprir observar que a Lei nº 9528/97 também passou a aceitar o Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP, documento que busca retratar as características de cada emprego do segurado, de forma a facilitar a futura concessão de aposentadoria especial. Assim, identificado no documento o perito responsável pela avaliação das condições de trabalho, é possível a sua utilização para comprovação da atividade especial em substituição ao laudo pericial.

Ressalto que no tocante ao reconhecimento da natureza da atividade exercida pelo segurado e à forma da sua demonstração, deve ser observada a legislação vigente à época da prestação do trabalho, conforme jurisprudência pacificada da matéria (STJ - Pet 9.194/PR, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 28/05/2014, DJe 03/06/2014).

Nos termos da Súmula nº 68 da TNU, "o laudo pericial não contemporâneo ao período trabalhado é apto à comprovação da atividade especial do segurado".

A extemporaneidade do documento comprobatório das condições especiais de trabalho não prejudica o seu reconhecimento como tal, “pois a situação em época remota era pior ou ao menos igual a constatada na data da elaboração do laudo, tendo em vista que as condições do ambiente de trabalho só melhoraram com a evolução tecnológica.” (Des. Fed. Fausto De Sanctis, AC nº 2012.61.04.004291-4, j. 07/05/2014); “inexiste exigência legal de contemporaneidade dos documentos técnicos que comprovam o exercício de labor especial” (8ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5008647-15.2021.4.03.6119, Rel. Desembargador Federal DAVID DINIZ DANTAS, julgado em 09/08/2022, DJEN DATA: 12/08/2022).

Conversão do tempo de serviço especial em comum

Deve ser afastada qualquer tese de limitação temporal de conversão de tempo de serviço especial em comum, seja em períodos anteriores à vigência da Lei nº 6.887, de 10/12/1980, ou posteriores a Lei nº 9.711, de 20/11/1998, permanecendo, assim, a possibilidade legal de conversão, inclusive para períodos posteriores a maio de 1998, uma vez que a norma prevista no artigo 57, § 5º, da Lei nº 8.213/91 permanece em vigor, tendo em vista que a revogação pretendida pela 15ª reedição da MP 1663 não foi mantida quando da conversão na Lei nº 9.711/98. Nesse sentido decidiu a Terceira Seção do STJ no Resp 1.151.363/MG, Relator Ministro Jorge Mussi, data do julgamento: 23/03/2011.

O Decreto nº 83.080/79 foi renovado pelo Decreto nº 3.048/99 e este, por sua vez, prevê expressamente em seu art. 70 e seguintes (na redação dada pelo Decreto nº 4.827/03), que os fatores de conversão (multiplicadores) nele especificados aplicam-se na conversão de tempo de atividade sob condições especiais em tempo de atividade comum ao trabalho prestado em qualquer período.

Fonte de custeio

Quanto à alegação de necessidade de prévio custeio, cumpre ressaltar inexistir vinculação do ato de reconhecimento de tempo de atividade perigosa/nociva ao eventual pagamento de encargos tributários com alíquotas diferenciadas, eis que os artigos 57 e 58 da Lei nº 8.213/91 não demandam tal exigência, que constituiria encargo para o empregador, não podendo o empregado ser por isso prejudicado. Assim já definiu o C. STF, ao apreciar o tema em repercussão geral ARE nº 664.335/SC, Rel. Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 09/12/2014, DJE 27/03/2015.

No mesmo sentido, cito precedentes desta E. 8ª Turma: ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5001606-29.2018.4.03.6110, Rel. Desembargador Federal DAVID DINIZ DANTAS, julgado em 02/12/2022, DJEN DATA: 06/12/2022; ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5014268-92.2021.4.03.6183, Rel. Desembargador Federal THEREZINHA ASTOLPHI CAZERTA, julgado em 30/11/2022, DJEN DATA: 05/12/2022.

Caso concreto - elementos probatórios

Atividade Especial

De início, verifica-se que a controvérsia cinge-se à especialidade das atividades trabalhadas no(s) período(s) de 01/09/1986 a 28/04/1995.

Neste período, o autor exerceu as funções de “trabalhador rural”, “campeiro”, “retireiro” e “peão/inseminador”.

A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do PUIL 452/PE, de relatoria do Ministro HERMAN BENJAMIN, DJe 14/06/2019, firmou entendimento segundo o qual o trabalhador rural (seja empregado rural ou empregado especial) que não demonstre o exercício de seu labor na agropecuária, nos termos do enquadramento por categoria profissional vigente até a edição da Lei nº 8.032/1995, não possui o direito subjetivo à conversão ou contagem como tempo especial para fins de aposentadoria por tempo de serviço/contribuição ou aposentadoria especial. Isso porque o trabalhador rural, antes da Lei nº 8.213/91 não era obrigado a recolher contribuições, eis que era beneficiário do PRORURAL, regido pelas Leis Complementares 11/71 e 16/73, com plano limitado de cobertura social ao dos trabalhadores urbanos.

Ressalte-se que a Lei nº 3.807/60 (Lei Orgânica da Previdência) excluía os trabalhadores rurais do regime geral de previdência (artigo 3º, II), o que foi mantido pelas legislações posteriores. Com efeito, o rurícola não tinha direito à aposentadoria por tempo de serviço, ficando restrito à aposentadoria por idade ou invalidez, sem possibilidade de contagem recíproca com o sistema urbano.

Com o advento da Constituição da República de 1988, e consequentemente Leis nº 8.212/91 e 8.213/91, o trabalhador rural foi integrado ao sistema previdenciário geral, com direitos e obrigações dos empregados do setor urbano, como segurado obrigatório.

Nesse passo, o Decreto nº 53.831/64, código 2.2.1, relacionou os serviços/atividades profissionais dos trabalhadores na agropecuária, com campo de aplicação agricultura, como insalubres.

Assim, não é possível estender a toda e qualquer atividade no campo, pois cada qual está sujeita a regime próprio.

A categoria profissional a que se refere o Decreto restringia-se aos trabalhadores que, mesmo exercendo atividades tipicamente rurais, estavam vinculados ao regime urbano, como os empregados de empresa agroindustrial ou agrocomercial.

Portanto, se o trabalhador, registrado como empregado no setor agroindustrial, exercia atividade essencialmente rural, em empresa não incluída no regime urbano, na forma do Decreto-lei nº 704/69, não tem direito à contagem do respectivo tempo como especial, porque não efetuou as contribuições necessárias à proteção respectiva, nem eram devidas pelo empregador, ausente o custeio indispensável a cobertura.

Nesse sentido:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. ATIVIDADE ESPECIAL. EMPREGADO RURAL. LAVOURA DA CANA-DE-AÇÚCAR. EQUIPARAÇÃO. CATEGORIA PROFISSIONAL. ATIVIDADE AGROPECUÁRIA. DECRETO 53.831/1964. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. Trata-se, na origem, de Ação de Concessão de Aposentadoria por Tempo de Contribuição em que a parte requerida pleiteia a conversão de tempo especial em comum de período em que trabalhou na Usina Bom Jesus (18.8.1975 a 27.4.1995) na lavoura da cana-de-açúcar como empregado rural.

2. O ponto controvertido da presente análise é se o trabalhador rural da lavoura da cana-de-açúcar empregado rural poderia ou não ser enquadrado na categoria profissional de trabalhador da agropecuária constante no item 2.2.1 do Decreto 53.831/1964 vigente à época da prestação dos serviços.

3. Está pacificado no STJ o entendimento de que a lei que rege o tempo de serviço é aquela vigente no momento da prestação do labor. Nessa mesma linha: REsp 1.151.363/MG, Rel. Ministro Jorge Mussi, Terceira Seção, DJe 5.4.2011; REsp 1.310.034/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 19.12.2012, ambos julgados sob o regime do art. 543-C do CPC (Tema 694 - REsp 1398260/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 5/12/2014).

4. O STJ possui precedentes no sentido de que o trabalhador rural (seja empregado rural ou segurado especial) que não demonstre o exercício de seu labor na agropecuária, nos termos do enquadramento por categoria profissional vigente até a edição da Lei 9.032/1995, não possui o direito subjetivo à conversão ou contagem como tempo especial para fins de aposentadoria por tempo de serviço/contribuição ou aposentadoria especial, respectivamente. A propósito: AgInt no AREsp 928.224/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 8/11/2016; AgInt no AREsp 860.631/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 16/6/2016; REsp 1.309.245/RS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 22/10/2015; AgRg no REsp 1.084.268/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 13/3/2013; AgRg no REsp 1.217.756/RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 26/9/2012; AgRg nos EDcl no AREsp 8.138/RS, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 9/11/2011; AgRg no REsp 1.208.587/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 13/10/2011; AgRg no REsp 909.036/SP, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, DJ 12/11/2007, p. 329; REsp 291.404/SP, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJ 2/8/2004, p. 576

5. Pedido de Uniformização de Jurisprudência de Lei procedente para não equiparar a categoria profissional de agropecuária à atividade exercida pelo empregado rural na lavoura da cana-de-açúcar.

(STJ – 1ª Seção – PUIL 452/PE, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIM – PRIMEIRA SEÇÃO - data de julgamento: 08/05/2019, DJe 14/06/2019)

Logo, o período em análise deverá ser considerado comum.

Desta forma, considerando o tempo de serviço rural dos autos, bem como o tempo comum com registro em CTPS/constante no CNIS, verifica-se que à época da data do requerimento administrativo/do ajuizamento da ação a parte autora

não havia preenchido o tempo de serviço necessário à concessão do benefício.

Sendo assim, verifica-se que o autor não ultrapassou os 35 anos exigidos para a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço integral, nos termos do art. 201, §7º, I, da Constituição da República, motivo pelo qual o pedido deve ser julgado improcedente.

Condeno a parte autora no pagamento dos honorários advocatícios, que fixo em 10% (dez por cento). No que tange à base de cálculo e considerando a questão submetida a julgamento no Tema n. 1.105 do C. STJ - Definição acerca da incidência, ou não, da Súmula 111/STJ, ou mesmo quanto à necessidade de seu cancelamento, após a vigência do CPC/2015 (art. 85), no que tange à fixação de honorários advocatícios nas ações previdenciárias - postergo sua fixação para a ocasião do cumprimento de sentença, observadas as normas do artigo 85, §§ 3º, 4º, III, 5º, 11, do CPC/2015 e o regime jurídico da assistência judiciária gratuita.

Ante o exposto, rejeito as preliminares e, no mérito, DOU PROVIMENTO à apelação do INSS, para afastar a especialidade do período entre 01/09/1986 a 28/04/1995, julgando improcedente o pedido de aposentadoria por tempo de contribuição.

É como voto.

DECLARAÇÃO DE VOTO

O EXMO. SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL TORU YAMAMOTO:

Trata-se de ação previdenciária ajuizada por CARLOS ROBERTO CAMPOS em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL-INSS, objetivando a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço, a partir do requerimento administrativo (17/10/2018) mediante o reconhecimento de atividade rural especial no período de 08/09/1986 a 28/04/1995.

A r. sentença (ID 186259246 – p. 25) julgou procedente o pedido para reconhecer a atividade rural especial no período suscitado e determinar a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço, a contar da data do requerimento administrativo, acrescido de juros e correção monetária. O INSS foi condenado, ainda, ao pagamento de honorários advocatícios arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

Apela a autarquia (ID 186259246 p. 40) sustentando, inicialmente, a ocorrência de prescrição quinquenal e requerendo a submissão do julgado ao reexame necessário. No mérito, sustenta que impossível a caracterização da especialidade por enquadramento da categoria profissional. Aduz que o autor não teria cumprido os requisitos necessários para concessão do benefício. Questiona os critérios de aplicação dos juros e correção monetária. Requer a isenção de custas e prequestiona a matéria para efeitos recursais.

Com as contrarrazões do autor (ID 186529246 –p. 79), subiram os autos a este E. Tribunal Regional Federal.

Recebido o feito nesta E. Corte, o E. Relator apresentou voto rejeitando as preliminares suscitadas e dando provimento ao recurso do INSS.

Acompanho o E. Relator quanto à rejeição das preliminares. Contudo, a despeito das bem lançadas razões, analisando o feito, entendo não assistir razão à Autarquia Federal ao arguir a não comprovação da especialidade das atividades exercidas pelo autor no período de 08/06/1986 a 28/04/1995 pelas razões adiante expostas.

A atividade especial somente pode ser considerada por presunção legal até 29/04/1995, ocasião em que os artigos 57 e 58 da Lei nº 8.213/91 foram alterados pela Lei nº 9.032/95. A partir de então, o reconhecimento da atividade especial apenas se dá caso seja demonstrada a exposição, de forma habitual e permanente, a agentes nocivos à saúde ou à integridade física, sendo que após 10/12/1997 – data da vigência da Lei nº 9.528/97 – passou a ser necessária a apresentação de laudo técnico para comprovação à exposição a agentes nocivos à saúde.

Cumprе observar, ainda, que por ocasião da conversão da Medida Provisória nº 1.663/98 na Lei nº 9.711/98, permaneceu em vigor o parágrafo 5º do artigo 57 da Lei nº 8.213/91, razão pela qual continua sendo plenamente possível a conversão do tempo trabalhado em condições especiais em tempo de serviço comum relativamente a qualquer período, incluindo o posterior a 28 de maio de 1998.

Neste sentido, é o atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

“PREVIDENCIÁRIO. RECONHECIMENTO DE ATIVIDADE ESPECIAL . TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL APÓS 1998. CÔMPUTO. MP N. 1663-15 CONVERTIDA NA LEI N. 9.711/1998. MANUTENÇÃO DA REGRA DE CONVERSÃO.

1. 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. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e desta Quinta Turma.

2. Agravo regimental improvido.”

(STJ, AgRg no Resp nº 1.127.806-PR, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 05/04/2010).

No presente caso, da análise dos documentos juntados aos autos e, de acordo com a legislação previdenciária vigente à época, a parte autora comprovou o exercício de atividades especiais no período de 08/06/1986 a 28/04/1995, vez que trabalhava em agropecuária, enquadrando-se no código 2.2.1 do Anexo III do Decreto nº 53.831/64, trabalhando, ainda, como motorista

de trator, enquadrando-se no código 2.4.4 do Anexo III do Decreto nº 53.831/64 e pelo código 2.4.2 do Anexo II do Decreto nº 83.080/79

Quanto à atividade de tratorista , colaciono jurisprudências desta E. Corte:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO INTERNO. JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. TEMPO ESPECIAL. TRATORISTA . ENQUADRAMENTO POR EQUIPARAÇÃO A ATIVIDADE PREVISTA NOS DECRETOS Nº 53.831/64 E 83.080/79. ROL EXEMPLIFICATIVO.

- Remansosa jurisprudência permite o enquadramento da atividade de tratorista como especial por aplicação analógica às atividades exercidas como motorista de caminhão. Decreto nº 53.831/64, anexo I, item 2.4.4 e Decreto nº 83.080/79, anexo I, itens 2.4.2 e 2.5.3.

- Rol de atividades/agentes considerados prejudiciais à saúde é meramente exemplificativo. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

- Aplicável a autorização legal de julgamento monocrático, prevista no artigo 557, §1º-A, do Código de Processo Civil, diante de jurisprudência dominante do STJ.

- Agravo ao qual se nega provimento.

(APELREEX 00172121520054039999, DESEMBARGADORA FEDERAL THEREZINHA CAZERTA, TRF3 - OITAVA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/10/2013 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. RECONHECIMENTO DE ATIVIDADE RURAL. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. PROVA TESTEMUNHAL. ATIVIDADE ESPECIAL. TRATORISTA . MOTORISTA. CONVERSÃO DE TEMPO ESPECIAL EM COMUM. REQUISITOS NÃO IMPLEMENTADOS ANTES DA EC N. 20/98. REQUISITO ETÁRIO NÃO CUMPRIDO.

- A lei previdenciária, ao exigir início razoável de prova material, não viola a legislação processual, pois o artigo 400 do Código de Processo Civil preceitua ser sempre válida a prova testemunhal, desde que a lei não disponha de forma diversa.

- Início de prova material, corroborado por prova testemunhal, enseja o reconhecimento do tempo laborado como trabalhador rural.

- A atividade rural desempenhada em data anterior a novembro de 1991 pode ser considerada para averbação do tempo de serviço, sem necessidade de recolhimento de contribuições previdenciárias, exceto para fins de carência.

- Aposentadoria especial é devida aos segurados que trabalhem sob efeito de agentes nocivos, em atividades penosas, insalubres ou perigosas.

- Para o trabalho exercido até o advento da Lei nº 9.032/95, bastava o enquadramento da atividade especial de acordo com a categoria profissional a que pertencia o trabalhador, segundo os agentes nocivos constantes nos róis dos Decretos nº 53.831/64 e 83.080/79, cuja relação é considerada como meramente exemplificativa.

- Com a promulgação da Lei nº 9.032/95 passou-se a exigir a efetiva exposição aos agentes nocivos, para fins de reconhecimento da agressividade da função, através de formulário específico, nos termos da lei.

- Somente após a edição da MP 1.523, de 11.10.1996, tornou-se legitimamente exigível a apresentação de laudo técnico a corroborar as informações constantes nos formulários SB 40 ou DSS 8030.
- Legislação aplicável à época em que foram prestadas as atividades, e não a do momento em que requerida a aposentadoria ou implementadas as condições legais necessárias.
- Conversão do tempo especial em comum. Possibilidade. Lei nº 6.887/80, mantida pela Lei nº 8.213/91 (art. 57, §5º), regulamentada pela Lei nº 9.711/98 e pelo Decreto nº 2.782/98. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.
- Possibilidade de reconhecer o caráter especial da atividade de tratorista no período de 01/01/1975 a 01/06/1986. Decreto nº 53.831/64, quadro anexo ao item 2.4.4 e Decreto nº 83.080/79, anexo I, itens 2.4.2 e 2.5.3.
- O Decreto nº 53.831/64, no código 2.4.4 do quadro anexo, e o Decreto nº 83.080/79, no código 2.4.2 do anexo II, caracterizam a categoria profissional de motorista de ônibus e de caminhões de carga como atividade especial, com campo de aplicação correspondente ao transporte urbano e rodoviário. Condições não comprovadas.
- Períodos trabalhados em atividades rural e especiais totalizando 27 anos, 01 mês e 03 dias até o advento da Emenda Constitucional nº 20/98.
- Possuindo menos de 30 anos de tempo de serviço até a entrada em vigor a Emenda Constitucional nº 20/98, necessária à submissão à regra de transição, a qual impõe limite de idade e cumprimento de pedágio exigido em seu artigo 9º, inciso I, e parágrafo 1º, letra b.
- Pedágio não cumprido. Benefício indeferido.
- Dada a sucumbência recíproca, cada parte pagará os honorários advocatícios de seus respectivos patronos e dividirá as custas processuais, respeitada a gratuidade conferida à autora e a isenção de que é beneficiário o réu.
- Apelação do INSS e remessa oficial parcialmente providas para restringir o reconhecimento da atividade rural aos períodos de 01/01/1966 a 31/12/1966 e 01/01/1970 a 31/12/1970, observando-se o parágrafo 2º, do artigo 55 c.c. artigo 39, incisos I e II, da Lei nº 8.213/91, deixando de conceder a aposentadoria por tempo de serviço. Apelação do autor a que se nega provimento. Fixada a sucumbência recíproca.
(APELREEX 00448250520084039999, JUÍZA CONVOCADA MÁRCIA HOFFMANN, TRF3 - OITAVA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:14/11/2013 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. AGRAVO PREVISTO NO §1º ART.557 DO C.P.C. ATIVIDADE ESPECIAL. TRABALHADOR RURAL. CORTE DE CANA. TRATORISTA . RUÍDO ACIMA DOS LIMITES LEGAIS. DECRETOS 2.172/97 e 4.882/2003. EPI.

I - Em regra, o trabalho rural não é considerado especial, vez que a exposição a poeiras, sol e intempéries não justifica a contagem especial para fins previdenciários, contudo, tratando-se de atividade em que o corte de cana-de-açúcar é efetuado de forma manual, com alto grau de produtividade e utilização de defensivos agrícolas, como no caso dos autos, é devida a contagem especial.

II - A atividade de tratorista , no período de 01.01.1981 a 31.03.1987, deve ser considerada especial, por equiparação à de motorista, eis que elencada no

rol do Anexo do Decreto n.º 53.831/64, código 2.4.4 e do Anexo II do Decreto n.º 83.080/79, código 2.4.2.

III - Deve ser tida por prejudicial a exposição a ruídos acima de 85 decibéis a partir de 05.03.1997, tendo em vista o advento do Decreto 4.882/2003, que reduziu o nível máximo de tolerância ao ruído àquele patamar, interpretação mais benéfica e condizente com os critérios técnicos voltados à segurança do trabalhador previsto na NR-15 do Ministério do Trabalho que prevê a nocividade da exposição a ruídos acima de 85 decibéis.

IV - O § 1º, do art. 201 da Constituição da República, veda a adoção de requisitos diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral da previdência social, mas ressalva expressamente os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

V - Em se tratando de critério diferenciado visando a proteção da saúde do segurado, não há que se cogitar em aplicação de poder discricionário da Administração Pública para fixação do nível de ruídos a partir do qual há prejuízo à saúde, ou seja, essa fixação deve ser estabelecida com base em critérios exclusivamente técnicos, possuindo, assim, natureza declaratória, e, consequentemente, efeitos *ex tunc*.

VI - Como o nível de ruídos determinado pelo Decreto nº 4.882/2003 foi estabelecido com base em técnicas mais modernas e estudos mais consistentes do que os realizados por ocasião da edição do Decreto nº 2.172/97, impõe-se reconhecer que esse último limite de 85 decibéis fixado pelo Decreto nº 4.882/2003, prevalece mesmo durante a vigência do Decreto nº 2.172/97, tendo em vista a natureza meramente declaratória do dispositivo regulamentar que estabelece o critério de proteção à saúde do segurado, na forma prevista no § 1º, do art. 201, da Constituição da República.

VII - Na decisão agravada não se discute a veracidade das informações prestadas pela empresa quanto ao fornecimento do equipamento de proteção individual, aplicaram-se, apenas, precedentes desta Corte no sentido de que o uso de tal equipamento não descaracteriza a natureza especial da atividade a ser considerada, uma vez que este não elimina os agentes nocivos à saúde que atingem o segurado em seu ambiente de trabalho, mas somente reduz seus efeitos.

VIII - Agravo do INSS improvido (art.557, §1º do C.P.C).

(AC 00062842420134039999, DESEMBARGADOR FEDERAL SERGIO NASCIMENTO, TRF3 - DÉCIMA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:25/09/2013 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. AGRAVO DO §1º ART.557 DO C.P.C. ATIVIDADE ESPECIAL. TRABALHADOR AGROPECUÁRIO. TRATORISTA .

I - Os formulários emitidos por empresa agropecuária dão conta que o autor exerceu a função de trabalhador rural e tratorista e que, dentre suas atividades, tinha como atribuição a pulverização da lavoura, ou seja, aplicação de defensivos agrícolas. Não há notícias de outras funções desempenhadas pelo autor, portanto, uma vez que somente exercia tais atividades, resta caracterizada a exposição habitual e permanente aos agentes nocivos.

II - Mantidos os termos da decisão agravada que determinou a conversão de atividade especial em comum nos períodos de 06.08.1984 a 15.07.1988, como trabalhador rural, em agropecuária , categoria profissional prevista no

código 2.2.1 do Decreto 53.831/64 e nos períodos de 05.09.1988 a 31.05.1993 e de 01.06.1993 a 05.03.1997, como tratorista, por equiparação à de motorista, prevista no código 2.4.4 do anexo II do Decreto 83.080/79.

III - Agravo do INSS improvido (art. 557, § 1º do C.P.C).

(APELREEX 00013605520124036102, DESEMBARGADOR FEDERAL SERGIO NASCIMENTO, TRF3 - DÉCIMA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:25/09/2013 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Saliento que a atividade especial somente pode ser considerada por presunção legal até 29/04/1995, ocasião em que os artigos 57 e 58 da Lei nº 8.213/91 foram alterados pela Lei nº 9.032/95. A partir de então, o reconhecimento da atividade especial apenas se dá caso seja demonstrada a exposição, de forma habitual e permanente, a agentes nocivos à saúde ou à integridade física, sendo que após 10/12/1997 - data da vigência da Lei nº 9.528/97 - passou a ser necessária a apresentação de laudo técnico para comprovação à exposição a agentes nocivos à saúde. Cumpre observar, ainda, que por ocasião da conversão da Medida Provisória nº 1.663/98 na Lei nº 9.711/98, permaneceu em vigor o parágrafo 5º do artigo 57 da Lei nº 8.213/91, razão pela qual continua sendo plenamente possível a conversão do tempo trabalhado em condições especiais em tempo de serviço comum relativamente a qualquer período, incluindo o posterior a 28 de maio de 1998.

Neste sentido, é o atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

“PREVIDENCIÁRIO. RECONHECIMENTO DE ATIVIDADE ESPECIAL . TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL APÓS 1998. CÔMPUTO. MP N. 1663-15 CONVERTIDA NA LEI N. 9.711/1998. MANUTENÇÃO DA REGRA DE CONVERSÃO.

1. 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. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e desta Quinta Turma.

2. Agravo regimental improvido.”

(STJ, AgRg no Resp nº 1.127.806-PR, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 05/04/2010).

Dessa forma, computando-se os períodos de atividade especial ora reconhecidos, convertidos em tempo de serviço comum, somados aos demais períodos incontroversos, até a data do requerimento administrativo (17/10/2018) perfazem-se mais de 35 (trinta e cinco) anos de tempo de serviço, suficientes para a concessão da aposentadoria por tempo de contribuição integral, na forma do artigo 53, inciso II, da Lei nº 8.213/91, correspondente a 100% (cem por cento) do salário-de-benefício, com valor a ser calculado nos termos do artigo 29 da Lei nº 8.213/91, com redação dada pela Lei nº 9.876/99.

Desse modo, cumpriu o autor os requisitos legais para a concessão da aposentadoria por tempo de contribuição integral, com DIB a partir do requerimento administrativo, momento em que o INSS ficou ciente da pretensão.

Apliquem-se, para o cálculo dos juros de mora e correção monetária, os critérios estabelecidos pelo Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal vigente à época da elaboração da conta de liquidação, observado o quanto decidido pelo C. STF por ocasião do julgamento do RE 870947, sendo que a partir da promulgação da EC 113/2021, publicada em 09/12/2021, haverá a incidência da taxa Selic para fins de atualização monetária e compensação da mora, inclusive do precatório, uma única vez, até o efetivo pagamento, acumulado mensalmente.

Tendo em vista a ausência de recurso em sentido diverso, a verba honorária de sucumbência deve ser mantida consoante fixado em sentença.

Diante do exposto, divirjo parcialmente para rejeitar as preliminares, nos termos do voto do E. Relator, e dar parcial provimento à apelação do INSS, somente para explicitar os critérios de aplicação dos juros e correção monetária, mantida no mais a r. sentença, nos termos da fundamentação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL **5005625-91.2021.4.03.6104**

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: ARLETE RODRIGUES
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GILBERTO JORDAN
Disponibilização do Acórdão: DJEN 24/05/2023

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. ÓBITO EM 2019. CÔNJUGE. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PRESUMIDA. QUALIDADE DE SEGURADO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 15, §1º DA LEI 8.213/91 COMPROVAÇÃO DE 120 CONTRIBUIÇÕES ININTERRUPTAS. DIREITO ADQUIRIDO. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. CRITÉRIOS DE INCIDÊNCIA DA CORREÇÃO MONETÁRIA. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 113/2021.

- O óbito de Maurício Mendes Vieira, ocorrido em 06 de abril de 2019, foi comprovado pela respectiva Certidão.

- Quanto à qualidade de segurado, infere-se das anotações lançadas na CTPS e das informações constantes nos extratos do CNIS vínculos empregatícios estabelecidos, em interregnos intermitentes, entre 21 de novembro de 1975 e 01 de janeiro de 2014. Na sequência, verteu contribuições como contribuinte individual, entre 01 de março de 2015 e 31 de outubro de 2016 e, entre 01 de fevereiro de 2017 e 31 de maio de 2017. - - Em seguida, esteve em gozo de benefício previdenciário de auxílio-doença (NB 31/617802423-5), o qual esteve em manutenção entre 10 de março de 2017 e 28 de setembro de 2017.

- Na seara administrativa, a pensão por morte restou indeferida, ao fundamento de que, cessado o benefício por incapacidade em 28 de setembro de 2017, a qualidade de segurado teria sido ostentada até 15 de novembro de 2018, não abrangendo a data do falecimento (06/04/2019).

- O resumo de documentos para cálculo de tempo de serviço, elaborado pelo INSS na seara administrativa, apontou o total de 21 anos, 8 meses e 12 dias.

- Considerando os vínculos cujas anotações se encontram lançadas na CTPS, mas não constam do CNIS (21/11/1975 a 15/12/1975, 9/03/1976 a 10/02/1977), tem-se que o *de cujus* mantivera, de forma ininterrupta, vale dizer, sem a perda da qualidade de segurado entre eles, mais de 120 contribuições até 29 de outubro de 1987.

- Ainda que os vínculos empregatícios estabelecidos na sequência tivessem sido descontínuos, o direito à prorrogação do denominado período de graça por 24 (vinte e quatro) meses, disciplinada pelo §1º do art. 15 da Lei de Benefícios, já estava incorporado em seu patrimônio jurídico, sob a égide constitucional do direito adquirido. Precedente desta Egrégia Corte.
- Cessado o benefício por incapacidade em 28 de setembro de 2017 e, incidindo ao caso o disposto no art. 15, § 1º da Lei nº 8.213/91 (recolhimento de 120 contribuições), a qualidade de segurado foi ostentada até 15 de novembro de 2019, ultrapassando sobremaneira a data do falecimento (06/04/2019).
- A relação conjugal entre a autora e o *de cujus* foi comprovada pela Certidão de Casamento, sendo desnecessária a demonstração da dependência econômica, pois, segundo o art. 16, I, § 4º, da Lei de Benefícios, a mesma é presumida em relação ao cônjuge.
- Mantida a concessão da pensão por morte, a contar da data do óbito.
- 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.
- Desde o mês de promulgação da Emenda Constitucional n. 113, de 8/12/2021, 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.
- 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 INSS provida parcialmente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por unanimidade, decidiu dar parcial provimento à apelação do INSS, para ajustar a sentença quanto aos critérios de fixação da correção monetária, mantendo a concessão do benefício previdenciário de pensão por morte, a contar da data do óbito (06/04/2019), nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta em ação ajuizada por ARLETE RODRIGUES MENDES VIEIRA em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, objetivando o benefício de pensão por morte, em decorrência do falecimento de seu cônjuge, Maurício Mendes Vieira, ocorrido em 06 de abril de 2019.

A r. sentença julgou procedente o pedido e condenou a Autarquia Previdenciária à concessão do benefício pleiteado, a contar da data do óbito, com parcelas acrescidas dos consectários legais (id 270908998 – p. 1/4).

Em suas razões recursais, o INSS pugna pela reforma da sentença, com o decreto de improcedência do pleito, ao argumento de que a parte autora não logrou comprovar os requisitos autorizadores à concessão do benefício, notadamente no que se refere à qualidade de segurado do *de cujus*. Sustenta que, tendo cessado o benefício por incapacidade em 28 de setembro de 2017, a qualidade de segurado teria sido ostentada até 15 de novembro de 2018. Argui não incidir ao caso a ampliação do período de graça preconizada pelo art. 15, § 1º da Lei de Benefícios. Subsidiariamente, insurge-se quanto aos critérios referentes aos consectários legais. Suscita, por fim, o prequestionamento legal, para efeito de interposição de recusos (id 270909000 – p. 1/14).

Contrarrazões (id 270909003 – p. 1/11).

Devidamente processado o recurso, subiram os autos a esta instância para decisão.

É o relatório.

VOTO

Tempestivo o recurso e respeitados os demais pressupostos de admissibilidade recursais, passo ao exame da matéria objeto de devolução.

DA PENSÃO POR MORTE

O primeiro diploma legal brasileiro a prever um benefício contra as consequências da morte foi a Constituição Federal de 1946, em seu art. 157, XVI. Após, sobreveio a Lei n.º 3.807, de 26 de agosto de 1960 (Lei Orgânica da Previdência Social), que estabelecia como requisito para a concessão da pensão o recolhimento de pelo menos 12 (doze) contribuições mensais e fixava o valor a ser recebido em uma parcela familiar de 50% (cinquenta por cento) do valor da aposentadoria que o segurado percebia ou daquela a que teria direito, e tantas parcelas iguais, cada uma, a 10% (dez por cento) por segurados, até o máximo de 5 (cinco).

A Constituição Federal de 1967 e sua Emenda Constitucional n.º 1/69, também disciplinaram o benefício de pensão por morte, sem alterar, no entanto, a sua essência.

A atual Carta Magna estabeleceu em seu art. 201, V, que:

“A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei a:

V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.”

A Lei n.º 8.213, de 24 de julho de 1991 e seu Decreto Regulamentar n.º 3048, de 06 de maio de 1999, disciplinaram em seus arts. 74 a 79 e 105 a 115, respectivamente, o benefício de pensão por morte, que é aquele concedido aos dependentes do segurado, em atividade ou aposentado, em decorrência de seu falecimento ou da declaração judicial de sua morte presumida.

Depreende-se do conceito acima mencionado que para a concessão da pensão por morte é necessário o preenchimento de dois requisitos: ostentar o falecido a qualidade de segurado da Previdência Social, na data do óbito e possuir dependentes incluídos no rol do art. 16 da supracitada lei.

A qualidade de segurado, segundo Wladimir Novaes Martinez, é a:

“denominação legal indicativa da condição jurídica de filiado, inscrito ou genericamente atendido pela previdência social. Quer dizer o estado do assegurado, cujos riscos estão previdenciariamente cobertos.”

(Curso de Direito Previdenciário. Tomo II - Previdência Social. São Paulo: LTr, 1998, p. 594).

Mantém a qualidade de segurado 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 (vinte e quatro) meses tal período de graça aos que contribuíram por mais de 120 (cento e vinte) meses.

Em ambas as situações, restando comprovado o desemprego do segurado perante o órgão do Ministério do Trabalho ou da Previdência Social, os períodos serão acrescidos de mais 12 (doze) meses. A comprovação do desemprego pode se dar por qualquer forma, até mesmo oral, ou pela percepção de seguro-desemprego.

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 de todos os direitos previdenciários.

Conforme já referido, a condição de dependentes é verificada com amparo no rol estabelecido pelo art. 16 da Lei de Benefícios, segundo o qual possuem dependência econômica presumida o cônjuge, o(a) companheiro(a) e o filho menor de 21 (vinte e um) anos, não emancipado ou inválido. Também ostentam a condição de dependente do segurado, desde que comprovada a dependência econômica, os pais, e o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido.

De acordo com o § 2º do supramencionado artigo, o enteado e o menor tutelado são equiparados aos filhos mediante declaração do segurado e desde que comprovem a dependência econômica.

DO CASO DOS AUTOS

O óbito de Maurício Mendes Vieira, ocorrido em 06 de abril de 2019, foi comprovado pela respectiva Certidão.

Quanto à qualidade de segurado, infere-se das anotações lançadas na CTPS e das informações constantes nos extratos do CNIS vínculos empregatícios estabelecidos, em interregnos intermitentes, entre 21 de novembro de 1975 e 01 de janeiro de 2014. Na sequência, verteu contribuições como contribuinte individual, entre 01 de março de 2015 e 31 de outubro de 2016 e, entre 01 de fevereiro de 2017 e 31 de maio de 2017. Em seguida, esteve em gozo de benefício previdenciário de auxílio-doença (NB 31/617802423-5), o qual esteve em manutenção entre 10 de março de 2017 e 28 de setembro de 2017.

Na seara administrativa, a pensão por morte restou indeferida, ao fundamento de que, cessado o benefício por incapacidade em 28 de setembro de 2017, a qualidade de segurado teria sido ostentada até 15 de novembro de 2018, não abrangendo a data do falecimento (06/04/2019).

O resumo de documentos para cálculo de tempo de serviço, elaborado pelo INSS na seara administrativa, apontou o total de 21 anos, 8 meses e 12 dias (id. 270908986 – p. 73/75).

Considerando os vínculos cujas anotações se encontram lançadas na CTPS, mas não constam do CNIS (21/11/1975 a 15/12/1975, 9/03/1976 a 10/02/1977), tem-se que o *de cujus* mantivera, de forma ininterrupta, vale dizer, sem a perda da qualidade de segurado entre eles, mais de 120 contribuições até 29 de outubro de 1987.

Ainda que os vínculos empregatícios estabelecidos na sequência tivessem sido descontínuos, o direito à prorrogação do denominado período de graça por 24 (vinte e quatro) meses, disciplinada pelo §1º do art. 15 da Lei de Benefícios, já estava incorporado em seu patrimônio jurídico, sob a égide constitucional do direito adquirido.

Nesse sentido, trago à colação o seguinte julgado proferido por esta Egrégia Corte:

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. 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. O *de cujus* fazia jus ao período de graça por 12 meses, conforme o art. 15, inc. II, da Lei n. 8.213/91, e à prorrogação do período de “graça” para 24 meses, por possuir mais de 120 contribuições (fls. 18/20), e que entre a data do termo final de seu último vínculo empregatício (novembro de 2011) e a data do óbito (30/09/2013) transcorreram menos de 24 meses, impõe-se reconhecer a manutenção de sua qualidade de segurado, uma vez que ainda não tinha sido ultrapassado o “período de graça” (art. 15, inciso II, parágrafos § 1º e 2º, da Lei nº 8.213/91).

3. *O fato de o falecido ter perdido a qualidade de segurado entre os períodos contributivos não afeta a solução da lide. Isso porque, além de ter readquirido essa qualidade um pouco depois, percebe-se que a lei busca o equilíbrio atuarial, o que se caracteriza pelas mais de 120 (cento e vinte) contribuições comprovadas neste caso, como se vê nos cálculos elaborados pela própria autarquia.*

4. Inexistência de obscuridade, contradição ou omissão do julgado (art. 535 do CPC e 1.022 do NCPC).

5. Embargos de declaração rejeitados.”

(TRF3, 10ª Turma, 00121515620174039999, Relatora Desembargadora Federal Lúcia Ursaia, e-DJF3 28/02/2018, p. 380).

Em outras palavras, cessado o benefício por incapacidade em 28 de setembro de 2017 e, incidindo ao caso o disposto no art. 15, § 1º da Lei nº 8.213/91 (recolhimento de 120 contribuições), a qualidade de segurado foi ostentada até 15 de novembro de 2019, ultrapassando sobremaneira a data do falecimento (06/04/2019).

A relação conjugal entre a autora e o *de cujus* foi comprovada pela Certidão de Casamento, sendo desnecessária a demonstração da dependência econômica,

pois, segundo o art. 16, I, § 4º, da Lei de Benefícios, a mesma é presumida em relação ao cônjuge.

Em face de todo o explanado, a autora faz jus ao benefício de pensão por morte.

CONSECTÁRIOS

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 113, DE 08/12/21

Desde o mês de promulgação da Emenda Constitucional n. 113, de 8/12/2021, 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

Com o advento do novo Código de Processo Civil, foram introduzidas profundas mudanças no princípio da sucumbência, e em razão destas mudanças e sendo o caso de sentença ilíquida, a fixação do percentual da verba honorária deverá ser definida somente na liquidação do julgado, com observância ao disposto no inciso II, do § 4º c.c. § 11, ambos do artigo 85, do CPC/2015, bem como o artigo 86, do mesmo diploma legal.

Os honorários advocatícios a teor da Súmula 111 do E. STJ incidem sobre as parcelas vencidas até a sentença de procedência.

DECLARAÇÃO DE NÃO CUMULAÇÃO DE BENEFÍCIOS PRECONIZADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 103/2019.

Por ocasião da implantação do benefício, o INSS poderá exigir da parte autora a autodeclaração de não cumulação de benefícios, eventualmente mantidos por outros regimes de previdência, além de proceder ao cálculo da pensão da autora, de acordo com as normas introduzidas pela Emenda Constitucional nº 103/2019.

PREQUESTIONAMENTO

Cumprido salientar, diante de todo o explanado, que a r. sentença monocrática não ofendeu qualquer dispositivo legal, não havendo razão ao prequestionamento suscitado pelo Instituto Autárquico.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, *dou parcial provimento à apelação do INSS*, para ajustar a sentença quanto aos critérios de fixação da correção monetária, *mantendo a*

concessão do benefício previdenciário de pensão por morte, a contar da data do óbito (06/04/2019), na forma da fundamentação. Os honorários advocatícios deverão observar o estabelecido no presente voto.

É o voto.

APELAÇÃO CÍVEL **5131496-86.2021.4.03.9999**

Apelante: MARIA DAS GRAÇAS SILVA DE MEDEIROS
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL THEREZINHA CAZERTA
Disponibilização do Acórdão: DJEN 12/04/2023

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO RURAL. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. PROVA TESTEMUNHAL. INOVAÇÃO NO PEDIDO RECURSAL.

- Conhecimento parcial da apelação. Inovação no pedido.
- A atividade rural deve ser comprovada por meio de início de prova material, aliada à prova testemunhal.
- Conjunto probatório suficiente à comprovação de atividade rural nos períodos pleiteados (art. 55, § 3.º, c.c. art. 39, incisos I e II, da Lei n.º 8.213/91; Súmula 149 do STJ e REsp 1.133.863/RN).
- A atividade rural desempenhada em data anterior a novembro de 1991 pode ser considerada para fins do tempo de serviço, sem necessidade de recolhimento de contribuições previdenciárias, exceto para fins de carência.
- O computo do labor campesino exercido posteriormente à vigência da Lei de Benefícios da Previdência Social, para fins de obtenção de aposentadoria por tempo de serviço, somente poderá ser efetuado se demonstrado o recolhimento das contribuições previdenciárias correspondentes.
- O reconhecimento de período posterior à Lei n.º 8.213/91 sem contribuições previdenciárias servirá apenas para futura concessão dos benefícios arrolados no inciso I do art. 39.
- Apelação da parte autora parcialmente provida para reconhecer o exercício da atividade rural, para fins previdenciários, nos períodos de 2/1/1977 a 15/5/1991 e de 16/7/1991 a 23/2/2018, observando-se o § 2.º do art. 55 c.c. o art. 39, incisos I e II, da Lei n.º 8.213/91.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, prosseguindo no julgamento, a Oitava Turma, por unanimidade, decidiu não conhecer do recurso no tocante ao pedido de concessão de aposentadoria por

idade rural e, na parte conhecida, por maioria, decidiu dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto da Relatora, com quem votaram os Desembargadores Federais Marcelo Vieira e Gilberto Jordan, vencidos, parcialmente, os Desembargadores Federais Herbert de Bruyn e Toru Yamamoto, que lhe negavam provimento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

Demanda proposta objetivando o reconhecimento e averbação de trabalho rural para fins de concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição.

O juízo *a quo* julgou improcedente o pedido formulado.

A parte autora apela, pleiteando a reforma da sentença para que seja reconhecido o tempo de serviço rural e o seu direito ao benefício de aposentadoria por idade rural.

Sem contrarrazões, subiram os autos.

É o relatório.

VOTO

Tempestivo o recurso e presentes os demais requisitos de admissibilidade, passa-se ao exame da insurgência propriamente dita, considerando-se a matéria objeto de devolução.

Inicialmente, esclareça-se que o requerimento da parte autora de concessão de aposentadoria por idade rural em sede de apelação não merece ser apreciado, porquanto consiste em inovação do pedido inicial, inadmissível nesta fase processual.

RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO RURAL

A parte autora pleiteia o reconhecimento do labor rural por ela exercido em regime de economia familiar.

O art. 55, § 3.º, da Lei n.º 8.213/91, dispõe sobre a obrigatoriedade de início de prova documental para a comprovação de tempo de serviço, para fins previdenciários, sendo insuficiente a produção de prova exclusivamente testemunhal, a qual, por si só, não é válida à demonstração do desempenho do trabalho tido como realizado.

Especificamente a respeito do reconhecimento da atividade de natureza rural, a orientação de há muito conferida pelo Superior Tribunal de Justiça acerca da imprestabilidade da prova exclusivamente testemunhal (verbete n.º 149 da

Súmula da Jurisprudência do STJ) apresenta-se preservada, consoante se observa da ementa do acórdão tirado do julgamento do REsp 1.133.863/RN, sob a sistemática do art. 543-C do diploma processual de 1973 (3.ª Seção, relator Desembargador Convocado do TJ/SP Celso Limongi, DJe de 15.4.2011), reafirmando-se as premissas em questão, no pressuposto de que *“prevalece o entendimento de que a prova exclusivamente testemunhal não basta, para o fim de obtenção de benefício previdenciário, à comprovação do trabalho rural, devendo ser acompanhada, necessariamente, de um início razoável de prova material (art. 55, § 3º, da Lei n. 8.213/91 e Súmula 149 deste Superior Tribunal de Justiça)”*.

A Corte Superior consolidou o entendimento de que, não obstante sua indispensabilidade, o fato de o início de prova material não abranger todo o lapso temporal pretendido não implica violação da Súmula 149/STJ, cuja aplicação é mitigada se a reduzida prova material for complementada por prova testemunhal idônea e consistente que lhe amplie a eficácia.

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. APOSENTADORIA POR IDADE. TRABALHADOR RURAL. TEMA STJ 554. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. ABRANGÊNCIA DE TODO O PERÍODO PRETENDIDO. DESNECESSIDADE. EXTENSÃO DA EFICÁCIA PROBATÓRIA PELA PROVA TESTEMUNHAL. POSSIBILIDADE. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

(...)

3. O Recurso Especial combatia *decisum* da Corte *a quo* que considerou suficiente a prova material dos autos para atestar o exercício da atividade rural, em caso de aposentadoria por idade de trabalhador boia-fria.

4. O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial representativo da controvérsia, pacificou o assunto ora tratado nos seguintes termos: “Tema STJ 554 - Aplica-se a Súmula 149/STJ (‘A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeitos da obtenção de benefício previdenciário’) aos trabalhadores rurais denominados ‘boias-frias’, sendo imprescindível a apresentação de início de prova material. Por outro lado, considerando a inerente dificuldade probatória da condição de trabalhador campestre, a apresentação de prova material somente sobre parte do lapso temporal pretendido não implica violação da Súmula 149/STJ, cuja aplicação é mitigada se a reduzida prova material for complementada por idônea e robusta prova testemunhal”.

(...)

7. Ainda que assim não fosse, conforme jurisprudência do STJ, os documentos trazidos aos autos pela autora, caracterizados como início de prova material, podem ser corroborados por prova testemunhal firme e coesa, e estender sua eficácia tanto para períodos anteriores como posteriores aos das provas apresentadas. Nesse sentido: REsp 1.348.633/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Seção, DJe 5/12/2014, acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC/1973; AgRg no REsp 1.435.797/PB, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 10/11/2016, AgInt no AREsp 673.604/PR, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 14/2/2017.

9. Agravo conhecido para conhecer parcialmente do Recurso Especial, apenas no tocante à citada violação do art. 1.022 do CPC/2015, e, nessa parte, não provido.

(AREsp 1550603/PR, Segunda Turma, Min. Herman Benjamin, DJe 11/10/2019)

Por fim, ainda sob o rito do referido art. 543-C do Código de Processo Civil, o Superior Tribunal de Justiça apreciou o REsp 1.348.633/SP, de relatoria do Ministro Arnaldo Esteves Lima (DJe de 05/12/2014), pacificando a possibilidade de reconhecimento de trabalho rural desenvolvido anteriormente ao documento mais antigo apresentado como início de prova material, desse entendimento resultando a Súmula 577/STJ:

“É possível reconhecer o tempo de serviço rural anterior ao documento mais antigo apresentado, desde que amparado em convincente prova testemunhal colhida sob o contraditório”.

Sob outro aspecto, com relação ao recolhimento de contribuições previdenciárias, mister a observância do previsto no art. 55, § 2.º, da Lei n.º 8.213/91, que preceitua: *“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”*.

Desse dispositivo legal, depreende-se que a atividade rural desempenhada em data anterior a novembro de 1991 pode ser considerada para averbação do tempo de serviço, sem necessidade de recolhimento de contribuições previdenciárias, exceto para fins de carência.

A partir do advento da Lei n.º 8.213/91, cabe ao segurado especial o recolhimento de contribuições previdenciárias facultativas, se pretender o cômputo do tempo de serviço rural para fins de obtenção de outros benefícios que não os arrolados no inciso I do art. 39.

Nesse sentido, inclusive, a Súmula n.º 272 do Superior Tribunal de Justiça, que expressamente determina que o segurado especial somente faz jus à aposentadoria por tempo de serviço se recolher as contribuições facultativas.

Dessa forma, o reconhecimento de período posterior, sem contribuições previdenciárias facultativas, servirá somente para futura concessão de aposentadoria por idade ou por invalidez, auxílio-doença, auxílio-reclusão ou pensão, ficando vedado o aproveitamento para os demais fins previdenciários.

DO CASO DOS AUTOS

A parte autora pretende o reconhecimento do trabalho rural realizado nos períodos de 2/1/1977 a 15/5/1991 e de 16/7/1991 a 23/2/2018, para somá-lo ao tempo registrado em CTPS (16/5/1991 a 15/7/1991) e, assim, propiciar a concessão da aposentadoria por tempo de contribuição.

Para comprovar as alegações, a parte autora juntou, como elementos de prova:

- CTPS com registro de vínculo de trabalho no cargo de “trabalhador rural – serviços rurais” de 16/5/1991 a 15/7/1991 (Id. 165284524);
- CTPS do esposo, João Batista Sotta, com registro de vínculos de trabalho de natureza rurícola de 13/10/1980 a 28/1/1982, 1º/12/1982 a 17/1/1983, 1º/2/1983 a 1º/4/1983, 15/2/1984 a 1º/4/1985, 16/10/1987 a 21/10/1987, 2/1/1992 a 15/4/1992, 7/5/1993 a 1º/5/1999, 11/4/1996 a 13/5/1996, 5/10/1996 a 5/1/1997, 6/6/2000 a 1º/8/2000, 1º/11/2001 a 20/3/2003 e de 11/1/2010 a 7/6/2010, e de natureza urbana de 10/3/1987 a 22/5/1987, 1º/6/1988 a 21/11/1989, 1º/3/1991 a 12/4/1991, 16/5/1991 a 16/7/1991, 2/5/1992 a 4/10/1992, 12/5/1994 a 21/8/1994, 13/10/1994 a 24/10/1994, 1º/2/1995 a 20/12/1995, 19/2/1996 a 1º/3/1996, 5/3/2008 a 15/10/2008 e de 2/5/2013 a 31/10/2013 (Id. 165284523 e 65284525);
- Certidão de casamento da autora com Luiz Antonio Matias de Medeiros, com assento em 30/5/1981, em que registrada a profissão daquele como lavrador e a da autora como do lar, bem assim a separação judicial realizada em 16/6/1987 (Id. 165284527);
- Certidão de nascimento de Emerson da Silva Sotta, com assento em 1º/6/1993, filho da autora e de João Batista Sotta, com registro da qualificação profissional do pai como tratorista e da autora como do lar (Id. 165284528); e
- Certidão de casamento dos pais da requerente, com assento em 7/12/1977, das quais se infere a qualificação profissional de seu genitor Jacinto Mendes da Silva como trabalhador braçal e da genitora Marcelina Luzia da Silva como prendas do lar (Id. 165284526).

Cabe ressaltar a existência de prova oral (Id. 165284557). As testemunhas declaram que conhecem a parte autora há bastante tempo e confirmam o alegado labor rural.

A testemunha João Fogaça declarou conhecer a autora há muitos anos e afirmou ter trabalhado com ela pela primeira vez quando ela tinha por volta de 15 ou 16 anos, entre 1981 e 1983, sendo que, posteriormente, passou a trabalhar registrado com o Sr. Shigueiro Aoygui, onde a autora trabalhava por períodos, de quatro a cinco meses por ano, entre 1984 e 2003, sobretudo no cultivo de batata, feijão, milho e mandioquinha, sendo que residiu próximo a ela no período de 1997 a 2002/2003. Por fim, registrou que, de 2010 a 2020, trabalhou com o Roberto Nozor, onde a autora também desenvolveu atividades rurais.

A testemunha Maria Santina afirmou conhecer a requerente há mais de 30 anos e declarou ter trabalhado com ela na Fazenda Sinha Moça, no cultivo de uvas, de 1988 até 2003/2004, esclarecendo que essa atividade durava cerca de

seis meses por ano. Atestou, ainda, que a requerente desenvolvia outras atividades rurícolas após o período de cultivo da uva, sobretudo nas lavouras de batata e feijão, mas que não a acompanhava nessas atividades. Por fim, disse que a autora continua trabalhando nas lavouras de uva e batata até os dias atuais e que ela nunca exerceu outro tipo de atividade laborativa.

É inconteste o valor probatório dos documentos de qualificação civil, dos quais é possível inferir a profissão exercida pela parte autora, à época dos fatos que se pretende comprovar.

As anotações constantes de Carteira de Trabalho e Previdência Social gozam de presunção de veracidade *juris tantum*, constituindo prova plena do efetivo labor, incumbindo ao INSS, para fins de desconsideração dos registros nela lançados, a comprovação da ocorrência de irregularidade em seus apontamentos (Enunciado n.º 12 do TST), não bastando, para tanto, a mera alegação de não constarem do Cadastro Nacional de Informações Sociais – CNIS ou de divergirem dos dados nele contidos (TRF3, ApReeNec 0012058-43-2011.4.03.6139; 9.ª Turma, Relator Desembargador Federal Gilberto Jordan, intimação via sistema 03/04/2020).

Levando-se em conta que, nos termos da alínea “a” do inciso I do art. 139 do Decreto n.º 89.312/84, reproduzido na alínea “a” do inciso I do art. 30 da Lei n.º 8.212/91, compete à empresa arrecadar as contribuições previdenciárias dos segurados empregados e trabalhadores avulsos a seu serviço, descontando-as da respectiva remuneração e repassando-as ao INSS, a que cabe a fiscalização do devido recolhimento, é de se admitir como efetuadas as arrecadações relativas ao período de trabalho registrado em CTPS, visto que o empregado não pode ser prejudicado por eventual desídia do empregador e da autarquia, se estes não cumpriram as obrigações que lhes eram imputadas (TRF3, ApCiv 5002486-30.2017.4.03.6183; 9.ª Turma, Relatora Desembargadora Federal Daldice Santana, e-DJF3 Judicial 1 07/04/2020).

Impende salientar que a convicção de que ocorreu o efetivo exercício da atividade rurícola, com ou sem vínculo empregatício, como diarista rural ou em regime de economia familiar, durante determinado período, nesses casos, forma-se através do exame minucioso do conjunto probatório, que se resume nos indícios de prova escrita, em consonância com a oitiva de testemunhas.

Nesse sentido, é a orientação do Colendo Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

“RECURSO FUNDADO NO CPC/73. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA RURAL (...)

1. Nos termos da jurisprudência do STJ, para fins de comprovação do labor campesino, são aceitos, como início de prova material, os documentos em nome de outros membros da família, inclusive cônjuge ou genitor, que o qualifiquem como lavrador, desde que acompanhados de robusta prova testemunhal (AgRg no AREsp 188.059/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 11/09/2012).

(...) Agravo Regimental a que se nega provimento.”

(STJ - AgRg no AREsp .º 573.308/SP, Relator: Ministro SÉRGIO KUKINA – 1.ª Turma - DJe de 23/06/2016).

“(...) RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. VALORAÇÃO DE PROVA. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. EXISTÊNCIA. CARÊNCIA.

- A comprovação do tempo de serviço para os efeitos desta Lei, inclusive mediante justificação administrativa ou judicial, conforme o disposto no artigo 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.” (artigo 55, parágrafo 3º, da Lei 8.213/91).

- O início de prova material, de acordo com a interpretação sistemática da lei, é aquele feito mediante documentos que comprovem o exercício da atividade nos períodos a serem contados, devendo ser contemporâneos dos fatos a comprovar, indicando, ainda, o período e a função exercida pelo trabalhador.” (REsp 280.402/SP, da minha Relatoria, *in* DJ 10/9/2001).

- “Não há exigência legal de que o início de prova material se refira, precisamente, ao período de carência do art. 143 da referida lei, visto que serve apenas para corroborar a prova testemunhal.” (Edclresp 321.703/SP, Relator Ministro GILSON DIPP, *in* DJ 8/4/2002).

- Recurso improvido.”

(STJ - RESP n.º 200400220600; 6.ª Turma; Relator: Ministro HAMILTON CARVALHIDO - Publicação em 13/12/2004).

No caso concreto, o conjunto probatório coligido, baseado em início de prova material, ratificado pela prova testemunhal, permite concluir no sentido da ocorrência do trabalho rural do autor, nos períodos de 2/1/1977 a 15/5/1991 e de 16/7/1991 a 23/2/2018.

De outro lado, abrangendo o pedido tempo de serviço rural posterior ao advento da Lei de Benefícios da Previdência Social, necessárias algumas considerações acerca de seu reconhecimento e averbação para fins de aposentadoria por tempo de serviço.

Como anteriormente registrado, o labor agrícola desempenhado a partir de novembro de 1991 sem a devida contribuição, em época própria ou na forma de indenização, pode ser reconhecido para fins de obtenção dos benefícios previstos no inciso I, do artigo 39, da Lei nº 8.213/91.

No entanto, inviável sua averbação para fins de concessão de outros não arrolados nesse dispositivo legal, dentre os quais a aposentadoria por tempo de serviço, nos moldes da limitação imposta pelo inciso II do mesmo dispositivo legal.

Ainda no tocante à atividade rural desempenhada a partir de novembro de 1991, sua contagem, para efeito de carência, somente será admitida se comprovado o recolhimento das contribuições previdenciárias a ela relativas à época do exercício laboral, ante a vedação contida no artigo 27, inciso II, da Lei

nº 8.213/91, que estabelece que os pagamentos em atraso somente poderão ser computados como tempo de serviço, e não como carência.

In casu, restou demonstrado que o autor exercia atividade rural em condições que ensejam sua caracterização como segurado especial, para efeitos da legislação previdenciária.

Cuidando-se de exercício da atividade rural em regime de economia familiar, não há falar-se em recolhimento das contribuições previdenciárias pelo empregador.

O conjunto probatório carreado aos autos, ao seu turno, evidencia que o autor não possui qualquer vínculo em CTPS, nem recolheu contribuição facultativa alguma a lhe ensejar a concessão da aposentadoria, nos termos do artigo 52 da Lei nº 8.213/91 e da Súmula 272 do STJ, supramencionados.

Dessa forma, não há que se argumentar que o recolhimento da contribuição para a seguridade social, incidente sobre o resultado da comercialização dos produtos agropecuários assegura a concessão de aposentadoria por tempo de serviço.

Eis o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça:

PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO/CONTRIBUIÇÃO. SEGURADO ESPECIAL. AVERBAÇÃO DE TEMPO RURAL. OBSERVÂNCIA DA SÚMULA 272/STJ. OBRIGATORIEDADE DE RECOLHIMENTO DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

1. O presente recurso especial tem por tese central o reconhecimento do direito à averbação de tempo de serviço rural perante o INSS, considerando a condição de segurado especial do requerente, nos moldes dos artigos 11, V, 39, I e 55, § 2º, da Lei 8.213/1991

(...)

7. Os benefícios previdenciários pagos aos segurados especiais rurais constituem verdadeiro pilar das políticas públicas previdenciárias assinaladas na Constituição Federal de 1988. Por outro lado, é preciso contextualizar essas políticas públicas ao sistema atuarial e contributivo do Regime Geral de Previdência Social. Assim, os princípios da solidariedade e da contrapartida devem ser aplicados harmonicamente, a fim de atender à dignidade do segurado especial, que, anteriormente à Lei 8.213/1991, podia preencher o requisito carência com trabalho campesino devidamente comprovado.

(...)

9. O artigo 39, I, da Lei 8.213/1991, assegura aos segurados especiais referidos no inciso VII do artigo 11 da mesma Lei, que apenas comprovem atividade rural, os benefícios aposentadoria por idade, aposentadoria por invalidez, auxílio-doença, auxílio-reclusão, ou pensão por morte, no valor de um salário mínimo, e auxílio-acidente, desde que comprovem o exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, igual ao número de meses correspondentes à carência do benefício requerido. Para o benefício aposentadoria por tempo de serviço/contribuição ou demais benefícios aqui

elencados em valor superior ao salário mínimo, deve haver contribuição previdenciária na modalidade facultativa prevista no § 1º do artigo 25 da Lei 8.212/1991.

10. Para os segurados especiais filiados ao Regime Geral de Previdência Social a partir das Leis 8.212/1991 e 8.213/1991, na condição de segurados obrigatórios, é imposta a obrigação tributária para fins de obtenção de qualquer benefício, seja no valor de um salário mínimo ou superior a esse valor.

11. A regra da obrigatoriedade deve ser compatibilizada com a regra do artigo 39, I, da Lei 8.213/1991, que garante a concessão ao segurado especial de benefício no valor de um salário mínimo, caso comprove com tempo rural a carência necessária. Neste caso, o segurado especial não obteve excedente a ser comercializado, a norma que lhe garantiu o reconhecimento do direito ao benefício no valor de um salário mínimo é a exceção prevista pelo legislador. Mas a regra é a do efetivo recolhimento da contribuição previdenciária.

(...)

14. Averbar tempo rural é legal; aproveitar o tempo rural sem recolhimento encontra ressalvas conforme fundamentação supra; a obtenção de aposentadoria por tempo está condicionada a recolhimento do tributo. No presente caso, somente foi autorizada a averbação de tempo rural pelo Tribunal *a quo*, a qual deverá ser utilizada aos devidos fins já assinalados.

15. Recurso especial conhecido e não provido.

(REsp 1496250/SP Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES SEGUNDA TURMA DJe 14/12/2015)

Assim, para fins de obtenção de aposentadoria por tempo de serviço, possível considerar somente o tempo trabalhado no campo anteriormente a novembro de 1991, ressalvada a impossibilidade de seu cômputo para fins da carência.

Posto isso, não conheço do recurso no tocante ao pedido de concessão de aposentadoria por idade rural e, na parte conhecida, dou parcial provimento à apelação, para reconhecer o exercício da atividade rural, para fins previdenciários, nos períodos de 2/1/1977 a 15/5/1991 e de 16/7/1991 a 23/2/2018, observando-se o § 2º, do artigo 55 c.c. artigo 39, incisos I e II, da Lei nº 8.213/91.

É o voto.

DECLARAÇÃO DE VOTO

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL HERBERT DE BRUYN: Peço vênia para divergir do voto da E. Desembargadora Federal Relatora, pois não considero comprovado o exercício do labor rural da autora.

Inicialmente, quanto à comprovação da atividade rural, é pacífico no Superior Tribunal de Justiça (STJ) ser imprescindível o início de prova material,

não sendo possível fazê-lo exclusivamente mediante prova testemunhal. A esse respeito, confira-se a Súmula 149:

“A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade de rurícola, para efeito de obtenção de benefício previdenciário”.

A prova documental tem o condão de oferecer suporte ao alegado pela autora, bem como corroborar os depoimentos orais. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça entende que *é possível reconhecer o tempo de serviço rural anterior ao documento mais antigo apresentado, desde que amparado em convincente prova testemunhal colhida sob o contraditório*. (Súmula nº 577, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/06/2016, DJe 27/06/2016).

No presente caso, a autora requer o reconhecimento da atividade rural nos períodos de 2/1/1977 a 15/5/1991 e 16/7/1991 a 23/2/2018.

Para comprovar o alegado, foram juntados aos autos os seguintes documentos:

- CTPS da autora com registro no cargo de “*trabalhador rural – serviços rurais*”, no período de 16/5/1991 a 15/7/1991 (Id. 165284524);
- CTPS de João Batista Sotta, com registros rurais nos períodos de 13/10/1980 a 28/1/1982, 1º/12/1982 a 17/1/1983, 1º/2/1983 a 1º/4/1983, 15/2/1984 a 1º/4/1985, 16/10/1987 a 21/10/1987, 2/1/1992 a 15/4/1992, 7/5/1993 a 1º/5/1999, 11/4/1996 a 13/5/1996, 5/10/1996 a 5/1/1997, 6/6/2000 a 1º/8/2000, 1º/11/2001 a 20/3/2003 e de 11/1/2010 a 7/6/2010, e de natureza urbana de 10/3/1987 a 22/5/1987, 1º/6/1988 a 21/11/1989, 1º/3/1991 a 12/4/1991, 16/5/1991 a 16/7/1991, 2/5/1992 a 4/10/1992, 12/5/1994 a 21/8/1994, 13/10/1994 a 24/10/1994, 1º/2/1995 a 20/12/1995, 19/2/1996 a 1º/3/1996, 5/3/2008 a 15/10/2008 e de 2/5/2013 a 31/10/2013 (Id. 165284523 e 65284525);
- Certidão de casamento da autora com Luiz Antonio Matias de Medeiros, com assento em 30/5/1981, em que registrada a profissão daquele como lavrador e a da autora como do lar, bem assim a separação judicial realizada em 16/6/1987 (Id. 165284527);
- Certidão de nascimento de Emerson da Silva Sotta, com assento em 1º/6/1993, filho da autora e de João Batista Sotta, com registro da qualificação profissional do pai como tratorista e da autora como do lar (Id. 165284528); e
- Certidão de casamento dos pais da requerente, com assento em 7/12/1977, das quais se infere a qualificação profissional de seu genitor Jacinto Mendes da Silva como trabalhador braçal e da genitora Marcelina Luzia da Silva como prendas do lar (Id. 165284526).

Não obstante as provas acima mencionadas, considero não comprovado o exercício de atividade rural da autora. Como bem asseverado pelo MM. Juiz a quo no que tange à prova testemunhal, cuja audiência de instrução foi realizada em 11/11/2020: *"Quanto aos depoimentos colhidos, a testemunha João Fogaça, afirmou conhecer a requerente de 1997 até 2003; mas, afirmou que trabalhou com a requerente quando ela tinha uns 15 anos; que trabalhou junto em 1984 até 2003; que trabalharam para o Sr. Shigueiro Aoygui; que a requerente trabalhava em torno de 4 a cinco meses no ano. A partir de 2010 ela passou a trabalhar com o Roberto Nozor. Acredita que ela apenas trabalhou em serviço rural. A testemunha Maria Santana de Queiroz, afirmou conhecer a Requerente há 30 anos; que trabalharam juntas na uva na Fazenda Sinha Moça; que o período durava seis meses; que trabalhou de 1988 até 2004; que apenas trabalharam juntas na uva. Afirmou que a requerente continua trabalhando até os dias atuais na lavoura.*

Concluo que o início de prova material é insuficiente a corroborar os testemunhos colhidos em Juízo que, além de genéricos, não conseguiram afirmar com precisão a idade em que a requerente iniciou o trabalho rural junto aos genitores, não conseguiram informar em relação a cada período específico em que o autor laborou na área agrícola. Ademais as provas devem também, estar respaldados por início de prova material, o que não se deu no presente caso, pois não há nos autos uma prova material para corroborar com os períodos apontados na inicial. Os documentos apresentados, dizem apenas em relação ao companheiro da autora, inclusive com diversos vínculos de natureza individualizada e até mesmo urbana, o que descaracteriza a pretensão de labor rural. Assim, seria de todo temerária a valorização da prova oral neste caso, pois não há provas materiais para corroborar as versões apresentadas pelas testemunhas, inclusive apresentaram depoimentos contraditórios, ao afirmar que conheciam a requerente por um pequeno período de tempo, mas, afirmaram que trabalharam juntos por mais de 30 anos." (ID 165284558)

Dessa forma, a prova testemunhal apresentou-se contraditória e inconsistente, não sendo suficiente para formar a convicção de que a autora trabalhou na atividade rural no período alegado, não suprimindo a lacuna deixada pelas poucas provas materiais consideradas nestes autos, principalmente em razão da existência de diversos vínculos urbanos registrados na CTPS do alegado companheiro.

Por derradeiro, acompanho o voto proferido pela E. Relatora com relação ao não conhecimento do pedido de aposentadoria por idade de trabalhadora rural formulada apenas em sede de apelação, bem como a improcedência do pedido de aposentadoria por tempo de contribuição.

Ante o exposto, não conheço de parte da apelação da autora e, na parte conhecida, nego-lhe provimento.

É o meu voto.

Desembargador Federal Herbert de Bruyn

APELAÇÃO CÍVEL **5068227-39.2022.4.03.9999**

Apelantes: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, T.T.D.O.
Apelados: T.T.D.O., INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Representante: SOLANGE DE OLIVEIRA
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL LEILA PAIVA
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 28/04/2023

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-RECLUSÃO. TRABALHADOR RURAL. QUALIDADE DE SEGURADO DE BAIXA RENDA. PRESCRIÇÃO CONTRA O ABSOLUTAMENTE INCAPAZ.

1. O benefício previdenciário de auxílio-reclusão é devido aos dependentes dos segurados de baixa renda, conforme dispõe o artigo 201, inciso IV, da Constituição da República, com redação da Emenda Constitucional n. 20/1998 (EC n. 20/1998).
2. A concessão do auxílio-reclusão, em princípio, depende dos seguintes requisitos: a) qualidade de segurado; b) baixa renda do segurado recluso; b) cumprimento da carência, se cabível; c) dependência econômica dos beneficiários; e d) o efetivo recolhimento à prisão, atualmente em regime fechado.
3. Comprovado o recolhimento prisional em regime fechado do genitor da autora, bem como a dependência econômica presumida dela.
4. É vedado o reconhecimento de tempo de trabalho rurícola mediante prova exclusivamente testemunhal, impondo-se que o conjunto probatório seja orientado pela harmonia das provas material e testemunhal idônea.
5. O conjunto probatório, consubstanciado no início de prova material, corroborado pela prova oral, foi hábil a demonstrar a atividade rural exercida pelo detento até o dia inicial da constrição de liberdade, bem como a baixa renda dele, pois na condição de rural seus ganhos circundam em 1 (um) salário mínimo, sendo que à época equivalia a R\$ 937,00, quantia inferior ao valor de R\$ 1.292,43, estabelecido na Portaria MF n. 8/2017.
6. Prescreve o artigo 74, I e II, da Lei n. 8.213/1991, consoante a redação vigente à época do encarceramento, que se o requerimento administrativo for efetuado até 90 (noventa) dias do aprisionamento, o benefício será devido a contar dessa data, sendo que a inobservância desse prazo impõe o pagamento a contar do requerimento administrativo.

7. Preceitua o artigo 198, I, do Código Civil, que não corre prescrição contra os absolutamente incapazes. Assim, o benefício é devido desde o dia inicial da constrição de liberdade, mesmo se inobservado o prazo contido no artigo 74, I, da Lei n. 8.213/1991, pois ele não pode ser prejudicado pela inércia de seu responsável legal. Precedente do C. STJ.

8. No caso em testilha, apesar de o benefício ter sido requerido somente em 12/11/2018, deve ser concedido a partir do aprisionamento, pois contra a autora absolutamente incapaz não correu prazo prescricional.

9. Recurso do INSS não provido.

10. Recurso da autora provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Décima Turma, por unanimidade, decidiu dar provimento à apelação da autora e negar provimento à do INSS, fixando-se, de ofício, os consectários legais, nos termos da fundamentação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

A Senhora Desembargadora Federal Leila Paiva (Relatora):

Cuida-se de recursos de apelação apresentado por T. T. D. O. e pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) em demanda previdenciária objetivando a concessão de auxílio-reclusão decorrente do aprisionamento do genitor da autora.

A r. sentença julgou procedente o pedido formulado, nos seguintes termos (ID 263152513):

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido inicial para condenar o INSS a conceder à parte autora T.T.O., representada pela genitora Solange de Oliveira, a concessão do benefício de auxílio-reclusão, a partir de 12.11.2018 (fl. 23) e até que perdure a prisão do segurado Douglas Marques Aparecida da Silva, com renda mensal a ser calculada nos termos da legislação de regência, não podendo ser inferior a um salário mínimo, incluídos os abonos anuais, com fundamento no artigo 40, da Lei nº 8.213/91.

Por consequência, declaro extinto o feito, com resolução de mérito, nos termos do art. 487, inciso I, do CPC. Referidas parcelas devem ser pagas em uma única vez, acrescidas de juros de mora, a partir da citação, nos termos do art. 1º-F da Lei 9494/97, com a redação da Lei nº 11.960/09 e de correção

monetária desde a data que deveriam ser pagas, aplicando-se o INPC, eis que houve a declaração de inconstitucionalidade do art. 1º-F da Lei 9494/97, com a redação da Lei nº 11.960/09, no que tange a correção monetária no RE 870.947 (Tema 905 pelo STJ).

O INSS defende que as provas carreadas não demonstraram a condição de segurado de baixa renda do detento no dia do encarceramento, pois seu último recolhimento previdenciário foi em 03/2015 e a prisão ocorreu em 05/2017.

Por sua vez, a autora, menor incapaz, defende que a DIB deve ser fixada na data do encarceramento, pois contra ela não correu o prazo prescricional.

Prequestionam a matéria para fins de futura interposição de recurso às instâncias superiores e requerem, ao final, provimento integral de seus recursos com a inversão do ônus da sucumbência.

Com contrarrazões da autora, vieram os autos a esta E. Corte Regional.

O DD. Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso da autora e o desprovimento do INSS.

É o relatório.

VOTO

A Senhora Desembargadora Federal Leila Paiva (Relatora):

Cinge-se a controvérsia em dirimir se o detento ostentava a condição de segurado rural de baixa renda no dia do encarceramento, bem como definir a data inicial do pagamento do benefício a autora.

O recurso de apelação preenche os requisitos de admissibilidade e merece ser conhecido.

Do auxílio-reclusão

O benefício previdenciário de auxílio-reclusão é devido aos dependentes dos segurados de baixa renda, conforme dispõe o artigo 201, inciso IV, da Constituição da República, com redação da Emenda Constitucional n. 20/1998 (EC n. 20/1998).

O artigo 27 da Emenda Constitucional n. 103, de 12/11/2019, (EC nº 103/2019) prevê que o auxílio-reclusão não excederá o valor de 1 (um) salário mínimo, e será calculado nos termos da pensão por morte, até a edição de lei disciplinando o seu valor.

A disciplina legal do instituto consta do artigo 80 da Lei n. 8.213, de 24/07/1991, com redação da Lei n. 13.846, de 18/06/2019, *in verbis*:

Art. 80. O auxílio-reclusão, cumprida a carência prevista no inciso IV do *caput* do art. 25 desta Lei, será devido, nas condições da pensão por morte, aos

dependentes do segurado de baixa renda recolhido à prisão em regime fechado que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, de pensão por morte, de salário-maternidade, de aposentadoria ou de abono de permanência em serviço. (Redação dada pela Lei nº 13.846, de 2019)

A regulamentação está prevista pelos artigos 116 a 119 do Decreto n. 3.048, de 06/05/1999, o Regulamento da Previdência Social (RPS).

Em atenção ao *princípio tempus regit actum*, a concessão do referido benefício deverá observar os requisitos previstos na legislação vigente ao tempo do aprisionamento, porquanto devem ser seguidas as regras da pensão por morte, desde que haja compatibilidade e não exista disposição em sentido diverso.

Nesse diapasão, a concessão do benefício, em princípio, depende dos seguintes requisitos: a) qualidade de segurado; b) baixa renda do segurado recluso; c) cumprimento da carência, se cabível; d) dependência econômica dos beneficiários; e d) o efetivo recolhimento à prisão, atualmente em regime fechado.

a) Da qualidade de segurado do recluso

A qualidade de segurado é exigida para a obtenção do auxílio-reclusão, na forma do artigo 11 da Lei n. 8.213/1991, cuja manutenção tem por supedâneo precípuo o pagamento de contribuições ao Regime Geral da Previdência Social (RGPS).

Assim, considerando o caráter contributivo da Previdência Social, a qualidade de segurado estará mantida aos segurados mediante contribuição.

Entretanto, a LBPS estabelece exceção legal mediante a utilização do denominado *período de graça*, consistente no interregno assegurado àquele que, mesmo sem recolher contribuições, continua ostentando a condição de segurado, conforme as hipóteses do artigo 15 da referida Lei, *in verbis*:

Art. 15. Mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições:

I - sem limite de prazo, quem está em gozo de benefício, exceto do auxílio-acidente;

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 6 (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.

Nesse diapasão, com relação ao segurado empregado que deixar de exercer atividade remunerada, após 12 (doze) meses de cessação de recolhimentos, dar-se-á a perda da condição de segurado e, conseqüentemente, a caducidade do direito ao benefício, na forma do § 1º do artigo 102 da Lei n. 8.213/1991.

No entanto, é de rigor observar que a qualidade de segurado se exaure somente após o 16º dia do segundo mês seguinte ao término do prazo para recolhimento da contribuição, estabelecido no artigo 30, inciso II, da Lei n. 8.212, de 24/07/1991, consoante o disposto no § 4º do artigo 15 da Lei n. 8.213/1991 c/c o art. 14 do Decreto n. 3.048, de 06/05/1999, com a redação dada pelo Decreto n. 4.032/2021.

O período de graça de 24 (vinte e quatro) meses é assegurado no caso de recolhimento de mais de 120 (cento e vinte) contribuições mensais, sem interrupção que acarrete a perda da qualidade de segurado, eis que o segurado adquire o direito a prorrogar o período de graça por mais 12 (doze) meses, na forma preconizada pelo artigo 15, § 1º, da LBPS.

Nesse sentido, é o posicionamento da E. Décima Turma desta Corte:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO. PRORROGAÇÃO DO PERÍODO DE GRAÇA. REQUISITO NÃO PREENCHIDO.

1. Para a concessão do benefício de pensão por morte devem ser comprovadas a qualidade de dependente, nos termos da legislação vigente à época do óbito, e a qualidade de segurado do falecido, ou, independentemente da perda da qualidade de segurado, o preenchimento dos requisitos para concessão de qualquer aposentadoria.

2. A cópia da CTPS e os dados constantes do extrato do CNIS demonstram que, embora o falecido possuísse mais de 120 contribuições mensais, houve interrupção da sua qualidade de segurado em vários períodos, não se lhe aplicando a prorrogação do período de graça por mais 12 meses, prevista no § 1º, do Art. 15, da Lei nº 8.213/91. (g. m.)

3. A perda da qualidade de segurado constitui óbice à concessão do benefício de pensão por morte.

4. Apelação desprovida.

(TRF 3ª Região, 10ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 0017455-02.2018.4.03.9999, Rel. Desembargador Federal PAULO OCTAVIO BAPTISTA PEREIRA, julgado em 31/03/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 02/04/2020)

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. QUALIDADE DE SEGURADO. PERÍODO DE GRAÇA. ART. 15, §1º, DA LEI 8.213/91. PRORROGAÇÃO INDEVIDA. REQUISITO NÃO PREENCHIDO. BENEFÍCIO INDEVIDO.

1. Nos termos dos artigos 74 e 26 da Lei 8.213/91, a pensão por morte é devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, independentemente de carência.

2. Da análise do extrato do CNIS, verifica-se que o último vínculo empregatício do falecido encerrou-se em 30/04/2015, de modo que já teria perdido a condição de segurado por ocasião do óbito, ocorrido em 31/08/2017.

3. Alegam os autores, contudo, que o falecido fazia jus à prorrogação do período de graça previsto no §1º, do artigo 15, da Lei 8.213/91, uma vez que teria recolhido mais de 120 contribuições mensais.

4. *Entretanto, não tendo recolhido 120 contribuições mensais sem interrupção que acarretasse a perda da qualidade de segurado, o falecido não fazia jus à prorrogação do período de graça prevista no art. 15, §1º, da Lei 8.213/91. (g.m.)*

5. Ausente a condição de segurado do falecido, não houve o preenchimento do requisito necessário à concessão do benefício de pensão por morte.

6. Apelação desprovida.

(TRF 3ª Região, 10ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5004726-34.2019.4.03.6114, Rel. Desembargador Federal NELSON DE FREITAS PORFIRIO JUNIOR, julgado em 30/04/2020, Intimação via sistema DATA: 30/04/2020)

O direito ao período de graça alongado em virtude de desemprego, prorrogando-se por mais 12 (doze) meses, na forma do artigo 15, § 2º, da Lei n. 8.213/1991, depende de prova efetiva da condição de desempregado.

Para tanto, o C. STJ admite todos os meios de prova da situação de desemprego, não se fazendo imprescindível o registro no Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), conforme o entendimento consolidado no julgamento do Incidente de Uniformização de Jurisprudência (IUI Pet nº 7.115), *in verbis*:

PREVIDENCIÁRIO. INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE INTERPRETAÇÃO DE LEI FEDERAL. MANUTENÇÃO DA QUALIDADE DE SEGURADO. ART. 15 DA LEI 8.213/91. CONDIÇÃO DE DESEMPREGADO. DISPENSA DO REGISTRO PERANTE O MINISTÉRIO DO TRABALHO E DA PREVIDÊNCIA SOCIAL QUANDO FOR COMPROVADA A SITUAÇÃO DE DESEMPREGO POR OUTRAS PROVAS CONSTANTES DOS AUTOS. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO DO JUIZ. O REGISTRO NA CTPS DA DATA DA SAÍDA DO REQUERIDO NO EMPREGO E A AUSÊNCIA DE REGISTROS POSTERIORES NÃO SÃO SUFICIENTES PARA COMPROVAR A CONDIÇÃO DE DESEMPREGADO. INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DO INSS PROVIDO.

1. O art. 15 da Lei 8.213/91 elenca as hipóteses em que há a prorrogação da qualidade de segurado, independentemente do recolhimento de contribuições previdenciárias.

2. No que diz respeito à hipótese sob análise, em que o requerido alega ter deixado de exercer atividade remunerada abrangida pela Previdência Social, incide a disposição do inciso II e dos §§ 10. e 20. do citado art. 15 de que é mantida a qualidade de segurado nos 12 (doze) meses após a cessação das contribuições, podendo ser prorrogado por mais 12 (doze) meses se comprovada a situação por meio de registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social.

3. Entretanto, diante do compromisso constitucional com a dignidade da pessoa humana, esse dispositivo deve ser interpretado de forma a proteger não o registro da situação de desemprego, mas o segurado desempregado que, por esse motivo, encontra-se impossibilitado de contribuir para a Previdência Social.

4. *Dessa forma, esse registro não deve ser tido como o único meio de prova da condição de desempregado do segurado, especialmente considerando que, em âmbito judicial, prevalece o livre convencimento motivado do Juiz e não o sistema de tariffação legal de provas. Assim, o registro perante o Ministério do Trabalho e da Previdência Social poderá ser suprido quando for comprovada tal situação por outras provas constantes dos autos, inclusive a testemunhal.*

5. No presente caso, o Tribunal *a quo* considerou mantida a condição de segurado do requerido em face da situação de desemprego apenas com base no registro na CTPS da data de sua saída no emprego, bem como na ausência de registros posteriores.

6. A ausência de anotação laboral na CTPS do requerido não é suficiente para comprovar a sua situação de desemprego, já que não afasta a possibilidade do exercício de atividade remunerada na informalidade.

7. Dessa forma, não tendo o requerido produzido nos autos prova da sua condição de desempregado, merece reforma o acórdão recorrido que afastou a perda da qualidade de segurado e julgou procedente o pedido; sem prejuízo, contudo, da promoção de outra ação em que se enseje a produção de prova adequada.

8. Incidente de Uniformização do INSS provido para fazer prevalecer a orientação ora firmada.

(Pet 7.115/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10/03/2010, DJe 06/04/2010)

Ainda, sobre a comprovação do desemprego, a E. Terceira Seção do C. STJ não dispensou o ônus probatório do segurado, nem tampouco admitiu a simples ausência de anotação na CTPS, considerada insuficiente para evidenciar a condição de inatividade involuntária, conforme reiterados julgados:

PREVIDENCIÁRIO. QUALIDADE DE SEGURADO. PRORROGAÇÃO DO PERÍODO DE GRAÇA. MERA AUSÊNCIA DE ANOTAÇÃO NA CTPS. INSUFICIÊNCIA DE ELEMENTOS PROBATÓRIOS DA SITUAÇÃO DE DESEMPREGO. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM.

1. *A ausência de registros na CTPS, só por si, não é suficiente para comprovar a situação de desemprego da parte autora, admitindo-se, no entanto, que tal demonstração possa ser efetivada por outros meios de prova que não o*

registro perante o Ministério do Trabalho e da Previdência Social, como a testemunhal. Precedentes: Pet 7.115/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 6/4/2010; AgRg no Ag 1.182.277/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, DJe 6/12/2010.

2. No caso concreto, no que diz respeito à demonstração da qualidade de segurado do autor, a Corte de origem, ao se louvar, unicamente, na ausência de anotação na CTPS e ter como prorrogado o período de graça, destoou da mencionada jurisprudência.

3. Recurso especial do INSS parcialmente provido, para afastar a possibilidade de reconhecimento da condição de segurado pela mera ausência de registros na CTPS, determinando o retorno dos autos à origem para que oportunize ao autor a produção de provas e, então, julgue a causa como entender de direito.

(REsp 1338295/RS, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/11/2014, DJe 01/12/2014)

Na mesma senda, a manifestação da E. Terceira Seção deste C. Tribunal Regional:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ART. 1.021 DO CPC. PENSÃO POR MORTE. QUALIDADE DE SEGURADO DO *DE CUJUS* CONFIGURADA. SITUAÇÃO DE DESEMPREGO. PRORROGAÇÃO DO PERÍODO DE GRAÇA.

I - *Embora a lei indique como prova do desemprego o registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social, o STJ vem entendendo pela possibilidade de comprovação por outros meios de prova, firmando, contudo, a compreensão de que, para tanto, não basta a simples anotação de rescisão do contrato de trabalho na CTPS do segurado.*

II - No caso em tela, além do termo de rescisão do contrato de trabalho em 01.01.2013, os depoimentos da testemunha e da informante prestados durante a instrução processual abordaram as circunstâncias vivenciadas pelo falecido a partir do ano de 2013, afirmando que ele se encontrava desempregado, buscando se reinserir no mercado de trabalho, inclusive distribuindo currículos em lojas e restaurantes.

III - A prova oral se presta para fins de comprovação da condição de desemprego.

IV - Configurada a situação de desemprego, o período de “graça” se estenderia por 24 meses, conforme o disposto art. 15, II, § 2º, da Lei n. 8.213/91, de modo que o finado mantinha a qualidade de segurado à época do óbito.

V – Agravo do INSS (art. 1.021 do CPC) improvido.

(TRF 3ª Região, 10ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5014021-19.2018.4.03.6183, Rel. Desembargador Federal SERGIO DO NASCIMENTO, julgado em 24/02/2021, Intimação via sistema DATA: 02/03/2021)

b) Da baixa renda do segurado recluso

O segurado deve aferir baixa renda como condição à percepção do benefício pelos seus dependentes, considerando-se, para tanto, a renda bruta mensal de R\$ 360,00, corrigidos pelos mesmos índices aplicados aos benefícios

previdenciários, na forma do artigo 201 da Constituição Federal, com redação da EC n. 20/1998.

Essa regra foi regulamentada pelo artigo 116 do Decreto n. 3.048/99, e posteriormente por meio de portarias.

Confirmam-se os valores: até 31/05/1999 - R\$360,00 (EC nº 20/98); de 1º/06/1999 a 31/05/2000 - R\$ 376,60 (Portaria MPS nº 5.188/99); - de 1º/06/2000 a 31/05/2001 - R\$ 398,48 (Portaria MPS nº 6.211/00); - de 1º/06/2001 a 31/05/2002 - R\$ 429,00 (Portaria MPS nº 1.987/01); - de 1º/6/2003 a 31/04/2004 - R\$560,81 (Portaria MPS nº 727/03); - de 1º/05/2004 a 30/04/2005 - R\$586,19 (Portaria MPS nº479/04); - de 1º/05/2005 a 31/3/2006 - R\$623,44 (Portaria MPS nº 822/05); - de 1º/04/2006 a 31/03/2007 - R\$654,61 (Portaria MPS nº119/06); - de 1º/04/2007 a 29/02/2008 - R\$676,27 (Portaria MPS nº142/07); - de 1º/03/2008 a 31/01/2009 - R\$710,08 (Portaria MPS nº 77/08); - de 1º/02/2009 a 31/12/2009 - R\$752,12 (Portaria MPS nº 48/09); - de 1º/01/2010 a 31/12/2010 - R\$810,18 (Portaria MPS nº 333/2010); - de 1º/01/2011 a 14/7/2011 - R\$862,11 (Portaria MPS nº568/2010); - de 15/7/2011 a 31/12/2011 - R\$ 862,60 (Portaria MPS nº 407/2011); - de 01/01/2012 a 31/12/2012- R\$ 915,05 (Portaria MPS 02/2012); - de 01/01/2013 a 31/12/2013- R\$ 971,78 (Portaria MPS 15/2013); - de 01/01/2014 a 31/12/2014- R\$ 1.025,81 (Portaria MPS/MF 19/2014); - de 01/01/2015 a 31/12/2015 - R\$ 1.089,72 (Portaria MPS/MF 13/2015); - de 01/01/2016 a 31/12/2016 - R\$ 1.212,64 (Portaria MTPS/MF 1/2016); - de 01/01/2017 a 31/12/2017 - R\$ 1.292,43 (Portaria MF 8/2017); - de 01 de janeiro de 2018 a 31/12/2018 - R\$ 1.319,18 (Portaria MF 15/2018); - de 01/01/2019 a 31/12/2019 - R\$ 1.364,43 (Portaria ME 09/2019); - a partir de 01/01/2020 até 31/12/2020 - R\$ 1.425,56 (Portaria ME 914/2020);); - a partir de 01/01/2021 até 31/12/2021 - R\$ 1.503,25 (Portaria SEPRT/ ME 477/2021); a partir de 01/01/2022 - R\$ 1.655,98 - (Portaria MTP/ME 12/2022); a partir de 01/01/2023 - R\$ 1.754,18 (Portaria MPS/MF n. 26, de 10/01/2023).

Além dessas balizas, o C. Supremo Tribunal Federal firmou compreensão no sentido de que (i) a baixa renda, para fins de concessão do auxílio-reclusão, deve ser considerada a partir da renda mensal do recluso; e, ainda, (ii) que é constitucional a fixação dos valores pelo artigo 116 do Decreto n. 3.048/00 e, após, por portarias ministeriais, conforme o sedimentou o RE n. 587.365, que definiu o Tema 89/STF, com repercussão geral (Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, DJe 08/05/2009).

Esse critério foi inclusive previsto pelo artigo 27 da EC n. 103/2019, *in verbis*:

“Art. 27. Até que lei discipline o acesso ao salário-família e ao auxílio-reclusão de que trata o inciso IV do art. 201 da Constituição Federal, esses benefícios serão concedidos apenas àqueles que tenham renda bruta mensal igual ou inferior a R\$ 1.364,43 (mil, trezentos e sessenta e quatro reais e quarenta e três centavos), que serão corrigidos pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do Regime Geral de Previdência Social”.

VALOR

§ 1º Até que lei discipline o valor do auxílio-reclusão, de que trata o inciso IV do art. 201 da Constituição Federal, seu cálculo será realizado na forma daquele aplicável à pensão por morte, não podendo exceder o valor de 1 (um) salário-mínimo.

A *constatação da baixa renda*, por sua vez, foi objeto de divergências jurisprudenciais e alterações legislativas.

b.1) Até 17/01/2019, antes da publicação da *Medida Provisória n. 871, de 18/01/2019*, que alterou o artigo 80 da Lei n. 8.213, de 24/07/1991, deve ser considerado o *último salário integral percebido pelo segurado empregado*, porquanto o valor proporcional, correspondente ao número de dias trabalhados, distorce a renda habitual, a qual deve servir de parâmetro para a aferição do direito ao benefício.

Assim, no caso do *segurado empregado*, no momento do recolhimento à prisão até 18/01/2019, a apuração da baixa renda deve ser realizada por meio da comparação do real salário do segurado, colhido na sua integralidade no último mês trabalhado, com o montante estabelecido pelo artigo 116 do Decreto n. 3.048/99, com a atualização das Portarias.

Nesse sentido, cito julgado da E. Décima Turma:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. AGRAVO INTERNO. AUXÍLIO-RECLUSÃO. VALOR DA REMUNERAÇÃO

I - Restou consignado que o último contrato de trabalho do segurado, iniciado em 06.08.2018, e interrompido pela prisão, o salário de contribuição relativo ao mês de agosto/2018 correspondia a R\$ 379,14, abaixo do valor fixado no artigo 13 da Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.1998, equivalente a R\$ 360,00, atualizado para R\$ 1.319,18, pela Portaria nº 15, de 16.01.2018 do Ministério da Fazenda e da Previdência Social.

II - Mesmo que o segurado preso tenha trabalhado apenas 13 dias, o valor equivalente a 30 dias corresponderia a aproximadamente R\$ 875,00, ainda abaixo do valor fixado pela referida Portaria.

III - Agravo (CPC, art. 1.021) interposto pelo INSS improvido.

(TRF 3ª Região, 10ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 6078472-97.2019.4.03.9999, Rel. Desembargador Federal SERGIO DO NASCIMENTO, julgado em 15/07/2020, Intimação via sistema DATA: 15/07/2020)

No mesmo entendimento: ApCiv n. 5002667-56.2017.4.03.6110, Rel. Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA, Oitava Turma, j. 11/11/2020, publ. 13/11/2020; ApCiv n. 5698887-69.2019.4.03.9999, Oitava Turma, Rel. Desembargadora Federal DIVA MALERBI, Oitava Turma, j. 12/12/2019, e - DJF3 16/12/2019; AI n. 5000934-52.2017.4.03.0000, Sétima Turma, Rel. Desembargador Federal PAULO SERGIO DOMINGUES, j. 30/05/2019, e-DJF3 04/06/2019.

No caso do *segurado desempregado*, foi pacificado pelo C. STJ que deveria ser aferida no momento da constrição de liberdade, na forma do Tema 896: “*Para a concessão de auxílio-reclusão (art. 80 da Lei 8.213/1991), o critério de aferição de renda do segurado que não exerce atividade laboral remunerada no momento do recolhimento à prisão é a ausência de renda, e não o último salário de contribuição*”, (REsp Repetitivo n. 1.485.416/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Primeira Seção, julgado em 22/11/2017, DJe 02/02/2018).

Anote-se que foi interposto recurso extraordinário perante o C. Supremo Tribunal Federal em face desse acórdão repetitivo do C. STJ, o qual foi reformado por decisão monocrática (ARE n. 1.163.485/SP), considerando-se, na ocasião, que teria violado o que fora decidido com repercussão geral no RE n. 587.365.

Todavia, o E. Plenário do C. STF enfrentou a questão definindo a Tese 1.017: “*É infraconstitucional, a ela se aplicando os efeitos da ausência de repercussão geral, a controvérsia sobre os critérios legais de aferição da renda do segurado, para fins de percepção do benefício do auxílio-reclusão*”.

A E. Primeira Seção do C. STJ submeteu o assunto à revisão, *reafirmando a tese do Tema 896*, no julgamento dos Recursos Especiais n. 1.842.985 e 1.842.974, ocorrido em 24/02/2021.

Portanto, de acordo com o entendimento fixado pelo Tema 896 STJ, a constatação da baixa renda, nas hipóteses de o segurado não estar exercendo atividade remunerada, decorre automaticamente da ausência de renda, impossibilitada a retroação até o valor do último salário de contribuição.

b.2) A partir de 18/01/2019, foi alterado o artigo 80 da Lei n. 8.213, de 24/07/1991, pela edição da Medida Provisória n. 871, de 18/01/2019, convertida na Lei n. 13.846, de 18/06/2019, estabelecendo que a apuração da *renda bruta* será a partir da média dos salários de contribuição nos 12 (doze) meses que antecedem o encarceramento, conforme o § 4º do artigo 80 da LBPS, *in verbis*:

Art. 80 (...)

§ 4º A aferição da renda mensal bruta para enquadramento do segurado como de baixa renda ocorrerá pela média dos salários de contribuição apurados no período de 12 (doze) meses anteriores ao mês do recolhimento à prisão. (Incluído pela Lei nº 13.846, de 2019)

Na mesma senda, a *novel redação do artigo 116, § 1º, do Decreto n. 3.048, de 06/05/1999, com a alteração promovida pelo Decreto n. 10.410, de 30/06/2020, in verbis*:

Art. 116 (...)

§ 1º Para fins de concessão do benefício de que trata este artigo, considera-se segurado de baixa renda aquele que tenha renda bruta mensal igual ou inferior a R\$ 1.425,56 (um mil quatrocentos e vinte e cinco reais e cinquenta e seis centavos), corrigidos pelos mesmos índices de reajuste aplicados aos benefícios do RGPS, calculada com base na média aritmética simples dos

salários de contribuição apurados no período dos doze meses anteriores ao mês do recolhimento à prisão. (Redação dada pelo Decreto nº 10.410, de 2020)

c) Da carência

Até 17/01/2019, a concessão do benefício prescindia do cumprimento de carência mínima, conforme previa a redação pretérita do artigo 26, I, da Lei n. 8.213/1991.

A partir de então, por decorrência da vigência da Medida Provisória n. 871, de 18/01/2019, convertida na Lei n. 13.846, de 18/06/2019, foi inserido no ordenamento o requisito do cumprimento da carência equivalente a 24 (vinte e quatro) contribuições mensais, conforme passou a prever o artigo 25, IV, da Lei n. 8.213/1991.

E na hipótese de perder a condição de segurado, o artigo 27-A, da Lei n. 8.213/1991, consoante redação dada pela Lei n. 13.846, de 18/06/2019, estabelece que o segurado deverá cumprir, a partir da nova filiação à Previdência Social, com 12 (doze) contribuições previdenciárias, equivalentes à metade do período de graça.

d) Os beneficiários e a dependência econômica

O artigo 16 da Lei n. 8.213/91, prevê três classes de dependentes do segurado, havendo entre elas uma hierarquia, razão pela qual a existência de dependente de uma classe exclui o da classe posterior.

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, são dependentes integrantes da classe I, na forma do inciso I, e têm preferência em relação aos de outras classes, além de não necessitarem comprovar a dependência econômica, pois esta é presumida, conforme o § 4º do comando legal referido.

Quanto a prova da dependência econômica, destaca-se que a Lei n. 13.846, de 18/06/2019, incluiu a redação do artigo 16, § 5º, da Lei n. 8.213/91, que assim passou a dispor:

§ 5º As provas de união estável e de *dependência econômica* exigem início de prova material contemporânea dos fatos, produzido em período não superior a 24 (vinte e quatro) meses anterior à data do óbito ou do recolhimento à prisão do segurado, não admitida a prova exclusivamente testemunhal, exceto na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no regulamento. (Incluído pela Lei nº 13.846, de 2019)

Desse modo, apesar de a jurisprudência do E. Tribunal da Cidadania permitir que a demonstração da dependência econômica seja realizada mediante prova exclusivamente testemunhal (AgInt no AREsp 1339625/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/09/2019, DJe

16/09/2019), para os óbitos ocorridos a partir de 18/06/2019 será necessário haver o início de prova material contemporânea dos fatos, pertinente ao período não superior a 24 (vinte e quatro) meses, contados do passamento, não mais bastando a prova exclusivamente oral.

Para fins de prova material do vínculo e da dependência econômica, eram necessários três, e após a redação dada pelo Decreto n. 10.410/2020, poderão ser aceitos apenas dois documentos, dentre outros, indicados nos incisos I a XVII do § 3º do artigo 22 do Decreto n. 3.048, de 06/05/1999.

e) Do efetivo recolhimento à prisão em regime fechado

e.1) Até 17/01/2019, o pagamento do benefício dependia da comprovação do recolhimento à instituição prisional, em *regime fechado* (sujeito à execução de pena em estabelecimento de segurança máxima ou média) ou *semiaberto* (sujeito à execução em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar).

e.2) Após 18/01/2019, com a vigência da Medida Provisória n. 871, de 18/01/2019, posteriormente convertida na Lei n. 13.846, de 18/06/2019, somente o encarceramento em *regime fechado*, nos termos do artigo 80, § 1º, da Lei n. 8.213/91, dará direito ao benefício.

Essa norma legal foi regulamentada pelo artigo 116, § 5º, do RPS, com redação do Decreto n. 10.410, de 30/06/2020.

O benefício é devido inclusive se o condenado passar a cumprir a pena em prisão domiciliar, na linha do que decidiu o C. STJ no REsp n. 1.672.295/RS (Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, j. 17/10/2017, DJe 26/10/2017).

Aliás, o INSS previu essa possibilidade no artigo 382, § 4º, da IN INSS/PRES n. 77, de 21/01/2015, com redação da IN INSS/PRES n. 85, de 18/02/2016, *in verbis*: “O cumprimento de pena em prisão domiciliar não impede o recebimento do benefício de auxílio-reclusão pelo(s) dependente (s), se o regime previsto for o fechado ou semiaberto”.

Acrescente-se, ainda, que são *excludentes do direito dos dependentes* ao auxílio-reclusão, a percepção pelo segurado recluso de remuneração paga pela empresa, bem como estar no gozo de auxílio-doença, aposentadoria ou abono de permanência em serviço, e, a partir de 18/01/2019, de pensão por morte ou salário-maternidade.

Anote-se, por derradeiro, que será *suspenso o benefício* no caso de fuga do preso, podendo ser restabelecido a partir da data da recaptura, observando-se a manutenção da qualidade de segurado, podendo ser computada a atividade exercida no período da evasão, na forma preconizada pelo artigo 117, §§ 2º e 3º, da Lei n. 8.213/91.

Do trabalho rural

A *comprovação da atividade rural* pode ser realizada mediante *início de prova material corroborada por prova testemunhal*, conforme o § 3º do artigo 55 da LBPS, *in verbis*:

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:

(...) § 3º A comprovação do tempo de serviço para os fins desta Lei, inclusive mediante justificativa administrativa ou judicial, observado o disposto no art. 108 desta Lei, *só produzirá efeito quando for baseada em início de prova material contemporânea dos fatos, não admitida a prova exclusivamente testemunhal*, exceto na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, na forma prevista no regulamento. (Redação dada pela Lei nº 13.846, de 2019)

A interpretação desse dispositivo legal foi assentada pelo C. STJ no verbete da Súmula 149: “A prova exclusivamente testemunhal não basta a comprovação da atividade rurícola, para efeito da obtenção de benefício previdenciário”. (STJ, Terceira Seção, j. 07/12/1995, DJ 18/12/1995).

Portanto, é vedado o reconhecimento de tempo de trabalho rurícola mediante prova exclusivamente testemunhal, impondo-se que o conjunto probatório seja orientado pela harmonia das provas material e testemunhal idônea.

Do segurado especial

Os segurados especiais, dentre eles: “O produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais e o pescador artesanal, bem como os respectivos cônjuges, que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, sem empregados permanentes, contribuirão para a seguridade social mediante a aplicação de uma alíquota sobre o resultado da comercialização da produção e farão jus aos benefícios nos termos da lei”, na forma do artigo 195, § 8º, da CR, são contemplados pela redução de idade para aposentação.

A esse respeito dispõe o artigo 39, parágrafo único, da LBPS, *in verbis*:

Art. 39. Para os segurados especiais, referidos no inciso VII do *caput* do art. 11 desta Lei, fica garantida a concessão: (Redação dada pela Lei nº 13.846, de 2019)

(...)

Parágrafo único. Para a segurada especial fica garantida a concessão do salário-maternidade no valor de 1 (um) salário mínimo, desde que comprove o exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, nos 12 (doze) meses imediatamente anteriores ao do início do benefício. (Incluído pela Lei nº 8.861, de 1994)

A atividade do segurado especial é exercida de forma *individual* ou em *regime de economia familiar*, a teor das normas do artigo 11, VII e § 1º, da LBPS, *in verbis*:

Art. 11 (...) VII – como segurado especial: a pessoa física residente no imóvel rural ou em aglomerado urbano ou rural próximo a ele que, individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com o auxílio eventual de terceiros, na condição de: (...)

*§ 1º Entende-se como regime de economia familiar a atividade em que o trabalho dos membros da família é indispensável à própria subsistência e ao desenvolvimento socioeconômico do núcleo familiar e é exercido em condições de mútua dependência e colaboração, sem a utilização de empregados permanentes. (Redação dada pela Lei nº 11.718, de 2008)”.
Trata-se de labor rural desempenhado para a subsistência da família, em área não superior a 4 (quatro) módulos fiscais e sem empregados permanentes, pressupondo dependência e colaboração de seus integrantes, cujo início de prova material é realizada mediante a apresentação de documentos indicados no artigo 106 da Lei n. 8.213, de 24/07/1991, e nas instruções normativas do INSS.*

Nesse sentido:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. TRABALHADOR RURAL. INÍCIO DE PROVA MATERIAL CORROBORADO POR PROVA TESTEMUNHAL.

1. A aposentadoria por idade, no caso de trabalhadores rurais, é devida ao segurado que, cumprido o número de meses exigidos no Art. 143, da Lei 8.213/91, completar 60 anos de idade para homens e 55 para mulheres.

2. O Art. 106, da Lei nº 8.213/91, dispõe que a comprovação do exercício de atividade rural será feita, no caso de segurado especial em regime de economia familiar, por meio de um dos documentos elencados.

3. Início de prova material corroborada por prova oral produzida em Juízo.

4. Satisfeitos os requisitos, o autor faz jus ao benefício de aposentadoria por idade.(...)

(TRF 3ª Região, 10ª Turma, Apelação Cível 5973362-12.2019.4.03.9999, Rel. Desembargador Federal PAULO OCTAVIO BAPTISTA PEREIRA, j. 06/06/2022, DJEN 10/06/2022).

Ainda, a área da propriedade explorada foi limitada ao máximo de 4 (quatro) módulos fiscais, a partir da nova redação do artigo 12, VII, da Lei n. 8.212, de 24/07/1991, pela Lei n. 11.718, de 2008. Anote-se, sobre o assunto, que o C. STJ afetou os REsp 1.947.404 e 1.947.647, para definir a tese do *Tema 1115/STJ*, a respeito da controvérsia quanto ao requisito do tamanho da propriedade na caracterização do regime de economia familiar.

Do trabalho de integrante da família

"O trabalho urbano de um dos membros do grupo familiar não descaracteriza, por si só, os demais integrantes como segurados especiais, devendo ser averiguada a dispensabilidade do trabalho rural para a subsistência do grupo familiar, incumbência esta das instâncias ordinárias", esse é o teor do Tema 532/STJ.

Ainda, *"Em exceção à regra geral (...), a extensão de prova material em nome de um integrante do núcleo familiar a outro não é possível quando aquele*

passa a exercer trabalho incompatível com o labor rurícola, como o de natureza urbana”, esse verbete conta do Tema 533/STJ.

Os referidos temas foram assentados pelo C. STJ no julgamento do *REsp 1.304.479/SP*, valendo destacar do voto do e. Relator Ministro HERMAN BENJAMIN o seguinte excerto: “Assim como é tranquilo nesta Corte Superior o entendimento pela possibilidade da extensão da prova material em nome de um cônjuge ao outro, é também firme a jurisprudência que estabelece a impossibilidade de estender a prova em nome do consorte que passa a exercer trabalho urbano, devendo ser apresentada prova material em nome próprio”, (j.10/10/2012, DJe 19/12/2012).

Assim, o exercício de atividade urbana por um cônjuge não descaracteriza o regime de economia familiar, porém repele a eficácia probatória de documentos apresentados em nome dele, impondo ao consorte requerente a apresentação de início de prova material em nome próprio para comprovação do labor campesino.

Além disso, o trabalhador rural pode exercer atividade remunerada na zona urbana por *até 120 (cento e vinte) dias*, corridos ou intercalados, no ano civil, independentemente de fruição em período de entressafra ou defeso (inciso III) com redação da Lei n. 12.873, de 2013, e do artigo 9º, VII, § 8º, III, do Decreto 3.048/1999 com redação da Decreto n. 10.410/2020. Contudo, o labor fora do campo por tempo superior configura hipótese que descaracteriza a condição de segurado especial, conforme o § 9º do artigo 11 da Lei n. 8.213, de 24/07/1991.

Estabelecidas essas premissas, passemos ao exame do recurso.

Do caso dos autos

Evidencia-se das provas dos autos que houve o recolhimento prisional em regime fechado do Sr. Douglas Marques Aparecido da Silva, ocorrido no dia *13/05/2017* (ID 263152438 -p. 8), bem como que a autora demonstrou, mediante a juntada da certidão de nascimento (ID 263152438 -p. 3), ser filha menor de 21 (vinte e um) anos do detento, estando incontroversa a dependência econômica dela, por ser presumida.

Na hipótese, o ponto central em que se assenta a presente lide reside em dirimir se o preso ostentava a qualidade de segurado rural de baixa renda no dia inicial da constrição de liberdade.

Vejamos.

A título de início de prova material da atividade campesina, constato que a certidão de nascimento da autora menciona que o detento é trabalhador rural, bem como o Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS) (ID 263152477 -p. 5) indica que o recluso teve três vínculos de trabalho, todos na atividade rural, nos seguintes períodos: 09/02/2013 a 18/02/2013; 27/01/2014 a 21/03/2014 e 19/01/2015 a 11/03/2015.

E realizada a audiência, foram ouvidas duas testemunhas, ambas conhecidas da genitora da autora há muitos anos, confirmando o labor campesino exercido pelo detento ao tempo do aprisionamento, sendo que a *Sra.*

Alessandra de Fátima asseverou que o detento "*sempre trabalhou como bóia-fria e foi preso em casa, após o trabalho*", e a *Sra. Alessandra Rodrigues*, que trabalhou com o recluso por um ou dois anos, confirmou que "*ele estava trabalhando no cercadinho quando foi preso, pois a prisão foi no período noturno*".

Nesse sentido, tenho que o conjunto probatório, consubstanciado no início de prova material, corroborado pela prova oral, foi hábil a demonstrar a atividade rural exercida pelo detento até o dia inicial da constrição de liberdade, bem como a baixa renda dele, pois na condição de rural seus ganhos circundam em 1 (um) salário mínimo, sendo que à época equivalia a R\$ 937,00, quantia inferior ao valor de R\$ 1.292,43, estabelecido na Portaria MF n. 8/2017.

Nesse cenário, sem razão o INSS.

Da data inicial do benefício

Prescreve o artigo 74, I e II, da Lei n. 8.213/1991, consoante a redação vigente à época do encarceramento, que se o requerimento administrativo for efetuado até 90 (noventa) dias do aprisionamento, o benefício será devido a contar dessa data, sendo que a inobservância desse prazo impõe o pagamento a contar do requerimento administrativo.

Todavia, preceitua o artigo 198, I, do Código Civil, que não corre prescrição contra os absolutamente incapazes. Assim, o benefício é devido desde o dia inicial da constrição de liberdade, mesmo se inobservado o prazo contido no artigo 74, I, da Lei n. 8.213/1991, pois o depende menor incapaz não pode ser prejudicado pela inércia de seu responsável legal.

Nesse sentido, cito julgado do C. Tribunal da Cidadania:

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DEPENDENTE ABSOLUTAMENTE INCAPAZ. MENOR IMPÚBERE. TERMO INICIAL DO BENEFÍCIO: DATA DA RECLUSÃO. O PRAZO PRESCRICIONAL NÃO CORRE CONTRA O INCAPAZ. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 198, I, DO CÓDIGO CIVIL C/C OS ARTS. 79 E 103, PARÁG. ÚNICO DA LEI 8.213/1991. RECURSO ESPECIAL DO PARTICULAR PROVIDO.

1. O termo inicial do benefício de auxílio-reclusão, quando devido a dependente absolutamente incapaz, é a data da prisão do segurado.

2. *É firme o entendimento desta Corte de que os prazos decadenciais e prescricionais não correm em desfavor do absolutamente incapaz. Ademais, não se poderia admitir que o direito do menor fosse prejudicado pela inércia de seu representante legal.* (g. m.)

3. Recurso Especial do particular provido.

(REsp 1393771/PE, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 30/11/2017, DJe 06/12/2017)

No caso em testilha, apesar de o benefício ter sido requerido somente em 12/11/2018 (ID 263152438 - p. 10), deve ser concedido a partir do

aprisionamento, pois contra a autora absolutamente incapaz não correu prazo prescricional.

Desse modo, agasalho as razões recursais da autora e reformo parcialmente a r. sentença, para fins de fixar a data do encarceramento como a inicial do pagamento.

Consectários legais

A correção monetária e os juros de mora incidirão conforme a legislação de regência, observando-se os critérios preconizados pelo Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, que refere a aplicação da EC n. 113/2021.

Ainda quanto aos juros, destaque-se que são devidos até a data da expedição do ofício precatório ou da requisição de pequeno valor (RPV), conforme o Tema 96/STF, cristalizado pelo C. STF no julgamento do RE n. 579.431, observando-se, a partir de então, o teor da Súmula Vinculante 17/STF.

Dos honorários advocatícios

Em razão da sucumbência recursal, majoro os honorários advocatícios fixados na r. sentença em 2% (dois pontos percentuais), observadas as normas do artigo 85, §§ 3º, 5º e 11, do CPC.

Dispositivo

Ante o exposto, *dou provimento* à apelação da autora e *nego provimento* à do INSS, fixando-se, de ofício, os consectários legais, nos termos da fundamentação.

É o voto.

APELAÇÃO CÍVEL **5000574-83.2023.4.03.9999**

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: FRANCISCA ELMA DA SILVA RIBEIRO
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELSON PORFÍRIO
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 17/04/2023

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. SALÁRIO-MATERNIDADE. SEGURADA DEMITIDA SEM JUSTA CAUSA DURANTE O PERÍODO DE ESTABILIDADE. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO. BENEFÍCIO DE NATUREZA PREVIDENCIÁRIA. COMPENSAÇÃO PELO EMPREGADOR. DEVIDO O PAGAMENTO PELO INSS DE FORMA DIRETA.

1. O fato de ser atribuição do empregador efetuar o pagamento do salário-maternidade no caso das seguradas empregadas não retira a natureza de benefício previdenciário.

2. Ademais, embora a prestação relativa ao benefício seja paga pelo empregador, este tem o direito à compensação quando do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários da empregada (art. 72, § 1º, da Lei nº 8.213/91), de modo que o encargo proveniente do salário-maternidade é suportado pela própria Autarquia.

3. Dessarte, nessas condições, o benefício de salário-maternidade deve ser pago diretamente pelo INSS.

4. A correção monetária deverá incidir sobre as prestações em atraso desde as respectivas competências e os juros de mora desde a citação, observada eventual prescrição quinquenal, nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 784/2022 (que já contempla a aplicação da Selic, nos termos do artigo 3º da Emenda Constitucional nº 113/2021), do Conselho da Justiça Federal (ou aquele que estiver em vigor na fase de liquidação de sentença). Os juros de mora deverão incidir até a data da expedição do PRECATÓRIO/RPV, conforme entendimento consolidado pela colenda 3ª Seção desta Corte. Após a devida expedição, deverá ser observada a Súmula Vinculante 17.

5. Com relação aos honorários advocatícios, tratando-se de sentença ilíquida, o percentual da verba honorária deverá ser fixado somente na liquidação do julgado, na forma do disposto no art. 85, § 3º, § 4º, II, e § 11, e no art. 86, todos do Código de Processo Civil, e incidirá sobre as parcelas vencidas até a data da decisão que reconheceu o direito ao benefício (Súmula 111 do STJ).

6. Deve aplicar-se, também, a majoração dos honorários advocatícios, prevista no artigo 85, §11, do Código de Processo Civil, observados os critérios e percentuais estabelecidos nos §§ 2º e 3º do mesmo artigo.

7. Apelação do INSS desprovida. Fixados, de ofício, os consectários legais e os honorários advocatícios.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Décima Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento à apelação do INSS e fixar, de ofício, os consectários legais e os honorários advocatícios, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

O Exmo. Desembargador Federal Nelson Porfírio (Relator): Trata-se de ação proposta por FRANCISCA ELMA DA SILVA RIBEIRO em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, objetivando a concessão do benefício de salário-maternidade.

Juntados procuração e documentos.

Deferido o pedido de gratuidade da justiça.

O INSS apresentou contestação.

Réplica da parte autora.

O MM. Juízo de origem julgou procedente o pedido.

Inconformada, a autarquia interpôs recurso de apelação alegando, em síntese, que a responsabilidade pelo pagamento do benefício é do empregador que demitiu a parte autora sem justa causa durante o período de estabilidade.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Desembargador Federal Nelson Porfírio (Relator): Compulsando os autos, verifica-se que não há insurgência quanto ao direito ao benefício, de modo que a questão cinge-se à responsabilidade da autarquia pelo pagamento do salário-maternidade.

Em suas razões de recurso, o INSS suscita que a responsabilidade pelo adimplemento do benefício é do empregador, uma vez que a parte autora foi

dispensada sem justa causa enquanto gozava da garantia constitucional de estabilidade no emprego.

No entanto, referida alegação não merece prosperar, porquanto embora a prestação relativa ao benefício seja paga pelo empregador, este tem o direito à compensação quando do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários da empregada (art. 72, § 1º, da Lei nº 8.213/91), de modo que o encargo proveniente do salário-maternidade é suportado pela própria Autarquia.

Nesse sentido, a jurisprudência do C. Superior Tribunal:

“PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. SALÁRIO - MATERNIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO CARACTERIZAÇÃO. DISPENSA ARBITRÁRIA. MANUTENÇÃO DA CONDIÇÃO DE SEGURADA. PAGAMENTO PELO INSS DE FORMA DIRETA. CABIMENTO NO CASO. PROTEÇÃO À MATERNIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 267, V E DO ART. 467, DO CPC. SÚMULA 284/STF. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E NESSA PARTE NÃO PROVIDO.

1. Alegada violação do art. 535, II, do CPC rejeitada, pois o Tribunal *a quo* enfrentou os temas tidos por omissos, quais sejam, a legislação aplicável ao caso e a distribuição da verba honorária.

2. Relativamente à alegação de violação dos arts. 267, V e do art. 467, ambos do CPC, recai ao recurso especial a Súmula 284/STF, na medida que não foram desenvolvidas as razões de recorrer.

3. O salário - maternidade foi instituído com o objetivo de proteger a maternidade, sendo, inclusive, garantido constitucionalmente como direito fundamental, nos termos do art. 7º. da CF; assim, qualquer norma legal que se destine à implementação desse direito fundamental deve ter em conta o objetivo e a finalidade da norma.

4. O salário - maternidade é devido à segurada da Previdência Social, durante 120 dias, com início no período entre 28 dias antes do parto e data da ocorrência deste.

5. A legislação previdenciária garante a manutenção da qualidade de segurado, até 12 meses após a cessação das contribuições, ao segurado que deixar de exercer atividade remunerada.

6. A segurada, ora recorrida, tem direito ao salário - maternidade enquanto mantiver esta condição, pouco importando eventual situação de desemprego.

7. O fato de ser atribuição da empresa pagar o salário - maternidade no caso da segurada empregada não afasta a natureza de benefício previdenciário da prestação em discussão, que deve ser pago, no presente caso, diretamente pela Previdência Social.

8. A responsabilidade final pelo pagamento do benefício é do INSS, na medida que a empresa empregadora tem direito a efetuar compensação com as contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos.

9. Recurso especial conhecido em parte e nessa parte não provido.”

(STJ, 2ª Turma, REsp 1309251/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 21/05/2013, DJe 28/05/2013)

Ressalte-se, por oportuno, que em casos análogos a Décima Turma vem adotando o mesmo entendimento (Rel. Des. Fed. Baptista Pereira, AC nº

2014.03.99.021621-1/SP, julgado em 12.01.2015, Rel. Des. Fed. Lucia Ursaia, AC nº 2014.03.99.017355-8/SP, julgado em 16.04.2015).

De rigor, portanto, a manutenção da r. sentença.

A correção monetária deverá incidir sobre as prestações em atraso desde as respectivas competências e os juros de mora desde a citação, observada eventual prescrição quinquenal, nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 784/2022 (que já contempla a aplicação da Selic, nos termos do artigo 3º da Emenda Constitucional nº 113/2021), do Conselho da Justiça Federal (ou aquele que estiver em vigor na fase de liquidação de sentença). Os juros de mora deverão incidir até a data da expedição do PRECATÓRIO/RPV, conforme entendimento consolidado pela colenda 3ª Seção desta Corte. Após a devida expedição, deverá ser observada a Súmula Vinculante 17.

Com relação aos honorários advocatícios, tratando-se de sentença ilíquida, o percentual da verba honorária deverá ser fixado somente na liquidação do julgado, na forma do disposto no art. 85, § 3º, § 4º, II, e § 11, e no art. 86, todos do Código de Processo Civil, e incidirá sobre as parcelas vencidas até a data da decisão que reconheceu o direito ao benefício (Súmula 111 do STJ).

Deve aplicar-se, também, a majoração dos honorários advocatícios, prevista no artigo 85, §11, do Código de Processo Civil, observados os critérios e percentuais estabelecidos nos §§ 2º e 3º do mesmo artigo.

Ante o exposto, *nego provimento à apelação do INSS*, fixando, de ofício, os consectários legais e os honorários advocatícios na forma acima explicitada.

É o voto.

APELAÇÃO CÍVEL **5000912-57.2023.4.03.9999**

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: MARCO ANTONIO BOTELHO BUENO
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SÉRGIO NASCIMENTO
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 25/05/2023

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. REMESSA OFICIAL TIDA POR INTERPOSTA. PEDIDO DE CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO. PENSÃO POR MORTE. INDÍGENA. COMPANHEIRO. UNIÃO ESTÁVEL. COMPROVAÇÃO. TERMO INICIAL. CONSECTÁRIOS LEGAIS. IMPLANTAÇÃO IMEDIATA DO BENEFÍCIO.

I – Remessa oficial tida por interposta, na forma da Súmula 111 do STJ.

II - Preliminar arguida pelo INSS não conhecida, pois em momento algum, no presente feito, restou deferida a antecipação dos efeitos da tutela.

III - Ante a comprovação da relação marital entre o autor e a falecida, há que se reconhecer a sua condição de dependente, sendo, pois, desnecessário trazer aos autos qualquer outra prova de dependência econômica, eis que esta é presumida, nos termos do § 4º, do artigo 16, da Lei nº 8.213/91, por se tratar de dependente arrolado no inciso I do mesmo dispositivo.

IV – A comprovação da qualidade de segurada da *de cujus*, na condição de trabalhadora rural, pode ser comprovada por início de prova material consubstanciada em Certidão de Exercício de Atividade rural emitida pela Fundação Nacional do Índio – FUNAI, corroborada por prova testemunhal. Precedente desta Corte.

V - A correção monetária e os juros de mora deverão ser calculados de acordo com as disposições do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, observando-se o disposto no art. 3º, da Emenda Constitucional nº 113/2021, a partir da sua vigência. Não se conhece do recurso do INSS quanto ao ponto, visto que a sentença decidiu nos exatos termos de sua pretensão.

VI - Honorários advocatícios arbitrados em 15% das parcelas vencidas até a data da sentença, nos termos da Súmula 111 do STJ e conforme o entendimento desta 10ª Turma.

VII – Determinada a imediata implantação do benefício, na forma do artigo 497 do CPC.

VIII – Preliminar não conhecida. Apelação do INSS não conhecida em parte e, na parte conhecida, improvida. Remessa oficial, tida por interposta, improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, não conhecer da preliminar arguida e, no mérito, não conhecer de parte da apelação do INSS e, na parte conhecida, negar-lhe provimento, e negar provimento à remessa oficial, tida por interposta, sendo que o Des. Fed. Nelson Porfírio e a Des. Fed. Leila Paiva ressalvaram seus entendimentos, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal Sergio Nascimento (Relator): Trata-se de apelação interposta em face de sentença que julgou procedente pedido formulado em ação previdenciária, para condenar o INSS a conceder ao demandante o benefício de pensão por morte, decorrente do falecimento de Sueli Pio Bueno, ocorrido em 09.10.2021, desde a data do óbito. A correção monetária e os juros de mora incidirão conforme o manual de cálculos da Justiça Federal, observados os parâmetros definidos no julgamento do Recurso Extraordinário 870.947 (tema 810 do STF) até 08.12.2021, a partir de quando deverá ser observada a disposição contida na EC n. 113/2021. O réu foi condenado, ainda, ao pagamento das custas e honorários sucumbenciais, estes fixados em 10% *sobre o valor das parcelas vencidas e não pagas até o falecimento do segurado (sic.)*

O INSS apela pleiteando, inicialmente, seja atribuído efeito suspensivo ao seu recurso, ao argumento de que *os valores pagos por tutela dificilmente serão passíveis de ressarcimento, em prejuízo ao erário*. No mérito, aduz, em síntese, que a parte autora não logrou demonstrar, por meio de prova documental contemporânea, corroborada pelos depoimentos das testemunhas, o efetivo desempenho de labor rural, salientando que as declarações da FUNAI apresentadas são posteriores ao óbito de sua companheira. Subsidiariamente, requer seja aplicada a taxa SELIC a partir da competência de janeiro de 2022, para fins de atualização monetária, de remuneração do capital e de compensação da mora.

Com contrarrazões, vieram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal exarou parecer, opinando pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

Recebo a apelação do INSS, na forma do artigo 1.011 do CPC.

Da remessa oficial tida por interposta.

Retomando entendimento anterior, tenho que se aplica ao caso o Enunciado da Súmula 490 do E. STJ, que assim dispõe:

A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica a sentenças ilíquidas.

Da preliminar.

Não conheço da preliminar arguida pelo INSS, pois em momento algum, no presente feito, restou deferida a antecipação dos efeitos da tutela.

Do mérito.

Objetiva a parte autora a concessão do benefício previdenciário de pensão por morte, na qualidade de companheiro de Sueli Pio Bueno, falecida em 09.10.2021, conforme certidão de óbito expedida pelo Registro Civil.

A alegada união estável entre o autor e a falecida restou demonstrada no presente feito. Com efeito, constam dos autos Registro Administrativo de Casamento de Índios, expedido pela FUNAI, dando conta do matrimônio do demandante e da *de cujus* em 15.05.2001; carteira nacional de habilitação do filho Rogério Pio Bueno, nascido em 15.06.1990 e carteiras de identidade das filhas Suéllem Pio Bueno, nascida em 25.08.2000 e Rosely Pio Bueno Eloy, nascida em 04.02.1988. Tais documentos revelam a ocorrência de um relacionamento estável e duradouro, com o propósito de constituir família. Verifica-se, ainda, dos documentos mencionados, que o extinto e a autora pertenciam à mesma tribo (Terena).

Ressalto que os registros de identificação, casamento e óbito emitidos pela FUNAI possuem a mesma validade que o Registro Geral, nos termos do artigo 12 do Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/73), *in verbis*:

Art. 12. Os nascimentos e óbitos, e os casamentos civis dos índios não integrados, serão registrados de acordo com a legislação comum, atendidas as peculiaridades de sua condição quanto à qualificação do nome, prenome e filiação.

Por seu turno, as testemunhas ouvidas em Juízo foram unânimes em afirmar que o autor e a *de cujus* viviam juntos como marido e mulher, até a data do óbito.

Ante a comprovação da relação marital entre o autor e a falecida, há que se reconhecer a sua condição de dependente, sendo, pois, desnecessário trazer aos autos qualquer outra prova de dependência econômica, eis que esta é presumida, nos termos do § 4º, do artigo 16, da Lei nº 8.213/91, por se tratar de dependente arrolado no inciso I do mesmo dispositivo.

Quanto à condição de rurícola da finada, a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça pacificou-se no sentido de que é insuficiente somente a produção de prova testemunhal para a comprovação de atividade rural, na forma da Súmula 149 daquela Corte.

Todavia, no caso em tela, há razoável início de prova material indicando que a *de cujus* efetivamente trabalhava na condição de rurícola, consoante se depreende da certidão emitida pela Fundação Nacional do Índio - FUNAI, Coordenação Técnica Local de Aquidauana/MS, declarando que a extinta exerceu atividade rural em regime de economia familiar na Terra Indígena Aldeia Imbirussú/MS, até a data do óbito. A propósito, trago à colação o seguinte julgado:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. INDÍGENA. TRABALHADORA RURAL. CERTIDÃO DE EXERCÍCIO DE ATIVIDADE RURAL EMITIDA PELA FUNAI. PROVA PLENA DO LABOR CAMPESSINO. FILHO MENOR DE 21 ANOS. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PRESUMIDA. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO.

(...)

II - O autor comprovou a qualidade de trabalhadora rural da falecida genitora trazendo aos autos a Certidão de Exercício de Atividade Rural de fl. 19, emitida pela Fundação Nacional do Índio - FUNAI, onde consta que Euzébia Romeiro, laborou, entre 11.08.1980 e 05.03.2010, em regime de economia familiar, na Terra Indígena Amambai, situada no Km 05 da Rodovia Amambaí/Ponta-Porã- MS.

(...)

(TRF3, Nona Turma – Apelação Cível nº 0011436-48.2016.4.03.9999, Relator Desembargador Federal Gilberto Jordan, julgado em 27.6.2016, publicado no DJe de 11.7.2016)

De outra parte, as testemunhas inquiridas no curso da instrução processual afirmaram que a falecida sempre trabalhou na lavoura, em regime de economia familiar, até a data do óbito.

Em síntese, resta evidenciado o direito da parte autora ao benefício de pensão por morte decorrente do falecimento de Sueli Pio Bueno.

O termo inicial do benefício deve ser mantido na data do óbito (09.10.2021), tendo em vista o protocolo de requerimento administrativo em 03.12.2021, a teor do disposto no artigo 74, I, da Lei nº 8.213/91, na redação em vigor à época do evento morte.

O autor faz jus à pensão vitalícia, visto que ausentes quaisquer causas de cessação previstas no artigo 77, § 2º, V, da Lei nº 8.213/91, com redação dada pela Lei nº 13.135, de 17.06.2015.

O valor do benefício deverá equivaler a um salário mínimo.

A correção monetária e os juros de mora deverão ser calculados de acordo com as disposições do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, observando-se o disposto no art. 3º, da Emenda Constitucional nº 113/2021, a partir da sua vigência. Não conheço do recurso do INSS quanto ao ponto, visto que a sentença decidiu nos exatos termos de sua pretensão.

Honorários advocatícios arbitrados em 15% das parcelas vencidas até a data da sentença, nos termos da Súmula 111 do STJ e conforme o entendimento desta 10ª Turma.

Por fim, o STJ entendeu que a Lei Estadual nº 3.151/2005, que alterava o art. 7º da Lei Estadual nº 1.936/1998, não tem o condão de modificar a Lei Estadual nº 3.002/2005, que trata de custas, e não isentou as autarquias federais de seu pagamento no Estado de Mato Grosso do Sul (Resp: 186067, Relator: Ministro Haroldo Rodrigues, Desembargador Convocado do TJ/CE, Data de Publicação: DJe 07/05/2010), razão pela qual fica mantida a condenação da autarquia no pagamento das custas processuais.

Diante do exposto, *não conheço da preliminar arguida e, no mérito, não conheço de parte da apelação do INSS e, na parte conhecida, nego-lhe provimento, e nego provimento à remessa oficial, tida por interposta. As prestações em atraso serão resolvidas em liquidação se sentença.*

Determino que, independentemente do trânsito em julgado, *comunique-se ao INSS (Gerência Executiva)*, a fim de serem adotadas as providências cabíveis para que seja implantado à parte *autora* MARCO ANTONIO BOTELHO BUENO o benefício de *PENSÃO POR MORTE*, desde 09.10.2021, no valor de um salário mínimo, tendo em vista o *caput* do artigo 497 do CPC.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL **5001727-54.2023.4.03.9999**

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: VALTER RIBEIRO DA SILVA
Representante: BENEDITA APARECIDA RIBEIRO DA SILVA
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO VIEIRA
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 26/05/2023

EMENTA

PROCESSUAL. MATÉRIA PRELIMINAR. PREVIDENCIÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. PENSÃO POR MORTE. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA COMPROVADA EM RELAÇÃO À GENITORA FALECIDA. CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE. REQUISITOS PREENCHIDOS. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. MANUAL DE CÁLCULOS NA JUSTIÇA FEDERAL. CESSAÇÃO DO BENEFÍCIO LOAS.

- O benefício de pensão por morte está disciplinado nos artigos 74 a 79 da Lei nº 8.213/91, sendo requisitos para sua concessão a qualidade de segurado do *de cujus* e a comprovação de dependência do pretendo beneficiário.

- Benefício indevido em razão do óbito do falecido genitor, em outubro de 1980.

- Conjunto probatório suficiente para comprovar a dependência econômica entre o autor e a segurada falecida de modo a preencher os requisitos para concessão do benefício.

- Anoto que, desde o termo inicial da pensão, tornam-se indevidas as prestações pagas à autora a título de benefício assistencial, pois nos termos do artigo 20 e §§ da LOAS, o amparo social não pode ser cumulado com outro benefício da previdência social.

- No que tange aos critérios de atualização do débito, por tratar-se de consectários legais, revestidos de natureza de ordem pública, são passíveis de correção de ofício, conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça (AgRg no REsp 1291244/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/02/2013, DJe 05/03/2013).

- Assim, corrijo a r. sentença, e estabeleço que as parcelas vencidas deverão ser atualizadas monetariamente e acrescidas de juros de mora na forma estabelecida e pelos índices previstos no capítulo 4.3, do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, alterado pela Resolução CJF nº 784/2022, de 08 de agosto de

2022, ou daquele que estiver em vigor na data da liquidação do título executivo judicial.

- Considerado o parcial provimento do recurso interposto, não incide, neste caso, a regra do artigo 85, §§ 1º e 11, do CPC, que determina a majoração dos honorários de advogado em instância recursal.
- Sentença corrigida de ofício. Apelação do INSS parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sétima Turma, por unanimidade, decidiu, de ofício, corrigir o critério de atualização de débito e, dar parcial provimento à apelação do INSS., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

O EXCELENTÍSSIMO DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO VIEIRA, RELATOR:

Trata-se de ação ajuizada por Valter Ribeiro da Silva em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, objetivando a concessão do benefício de pensão por morte.

A sentença prolatada em 31.08.2022 julgou procedente o pedido, conforme dispositivo que ora transcrevo: " *Ex positis* , com fulcro no artigo 487, I, do Código de Processo Civil, julgo procedente o pedido proposto por Valter Ribeiro da Silva, parte qualificada, em face do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, também qualificado, para o fim especial de condenar o requerido ao pagamento do benefício pensão por morte em favor da autora (NB: 1926945198), a contar da data do requerimento administrativo (3-5-2021 - f. 16), com abono anual. Nos termos do art. 1º -F da Lei 11.960/09, deverão incidir para fins de correção monetária e compensação da mora, uma única vez, os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, a partir da citação até 25-3-2015. Após, deverá incidir o IPCA (índice de preços ao consumidor amplo especial) para fins de correção monetária (Tese n. 905, julgada sob o rito de recursos repetitivos pelo e. STJ, nos termos dos seguintes julgados: REsp 1495146/MG, REsp 1492221/PR, REsp nº 1495144/RS, REsp nº 1495144/RS, DJ: 20-3-2018). No mais, determino seja aplicada a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic) para efeito de juros e correção monetária, a partir da vigência da Emenda Constitucional nº 113/2021. Condene o requerido no pagamento de custas, consoante preceitua o art. 24, §1º , da Lei 3.779/09, e honorários advocatícios, que fixo em 10% sobre o valor da soma das prestações vencidas até a data da prolação da sentença, nos termos do art. 85, § 3º , I, do CPC e Súmula 111 do STJ.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.” Por fim, conheceu e acolheu os embargos de declaração apresentado pelo postulante, para o fim de condenar a parte requerida ao pagamento de 2 (dois) benefícios de pensão por morte em favor da parte autora.

Apelação do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS (complementada), preliminarmente, suscita a nulidade da r. sentença, em razão da ausência de fundamentação quanto ao deferimento do benefício decorrente do óbito do genitor falecido. No mérito, requer a reforma total da r. sentença.

Com contrarrazões, vieram os autos a esta Corte.

Parecer do Ministério Público Federal, pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O EXCELENTÍSSIMO DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO VIEIRA, RELATOR:

Da matéria preliminar.

De início, a matéria preliminar se confunde com o mérito e como tal será analisada.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso de apelação do INSS.

O benefício previdenciário de pensão por morte é devido ao conjunto de dependentes do segurado, e encontra-se disciplinado pelos artigos 74 a 79 da Lei n.º 8.213/91, cujo texto original foi objeto de alterações, estando em vigor atualmente com a redação dada pela Lei n.º 13.846/2019 de 18.6.2019.

Sobre a concessão da pensão por morte, observa-se o teor da Súmula n. 340 do Superior Tribunal de Justiça: “A lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado.”

Os requisitos a serem observados para a concessão da pensão por morte estão previstos nos artigos 74 a 79 da Lei nº 8.213/1991, sendo necessária a comprovação, cumulativamente: a) do óbito ou morte presumida de pessoa que seja segurada (obrigatória ou facultativa) da Previdência Social; b) da existência de beneficiário dependente do *de cujus*, em idade hábil ou preenchendo outras condições previstas em lei; e c) da qualidade de segurado do falecido.

A condição de segurado (obrigatório ou facultativo) decorre da inscrição no regime de previdência pública, cumulada com o recolhimento das contribuições correspondentes.

O artigo 15 da Lei nº 8.213/91 dispõe sobre as hipóteses de manutenção da qualidade de segurado, independentemente de contribuições; trata-se do

denominado período de graça, durante o qual remanesce o direito a toda a cobertura previdenciária.

Por sua vez, o §4º desse dispositivo legal estabelece que haverá a perda da qualidade de segurado no dia seguinte ao do término do prazo para recolhimento da contribuição referente ao mês de competência imediatamente posterior ao final dos prazos para manutenção da qualidade de segurado.

Depreende-se, assim, que o segurado mantém essa qualidade por mais um mês e meio após o término do período de graça, independentemente de contribuição, mantendo para si e para os seus dependentes o direito aos benefícios previdenciários.

Anote-se que a eventual inadimplência das obrigações trabalhistas e previdenciárias acerca do tempo trabalhado deve ser imputada ao empregador, responsável tributário, conforme preconizado na alínea a do inciso I do artigo 30 da Lei nº 8.213/91, não sendo cabível a punição do empregado urbano pela ausência de recolhimentos, computando-se, assim, o período laborado para fins de verificação da qualidade de segurado.

Nesse passo, importa consignar que a redação original do inciso I do artigo 26 da Lei de Benefícios, bem como aquela que lhe foi dada pela Lei nº 9.786/99, mantida pela Lei nº 13.135/2015, dispensa o cumprimento de carência para fins de concessão do benefício de pensão por morte.

Ainda sobre o tema, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.110.565 SE, submetido ao rito do art. 543-C do CPC, fixou que o deferimento do benefício de pensão por morte está vinculado ao cumprimento da condição de segurado do falecido, salvo na hipótese prevista na Súmula 416/STJ: “É devida a pensão por morte aos dependentes do segurado que, apesar de ter perdido essa qualidade, preencheu os requisitos legais para a obtenção de aposentadoria até a data do seu óbito”

A concessão da pensão por morte independe de carência, a teor do artigo 26, I da Lei n. 8213/91, com a redação dada pela Lei nº 13.846, de 2019).

O artigo 16 da Lei n. 8213/91 discorre sobre os 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; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

II - os pais;

III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

§ 1º A existência de dependente de qualquer das classes deste artigo exclui do direito às prestações os das classes seguintes.

§ 2º .O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento. (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 1997) (Vide ADIN 4878) (Vide ADIN 5083)

§ 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

§ 5º As provas de união estável e de dependência econômica exigem início de prova material contemporânea dos fatos, produzido em período não superior a 24 (vinte e quatro) meses anterior à data do óbito ou do recolhimento à prisão do segurado, não admitida a prova exclusivamente testemunhal, exceto na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no regulamento. (Incluído pela Lei nº 13.846, de 2019)

§ 6º Na hipótese da alínea c do inciso V do § 2º do art. 77 desta Lei, a par da exigência do § 5º deste artigo, deverá ser apresentado, ainda, início de prova material que comprove união estável por pelo menos 2 (dois) anos antes do óbito do segurado. (Incluído pela Lei nº 13.846, de 2019)

§ 7º Será excluído definitivamente da condição de dependente quem tiver sido condenado criminalmente por sentença com trânsito em julgado, como autor, coautor ou partícipe de homicídio doloso, ou de tentativa desse crime, cometido contra a pessoa do segurado, ressalvados os absolutamente incapazes e os inimputáveis. (Incluído pela Lei nº 13.846, de 2019)”

Ainda sobre os critérios de concessão, por relevante, aponto que a Medida Provisória n. 664, de 30 de dezembro de 2014 alterou a redação do art. 74 da Lei n. 8.213/91, exigindo para concessão do benefício de pensão por morte que o beneficiário e o segurado estivessem casados há mais de 02 anos antes do óbito. No entanto, essa disposição não foi convertida em Lei, de maneira que, considerando o teor do artigo 5º da Lei n. 13.135/2015 (Art. 5º. Os atos praticados com base em dispositivos na Medida Provisória n. 664, de 30 de dezembro de 2014, serão revistos e adaptados ao disposto nesta Lei.), deve ser aplicado o disposto nos artigos 16 e 74 a 79 da Lei n. 8.213/91, com redação dada pela Lei n. 13.135/2015.

Por fim, o artigo 77 da Lei n. 8213/91 estabelece que: “*Art. 77. A pensão por morte, havendo mais de um pensionista, será rateada entre todos em parte iguais. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)*”. A norma prevê ainda as condições e prazos para manutenção da pensão por morte.

O ponto controvertido refere-se à comprovação da condição de dependente.

Os filhos menores de 21 (vinte e um) anos e aqueles inválidos estão relacionados como dependentes na forma do disposto no inciso III do artigo 16 da Lei de Benefícios.

Segundo a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, para a concessão de pensão por morte, nos casos de dependente maior inválido, basta

a comprovação de que a invalidez antecede a ocasião do óbito, sendo irrelevante o fato de que seja posterior à maioridade.

Nesse sentido:

“PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO ART. 1.022 DO CPC. INEXISTÊNCIA. PENSÃO POR MORTE. FILHO MAIOR INVÁLIDO. REQUISITOS. PREENCHIMENTO. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. REVISÃO DE PREMISSAS FÁTICAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 1.022 do CPC.

2. Consoante a jurisprudência do STJ, é irrelevante o fato de a invalidez ter sido após a maioridade do postulante, uma vez que, nos termos do artigo 16, III c/c o parágrafo 4º, da Lei 8.213/1991, é devida a pensão por morte, comprovada a dependência econômica, ao filho inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente.

3. Alinhado a esse entendimento, há precedentes do STJ no sentido de que, em se tratando de dependente maior inválido, basta a comprovação de que a invalidez é anterior ao óbito do segurado. Nesse sentido: AgRg no AREsp 551.951/SP, Rel. Min^a. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 24.4.2015; AgRg no Ag 1.427.186/PE, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 14.9.2012; REsp 1.618.157/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 12.9.2016.

4. Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem afirmou que a parte autora preenche todos os requisitos para receber o benefício de pensão por morte, sobretudo o que se refere à dependência econômica do filho maior inválido.

5. Merece transcrição o seguinte excerto da decisão combatida: “(...) Saliento, ainda, que a citada condição de enfermo dependente do autor é corroborada pela documentação trazida aos autos pelo INSS, bem como pelo próprio depoimento das testemunhas” (fl. 242, e-STJ).

6. Para desconstituir as conclusões abrigadas pelo acórdão quanto à demonstração de dependência econômica exigida para fins de concessão de pensão por morte, é necessário revolver o acervo fático-probatório dos autos, defeso ao STJ em razão da Súmula 7/STJ.

7. Agravo conhecido para conhecer se parcialmente do Recurso Especial somente com relação à preliminar de violação do art. 1.022 do CPC e, nessa parte, não provido.”

(Agravo em Recurso Especial 1570257/RS – Proc. 2019/0257355-0, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 19/12/2019).

De outro lado, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem acatado a tese de que a presunção de dependência econômica do filho maior inválido, estabelecida no § 4º do artigo 16 da Lei n. 8.213/1991, é relativa, admitindo prova em contrário.

Sobre o tema, cito o seguinte julgado:

“PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. PENSÃO POR MORTE. FILHO MAIOR INVÁLIDO. RELAÇÃO DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA ENTRE SEGURADO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL E BENEFICIÁRIO. PRESUNÇÃO RELATIVA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA DEPENDÊNCIA. PERCEPÇÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO QUE AFASTA A PRESUNÇÃO DE DEPENDÊNCIA. SÚMULA 7/STJ. ORIENTAÇÃO CONSOLIDADA NA MACIÇA JURISPRUDÊNCIA DO STJ. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESSARCIMENTO DE VALORES RECEBIDOS POR ERRO DA ADMINISTRAÇÃO PREVIDENCIÁRIA (ART. 115, II, DA LEI N. 8.213/1991). AFETAÇÃO PARA JULGAMENTO SOB O RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS. RESP N. 1.381.734/RN. TEMA 979. SUSPENSÃO DO FEITO. DEVOLUÇÃO DOS AUTOS À ORIGEM.”

(REsp 1567171/SC RECURSO ESPECIAL 2015/0290009-8, Rel. Min. Napoleão Mais, Rel. para acórdão Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 22/05/2019).

No caso, o autor é filho do genitor falecido, consoante demonstrado por meio de seus documentos pessoais.

Na ocasião do falecimento de José Ribeiro da Silva, o benefício de pensão por morte do segurado foi deferido à sua esposa, mãe da parte autora, que percebeu a prestação até a data do seu óbito, todavia na data do óbito do genitor em outubro de 1980, não restava comprova a incapacidade total e permanente do requerente.

Por outro lado, o óbito da genitora do autor ocorreu em 20.05.2020.

O autor é filho da falecida, consoante demonstrado por meio de seus documentos pessoais e da certidão de óbito de sua genitora.

Na hipótese, a perícia médica complementada inferiu que o periciado é portador de esquizofrenia, o que gera uma incapacidade total e permanente para o trabalho.

Como bem fundamentado pelo Membro do Ministério Público Federal “o autor é nascido em 16/10/1954 (ID 271317267, p. 12 daquele pdf) e, como visto acima, “desenvolveu transtorno mental e comportamental a partir da quarta década de vida”, conclui-se que o início da incapacidade se deu entre os idos de 1994 a 2004 (quarta década de vida), portanto antes do óbito da Sra. Amália Dias da Silva, ocorrido em 20/05/2020 (ID 271317267 - p. 18 daquele pdf)”.

Comprovada, portanto, a incapacidade em período anterior ao óbito apenas da instituidora.

Assim, entendo comprovada a existência de dependência na data do óbito, tendo em vista o conjunto probatório apto a demonstrar que o filho dependia da genitora para todas as suas necessidades.

Anoto que, desde o termo inicial da pensão, tornam-se indevidas as prestações pagas à autora a título de benefício assistencial, pois nos termos do

artigo 20 e §§ da LOAS, o amparo social não pode ser cumulado com outro benefício da previdência social.

Em decorrência, concluo pelo preenchimento dos requisitos exigidos para a concessão do benefício de pensão por morte decorrente do óbito de sua genitora, compensando-se os valores eventualmente pagos a título de benefício assistencial.

Quanto ao fato do autor ser beneficiário do LOAS, o mesmo afirmou em suas contrarrazões, como visto acima, que caso seja deferido o benefício por morte renunciará o direito de receber o BPC, haja vista que o benefício de pensão por morte é mais vantajoso.

No que tange aos critérios de atualização do débito, por tratar-se de consectários legais, revestidos de natureza de ordem pública, são passíveis de correção de ofício, conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça (AgRg no REsp 1291244/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/02/2013, DJe 05/03/2013).

Assim, corrijo a r. sentença, e estabeleço que as parcelas vencidas deverão ser atualizadas monetariamente e acrescidas de juros de mora na forma estabelecida e pelos índices previstos no capítulo 4.3, do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, alterado pela Resolução CJF nº 784/2022, de 08 de agosto de 2022, ou daquele que estiver em vigor na data da liquidação do título executivo judicial.

Considerado o parcial provimento do recurso interposto, não incide, neste caso, a regra do artigo 85, §§ 1º e 11, do CPC, que determina a majoração dos honorários de advogado em instância recursal.

Quanto ao prequestionamento suscitado, assinalo não ter havido nenhuma infringência à legislação federal ou a dispositivos constitucionais.

Ante o exposto, de ofício, corrijo a sentença para fixar os critérios de atualização do débito, dou parcial provimento à apelação do INSS, nos termos da fundamentação.

É o voto.

Direito Processual Civil



AGRAVO EM APELAÇÃO CÍVEL 0009050-10.2013.4.03.6100

Agravante: NOVA PONTOCOM COMÉRCIO ELETRÔNICO S.A.

Agravada: R. DECISÃO DE FLS

Apelantes: NOVA PONTOCOM COMÉRCIO ELETRÔNICO S.A., UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, SERVIÇO SOCIAL DO COMÉRCIO - SESC, SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM COMERCIAL - SENAC

Apelados: INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA - INCRA, FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO, SEBRAE, NOVA PONTOCOM COMÉRCIO ELETRÔNICO S.A., UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, SERVIÇO SOCIAL DO COMÉRCIO - SESC, SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM COMERCIAL - SENAC

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO – VICE PRESIDÊNCIA

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 15/05/2023

EMENTA

AGRAVO INTERNO. INDEFERIMENTO DE PEDIDO DE MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NOS AUTOS DO RE N.º 1.072.485/PR, VINCULADO AO TEMA N.º 985 DE REPERCUSSÃO GERAL. PRINCÍPIO DA APLICAÇÃO IMEDIATA (ART. 1.040 DO CPC). IMPOSSIBILIDADE DE MANUTENÇÃO DO SOBRESTAMENTO. RECURSO NÃO PROVIDO.

I – A existência de precedente firmado pela Suprema Corte no figurino da sistemática da repercussão geral autoriza o julgamento imediato de causas que versem sobre o mesmo tema, independente do trânsito em julgado do paradigma.

II – Decisão objurgada que se encontra em fina sintonia com a jurisprudência que se consolidou no âmbito da Suprema Corte.

III – O Agravante não traz nenhum fundamento novo capaz de alterar o entendimento firmado.

IV - Agravo Interno a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, O Órgão Especial, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Desembargador Federal Vice-Presidente ANTONIO CEDENHO (Relator). Votaram os Desembargadores Federais LEILA PAIVA, ALI MAZLOUM,

DALDICE SANTANA (convocada para compor quórum), GILBERTO JORDAN (convocado para compor quórum), BAPTISTA PEREIRA, ANDRÉ NABARRETE, MARLI FERREIRA, NERY JUNIOR, CARLOS MUTA, CONSUELO YOSHIDA, SOUZA RIBEIRO, WILSON ZAUHY e CARLOS DELGADO. Ausente, ocasionalmente, o Desembargador Federal MAIRAN MAIA Ausentes, justificadamente, os Desembargadores Federais THEREZINHA CAZERTA, NINO TOLDO e DAVID DANTAS. , nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo Interno interposto por *NOVA PONTOCOM COMÉRCIO ELETRÔNICO S/A*, contra decisão interlocutória proferida por esta Vice-Presidência a qual indeferiu o seu pedido de modulação dos efeitos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do RE n.º 1.072.485/PR, vinculado ao tema n.º 985 de Repercussão Geral.

Em suas razões recursais o Agravante alega, em síntese: (i) a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do RE n.º 1.072.485/PR deve ter efeitos apenas prospectivos, em abono ao princípio da segurança jurídica (art. 5.º, XXXVI da CF) e em razão da alteração da jurisprudência até então consolidada (REsp n.º 1.230.957, vinculado ao tema n.º 479 dos Recursos Repetitivos), respeitando-se assim os ditames do art. 927, § 3.º do CPC e (ii) subsidiariamente postula o sobrestamento do feito até o julgamento definitivo dos Embargos de Declaração opostos no processo paradigma, nos quais será definida, inclusive, a questão da modulação dos efeitos da decisão.

Postula a reconsideração da decisão agravada no exercício do juízo de retratação, ou, caso assim não se entenda, a admissão do presente agravo interno, com sua colocação em mesa para julgamento perante o C. Órgão Especial, ao qual deverá ser dado provimento.

É o relatório.

VOTO

Insurge-se o Agravante contra decisão interlocutória que indeferiu o seu pleito de modulação dos efeitos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do RE n.º 1.072.485/PR, vinculado ao tema n.º 985 de Repercussão Geral.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, com fundamento no art. 1.040, *caput*, do CPC, pacificou a sua jurisprudência no sentido de que *a existência de precedente firmado pela Suprema Corte no figurino da sistemática da*

repercussão geral autoriza o julgamento imediato de causas que versem sobre o mesmo tema, independente do trânsito em julgado do paradigma.

Dentre outros tantos precedentes, podem ser mencionados os seguintes:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. INSURGÊNCIA VEICULADA CONTRA A APLICAÇÃO DA SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL (ARTS. 543-B DO CPC E 328 RISTF). POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO IMEDIATO INDEPENDENTEMENTE DA PUBLICAÇÃO OU DO TRÂNSITO EM JULGADO DO PARADIGMA. PRECEDENTES. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO 01.10.2010.

A existência de precedente firmado pelo Plenário desta Corte autoriza o julgamento imediato de causas que versem sobre o mesmo tema, independente da publicação ou do trânsito em julgado do paradigma. Precedentes. Adequada à espécie, merece manutenção a sistemática da repercussão geral aplicada (arts. 543-B do CPC e 328 do RISTF). Agravo regimental conhecido e não provido.

(STF, ARE n.º 673.256 AgR, Relator(a): ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 08/10/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-209 DIVULG 21-10-2013 PUBLIC 22-10-2013) (Grifei).

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. NÃO HÁ OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU ERRO MATERIAL A SEREM SANADOS. POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO CONJUNTO IMEDIATO DE CAUSAS COM CONTROVÉRSIAS IDÊNTICAS, AINDA QUE NÃO TRANSITADAS EM JULGADO OU QUE ESTEJA PENDENTE O JULGAMENTO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM QUE SE BUSQUE A MODULAÇÃO DE EFEITOS DO JULGAMENTO DE MÉRITO PROFERIDO COM REPERCUSSÃO GERAL.

1. Inexistência dos vícios previstos no art. 1.022 do Código de Processo Civil.
2. A ausência de trânsito em julgado ou a pendência de julgamento de embargos de declaração nos quais se busque a modulação dos efeitos de decisão de mérito proferida pela Suprema Corte sob a sistemática de repercussão geral não inviabiliza o imediato julgamento conjunto de causas com controvérsias idênticas.

(STF, ARE n.º 1.199.721 AgR-ED, Relator(a): DIAS TOFFOLI (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 06/09/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 30-09-2019 PUBLIC 01-10-2019) (Grifei).

No mesmo sentido: STF, Rcl n.º 34.434 AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 08/04/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-072 DIVULG 15-04-2021 PUBLIC 16-04-2021 STF e RE n.º 1.007.733 AgR-ED, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 20/10/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-250 DIVULG 30-10-2017 PUBLIC 31-10-2017.

Verifica-se, de tal modo, que a decisão objurgada encontra-se em fina sintonia com a jurisprudência que se consolidou no âmbito da Suprema Corte.

Ademais, o Agravante não traz nenhum fundamento novo capaz de alterar o entendimento firmado.

Não é caso, portanto, de se promover a reforma da decisão recorrida, mas sim de se desprover o Agravo Interno interposto.

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

É o voto.

EMBARGOS DECLARAÇÃO EM AÇÃO RESCISÓRIA 5033445-98.2020.4.03.0000

Embargante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS

Embargada: R. DECISÃO DE FLS.

Autor: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Ré: SONIA MARIA DA COSTA

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS DELGADO

Disponibilização do Acórdão: DJEN 22/05/2023

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. REANÁLISE DETERMINADA PELO STJ. REVISÃO. MATÉRIA DE FATO NOVA. INTERESSE PROCESSUAL. TERMO INICIAL DOS EFEITOS FINANCEIROS. INEXISTÊNCIA DE ALEGAÇÃO NAS AÇÕES SUBJACENTE E RESCISÓRIA. PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA. INTANGIBILIDADE DA COISA JULGADA RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. ACRÉSCIMO DE FUNDAMENTAÇÃO.

1. Reanálise dos embargos de declaração determinada pelo c. Superior Tribunal de Justiça para apreciação de questões levantadas que tratam dos Temas Repetitivos n.ºs 660 (necessidade de prévio requerimento administrativo revisional quanto à matéria de fato nova) e 1.124 (termo inicial dos efeitos financeiros da revisão fundada em prova nova).

2. Em razão do princípio constitucional da intangibilidade da coisa julgada (artigo 5º, XXXVI, da CF), a sua relativização é medida excepcional, que depende de previsão legal para seu reconhecimento (confira-se: STF, 1ª Turma, AgR/RE 603188, relator Ministro Luiz Fux, DJe 12.05.2011), bem como causa de pedir e pedido expressamente deduzidos pela parte autora para fins de desconstituição do julgado. Ainda, por força do princípio da congruência é inexigível o pronunciamento judicial sobre matéria não aduzida pela parte, conforme disposto nos artigos 141 e 492 do CPC.

3. Incabível a apreciação de causa de pedir e pedido em momento algum ventilados na petição inicial, sob pena de ofensa aos princípios da imparcialidade, da inércia da jurisdição, da segurança jurídica, da intangibilidade da coisa julgada, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa

4. Verifica-se que os documentos comprobatórios do labor especial reconhecido na ação subjacente constituíam matéria de fato nova, não levada ao conhecimento da Administração.

5. A autarquia, em sua contestação na ação subjacente, não aduziu suposta falta de interesse processual decorrente da ausência de prévio requerimento administrativo revisional para reconhecimento dos novos períodos de labor especial, nem requereu a fixação do termo inicial dos efeitos financeiros da revisão na data de sua citação.

6. De suma relevância é o fato de que nesta ação rescisória, igualmente, a autarquia não formulou qualquer pedido para reconhecimento de supostos vícios no julgado rescindendo referentes à violação de teses firmadas pelo e. STF (no Tema de Repercussão Geral n.º 350) e pelo c. STJ (Tema Repetitivo n.º 660), ou violação à qualquer norma jurídica em razão da fixação do termo inicial da revisão na data do requerimento administrativo. Não houve requerimento para desconstituição do julgado quanto aos períodos de labor especial reconhecidos, tampouco alegação de que inexistia interesse processual em relação a tais lapsos laborais por se tratar de matéria de fato nova não deduzida na via administrativa. Ainda que a ausência do interesse processual se caracterize como matéria de ordem pública e que, portanto, poderia e deveria ter sido decretada de ofício na ação subjacente, o seu reconhecimento na via rescisória, como vício apto à rescisão do julgado naquele demanda, dependeria necessariamente de requerimento na petição inicial da ação rescisória, com o apontamento dos vícios no julgado rescindendo relativos à ausência de interesse processual com esteio no quanto decidido nos Temas n.ºs 350/STF e 660/STJ.

7. De forma adstrita ao pleiteado nesta ação rescisória, no acórdão ora embargado foram reconhecidos os vícios alegados (erro de fato e ofensa à norma jurídica por ausência de tempo de atividade especial para concessão de aposentadoria especial), decidindo-se rescindir parcialmente o julgado na ação, tão somente no que tange aos critérios de revisão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, restando expressamente mantido no que se refere aos períodos de atividade especial reconhecidos. No juízo de rejugamento, limitado às consequências jurídicas dos períodos de labor especial reconhecidos e que não foram objeto de pleito rescindendo, entendeu-se devida a revisão da renda mensal inicial da aposentadoria por tempo de contribuição, com acréscimo do tempo de serviço relativo às atividades de natureza especial reconhecidas na ação subjacente, devidamente convertido para comum.

8. A fixação do termo inicial dos efeitos financeiros da revisão na data do requerimento administrativo se deu, consoante entendimento desta 3ª Seção, uma vez que se trata de revisão do coeficiente de cálculo e da renda mensal inicial. Eventual alteração do entendimento desta 3ª Seção dependerá do futuro julgamento pelo c. Superior Tribunal de Justiça sobre o Tema Repetitivo n.º 1.124, o qual, repisa-se, sequer se

encontrava afetado à época do acórdão embargado e do acórdão que, inicialmente, negou provimento aos presentes aclaratórios.

9. Em cumprimento à decisão proferida pelo c. Superior Tribunal de Justiça, embargos de declaração parcialmente providos apenas e tão somente para acréscimo de fundamentação.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Seção, por unanimidade, decidiu dar parcial provimento aos embargos de declaração opostos pela autarquia, apenas e tão somente para acrescer a fundamentação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS DELGADO (RELATOR):

Trata-se de ação rescisória proposta pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS em face de SONIA MARIA DA COSTA, em que esta 3ª Seção (ID 163441767), na sessão de 24.06.2021, *“por unanimidade, decidiu, em iudicium rescindens, com fundamento no artigo 966, V, do CPC/2015, julgar procedente a presente ação rescisória para desconstituir parcialmente o julgado na ação subjacente, tão somente no que tange aos critérios de revisão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição do autor, restando mantido, portanto, no que se refere aos períodos de atividade especial reconhecidos; e, em iudicium rescisorium, consoante o artigo 487, I, do CPC/2015, julgar parcialmente procedente o respectivo pleito revisional formulado na ação subjacente, a fim de, reconhecido o exercício de atividade especial nos períodos de 01.03.1993 a 24.03.1994, 06.10.1993 a 17.01.1995 e 14.01.2003 a 05.10.2012, assim como o direito à sua conversão em tempo comum pelo fator de 1,20, condenar a autarquia a revisar a renda mensal inicial da aposentadoria por tempo de contribuição com acréscimo do referido tempo de atividade, bem como no pagamento das prestações vencidas, desde a data da concessão da benesse em sede administrativa, devidamente acrescidas de correção monetária e juros de mora, compensando-se os valores devidos com aqueles já pagos administrativamente no período concomitante”*.

A autarquia opôs embargos de declaração (ID 165199664), requerendo, inicialmente, a suspensão da tramitação do feito *“considerando que o Superior Tribunal de Justiça indicou os RESP’s nº 1.904.567-SP; nº 1.894.637/ES e nº 1.904.561/SP para afetação e a Vice-presidência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região encaminhou ao Superior Tribunal de Justiça, como representativos de*

controvérsias, os autos dos processos nº 0011839-29.2010.4.03.6183; 5609585-29.2019.4.03.9999, 5002529-62.2017.4.03.6119 e 5005032-37.2018.4.03.6117 e vem suspendendo o trâmite de processos idênticos, até ulterior definição acerca da matéria pelo colendo STJ”; bem como alegou, para fins de prequestionamento, que “o ente público não pode arcar com o pagamento de diferenças decorrentes da revisão desde o requerimento administrativo, acrescido de juros moratórios, correção monetária e honorários advocatícios, quando era obrigação do segurado comprovar o direito alegado já na esfera administrativa, nos termos da lei; sendo certo que, uma vez que os documentos visando a comprovação da especialidade das funções exercidas nos períodos de 01.03.93 a 24.03.94; 06.10.93 a 17.01.95 e 14.01.03 a 05.10.12 somente foram apresentados quando do ajuizamento da lide primitiva, por força do preceituado no artigo 240 do Código de Processo Civil, o marco inicial dos efeitos financeiros da revisão deveriam corresponder a data da citação”.

Na sessão de 12.08.2021, foi proferido acórdão unânime negando provimento ao recurso, nos termos do voto condutor que ora destaco:

“Inicialmente, descabido o sobrestamento do feito na atual fase processual, na medida em que ainda não houve afetação de tema representativo de controvérsia pela Corte Superior, quanto menos houve determinação, na forma do artigo 1.036, § 1º, do CPC, para suspensão do trâmite de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no Estado ou na região.

O julgado embargado não apresenta qualquer obscuridade, contradição ou omissão, nos moldes disciplinados pelo art. 1.022, I e II, do Código de Processo Civil, tendo a Seção Julgadora enfrentado regularmente a matéria de acordo com o entendimento então adotado.

Com efeito, o v. acórdão expressamente consignou (ID 163441767):

‘PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. RESCISÓRIA. ERRO DE FATO. VIOLAÇÃO LITERAL À DISPOSITIVO DE LEI. REVISÃO DE BENEFÍCIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. CONVERSÃO EM APOSENTADORIA ESPECIAL. TEMPO DE ATIVIDADE ESPECIAL INSUFICIENTE. DETERMINADA REVISÃO DA RMI. IUDICIUM RESCINDENS. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO RESCISÓRIA. IUDICIUM RESCISORUM. PROCEDÊNCIA PARCIAL DA AÇÃO SUBJACENTE. VERBA HONORÁRIA. CONDENAÇÃO. [...]

8. O termo inicial do benefício, assim como respectivos efeitos financeiros da revisão, deve ser mantido na data na data da concessão da benesse em sede administrativa (DIB 05.10.2012/05.10.2012), uma vez que se trata de revisão do coeficiente de cálculo e da renda mensal inicial, em razão do reconhecimento dos períodos laborados sob condições especiais, afastada a prescrição quinquenal, tendo em vista o ajuizamento da demanda subjacente em 23.05.2017 e a concessão do benefício em 09.11.2012. [...]

Dessa forma, verifica-se que o presente recurso pretende rediscutir matéria já decidida por este Tribunal, emprestando-lhe indevida natureza infringente, o que não é possível em sede de declaratórios [...]

A autarquia interpôs recurso especial (ID 201490419) requerendo, a extinção do feito subjacente, sem resolução de mérito e, sucessivamente, a

fixação do termo inicial dos efeitos financeiros da revisão na data da citação, haja vista que os períodos de labor especial reconhecidos se fundaram em PPPs que não compuseram os autos do procedimento administrativo.

Não admitido o recurso excepcional (ID 252461053), o c. Superior Tribunal de Justiça (ID 271682342, p. 18-22) conheceu do agravo interposto pela parte autora, para dar parcial provimento ao recurso especial e determinar o retorno dos autos à Corte regional para novo julgamento dos embargos declaratórios do INSS, com o *“acolhimento da alegação de contrariedade ao art. 1.022 do CPC/2015 e a devolução dos autos à origem para que sejam sanados os vícios apontados”*.

Recebidos os autos nesta Corte em 22.03.2023, determinei (ID 272596642) a oitiva da parte embargada, que pugnou pela rejeição dos aclaratórios (ID 273002303), e do Ministério Público Federal, que manifestou sua ciência (ID 273337224).

É o relatório.

VOTO

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS DELGADO (RELATOR):

Determinada pelo c. Superior Tribunal de Justiça a reanálise dos embargos de declaração opostos pela autarquia, passo à apreciação das questões levantadas naquela Corte, que tratam dos Temas Repetitivos n.ºs 660 e 1.124.

Quanto ao Tema Repetitivo n.º 660 (REsp n.ºs 1.369.834 e 1.302.307), afetado em 04.06.2013 e definitivamente julgado em 24.09.2014, o c. STJ firmou tese no sentido que *“a concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento administrativo”, conforme decidiu o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 631.240/MG, sob o rito do artigo 543-B do CPC, observadas ‘as situações de ressalva e fórmula de transição a ser aplicada nas ações já ajuizadas até a conclusão do aludido julgamento (03/9/2014)’*”.

Por seu turno, o e. Supremo Tribunal Federal, em 03.09.2014, julgou o tema de repercussão geral n.º 350 (RE n.º 631.240) no seguintes termos:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO E INTERESSE EM AGIR.

1. A instituição de condições para o regular exercício do direito de ação é compatível com o art. 5º, XXXV, da Constituição. Para se caracterizar a presença de interesse em agir, é preciso haver necessidade de ir a juízo.

2. A concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua

análise. É bem de ver, no entanto, que a exigência de prévio requerimento não se confunde com o exaurimento das vias administrativas.

3. A exigência de prévio requerimento administrativo não deve prevalecer quando o entendimento da Administração for notória e reiteradamente contrário à postulação do segurado.

4. *Na hipótese de pretensão de revisão, restabelecimento ou manutenção de benefício anteriormente concedido, considerando que o INSS tem o dever legal de conceder a prestação mais vantajosa possível, o pedido poderá ser formulado diretamente em juízo – salvo se depender da análise de matéria de fato ainda não levada ao conhecimento da Administração –, uma vez que, nesses casos, a conduta do INSS já configura o não acolhimento ao menos tácito da pretensão.*

5. Tendo em vista a prolongada oscilação jurisprudencial na matéria, inclusive no Supremo Tribunal Federal, deve-se estabelecer uma fórmula de transição para lidar com as ações em curso, nos termos a seguir expostos.

6. Quanto às ações ajuizadas até a conclusão do presente julgamento (03.09.2014), sem que tenha havido prévio requerimento administrativo nas hipóteses em que exigível, será observado o seguinte: (i) caso a ação tenha sido ajuizada no âmbito de Juizado Itinerante, a ausência de anterior pedido administrativo não deverá implicar a extinção do feito; (ii) caso o INSS já tenha apresentado contestação de mérito, está caracterizado o interesse em agir pela resistência à pretensão; (iii) as demais ações que não se enquadrem nos itens (i) e (ii) ficarão sobrestadas, observando-se a sistemática a seguir.

7. Nas ações sobrestadas, o autor será intimado a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção do processo. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado a se manifestar acerca do pedido em até 90 dias, prazo dentro do qual a Autarquia deverá colher todas as provas eventualmente necessárias e proferir decisão. Se o pedido for acolhido administrativamente ou não puder ter o seu mérito analisado devido a razões imputáveis ao próprio requerente, extingue-se a ação. Do contrário, estará caracterizado o interesse em agir e o feito deverá prosseguir.

8. *Em todos os casos acima – itens (i), (ii) e (iii) –, tanto a análise administrativa quanto a judicial deverão levar em conta a data do início da ação como data de entrada do requerimento, para todos os efeitos legais. [...]*

(STF, Pleno, RE 631240, relator Ministro Roberto Barroso, j. 03.09.2014, DJe 10.11.2014) [grifo nosso]

Em relação ao Tema Repetitivo n.º 1.124 (REsp n.ºs 1.905.830, 1.912.784 e 1.913.152), afetado em 17.12.2021, sem julgamento até a presente data, a questão jurídica delimitada diz respeito a *“definir o termo inicial dos efeitos financeiros dos benefícios previdenciários concedidos ou revisados judicialmente, por meio de prova não submetida ao crivo administrativo do INSS: se a contar da data do requerimento administrativo ou da citação da autarquia previdenciária”*. Registra-se que há determinação da suspensão do trâmite de todos os processos em grau recursal, tanto no âmbito dos Tribunais quanto nas Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais, cujos objetos coincidam com o da matéria afetada.

Pois bem, no caso concreto, verifica-se que a ação subjacente, ajuizada em 23.05.2017, visava à revisão da aposentadoria por tempo de contribuição concedida administrativamente, a fim de transformá-la em aposentadoria especial ou, sucessivamente, majorar sua renda mensal inicial, mediante o reconhecimento de períodos de labor especial, dentre os quais, aqueles reconhecidos no julgado rescindendo, qual sejam, de 01.03.1993 a 24.03.1994, de 06.10.1993 a 17.01.1995, de 14.01.2003 a 05.10.2012.

Ressalto que o julgado rescindendo reconheceu o direito à aposentação especial, fixando o termo inicial da revisão na data do requerimento administrativo.

Destaca-se que, nos autos do procedimento administrativo, houve requerimento de reconhecimento de labor especial apenas nos interregnos de 1977 a 1990 (ID 149470500, p. 24-25, 149470503, p. 2-3), de sorte que os PPPs juntados com a inicial da demanda subjacente (ID 149470497, p. 1-18) e que embasaram o julgado rescindendo constituíam matéria de fato nova, não levada ao conhecimento da Administração.

É importante frisar que a autarquia, em sua contestação na ação subjacente (ID 149470503, p. 41-60, 149470506, p.1-3), não aduziu suposta falta de interesse processual decorrente da ausência de prévio requerimento administrativo revisional para reconhecimento dos novos períodos de labor especial, nem requereu a fixação do termo inicial dos efeitos financeiros da revisão na data de sua citação, limitando-se a pugnar pela sua fixação, caso reconhecido o direito à aposentação especial, *“na data em que a parte autora comprovadamente tiver se afastado da atividade especial (DAT)”*.

De suma relevância é o fato de que nesta ação rescisória, igualmente, a autarquia não formulou qualquer pedido para reconhecimento de supostos vícios no julgado rescindendo referentes à violação de teses firmadas pelo e. STF (no Tema de Repercussão Geral n.º 350) e pelo c. STJ (Tema Repetitivo n.º 660), ou violação à qualquer norma jurídica em razão da fixação do termo inicial da revisão na data do requerimento administrativo.

Tal como constante do acórdão ora embargado, a presente rescisória fundou-se, única e exclusivamente, na alegação de erro de fato e violação direta ao artigo 57 da Lei n.º 8.213/91, pois a segurada não possuía tempo de atividade especial suficiente à concessão de aposentadoria especial.

Reitera-se, não houve requerimento para desconstituição do julgado quanto aos períodos de labor especial reconhecidos, tampouco alegação de que inexistia interesse processual em relação a tais lapsos laborais por se tratar de matéria de fato nova não deduzida na via administrativa.

Em razão do princípio constitucional da intangibilidade da coisa julgada (artigo 5º, XXXVI, da CF), a sua relativização é medida excepcional, que depende de previsão legal para seu reconhecimento (confira-se: STF, 1ª Turma, AgR/RE 603188, relator Ministro Luiz Fux, DJe 12.05.2011), bem como causa de

pedir e pedido expressamente deduzidos pela parte autora para fins de desconstituição do julgado.

Ainda, por força do princípio da congruência é inexigível o pronunciamento judicial sobre matéria não aduzida pela parte, conforme disposto nos artigos 141 e 492 do CPC:

“Art. 141. O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte.”

“Art. 492 É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado. [...]”

Em que pese compartilhe do entendimento da possibilidade de conhecimento de hipótese rescindenda que, embora não expressamente indicada, tenha sido tratada na inicial como causa de pedir, com base nos princípios *da mihi factum, dabo tibi ius e iura novit curia*, não se pode, sem efetivo esteio na peça exordial, incidir em ofensa ao princípio da congruência (artigos 128 e 460 do CPC/1973; 141 e 492 do CPC/2015), segundo o qual julgador está adstrito aos limites da lide proposta, sendo-lhe defeso proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

Dessa forma, ainda que a ausência do interesse processual se caracterize como matéria de ordem pública e que, portanto, poderia e deveria ter sido decretada de ofício na ação subjacente, o seu reconhecimento na via rescisória, como vício apto à rescisão do julgado naquele demanda, dependeria necessariamente de requerimento na petição inicial da ação rescisória, com o apontamento dos vícios no julgado rescindendo relativos à ausência de interesse processual com esteio no quanto decidido nos Temas n.ºs 350/STF e 660/STJ.

Entendo incabível a apreciação de causa de pedir e pedido em momento algum ventilados na petição inicial, sob pena de ofensa aos princípios da imparcialidade, da inércia da jurisdição, da segurança jurídica, da intangibilidade da coisa julgada, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Confira-se:

“RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. EXCEPCIONALIDADE. HIPÓTESES. TAXATIVIDADE. EXAURIMENTO DE INSTÂNCIA. PRESCINDIBILIDADE. ART. 485, V, DO CPC/73. LITERAL VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVO LEGAL. INDICAÇÃO DA NORMA VIOLADA. ÔNUS DO AUTOR. CAUSA DE PEDIR. TRIBUNAL. VINCULAÇÃO. JULGAMENTO ANTECIPADO. PRODUÇÃO DE PROVA. INDEFERIMENTO MOTIVADO. REAPRECIÇÃO. INVIABILIDADE. JUÍZO RESCINDENTE. LIMITES. EXTRAPOLAÇÃO. SUCEDÂNEO RECURSAL. CARACTERIZAÇÃO. [...]”

3. *A correção de vícios por meio da ação rescisória é medida excepcional, cabível nos limites das hipóteses taxativas de rescindibilidade previstas no art. 485 do CPC/73, em homenagem à proteção constitucional à coisa julgada e ao princípio da segurança jurídica.* Precedente. [...]

6. A rescisória fundada no art. 485, V, do CPC/73, pressupõe a demonstração clara e inequívoca de que a decisão de mérito impugnada contrariou a literalidade do dispositivo legal suscitado, atribuindo-lhe interpretação jurídica absurda, teratológica ou insustentável, não alcançando a reapreciação de provas ou a análise da correção da interpretação de matéria probatória.

7. A indicação do dispositivo de lei violado é ônus do requerente, haja vista constituir a causa de pedir da ação rescisória, vinculando, assim, o exercício da jurisdição pelo órgão competente para sua apreciação.

8. *Não é possível ao Tribunal, a pretexto da iniciativa do autor, reexaminar toda a decisão rescindenda, para verificar se nela haveria outras violações à lei não alegadas pelo demandante, mesmo que se trate de questão de ordem pública.* [...]

10. *Na hipótese dos autos, o juízo rescindente promovido pelo Tribunal de origem ultrapassou os limites das causas de pedir deduzidas pelo autor na presente ação rescisória, além de não ter observado que o indeferimento da produção probatória e o julgamento antecipado da lide foi devidamente fundamentado.*

11. O acolhimento da pretensão de desconstituição da sentença transitada em julgado acarretou, portanto, a utilização da ação rescisória como sucedâneo recursal.

12. Recurso especial provido.”

(STJ, 3ª Turma, REsp 1663326, relatora Ministra Nancy Andrigli, DJe 13.02.2020) [grifo nosso]

Assim, de forma adstrita ao pleiteado nesta ação rescisória, no acórdão ora embargado foram reconhecidos os vícios alegados (erro de fato e ofensa à norma jurídica por ausência de tempo de atividade especial para concessão de aposentadoria especial), decidindo-se rescindir *parcialmente* o julgado na ação subjacente, *“tão somente no que tange aos critérios de revisão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição”*, restando expressamente mantido *“no que se refere aos períodos de atividade especial reconhecidos”*.

No juízo de rejugamento, limitado às consequências jurídicas dos períodos de labor especial reconhecidos e que não foram objeto de pleito rescindendo, entendeu-se que *“é devida a revisão da renda mensal inicial de sua aposentadoria por tempo de contribuição, com acréscimo do tempo de serviço relativo às atividades de natureza especial reconhecidas na ação subjacente até a data de início de seu benefício, isto é, de 01.03.1993 a 24.03.1994, 06.10.1993 a 17.01.1995 e 14.01.2003 a 05.10.2012, devidamente convertido para comum”*.

A fixação do termo inicial dos efeitos financeiros da revisão na data do requerimento administrativo se deu, consoante entendimento desta 3ª Seção, *“uma vez que se trata de revisão do coeficiente de cálculo e da renda mensal inicial”*.

Eventual alteração do entendimento desta 3ª Seção dependerá do futuro julgamento pelo c. Superior Tribunal de Justiça sobre o Tema Repetitivo n.º 1.124, o qual, repisa-se, sequer se encontrava afetado à época do acórdão embargado (24.06.2021) e do acórdão que, inicialmente, negou provimento aos presentes aclaratórios (12.08.2021).

Ante o exposto, em cumprimento à decisão proferida pelo c. Superior Tribunal de Justiça, *dou parcial provimento* aos embargos de declaração opostos pela autarquia, apenas e tão somente para acrescer a fundamentação supra.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL **5007935-52.2021.4.03.6110**

Apelante: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL
Apelados: RESIDENCIAL JARDIM BOTÂNICO EMPREENDIMENTOS
IMOBILIÁRIOS SPE LTDA, PALOMA FERREIRA DOS SANTOS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES
Disponibilização do Acórdão: DJEN 24/04/2023

EMENTA

PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA CUMULADA COM IMISSÃO NA POSSE. BAIXA DO GRAVAME HIPOTECÁRIO. AVERBAÇÃO DO IMÓVEL NO CRI. GARANTIA REAL OFERTADA PELA VENDEDORA AO AGENTE FINANCEIRO. CIVIL. OUTORGA DO TERMO DE LIBERAÇÃO DE HIPOTECA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA.

1. Na exordial, afirma a parte autora, ora apelada, que não tinha como prever que a construtora restaria inadimplente e geraria danos para transferência dos imóveis, sendo que a alienação das duas unidades imobiliárias ocorreu em 27.11.2017, os registros da promessa de venda e compra foram realizados em 02.03.2018 e 02.04.2018, respectivamente, sendo que a Execução Hipotecária (processo nº 5005263-76.2018.4.03.6110) apenas foi ajuizada em 09.11.2018.

O C. STJ conferiu proteção ao terceiro de boa-fé, assim, firmou o entendimento de que o adquirente do imóvel é responsável pela quitação de sua obrigação que se resume no pagamento do preço entabulado em contrato, e, assim o fazendo, não lhe pode ser imposta garantia, notadamente, hipoteca, firmada pela construtora em favor da instituição financeira que lhe emprestou o capital para a realização da obra. Súmula 308 do STJ.

2. No caso concreto, a CEF, em sua contestação, ratifica a sua resistência à liberação da hipoteca, o que, por um lado, na pura relação entre si e a Residencial Jardim Botânico Empreendimentos, até parece justa diante de dívida existente; porém, de outro vértice, ilegal a oposição perante a autora, que pagou o preço ajustado e não pode ser prejudicada, portanto.

3. Como bem assinalado na sentença, infere-se dos autos que ocorreu a quitação do pagamento do preço dos imóveis, em decorrência dos contratos de compromisso de compra e venda firmados pela autora e a construtora, antes de qualquer inadimplemento dessas e antes do início da execução hipotecária e atos constritivos, conforme documentos juntados na inicial.

4. 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 ao recurso, com majoração da verba honorária, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator):

No feito em julgamento, passo a adotar os termos do judicioso relatório constante da sentença dos presentes autos eletrônicos, a saber:

"Trata-se de AÇÃO DE ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA CUMULADA COM IMISSÃO NA POSSE proposta por PALOMA FERREIRA DOS SANTOS em face da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL e RESIDENCIAL JARDIM BOTÂNICO EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS SPE LTDA., com pedido de tutela de urgência consistente na intimação das requeridas para que não imponham quaisquer atos constitutivos sobre as unidades imobiliárias, nº 1A e 2A do Bloco 5, e respectivas vagas de garagem, do Condomínio Residencial Botânico, adquiridas em 27 de novembro de 2017, registradas nas matrículas nº 158.557/A.01A B.05 e 158.557/A.02A B.05, ambas registradas no 1º Oficial de Registro de Imóveis de Sorocaba/SP, bem como não disponibilizem ao mercado de consumo essas unidades, sob pena de graves prejuízos à autora, e a consequente a imissão na posse (após a emenda à petição inicial constante no ID nº 254545974).

Segundo narra a inicial a parte autora mediante contrato de compra e venda adquiriu 02 (duas) unidades autônomas e respectivas garagens, tendo sido prenotado na matrícula do imóvel em 02 de abril de 2018. Aduz que a pessoa jurídica JC Morais Assessoria E Empreendimentos Imobiliários Ltda firmou com centenas de pessoas contratos de compras e vendas de diversos empreendimentos imobiliários; contudo muitas dessas construções não se desenvolveram e sequer foram concluídas em razão do inadimplemento da construtora, fato este que gerou a retomada das obras pela Caixa Econômica Federal, havendo a conclusão das obras.

Aduz que o agente financiador da obra, corré Caixa Econômica Federal ajuizou Execução Hipotecária (processo nº 5005263-76.2018.4.03.6110) em face de JC MORAIS de modo a retomar o empreendimento e concluir a obra; porém, até esse citado momento, a construtora JC MORAIS já havia alienado dezenas de unidades do empreendimento, e a autora como outras dezenas de outros consumidores foi surpreendida com a constrição de suas unidades.

Afirma que a parte autora opôs embargos de terceiro, processo nº 5004509-66.2020.4.03.6110, perante a 3ª Vara Federal de Sorocaba, em face da constrição indevida que recaiu sobre os bens imóveis, nos termos da Súmula 308 do Superior Tribunal de Justiça, sendo a demanda julgada procedente

para o fim de determinar que fossem canceladas as medidas constritivas sobre as unidades imobiliárias, nº 1A e 2A do Bloco 5, e respectivas vagas de garagem, do Condomínio Residencial Botânico, adquiridas em 27 de novembro de 2017, registradas nas matrículas nº 158.557/A.01A B.05 e 158.557/A.02A B.05.

Aduz que houve o integral pagamento dos valores devidos, tanto que a requerida indica a quitação dos valores, realizando a escritura pública e prenotando na matrícula do imóvel a alienação; afirmando que até o momento da quitação não havia nenhum inadimplemento por parte da requerida perante o agente financiador, e desse modo também não estava em trâmite qualquer execução de valores, e não se verificava nenhuma constrição aos bens.

Assevera que todas as cautelas foram observadas, não tendo a parte autora como prever que a construtora restaria inadimplente e geraria danos para transferência das unidades, sendo que resta claro que a alienação das duas unidades ocorreu em 27 de novembro de 2017, os registros da promessa de venda e compra foram realizados respectivamente em 02 de março de 2018 e 02 de abril de 2018, e a Execução Hipotecária por sua vez somente foi ajuizada em 09 de novembro de 2018.

Aduz que nem sempre a transferência é possível de modo consensual e extrajudicial, especialmente nos casos em que o promitente vendedor se recusa a outorgar a escritura pública definitiva ou se encontra em local incerto e não sabido, tornando-se inviável a lavratura do ato notarial, pelo que cabível o ajuizamento de ação de adjudicação compulsória.

Afirma que cumpridos todos os itens contratuais, deverá o promitente vendedor passar a escritura para o nome do promitente comprador; sendo que, caso não o faça, é dado a este a possibilidade de, judicialmente, vir a ser outorgada a escritura definitiva do imóvel adquirido; incidindo no caso os artigos 1.417 e 1.418 do Código Civil e a súmula nº 308 do Superior Tribunal de Justiça.

Ao final, requereu seja julgado totalmente procedente o pedido para o fim de declarar a adjudicação compulsória das unidades imobiliárias nº 1A e 2A do Bloco 5, e respectivas vagas de garagem, do Condomínio Residencial Botânico, registradas nas matrículas nº 158.557/A.01A B.05 e 158.557/A.02A B.05 sendo suprimida a recusa/ausência na outorga definitiva do registro, valendo-se a sentença como o título translativo, transferindo em definitivo a propriedade dos imóveis; e para confirmar a tutela de urgência liminar para assegurar a imissão da posse nas unidades imobiliárias nº 1A e 2A do Bloco 5, e respectivas vagas de garagem, do Condomínio Residencial Botânico, registradas nas matrículas nº 158.557/A.01A B.05 e 158.557/A.02A B.05 em razão da propriedade da autora (após a emenda à petição inicial constante no ID nº 254545974).

Com a inicial vieram os documentos juntados no processo eletrônico.

A decisão proferida pela 3ª Vara Federal de Sorocaba, conforme ID nº 242205093, não visualizando conexão entre esta ação e embargos de terceiro a ensejar a tramitação desta demanda por dependência, determinou a remessa dos autos ao SEDI para livre distribuição.

A Caixa Econômica Federal apresentou contestação conforme ID nº 243459485, *apesar de sequer ter sido citada*, alegando, preliminarmente de ilegitimidade para figurar no polo passivo desta ação. No mérito, rechaçou os argumentos da parte autora, pleiteando, assim, pela improcedência total dos

pedidos; afirmando que a alegação de que o imóvel objeto da ação foi integralmente quitado diz respeito unicamente à parte autora e à Construtora, porque conforme se pode verificar na matrícula do imóvel anexada aos autos, inexistia qualquer registro de que o imóvel tinha sido vendido na época em que a hipoteca foi concedida à Caixa Econômica Federal; e aduzindo que ainda que a Súmula 308 tenha fundamento no sentido de se proteger o adquirente do imóvel, não há razão de que isto ocorra na hipótese de serem imóveis que já estavam hipotecados aos bancos, que também agiram de boa-fé ao liberar recursos para construção dos empreendimentos (neste caso, não se vislumbra a boa-fé do terceiro adquirente).

Seguiu-se o protocolo de réplica de forma *espontânea* pela parte autora, conforme ID nº 245746967.

Distribuído o processo perante esta 1ª Vara Federal de Sorocaba foi proferida a decisão ID nº 252744005, determinando a emenda à petição inicial.

Conforme ID nº 254545974 a parte autora emendou a petição inicial.

A decisão ID nº 255342565 deferiu o pedido de tutela de urgência para determinar que as requeridas não imponham quaisquer atos constritivos sobre as unidades imobiliárias, nº 1A e 2A do Bloco 5, e respectivas vagas de garagem, do Condomínio Residencial Botânico, registradas nas matrículas nº 158.557/A.01A B.05 e 158.557/A.02A B.05, ambas registradas no 1º Oficial de Registro de Imóveis de Sorocaba/SP, bem como não disponibilizem ao mercado de consumo essas unidades; determinando ainda a imissão da parte autora na posse dos imóveis, devendo as requeridas fornecerem as chaves dos dois imóveis no prazo máximo de 15 (quinze) dias, contados das respectivas intimações.

A Caixa Econômica Federal foi citada, conforme ID nº 255727959, reiterando os termos da contestação já apresentada, conforme petição ID nº 257699927. Citada, conforme ID nº 256297381, a corrê Residencial Jardim Botânico Empreendimentos Imobiliários SPE Ltda. não apresentou contestação.

A decisão ID nº 258489345 decretou a revelia da corrê Residencial Jardim Botânico Empreendimentos Imobiliários SPE Ltda.; e determinou que as partes especificassem as provas que pretendiam produzir.

A parte autora informou não ter provas a produzir (ID nº 258635237); e a Caixa Econômica Federal também informou não ter provas a produzir, conforme ID nº 261134735.”

O MM. Juízo *a quo* julgou procedente a pretensão autoral em face da CEF e da construtora, declarando a adjudicação compulsória das unidades imobiliárias descritas na inicial, transferindo em definitivo a propriedade dos imóveis para a parte autora e assegurando também em favor da parte autora a sua imissão na posse.

Por fim, condenou as rés ao pagamento das custas processuais em reembolso e de honorários advocatícios em proporção, tendo sido fixado o montante total no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor dado à causa.

A Caixa apelou, pugnando pela improcedência dos pedidos formulados na petição inicial (ID 268791642).

Com contrarrazões da parte autora (ID 268791647), vieram os autos a esta E. Corte.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator):

Recebo a apelação em ambos os efeitos.

Na exordial, afirma a parte autora, ora apelada, que não tinha como prever que a construtora restaria inadimplente e geraria danos para transferência dos imóveis, sendo que a alienação das duas unidades imobiliárias ocorreu em 27.11.2017, os registros da promessa de venda e compra foram realizados em 02.03.2018 e 02.04.2018, respectivamente, sendo que a Execução Hipotecária (processo nº 5005263-76.2018.4.03.6110) apenas foi ajuizada em 09.11.2018.

Os efeitos da hipoteca, resultante de financiamento imobiliário, são ineficazes em relação a terceiros, visto que não participaram da avença entre a Instituição Financeira e a construtora/incorporadora.

A questão posta em desate já está pacificada em nossos Tribunais, sendo, inclusive, objeto de Súmula do E. Superior Tribunal de Justiça que assim dispôs:

“Súmula 308 - A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel”.

O C. STJ conferiu proteção ao terceiro de boa-fé, firmando o entendimento de que o adquirente do imóvel é responsável pela quitação de sua obrigação, que se resume no pagamento do preço entabulado em contrato, e, assim o fazendo, não lhe pode ser imposta garantia, notadamente, hipoteca, firmada pela construtora em favor da instituição financeira que lhe emprestou o capital para a realização da obra.

No caso concreto, a CEF, em sua contestação, ratifica a sua resistência à liberação da hipoteca, o que, por um lado, na pura relação entre si e a Residencial Jardim Botânico Empreendimentos, até parece justa, diante de dívida existente; porém, de outro vértice, ilegal a oposição perante a autora, que pagou o preço ajustado e não pode ser prejudicada.

Assim, como bem assinalado na sentença, infere-se dos autos que ocorreu a quitação do pagamento do preço dos imóveis, em decorrência dos contratos de compromisso de compra e venda firmados pela autora e a construtora, antes de qualquer inadimplemento dessas e antes do início da execução hipotecária e atos constritivos, conforme documentos juntados na inicial.

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 em desfavor da CEF.

Diante do exposto, *nego provimento* à apelação, majorando em 1% os honorários fixados pelo Juízo *a quo* a título de condenação da apelante.

É como voto.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL 5016776-33.2021.4.03.0000

Suscitante: DESEMBARGADOR FEDERAL DAVID DANTAS - OITAVA TURMA

Suscitado: DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA - PRIMEIRA TURMA

Interessados: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, BANCO DO BRASIL SA

Relator Originário: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NABARRETE

Relator para o Acórdão: DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 05/05/2023

EMENTA

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. MEDIDA CAUTELAR PREPARATÓRIA DE AÇÃO DE RESSARCIMENTO DA AUTARQUIA PREVIDENCIÁRIA CONTRA TERCEIRO QUE RECEBEU INDEVIDAMENTE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. COMPETÊNCIA DA 1ª SEÇÃO DESTA CORTE. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 37 DESTA CORTE.

1. Conflito negativo de competência entre o e. Desembargador Federal David Diniz Dantas (suscitante), integrante da Oitava Turma da Terceira Seção, e o e. Desembargador Federal Hélio Nogueira (suscitado), que compõe a Primeira Turma da Primeira Seção, nos autos da Apelação Cível nº 5013801-76.2018.4.03.6100, interposta pelo INSS contra sentença que julgou improcedente medida cautelar ajuizada pela autarquia contra o Banco do Brasil objetivando a quebra do sigilo bancário da conta corrente nº 4650557, Agência nº 597946, de titularidade da Sra. Laurinda Maria de Jesus, preparatória de ação de cobrança para reaver os valores depositados na conta da referida correntista - beneficiária de prestação previdenciária - após o seu falecimento em 10/08/2008, totalizando o valor pago indevidamente de R\$ 70.426,33, corrigido monetariamente.

2. Cinge-se a controvérsia a estabelecer se a ação de ressarcimento ajuizada pelo INSS contra o particular que recebeu indevidamente benefício previdenciário, especificamente terceiro que não o próprio beneficiário, é da competência da Terceira Seção, nos termos da Súmula 37 desta corte, ou da Primeira Seção.

3. Em caso similar, este C. Órgão Especial, recentemente se manifestou no sentido de que não se discute a ilicitude ou irregularidade na concessão e manutenção do benefício, a respeito das quais o exame da matéria demandaria o conhecimento das normas específicas previstas na Lei nº 8.213/91; não se embasa o pedido em

revisão ou anulação de benefícios que tenham sido indevidamente concedidos por erro da administração ou má-fé do próprio segurado a ensejar o julgamento pela seção especializada. No caso em apreço, a higidez da concessão dos benefícios não é contestada, tendo sido legítimo o seu gozo pela beneficiária falecida, não havendo qualquer ilegalidade a ser tratada. A questão ora posta, como já dito, envolve ato de terceiro estranho ao vínculo previdenciário, que recebeu os valores daqueles benefícios após o óbito do segurado, o que afasta a natureza previdenciária da lide e a aplicação da Súmula nº 37 do TRF3. (TRF 3ª Região, Órgão Especial, CCCiv - CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL - 5006426-83.2021.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal PAULO SERGIO DOMINGUES, julgado em 15/06/2022, Intimação via sistema DATA: 23/06/2022).

4. Inaplicabilidade da Súmula 37 desta Corte por se tratar de discussão relacionada a ilícito civil.

5. Conflito julgado procedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, O Órgão Especial, por maioria, com voto de desempate da Desembargadora Federal Presidente MARISA SANTOS, julgou procedente o conflito negativo de competência, nos termos do voto do Desembargador Federal MAIRAN MAIA, com quem votaram os Desembargadores Federais CONSUELO YOSHIDA, WILSON ZAUHY, CARLOS DELGADO, ANTONIO CEDENHO, NINO TOLDO e JOHONSOM DI SALVO (convocado para compor quórum). Vencidos os Desembargadores Federais ANDRÉ NABARRETE (Relator), MARLI FERREIRA, NERY JUNIOR, SOUZA RIBEIRO, LEILA PAIVA, ALI MAZLOUM e BAPTISTA PEREIRA, que julgavam improcedente o conflito. Lavrará acórdão o Desembargador Federal MAIRAN MAIA. Impedidos os Desembargadores Federais CARLOS MUTA e DAVID DANTAS. Ausente justificadamente a Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA. , nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

Conflito negativo de competência entre o Exmo. Desembargador Federal David Diniz Dantas (suscitante), integrante da Oitava Turma da Terceira Seção, e o Exmo. Desembargador Federal Hélio Nogueira (suscitado), que compõe a Primeira Turma da Primeira Seção, nos autos da Apelação Cível nº 5013801-76.2018.4.03.6100, interposta pelo INSS contra sentença que julgou improcedente medida cautelar ajuizada pela autarquia contra o Banco do Brasil objetivando a quebra do sigilo bancário da conta corrente n. 4650557, Agência n.

597946, de titularidade da Sra. Laurinda Maria de Jesus, preparatória de ação de cobrança para reaver os valores depositados na conta da referida correntista - beneficiária de prestação previdenciária - após o seu falecimento em 10/08/2008, totalizando o valor pago indevidamente de R\$ 70.426,33, corrigido monetariamente.

O feito foi distribuído originariamente ao Desembargador Federal Hélio Nogueira, que declinou de sua competência em favor de uma das Turmas da Terceira Seção com base na Súmula nº 37 desta corte. Redistribuído ao Desembargador Federal David Dantas, entendeu que: *“Como é cediço o acessório segue o principal, e a ação de cobrança, no caso, trata de questão de cunho estritamente indenizatório, de modo que há correspondência com matéria de direito civil, a se inserir na competência de uma das Turmas que integram a Primeira Seção deste Tribunal, consoante art. 10, § 1º, inc. II, do Regimento Interno deste TRF da 3ª Região”,* razão pela qual suscitou o presente incidente (id 165312110 - pág. 3).

Designei o suscitante para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes (id. 16719786).

Nas informações, o suscitado aduziu (id 175117198):

“Assim, tratando-se de medida cautelar preparatória para ação de devolução de valores recebidos indevidamente a título de benefício previdenciário, há que se reconhecer a competência da Terceira Seção, em linha com o entendimento jurisprudencial sedimentado.

Há que ser ressaltado que o entendimento firmado com a edição da citada súmula não faz distinção acerca da natureza do pagamento indevido do benefício, se por erro da administração, fraude ou outra razão.

Assim, por questões de segurança jurídica e por razões de estabilidade e integridade da jurisprudência desta Corte, preceito caro ao Código de Processo Civil vigente (artigo 926), deve ser prestigiado o entendimento sumulado.”

Decorreu *in albis* o prazo para manifestação do Ministério Público Federal.

É o relatório.

VOTO

Conflito negativo de competência entre o Exmo. Desembargador Federal David Diniz Dantas (suscitante), integrante da Oitava Turma da Terceira Seção, e o Exmo. Desembargador Federal Hélio Nogueira (suscitado), que compõe a Primeira Turma da Primeira Seção, nos autos da Apelação Cível nº 5013801-76.2018.4.03.6100, interposta pelo INSS contra sentença que julgou improcedente medida cautelar ajuizada pela autarquia contra o Banco do Brasil objetivando a quebra do sigilo bancário da conta corrente n. 4650557, Agência n.

597946, de titularidade da Sra. Laurinda Maria de Jesus, preparatória de ação de cobrança para reaver os valores depositados na conta da referida correntista - beneficiária de prestação previdenciária - após o seu falecimento em 10/08/2008, totalizando o valor pago indevidamente de R\$ 70.426,33, corrigido monetariamente.

Cinge-se a controvérsia a estabelecer se a medida cautelar preparatória de ação de ressarcimento ajuizada pelo INSS para obter informações sobre o particular que recebeu indevidamente benefício previdenciário de segurada já falecida é da competência da Terceira Seção, nos termos da Súmula 37 desta corte, ou da Primeira Seção.

É certo que, à época em que a questão objeto da 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."*) desta corte foi discutida neste colegiado, defendi a competência da 1ª Seção por entender que o ressarcimento do órgão público pelo particular está fundado no Direito Civil, seja ele o segurado ou terceiro. Entretanto, definida a competência da 3ª Seção pela maioria, o entendimento consolidado na aludida súmula foi abrangente e não fez qualquer ressalva sobre sua aplicabilidade somente para o primeiro (segurado). Assim, conquanto não desconheça que há precedentes que estabelecem a competência da Primeira Seção no caso de o ressarcimento ser requerido contra terceiro (v.g. CC 5026476-04.2019.4.03.0000. Relator Des. Fed. Carlos Muta; j em 23.09.2020; DJe 24.09.2020), entendo que essa distinção contraria o verbete sumulado e cria insegurança. A propósito, destaco trecho do voto do eminente Desembargador Federal Baptista Pereira no Conflito de Competência nº 5032061-37.2019.4.03.0000, no qual expressou o mesmo posicionamento ora defendido:

"Embora tenha acompanhado o voto do e. Relator por ocasião do julgamento do precedente supracitado (CC 0016723-16.2016.4.03.0000), diante da reiteração da matéria no presente conflito, pedi vista dos autos para aprofundamento da questão.

Melhor analisando o caso tenho que essa distinção sobre ser o agente do ato ilícito estranho à relação previdenciária não tem o condão de deslocar a competência para as turmas da 1ª Seção.

Isto porque, em primeiro lugar, a Súmula 37 desta Corte foi abrangente e não fez qualquer ressalva sobre tal fator de discrimine:

"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."

De outro lado, não obstante a presença de terceiro que não integra a relação INSS-segurado/dependente, o pleito de ressarcimento de valores pagos a título de benefício previdenciário pressupõe o exame da regularidade da concessão e manutenção do benefício, verificada em sede de controle de legalidade do ato administrativo concessivo.

Ocorre que, para responsabilização de terceiro à restituição de valor pago a título de benefício previdenciário, existem questões indissociáveis de Direito Previdenciário:

1. O benefício foi concedido regularmente?
2. A ilicitude verificada contamina todas as prestações do benefício ou parte delas?
3. Na hipótese de contaminação parcial das prestações, qual seria a data de cessação do benefício?
4. Quais seriam os índices de correção monetária e juros de mora para liquidação do montante devido a título de restituição?

Acaso as turmas da 1ª Seção teriam competência para adentrar essas questões?

Sobre a primeira questão, o reconhecimento do ilícito civil demanda prévia constatação da irregularidade na concessão/manutenção do benefício, matéria estranha à competência das turmas da 1ª Seção, razão pela qual afastar o conhecimento da matéria pela seção competente implica em em presunção de irregularidade a qual afronta o princípio do devido processo legal, uma vez que se descarta previamente a hipótese de que a parte ré possa eventualmente comprovar a regularidade do benefício e, assim, afastar a ilicitude do ato.

Destaco que a Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência - DATAPREV, mantém banco de dados denominado Sistema Informatizado de Controle de Óbitos (Sisobi) em que são coletados os registros de óbito dos cartórios de registro civil de pessoas naturais do país com o fim de cruzamento com o Sistema Unificado de Benefícios (SUB) para cessação de benefícios previdenciários.

Lamentavelmente, a qualidade dos dados coletados não atingiu, até o presente momento, o grau de excelência desejado, fato que ocasiona tanto o prolongamento indevido do benefício, pela não identificação do registro de óbito, quanto cessação equivocada de benefício fundada em registro de homônimo do segurado/dependente.

Avançando sobre as hipóteses de maior incidência, como é o caso dos autos, em que a ilegalidade não se encontra no ato concessivo do benefício, mas sim em seu prolongamento indevido, casos em que familiares ou procuradores do titular do benefício continuam recebendo em nome deste as prestações que, por alguma razão, não são mais devidas pela autarquia previdenciária, pergunta-se: poderiam as turmas da 1ª seção determinar a data de cessação do benefício e, diante de tal marco temporal, estimar o montante a ser restituído, bem como os índices de correção monetária e juros a serem aplicados?

Em outras palavras, não há como realizar o julgamento de apuração de responsabilidade civil por ato ilícito sem ingressar na seara do direito material ao recebimento do benefício.”

Ressalte-se, por fim, que a medida cautelar em questão é preparatória da ação de ressarcimento, de forma que igualmente atrai a competência da Seção especializada.

Ante o exposto, julgo improcedente o conflito e declaro competente o Exmo. Desembargador Federal David Diniz Dantas (suscitante).

É como voto.

O Desembargador Federal Mairan Maia:

Vênia devida ao entendimento esposado pelo e. Relator, ousou divergir.

Conforme relatório apresentado, cuida-se de conflito negativo de competência entre o e. Desembargador Federal David Diniz Dantas (suscitante), integrante da Oitava Turma da Terceira Seção, e o e. Desembargador Federal Hélio Nogueira (suscitado), que compõe a Primeira Turma da Primeira Seção, nos autos da Apelação Cível nº 5013801-76.2018.4.03.6100, interposta pelo INSS contra sentença que julgou improcedente medida cautelar ajuizada pela autarquia contra o Banco do Brasil objetivando a quebra do sigilo bancário da conta corrente nº 4650557, Agência nº 597946, de titularidade da Sra. Laurinda Maria de Jesus, preparatória de ação de cobrança para reaver os valores depositados na conta da referida correntista - beneficiária de prestação previdenciária - após o seu falecimento em 10/08/2008, totalizando o valor pago indevidamente de R\$ 70.426,33, corrigido monetariamente.

Sustenta o e. Relator ser aplicável o disposto na Súmula 37 desta E. Corte, *in verbis*:

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.

A meu sentir, o presente caso não se enquadra na hipótese sumulada, uma vez que a ação subjacente é preparatória de ação de cobrança, cujo objetivo será o ressarcimento dos valores depositados na conta de beneficiária falecida e, por conseguinte, deverá ser intentada em face de terceiro.

Em caso similar, este C. Órgão Especial, recentemente se manifestou no sentido de que *não se discute a ilicitude ou irregularidade na concessão e manutenção do benefício, a respeito das quais o exame da matéria demandaria o conhecimento das normas específicas previstas na Lei nº 8.213/91; não se embasa o pedido em revisão ou anulação de benefícios que tenham sido indevidamente concedidos por erro da administração ou má-fé do próprio segurado a ensejar o julgamento pela seção especializada.*

No caso em apreço, a higidez da concessão dos benefícios não é contestada, tendo sido legítimo o seu gozo pela beneficiária falecida, não havendo qualquer ilegalidade a ser tratada. A questão ora posta, como já dito, envolve ato de terceiro estranho ao vínculo previdenciário, que recebeu os valores daqueles benefícios após o óbito do segurado, o que afasta a natureza previdenciária da lide e a aplicação da Súmula nº 37 do TRF3. (TRF 3ª Região, Órgão Especial, CCCiv - CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL - 5006426-83.2021.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal PAULO SERGIO DOMINGUES, julgado em 15/06/2022, Intimação via sistema DATA: 23/06/2022).

Na mesma esteira (g.n.):

PROCESSO CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA ENTRE TURMAS INTEGRANTES DA SEGUNDA E TERCEIRA SEÇÕES. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO DE VALORES ALEGADAMENTE PAGOS DE FORMA INDEVIDA A TERCEIRO APÓS A MORTE DO SEGURADO, TITULAR DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. DISCUSSÃO RELATIVA A ILÍCITO CIVIL. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA Nº 37 DESTE TRIBUNAL. COMPETÊNCIA DAS TURMAS INTEGRANTES DA PRIMEIRA SEÇÃO.

1. Apelação em que o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) objetiva o ressarcimento ao erário de valores de benefícios previdenciários sob a alegação de que foram sacados indevidamente por terceiro, após o falecimento do segurado.

2. *Considerando tratar-se de discussão relativa a eventual ato ilícito de terceiro, não integrante da relação previdenciária existente entre INSS e segurado, não se trata de lide de natureza previdenciária, pois não tem como objeto a regularidade da concessão e manutenção do benefício, não se aplicando ao caso a orientação contida na Súmula nº 37 deste Tribunal.*

3. Competência das Turmas integrantes da Primeira Seção, visto tratar-se de ilícito civil. Precedentes.

(TRF 3ª Região, Órgão Especial, CCCiv - CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL - 5032064-89.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal ANDRE NABARRETE NETO, Relator para Acórdão Desembargador Federal NINO OLIVEIRA TOLDO, julgado em 30/07/2021, Intimação via sistema DATA: 03/08/2021) – grifei.

Assim, de rigor reconhecer a competência da Primeira Seção por se tratar de discussão relacionada a ilícito civil, afastando-se a aplicação da Súmula 37 desta E. Corte.

Ante o exposto, dirijo do e. Relator para *julgar procedente* o conflito negativo para declarar competente o e. Desembargador Federal Hélio Nogueira.

É como voto.

DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ZAUHY:

Acompanho a divergência.

Entendo que no caso concreto não subsiste relação de Direito Previdenciário que justifique o julgamento do recurso de origem pela Turma especializada.

Com efeito, tenho que a pretensão ao ressarcimento de valores recebidos indevidamente por terceiro após o óbito do segurado não mais implica o revolvimento da relação de Direito material antes mantida entre este e a autarquia previdenciária.

A solução da controvérsia posta a julgamento no feito originário demandará a apropriação de elementos da teoria geral da responsabilização civil pela prática

de ilícito, matéria que se insere na competência das Turmas da e. Primeira Seção desta Corte.

Assim, quadra ao caso o precedente firmado por este c. Órgão Especial quando do julgamento do conflito de competência nº 0016723-16.2016.4.03.0000, em que se assentou o afastamento da Súmula nº 37 desta Corte nas hipóteses em que o pedido de restituição vier ancorado em notícia de recebimento indevido de benefício previdenciário por terceiro estranho à relação previdenciária, entendimento que aplico sem ressalvas ao caso concreto.

Face ao exposto, *julgo procedente* o conflito para declarar a competência da e. Primeira Turma para o julgamento do recurso de origem.

É como voto.

DECLARAÇÃO DE VOTO

O EXMO. SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS DELGADO:

Acompanho o voto divergente apresentado pelo e. Desembargador Federal Mairan Maia, por todos os fundamentos nele contidos.

Ainda que assim não fosse, entendo que, dada a redação imperfeita do enunciado sumular nº 37, o mesmo, neste caso, deve ser interpretado de forma restritiva, na medida em que se trata de recebimento indevido de benefício assistencial, o qual independe de custeio e possui regramento específico de aporte de recursos, em nada assemelhando-se ao “benefício previdenciário”, terminologia expressamente utilizada na edição da súmula.

É como voto.

Com o maximo respeito ao E. Relator, penso que a competência é da E. 1ª Seção, já que não está em causa benefício previdenciário, mas o ressarcimento em face do Banco do Brasil, pelo INSS, de valores outrora depositados na conta beneficiária de prestação previdenciária, após o falecimento em 10/08/2008 da titular da conta, totalizando o valor pago indevidamente de R\$ 70.426,33, corrigido monetariamente.

Aparentemente, o caso se assemelha àquele julgado pelo colegiado no CCCiv - CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL - 5006426-83.2021.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal PAULO SERGIO DOMINGUES, julgado em 15/06/2022, Intimação via sistema DATA: 23/06/2022. Ainda, confira-se o CC 5003695-51.2020.4.03.0000, Relator Des. Fed. Paulo Fontes, j. 29/07/202.

Acompanho a divergência.

AGRAVO DE INSTRUMENTO 5007641-60.2022.4.03.0000

Agravante: JOSÉ DA SILVA

Agravado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL RENATA LOTUFO

Disponibilização do Acórdão: DJEN 10/04/2023

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. CONEXÃO. COMPETÊNCIA. RECURSO NÃO PROVIDO.

- A r. decisão recorrida declinou da competência para o r. Juízo da 2ª Vara Federal diante da alegada conexão da ação subjacente com o mandado de segurança.

- A tríplice identidade é adotada pelo artigo 337, § 2º do Código de Processo Civil como critério comparativo visando apurar a repetição de demandas, quais sejam, mesmas partes, causa de pedir e pedido, e é empregada no reconhecimento dos fenômenos processuais da conexão, continência, litispendência e da coisa julgada, com o fim de evitar a repetição de ações e o risco da existência de julgamentos conflitantes.

- A *mens legis* do dispositivo em comento foi coibir expedientes maliciosos de propositura de ações com alteração parcial nos seus elementos, visando descaracterizar a identidade entre os feitos, afastar a prevenção e dirigir a distribuição, com burla aos princípios do juiz natural e da boa fé processual.

- No caso em tela, os processos têm causas de pedir fáticas diferentes, números de benefícios a que se referem e motivos diversos de indeferimento, não se vislumbrando, portanto, justa causa para manutenção do declínio de competência.

- Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por unanimidade, decidiu dar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto em face de decisão que, em sede de ação previdenciária, declinou da competência para o julgamento do feito.

Sustenta o agravante, em síntese, que o caso concreto diverge das hipóteses previstas nos artigos 55 e 58 do CPC.

Foi deferido o efeito suspensivo postulado.

Sem contraminuta.

Em consulta processual realizada aos autos de origem (5006854-08.2021.4.03.6130), no sítio eletrônico da Justiça Federal verifica-se que, até então, encontram-se em andamento.

É o relatório.

VOTO

O Relator poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão, conforme artigo 1019, inciso I, do Código de Processo Civil vigente.

Na hipótese, a r. decisão recorrida, proferida pelo Juízo da 1ª Vara Federal de Osasco, declinou da competência para processar e julgar a ação ordinária 5006854-08.2021.4.03.6130 em favor do Juízo da 2ª Vara Federal de Osasco, diante da alegada conexão com o processo nº 5006769-22.2021.4.03.6130.

Ao tratar da conexão, o CPC leciona:

Art. 55. Reputam-se conexas 2 (duas) ou mais ações quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir.

Pois bem.

A tríplice identidade é adotada pelo artigo 337, § 2º do Código de Processo Civil como critério comparativo visando apurar a repetição de demandas, quais sejam, mesmas partes, causa de pedir e pedido, e é empregada no reconhecimento dos fenômenos processuais da conexão, continência, litispendência e da coisa julgada, com o fim de evitar a repetição de ações e o risco da existência de julgamentos conflitantes.

A *mens legis* do dispositivo em comento foi coibir expedientes maliciosos de propositura de ações com alteração parcial nos seus elementos, visando descaracterizar a identidade entre os feitos, afastar a prevenção e dirigir a distribuição, com burla aos princípios do juiz natural e da boa fé processual.

Segue quadro-resumo das ações mencionadas na decisão recorrida, cujos dados foram obtidos nos autos eletrônicos no PJe 1a Instância:

Mandado de segurança	Ação ordinária
5006769-22.2021.4.03.6130	5006854-08.2021.4.03.6130
Distribuído em 02/12/2021	Distribuído em 08/12/2021
NB 635.822.143-8	NB 628.493.294-8
DER 21/07/2021	DER 24/06/2019
não consta da inicial	Insuficiência venosa Artrose grave joelho direito
Indeferido por falta qualidade de segurado	Indeferido por ausência de incapacidade
Auxílio-doença	Auxílio-doença ou auxílio-acidente
Extinto sem resolução de mérito em 22/03/2022	Declina da competência: 22/02/2022
Recurso: não houve	Recurso: agravo de instrumento (este)
Trânsito em julgado: 02/06/2022	Trânsito em julgado: não houve

A decisão recorrida foi proferida em 22/02/2022, quando o mandado de segurança ainda estava em curso.

O presente agravo foi distribuído em 16/03/2022.

Em 22/03/2022, o *mandamus* foi extinto sem julgamento do mérito.

Aquela sentença transitou em julgado em 02/06/2022, de modo que nesta data não há utilidade na eventual remessa dos autos àquele Juízo.

Ademais, ambos os processos têm causas de pedir fáticas diferentes: os números de benefícios a que se referem e motivos diversos de indeferimento.

Assim, neste momento processual, não vislumbro justa causa para manutenção do declínio de competência.

Ante o exposto, *DOU PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO*.

É como voto.

AGRAVO EM APELAÇÃO CÍVEL 5009644-63.2022.4.03.6183

Agravante: ANGELA SUTTO

Agravada: R. DECISÃO DE FLS.

Apelante: ANGELA SUTTO

Apelados: CHEFE INSS, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL TORU YAMAMOTO

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 28/04/2023

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. MANDADO DE SEGURANÇA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. RAZÕES RECURSAIS NÃO DEMONSTRAM O DESACERTO DO DECISUM. AGRAVO IMPROVIDO.

1. No tocante ao mérito do recurso, cabe salientar que, conforme entendimento pacífico desta E. Corte, não cabe alterar decisões proferidas pelo relator, desde que bem fundamentadas e quando não se verificar qualquer ilegalidade ou abuso de poder que possa gerar dano irreparável ou de difícil reparação.

2. O Mandado de Segurança é a ação constitucional, prevista no artigo 5º, inciso LXIX, da Carta Magna, cabível somente em casos de afronta a direito líquido e certo, conforme se depreende de seu texto: *"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"*. A ação mandamental pode ser utilizada em matéria previdenciária, desde que vinculada ao deslinde de questões unicamente de direito, ou que possam ser comprovadas, exclusivamente, por prova documental apresentada de plano pela parte impetrante para a demonstração de seu direito líquido e certo.

3. No caso vertente, a despeito do arrazoadado recursal, não há tal demonstração inequívoca de continuidade de labor da autora para o empregador LAUDESIR APARECIDO SEGATO depois de 2020. O CNIS só demonstra recolhimentos previdenciários vertidos até 02/2020 e, com base nesses recolhimentos, não está presente o tempo de contribuição necessário à concessão da benesse vindicada. A ausência de baixa na CTPS, por si só, não indica a continuidade de labor a partir de tal período e não há demonstração inequívoca de que a empregadora tenha parado de verter as contribuições previdenciárias devidas, segundo alegou a impetrante. Note-se, nesses termos, que os

recibos de pagamento de salários apresentados nos autos são relativos aos anos de 2018/2019, não havendo comprovação plena de que a autora teria continuado a trabalhar no local, a partir de então. Esse ônus lhe pertencia e deveria ter sido apresentado, de plano, não sendo possível presumir a ausência de recolhimentos pois, repiso, também não há prova inequívoca de continuidade de labor para aquele empregador.

4. Nesses termos, a dilação probatória é realmente necessária, não servindo a via mandamental para tal finalidade, como já consignado.

5. As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do *decisum*.

6. Agravo interno improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Oitava Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento ao agravo interno, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

O Exmo. Desembargador Federal Toru Yamamoto (Relator):

Trata-se de agravo interno interposto pela parte autora em face da decisão monocrática que negou provimento ao recurso de apelação, mantendo a sentença que extinguiu o feito sem resolução do mérito, por inadequação da via eleita (artigo 485, inciso IV, do CPC), ante a necessidade de dilação probatória.

A parte autora, ora agravante, sustenta, em apertada síntese, que a controvérsia trazida aos autos deveria ter sido analisada “com qualidade” e que a CTPS e o CNIS demonstrariam o direito líquido e certo da impetrante ao benefício vindicado, porquanto o Servidor da Autarquia não poderia deixar de analisar a questão relativa a ausência de recolhimentos pelo empregador. Requer, portanto, o acolhimento do presente agravo, em juízo de retratação, ou, caso assim não entenda, sua apresentação em mesa para julgamento.

Sem contrarrazões.

VOTO

O Exmo. Desembargador Federal Toru Yamamoto (Relator):

De início consigo que tal qual o pretérito artigo 557 do CPC de 1973, a regra do artigo 932, incisos IV e V, do Novo CPC pode ser utilizada no caso de

jurisprudência dominante, ressaltando-se que alegações de descabimento da decisão monocrática ou nulidade perdem o objeto com a mera submissão do agravo ao crivo da Turma (*mutatis mutandis*, vide STJ-Corte Especial, REsp 1.049.974, Min. Luiz Fux, j. 2.6.10, DJ 3.8910).

No tocante ao mérito do recurso, cabe salientar que, conforme entendimento pacífico desta E. Corte, não cabe alterar decisões proferidas pelo Relator, desde que bem fundamentadas e quando não se verificar qualquer ilegalidade ou abuso de poder que possa gerar dano irreparável ou de difícil reparação.

E não está a merecer reparos a decisão recorrida, a qual passo a transcrever, *in verbis*:

“(…)

Entende-se por direito líquido e certo aquele demonstrado de plano, sem a necessidade de dilação probatória.

No caso, pugna a impetrante pela reabertura do procedimento e a concessão da aposentadoria, indeferida nas vias administrativas. Fundamentou a inicial relatando que protocolou o requerimento de aposentadoria (NB 204.445.702-9) junto ao posto do INSS e que teve indeferido o benefício, em 5/5/2022, por contar apenas com 28 anos de tempo de serviço. Sob o seu ponto de vista, o último vínculo não foi computado corretamente porque a empregadora Laudesir Aparecido Segato, desde 2/5/2006, não recolheu as contribuições de forma devida e, se assim fosse feito, teria completado mais de 30 anos de labor.

In casu, a pretensão deduzida na petição inicial exige dilação probatória, a fim de ser esclarecido se houve ou não os recolhimentos mencionados na inicial.

Assim, em ação mandamental, não há a plausibilidade das alegações formuladas pelo impetrante (*fumus boni juris*) e o justo receio de dano irreparável ou de difícil reparação (*periculum in mora*), uma vez que a estreita via eleita não comporta a indispensável dilação instrutória:

AGRAVO. MANDADO DE SEGURANÇA. AUXÍLIO-DOENÇA. CESSAÇÃO. NÃO CONSTATAÇÃO DE INCAPACIDADE NA VIA ADMINISTRATIVA. VIA INADEQUADA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. NECESSIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do C. STJ, com *supedâneo* no art. 557, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso do poder.

2. Não sendo possível concluir pela ilegalidade do ato administrativo que cessou o benefício de auxílio-doença, pois realizadas as perícias com o fim de averiguar a alegada incapacidade e, ainda, não sendo o mandado de segurança a via eleita para dilação probatória, mister a manutenção da r. sentença.

3. Agravo improvido. (TRF 3ª Região, AMS nº 314551, UF: SP, 7ª Turma, Rel. Des. Fed. Marcelo Saraiva, DJF3 Judicial 1: 29.07.14).

PREVIDENCIÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. AGRAVO. AUXÍLIO-DOENÇA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.

I. O mandado de segurança é ação constitucional que obedece a procedimento célere e encontra regulamentação básica no art. 5º, LXIX, da Constituição Federal.

II. 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.

III. Embora constituam um forte indicativo, os documentos colacionados aos presentes autos não são, por si só, hábeis a comprovar a permanência da incapacidade do segurado após a cessação do benefício, em 02-10-2009, não podendo ser considerados como prova pré-constituída apta a amparar a pretensão da parte impetrante.

IV. Com efeito, considerando-se que ao impetrante era facultado o Pedido de Prorrogação nos 15 (quinze) dias finais até a data da cessação do benefício, na hipótese de permanência da incapacidade, conforme informação expressa prestada pelo INSS ao segurado, inexistente, neste sentido, irregularidades em relação ao ato administrativo que culminou na cessação do benefício, uma vez que o segurado quedou-se inerte, sendo imprescindível a necessidade de comprovação da sua incapacidade para a concessão ou restabelecimento do benefício pleiteado.

V. Sendo assim, imprescindível a realização de perícia médica para verificar a permanência da incapacidade desde a data da cessação do benefício, em 02-10-2009, o que é inviável na via mandamental.

VI. Agravo a que se nega provimento. (TRF 3ª Região, AMS nº 323546, UF: SP, 10ª Turma, Rel. Des. Fed. Walter do Amaral, DJF3 Judicial 1: 24.07.13).

MANDADO DE SEGURANÇA. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. ATIVIDADE ESPECIAL. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE.

- A EC nº 20/98, ao determinar a vigência do disposto nos artigos 57 e 58 da Lei nº 8.213/91 até a publicação da lei complementar a que se refere o artigo 201, § 1º, da Constituição Federal, admitiu a conversão do tempo de atividade exercida sob condições especiais em tempo comum. A legislação de regência assegura o direito pleiteado pela impetrante.

- Tratando-se o mandado de segurança de meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, mister que o impetrante tenha prerrogativa ou direito próprio ou coletivo a defender e que esse direito se apresente líquido e certo ante o ato impugnado.

- Quando a lei reclama a existência de direito líquido e certo, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para seu reconhecimento e exercício no momento da impetração.

- A ausência de prova pré-constituída acarreta a inexistência de direito líquido e certo, impossibilitando a apreciação do pedido - concernente ao reconhecimento, como especial, de atividades desenvolvidas em condições insalubres - na via mandamental.

- Inadmissível a pretensão ao recebimento de parcelas pretéritas do benefício, ante a vedação ao emprego do mandado de segurança como substituto da ação de cobrança.

- Apelação do INSS parcialmente conhecida e, na parte conhecida, improvida. Remessa oficial e recurso adesivo do impetrante a que se nega provimento. (TRF 3ª Região, AMS nº 236230, UF: SP, 8ª Turma, Rel. Des. Fed. Therezinha Cazerta, v.u., DJF3 CJ2 24.03.09, p. 1545).

MANDADO DE SEGURANÇA. CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO NO EXERCÍCIO DE ATIVIDADE INSALUBRE PARA FINS DE APOSENTADORIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DOCUMENTAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.

1. A via mandamental direciona-se à tutela de direito líquido e certo, cuja natureza expedita, não admite dilação probatória em seu curso, devendo o quanto alegado vir arrimado em elementos documentais indiscutíveis.
 2. Cabe assentar que o direito líquido e certo se apoia na comprovação, documental e de plano, dos fatos embasadores do direito invocado pelo impetrante.
 3. No caso dos autos o objeto perseguido - contagem da atividade insalubre exercida como médico para a concessão da aposentadoria integral por tempo de serviço - não foi suficientemente demonstrado pelos documentos carreados com a inicial, sem embargo da presunção de higidez do ato administrativo, máxime quando houve regular procedimento administrativo com exercício da ampla defesa.
 4. Somente à vista de robustas provas, não encontradas nos autos e nem permitida a realização de outras, na via estreita do mandado de segurança, é que se permitiria o reconhecimento do direito líquido e certo invocado.
 5. Apelo da impetrante a que se nega provimento. (TRF 3ª Região, AMS nº 260982, UF: SP, 2ª Turma, Rel. Des. Fed. Juiz Convocado Roberto Jeuken, v.u., DJF3 CJ1 02.06.10, p. 76).
- Posto isso, NEGO PROVIMENTO À APELAÇÃO DA IMPETRANTE.
(...)"

Desse modo, entendo correta a r. decisão agravada.

No mais, destaco que o Mandado de Segurança é a ação constitucional, prevista no artigo 5º, inciso LXIX, da Carta Magna, cabível somente em casos de afronta a direito líquido e certo, conforme se depreende de seu texto: *"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"*. A ação mandamental pode ser utilizada em matéria previdenciária, desde que vinculada ao deslinde de questões unicamente de direito, ou que possam ser comprovadas, exclusivamente, por prova documental apresentada de plano pela parte impetrante para a demonstração de seu direito líquido e certo.

No caso vertente, a despeito do arrazoadado recursal, não há tal demonstração inequívoca de continuidade de labor da autora para o empregador LAUDESIR APARECIDO SEGATO depois de 2020. O CNIS só demonstra recolhimentos previdenciários vertidos até 02/2020 (ID 265035392 – pág. 5) e, com base nesses recolhimentos, não está presente o tempo de contribuição necessário à concessão da benesse vindicada (ID 263830427 – pág. 43). A ausência de baixa na CTPS, por si só, não indica a continuidade de labor a partir de tal período e não há demonstração inequívoca de que a empregadora tenha parado de verter as contribuições previdenciárias devidas, segundo alegou a impetrante. Note-se, nesses termos, que os recibos de pagamento de salários apresentados nos autos são relativos aos anos de 2018/2019 (ID 263830427 – págs. 29/36), não havendo comprovação plena de que a autora teria continuado a trabalhar no local, a partir de então. Esse ônus lhe pertencia e deveria ter sido apresentado, de plano, não sendo possível presumir a ausência de recolhimentos

pois, repiso, também não há prova inequívoca de continuidade de labor para aquele empregador.

Nesses termos, a dilação probatória é realmente necessária, não servindo a via mandamental para tal finalidade, como já consignado.

Impõe-se, assim, a manutenção da decisão agravada.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno.

É como voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO 5026609-41.2022.4.03.0000

Agravante: MUNDIAL S.A. - PRODUTOS DE CONSUMO

Agravada: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NABARRETE

Relatora para Acórdão: DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA

Disponibilização do Acórdão: DJEN 11/05/2023

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. DESNECESSIDADE. INTERPOSTO RECURSO ESPECIAL NO IRDR 0017610-97.2015.4.03.0000. EFEITO SUSPENSIVO AUTOMÁTICO.

1. Desnecessária a instauração do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica para a inclusão de corresponsáveis no polo passivo do feito executivo. Precedentes do C. STJ: AgInt no REsp 1833413/SE, Relator Ministro OG FERNANDES, Segunda Turma, julgado em 10/05/2021, publicado no DJe de 17/05/2021; AgInt no REsp 1742004/SP, Relatora Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Segunda Turma, julgado em 07/10/2020, publicado no DJe de 11/12/2020; REsp 1786311/PR, Relator Ministro FRANCISCO FALCÃO, Segunda Turma, julgado em 09/05/2019, publicado no DJe de 14/05/2019.

2. O artigo 987, § 1º, do CPC atribuiu aos recursos Especial e Extraordinário interpostos no incidente efeito suspensivo automático.

3. O CPC atribuiu efeito suspensivo automático aos recursos Especial e Extraordinário interpostos do julgamento do mérito do incidente, não havendo se falar, com a devida vênia, em restauração dos efeitos da decisão proferida em juízo de admissibilidade (art. 982, I), haja vista que a competência para avaliação sobre a necessidade de sobrestamento dos feitos, agora com contornos nacionais, passa indubitavelmente ao e. Min. Relator, de Tribunal Superior, nos termos do disposto no art. 1.037, II, do CPC.

4. A interposição de recurso especial no IRDR 0017610-97.2016.4.03.0000 (TRF3, Relator Desembargador Federal Baptista Pereira, Órgão Especial, julgado em 10/02/2021, publicado no e-DJF3 Judicial 1 de 19/05/2021) obsta a aplicabilidade imediata dos efeitos da decisão.

5. Agravo de instrumento improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, por maioria, decidiu negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto da Des. Fed. MARLI FERREIRA, com quem votou a Des. Fed. MÔNICA NOBRE. Vencido o Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), que DAVA PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO, para confirmar a antecipação da tutela recursal deferida, a fim de determinar a instauração do IDPJ para a apuração de eventual responsabilidade das agravantes, bem como o desbloqueio de valores e eventuais constrições decorrentes. Lavrará o acórdão a Des. Fed. MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

Agravo de instrumento interposto por *Mundial S.A. - Produtos de Consumo* contra decisão que, em execução fiscal, reconheceu a existência de grupo econômico e determinou a inclusão do seu nome no polo passivo (Id. 264550876 - pág. 57/62 e 264550876 - pág. 84).

Sustenta a agravante, em síntese, que o Órgão Especial deste TRFda 3ª Região concluiu o julgamento do IRDR nº 0017610-97.2016.4.03.0000 e fixou a tese de que em hipóteses como a da execução fiscal de origem, nas quais se pretende o redirecionamento do feito com base nos artigos 50 do CC, 124, inciso I, e 135 do CTN, a admissão de terceiros ao feito pressupõe a instauração do IDPJ e a prévia garantia do contraditório aos requeridos, razão pela qual é de rigor o provimento do recurso.

A tutela recursal antecipada pleiteada foi deferida, para determinar a instauração do IDPJ para a apuração de eventual responsabilidade da agravante (Id. 265805068).

Contraminuta apresentada (Id. 268498618).

É o relatório.

VOTO

Quanto ao tema, o Órgão Especial desta corte regional, quando do julgamento do IRDR 0017610-97.2016.4.03.0000, firmou entendimento no sentido de que: “*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)."

De igual sorte, o reconhecimento de grupo econômico hábil a justificar eventual inclusão de outras pessoas jurídicas no polo passivo da execução fiscal igualmente depende da abertura do referido incidente, sob o seguinte fundamento: "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)".

Confira-se a ementa na íntegra:

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 13.874/2019) 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 6.830/1980) 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 desconconsideração 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.

(TRF 3ª Região, ORGÃO ESPECIAL, IncResDemR - INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS - 6 - 0017610-97.2016.4.03.0000, Rel. para acórdão DES. FED. WILSON ZAUHY, julgado em 10/02/2021, e-DJF3 Judicial 1 DATA:19/05/2021)

É certo que houve a interposição de recurso especial contra o aludido julgado. Todavia, o STJ decidiu no pedido de antecipação da tutela recursal requerido pela União Federal que: *“a segurança jurídica não se coaduna com a aplicação imediata de teses firmadas em IRDRs quando pendentes de confirmação pela instância competente, cabendo aos magistrados decidirem*

acerca da adoção da tese conforme suas convicções até o desfecho dos recursos apresentados”. Desse modo, conquanto a aplicação do IRDR não seja ainda vinculante, nada impede que o entendimento que adotou seja aplicado, como ocorre no caso, porquanto corresponde à compreensão da matéria que há muito adoto.

Na espécie, o juízo de primeiro grau determinou a inclusão da agravante no polo passivo da execução fiscal, com fundamento nos artigos 50 do CC e 124, I, do CTN. Por conseguinte, o *decisum* agravado, em princípio, é nulo por ofensa ao princípio do contraditório, ampla defesa e ao devido processo legal, assim como os demais atos processuais dele derivados, de forma que nova decisão deve ser proferida com observância do disposto nos artigos 133 e seguintes do CPC e as teses fixadas no IRDR nº 0017610-97.2016.4.03.0000.

Ante o exposto, *DOU PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO*, para confirmar a antecipação da tutela recursal deferida, a fim de determinar a instauração do IDPJ para a apuração de eventual responsabilidade da agravante.

É como voto.

DECLARAÇÃO DE VOTO

A Excelentíssima Senhora Desembargadora Federal MARLI FERREIRA:

Com a devida vênia, ousou divergir do e. Relator no tocante à questão atinente à instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica.

Desnecessária a instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica para a inclusão de corresponsáveis no polo passivo do feito executivo, conforme aportam os recentes julgados do C STJ, que seguem:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. GRUPO ECONÔMICO DE FATO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES.

1. *É desnecessária a instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, previsto nos arts. 133 a 137 do CPC/2015, para análise da pretensão pelo redirecionamento da execução fiscal a outra pessoa jurídica com a qual a executada formou grupo econômico de fato.*

2. O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, previsto nos arts. 133 a 137 do CPC/2015, é incompatível com a execução fiscal regida pela Lei n. 6.830/1980, [...] que, diversamente da lei geral, não comporta a apresentação de defesa sem prévia garantia do juízo, nem a automática suspensão do processo, conforme a previsão do art. 134, § 3º, do CPC/2015” (AREsp 1.455.240/RJ, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 23/8/2019).

3. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no REsp 1833413/SE, Relator Ministro OG FERNANDES, Segunda Turma, julgado em 10/05/2021, publicado no DJe de 17/05/2021, destaquei)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. GRUPO ECONÔMICO DE FATO. INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. INAPLICABILIDADE. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL FUNDADO NOS ARTS. 50 DO CC/2002, 30, IX, DA LEI 8.212/91 E 124, I, DO CTN. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I. Agravo interno aviado contra decisão que julgara Recurso Especial interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/2015.

II. Na origem, trata-se de Agravo de Instrumento, interposto pela Fazenda Nacional, contra decisão mediante a qual o Juízo singular, em sede de Execução Fiscal, determinara a instauração de incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, em decorrência de pedido de redirecionamento da Execução Fiscal, fundado nos arts. 50 do CC/2002, 30, IX, da Lei 8.212/91 e 124, I, do CTN, contra empresas que constituem grupo econômico com a executada, falida e sem patrimônio para solver os débitos em cobrança. O Tribunal Regional Federal da 3ª Região, reformando a decisão, deu provimento ao Agravo de Instrumento, para afastar a instauração do incidente. Nas razões do Recurso Especial, a parte recorrente aponta, além do dissídio, violação aos arts. 133 e 134 do CPC/2015, alegando, em suma, que “o artigo 133 e seguintes do CPC são aplicáveis às execuções fiscais, na medida em que a instauração deste incidente processual corrobora com as disposições legais do próprio Código Tributário Nacional, que exige peremptoriamente que a Fazenda Pública, antes de redirecionar o executivo fiscal, prove que o responsável cometeu infração à lei, contrato social ou estatuto, ou que a sociedade foi dissolvida irregularmente”.

III. *Consoante entendimento pacífico desta Segunda Turma, independentemente do fundamento legal do pedido de redirecionamento da Execução Fiscal, “há verdadeira incompatibilidade entre a instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica e o regime jurídico da execução fiscal, considerando que deve ser afastada a aplicação da lei geral, - Código de Processo Civil -, considerando que o regime jurídico da lei especial, - Lei de Execução Fiscal -, não comporta a apresentação de defesa sem prévia garantia do juízo, nem a automática suspensão do processo, conforme a previsão do art. 134, § 3º, do CPC/2015” (STJ, AgInt no REsp 1.759.512/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/10/2019). Ademais, “na execução fiscal ‘a aplicação do CPC é subsidiária, ou seja, fica reservada para as situações em que as referidas leis são silentes e no que com elas compatível’ (REsp n. 1.431.155/PB, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 27/5/2014). Evidenciadas as situações previstas nos arts. 124 e 133, do CTN, não se apresenta impositiva a instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, podendo o julgador determinar diretamente o redirecionamento da execução fiscal para responsabilizar a sociedade na sucessão empresarial. Seria contraditório afastar a instauração do incidente para atingir os sócios-administradores (art. 135, III, do CTN), mas exigi-la para mirar pessoas jurídicas que constituem grupos econômicos para blindar o patrimônio em comum, sendo que nas duas hipóteses há responsabilidade por atuação irregular, em descumprimento das obrigações tributárias, não havendo que se*

falar em desconsideração da personalidade jurídica, mas sim de imputação de responsabilidade tributária pessoal e direta pelo ilícito” (STJ, REsp 1.786.311/PR, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, DJe de 14/05/2019). No mesmo sentido: STJ, AgInt no REsp 1.866.901/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 27/08/2020; AREsp 1.455.240/RJ, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, DJe de 23/08/2019.

IV. Agravo interno improvido.

(AgInt no REsp 1742004/SP, Relatora Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Segunda Turma, julgado em 07/10/2020, publicado no DJe de 11/12/2020, destaquei)

REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. SUCESSÃO DE EMPRESAS. GRUPO ECONÔMICO DE FATO. CONFUSÃO PATRIMONIAL. INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. DESNECESSIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022, DO CPC/2015. INEXISTÊNCIA.

I - Impõe-se o afastamento de alegada violação do art. 1.022 do CPC/2015, quando a questão apontada como omitida pelo recorrente foi examinada no acórdão recorrido, caracterizando o intuito revisional dos embargos de declaração.

II - Na origem, foi interposto agravo de instrumento contra decisão que, em via de execução fiscal, deferiu a inclusão da ora recorrente no polo passivo do feito executivo, em razão da configuração de sucessão empresarial por aquisição do fundo de comércio da empresa sucedida.

III - Verificado, com base no conteúdo probatório dos autos, a existência de grupo econômico e confusão patrimonial, apresenta-se inviável o reexame de tais elementos no âmbito do recurso especial, atraindo o óbice da Súmula n. 7/STJ.

IV - A previsão constante no art. 134, *caput*, do CPC/2015, sobre o cabimento do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, na execução fundada em título executivo extrajudicial, não implica a incidência do incidente na execução fiscal regida pela Lei n. 6.830/1980, verificando-se verdadeira incompatibilidade entre o regime geral do Código de Processo Civil e a Lei de Execuções, que diversamente da Lei geral, não comporta a apresentação de defesa sem prévia garantia do juízo, nem a automática suspensão do processo, conforme a previsão do art. 134, § 3º, do CPC/2015. Na execução fiscal “a aplicação do CPC é subsidiária, ou seja, fica reservada para as situações em que as referidas leis são silentes e no que com elas compatível” (REsp n. 1.431.155/PB, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 27/5/2014).

V - Evidenciadas as situações previstas nos arts. 124, 133 e 135, todos do CTN, não se apresenta impositiva a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, podendo o julgador determinar diretamente o redirecionamento da execução fiscal para responsabilizar a sociedade na sucessão empresarial. Seria contraditório afastar a instauração do incidente para atingir os sócios-administradores (art. 135, III, do CTN), mas exigi-la para mirar pessoas jurídicas que constituem grupos econômicos para blindar o patrimônio em comum, sendo que nas duas hipóteses há responsabilidade por atuação irregular, em descumprimento das obrigações tributárias, não havendo que se falar em desconsideração da personalidade

jurídica, mas sim de imputação de responsabilidade tributária pessoal e direta pelo ilícito.

VI - Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, improvido.

(REsp 1786311/PR, Relator Ministro FRANCISCO FALCÃO, Segunda Turma, julgado em 09/05/2019, publicado no DJe de 14/05/2019)

O Egrégio Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região quando do julgamento do IRDR 0017610-97.2016.4.03.0000, de relatoria do Exmo. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA, julgado em 10/02/2021, publicado no e-DJF3 Judicial 1 de 19/05/2021, firmou a seguinte tese jurídica: *"Não cabe instauração de incidente de descon sideração 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"*.

Não se desconhece que a tese adotada em sede de IRDR tem força de precedente de observância obrigatória, contudo estabelece o artigo 987, § 1º, do CPC:

"Art. 987. Do julgamento do mérito do incidente caberá recurso extraordinário ou especial, conforme o caso.

§ 1º O recurso tem efeito suspensivo, presumindo-se a repercussão geral de questão constitucional eventualmente discutida."

É certo que o CPC atribuiu efeito suspensivo automático aos recursos Especial e Extraordinário interpostos do julgamento do mérito do incidente, não havendo se falar, com a devida vênia, em restauração dos efeitos da decisão proferida em juízo de admissibilidade (art. 982, I), haja vista que a competência para avaliação sobre a necessidade de sobrestamento dos feitos, *agora com contornos nacionais*, passa indubitavelmente ao e. Min. Relator, de Tribunal Superior, nos termos do disposto no art. 1.037, II, do CPC.

Logo, a interposição de recurso especial no referido IRDR obsta a aplicabilidade imediata dos efeitos da decisão.

Nesse sentido colho os seguintes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL. EFEITO SUSPENSIVO AUTOMÁTICO. NECESSIDADE DE AGUARDAR O JULGAMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES. ARTS. 982, § 5º, E 987, §§ 1º E 2º, DO CPC.

RECURSO PROVIDO.

(...)

4. Além disso, há previsão expressa, nos §§1º e 2º do art. 987 do CPC, de que os recursos extraordinário e especial contra acórdão que julga o incidente em questão têm efeito suspensivo automático (ope legis), bem como de que a tese jurídica adotada pelo STJ ou pelo STF será aplicada, no território nacional, a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito.

5. Apesar de tanto o IRDR quanto os recursos repetitivos comporem o microsistema de julgamento de casos repetitivos (art. 928 do CPC), a distinção de tratamento legal entre os dois institutos justifica-se pela recorribilidade diferenciada de ambos. De fato, enquanto, de um lado, o IRDR ainda pode ser combatido por REsp e RE, os quais, quando julgados, uniformizam a questão em todo o território nacional, os recursos repetitivos firmados nas instâncias superiores apenas podem ser objeto de embargos de declaração, quando cabíveis e de recurso extraordinário, contudo, este, sem efeito suspensivo automático.

(...)

(STJ, REsp 1869867/SC, Relator Ministro OG FERNANDES, Segunda Turma, julgado em 20/04/2021, publicado no DJe de 03/05/2021)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. ARTIGO 135, III, CTN. INDEFERIMENTO EM RAZÃO DA EXIGÊNCIA DE INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DE PERSONALIDADE JURÍDICA. DECISÃO DA CORTE NO IRDR 0017610-97.2015.4.03.0000. RECURSO ESPECIAL COM EFEITO SUSPENSIVO OBRIGATÓRIO.

1. Não subsiste a decisão que, fundada na obrigatoriedade de instauração de incidente de desconsideração de personalidade jurídica - IDPJ, conforme decisão do Órgão Especial da Corte no IRDR 0017610-97.2016.4.03.0000, indefere o requerimento de redirecionamento da execução fiscal, pois a eficácia de tal decisão foi obstada pela interposição de recurso especial com efeito obrigatoriamente suspensivo (artigo 987, § 1º, CPC).

2. Agravo de instrumento provido para reapreciação do pedido de redirecionamento da execução fiscal, independentemente da exigência de instauração de incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

(TRF3, AI 5005594-50.2021.4.03.0000, Relator Desembargador Federal LUIS CARLOS HIROKI MUTA, Terceira Turma, julgado em 09/09/2021, publicado no DJEN de 13/09/2021)

Na hipótese dos autos, desnecessária a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

Ante o exposto, com a devida vênia, nego provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA

AGRAVO DE INSTRUMENTO 5031531-28.2022.4.03.0000

Agravante: DAMARIS SIQUEIRA TERRA
Agravado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO JEAN MARCOS
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 26/05/2023

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO – AGRAVO DE INSTRUMENTO - JUSTIÇA GRATUITA – RECEBIMENTO DE VALORES BRUTOS SUPERIORES A R\$ 3.636,00.

1. A apresentação de mera Declaração de hipossuficiência não é apta, por si só, a demonstrar a impossibilidade da parte requerente arcar com os ônus processuais (STJ, QUARTA TURMA, AgRg no AREsp 831.550/SC, DJe 12/04/2016, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO).
2. Nos termos da jurisprudência específica da C. Sétima Turma, presume-se a hipossuficiência de quem aufera renda *bruta* mensal de até R\$ 3.636,00 (três mil, seiscentos e trinta e seis reais), equivalente a três salários mínimos. Precedentes.
3. Se o rendimento mensal é superior, o requerente deve provar despesas ou circunstâncias *excepcionais* que impossibilitem o custeio.
4. No caso concreto, há prova da hipossuficiência atual.
5. Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sétima Turma, por unanimidade, decidiu dar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

O Juiz Federal Convocado Jean Marcos:

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra r. decisão que, em ação para obtenção de benefício previdenciário, indeferiu os benefícios da justiça gratuita.

A parte autora, ora agravante, sustenta a impossibilidade de arcar com as custas e despesas processuais, sem prejuízo do pagamento dos gastos pessoais ou familiares.

O pedido de efeito suspensivo foi deferido (ID 267725457).

Sem resposta.

É o relatório.

VOTO

O Juiz Federal Convocado Jean Marcos:

A teor do art. 98 do Código de Processo Civil:

Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.
(...)

§ 3º. Vencido o beneficiário, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos 5 (cinco) anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

A apresentação de mera Declaração de hipossuficiência não é apta, por si só, a demonstrar a impossibilidade da parte requerente arcar com os ônus processuais. Nesse campo, conforme vem decidindo o STJ:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO AO ART. 535, I E II, DO CPC. INEXISTÊNCIA. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. HIPOSSUFICIÊNCIA AFASTADA NO CASO CONCRETO. SÚMULA 7/STJ. PROVIMENTO NEGADO.

1. A Corte de origem dirimiu a matéria submetida à sua apreciação, manifestando-se expressamente acerca dos temas necessários à integral solução da lide. Dessa forma, à míngua de qualquer omissão, contradição ou obscuridade no aresto recorrido, não se verifica a ofensa ao artigo 535, II, do Código de Processo Civil.

2. Em observância ao princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional, previsto no art. 5º, XXXV, da CF/88, é plenamente cabível a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita às partes. Disciplinando a matéria, a Lei 1.060/50, recepcionada pela nova ordem constitucional, em seu art. 1º, *caput* e § 1º, prevê que o referido benefício pode ser pleiteado a qualquer tempo, sendo suficiente para sua obtenção que a pessoa física afirme não ter condição de arcar com as despesas do processo.

3. *O dispositivo legal em apreço traz a presunção juris tantum de que a pessoa física que pleiteia o benefício não possui condições de arcar com as despesas do processo sem comprometer seu próprio sustento ou de sua*

família. Por isso, a princípio, basta o simples requerimento, sem nenhuma comprovação prévia, para que lhe seja concedida a assistência judiciária gratuita. Contudo, tal presunção é relativa, podendo a parte contrária demonstrar a inexistência do estado de miserabilidade ou o magistrado indeferir o pedido de assistência se encontrar elementos que infirmem a hipossuficiência do requerente.

4. In casu, o Tribunal local, mediante exame do acervo fático-probatório da demanda, entendeu pela inexistência da condição de hipossuficiência da parte ora agravante, mormente porque o agravante intimado a juntar seu comprovante de rendimentos e a declaração do imposto de renda não cumpriu a determinação judicial.

5. Na hipótese, a irresignação do ora agravante não trata de apenas conferir diversa qualificação jurídica aos fatos delimitados na origem e nova valoração dos critérios jurídicos concernentes à utilização da prova, mas, ao revés, de realização de novo juízo valorativo que substitua o realizado pelo Tribunal *a quo* para o fim de formar nova convicção sobre os fatos a partir do reexame de provas, circunstância, todavia, vedada nesta instância extraordinária. Incidência da Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça”.

6. Agravo regimental a que se nega provimento”.

(STJ, 4ª Turma, AgRg no AREsp 831.550/SC, j. 17/03/2016, DJe: 12/04/2016, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, grifei).

Nos termos da jurisprudência específica da C. Sétima Turma, presume-se a hipossuficiência de quem aufer *renda bruta mensal de até R\$ 3.636,00 (três mil, seiscientos e trinta e seis reais)*, equivalente a três salários mínimos. Se o rendimento mensal é superior, o requerente deve provar despesas ou circunstâncias *excepcionais* que impossibilitem o custeio. No mesmo sentido:

“PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. GRATUIDADE DE JUSTIÇA. DECLARAÇÃO DE POBREZA. PRESUNÇÃO RELATIVA. POSSIBILIDADE DE INDEFERIMENTO. FUNDADAS RAZÕES. SUFICIÊNCIA DE RECURSOS. CONSTATAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO.

1 - A presunção relativa de hipossuficiência pode ser afastada mediante verificação, pelo magistrado, da possibilidade econômica do impugnado em arcar com as custas do processo.

2 - Os artigos 5º e 6º da Lei nº 1.060/50 permitem ao magistrado indeferir os benefícios inerentes à assistência judiciária gratuita no caso de “fundadas razões”. Permite, em consequência, que o Juiz que atua em contato direto com a prova dos autos, perquirir acerca da real condição econômica do demandante. Precedentes do STJ e desta Corte Regional.

3 - No caso em apreço, a presunção relativa de hipossuficiência, sob a ótica do d. juízo de primeiro grau, foi afastada considerando “que o impugnado recebeu remuneração no mês de março/2016 no valor de R\$ 2.953,00, e benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, no valor de R\$ 1.322,81 (competência 04/2016), o que totaliza renda mensal de R\$ 4.275,81.” E realmente tais informações estão comprovadas documentalmente (ID 97566529 – págs. 13/14).

4 - A exigência constitucional - “insuficiência de recursos” - deixa evidente que a concessão de gratuidade judiciária atinge tão somente os

“necessitados” (artigo 1º da Lei nº 1.060/50). Define o Dicionário Houaiss de língua portuguesa, 1ª edição, como necessitado “1. que ou aquele que necessita; carente, precisado. 2. que ou quem não dispõe do mínimo necessário para sobreviver; indigente; pobre; miserável.” Não atinge indistintamente, portanto, aqueles cujas despesas são maiores que as receitas. Exige algo mais. A pobreza, a miserabilidade, nas acepções linguísticas e jurídicas dos termos. Justiça gratuita é medida assistencial. É o custeio, por toda a sociedade, das despesas inerentes ao litígio daquele que, dada a sua hipossuficiência econômica e a sua vulnerabilidade social, não reúne condições financeiras mínimas para defender seus alegados direitos. E comprovado nos autos que esta não é a situação da parte agravante.

5 - A renda per capita média mensal do brasileiro, no ano de 2016, foi de R\$ 1.226,00. A maior do Brasil foi do DF, no valor de R\$ 2.351,00. E a maior do Estado de São Paulo foi da cidade de São Caetano do Sul, com R\$ 2.043,74 (Fonte: IBGE-Fev/2017). A renda auferida pela parte agravante, um ano antes, é quase três vezes maior do que a renda per capita mensal do brasileiro.

6 - Alie-se como elemento de convicção, que o teto que a Defensoria Pública do Estado de São Paulo adota para analisar a necessidade do jurisdicionado a justificar a sua atuação é de 3 salários mínimos, ou seja, R\$2.811,00 (2017).

7 - E, nunca é demais lembrar, que os valores das custas processuais integram o orçamento do Poder Judiciário (art. 98, § 2º da CF) e, no caso da Justiça Federal, por exemplo, se prestam a custear as despesas processuais dos beneficiários da gratuidade judiciária. As custas processuais, portanto, em princípio antipáticas, também se destinam a permitir que os efetivamente necessitados tenham acesso à Justiça.

8 - Por fim, o acesso à Gratuidade da Justiça, direito fundamental que é, não pode se prestar, sob os mantos da generalização e da malversação do instituto, ao fomento da judicialização irresponsável de supostos conflitos de interesse, o que impacta negativamente na eficiência da atuação jurisdicional, bem como na esfera de direitos da parte contrária.

9 - *Apelação desprovida*”.

(TRF 3, 7ª Turma, ApCiv. 002508-50.2016.4.03.6106, j. 14/08/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 19/08/2020, Rel. Des. Fed. CARLOS EDUARDO DELGADO).

“PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. GRATUIDADE DA JUSTIÇA. HIPOSSUFICIÊNCIA. RENDA COMPATÍVEL. RECURSO PROVIDO.

Para a concessão do benefício de gratuidade da justiça basta a simples afirmação da sua necessidade, a qual se presume verdadeira. Entretanto, essa presunção admite prova em contrário, vale dizer, não é absoluta, podendo ser o benefício indeferido após a manifestação do interessado, desde que fundamentadamente. Inteligência do artigo 99 do CPC/2015.

Vale destacar que esta C. Sétima Turma tem decidido que a presunção de hipossuficiência, apta a ensejar a concessão do benefício, resta configurada na hipótese em que o interessado auferir renda mensal de até R\$ 3.000,00 (três mil reais), o que corresponde a cerca de 3 (três) salários-mínimos, de modo que, identificando-se renda mensal superior a tal limite, a concessão somente se justifica se houver a comprovação de despesas ou circunstâncias

excepcionais que impeçam o interessado de suportar as despesas processuais sem prejuízo de sua subsistência.

Tal entendimento segue o critério utilizado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo (DPE/SP).

Comprovada a renda mensal compatível com a condição de hipossuficiência. Benefício da gratuidade da justiça devido.

Recurso provido”.

(TRF 3, 7ª Turma, AI 5002024-90.2020.4.03.0000, j. 22/10/2020, Intimação via sistema DATA: 29/10/2020, Rel. Des. Fed. PAULO SERGIO DOMINGUES, grifei).

No caso concreto, a parte autora está aposentada e o valor bruto do seu benefício, em setembro/2022, foi de R\$ 1.187,44.

Há prova da hipossuficiência atual.

Por tais fundamentos, *dou provimento ao agravo de instrumento.*

É o voto.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL 5002197-12.2023.4.03.0000

Suscitante: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 10ª VARA FEDERAL CÍVEL

Suscitada: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE JUNDIAÍ/SP - 2ª VARA FEDERAL

Parte Autora: JOVELINO PEIXOTO

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL DAVID DANTAS

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 02/05/2023

EMENTA

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. PROPOSITURA NO DOMICÍLIO DO IMPETRANTE. OPÇÃO.

1 - Conheço do conflito de competência suscitado perante este Órgão Especial, nos termos do artigo 17, II, do RITRF3, e do precedente citado.

2 - A controvérsia cinge-se em delimitar o juízo competente para processar e julgar o mandado de segurança, se firmada unicamente pela sede funcional da autoridade impetrada ou, então, se cabível também a eleição do foro do domicílio do impetrante na conformidade do artigo 109, § 2º, da Constituição Federal.

3 - A despeito do entendimento pretérito que estabelecia a competência de acordo com a sede funcional da autoridade coatora, atualmente é firme a jurisprudência das Cortes Superiores de que a faculdade prevista no art. 109, § 2ª, da CF/88 estende-se inclusive ao mandado de segurança.

4- No caso, o impetrante, domiciliado no município de Jundiaí, optou por propor o *mandamus* no foro de seu domicílio, restando fixada a competência, sendo defeso ao juiz decliná-la de ofício.

5- Conflito julgado procedente para declarar a competência do juízo suscitado para a causa.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, O Órgão Especial, por unanimidade, julgou procedente o presente Conflito Negativo de Competência para declarar competente o MM. Juízo Federal da 2ª Vara Federal de Jundiaí/SP para apreciação do feito de origem, nos termos do voto do Desembargador Federal DAVID DANTAS (Relator). Votaram os Desembargadores Federais ALI MAZLOUM, JOHONSOM DI SALVO (convocado para compor quórum), BAPTISTA PEREIRA, ANDRÉ NABARRETE, MARLI FERREIRA, MAIRAN

MAIA, NERY JUNIOR, CARLOS MUTA, CONSUELO YOSHIDA, SOUZA RIBEIRO, WILSON ZAUHY, CARLOS DELGADO, ANTONIO CEDENHO, NINO TOLDO e LEILA PAIVA. Ausente, justificadamente, a Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA. , nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL DAVID DANTAS:

Trata-se de Conflito Negativo de Competência suscitado pelo Juízo da 10ª Vara Cível Federal de São Paulo/SP, nos autos do mandado de segurança n. 5001410-63.2022.4.03.6128 impetrado por Jovelino Peixoto contra ato do Delegado da Receita Federal do Brasil em Jundiaí/SP, visando obter a isenção do IRPF sobre o ganho de capital auferido na alienação de parcela de sua participação societária na sociedade IPÊ no mês de fevereiro de 2022.

O feito foi originariamente distribuído perante o MM. Juízo da 2ª Vara Federal de Jundiaí/SP, que determinou a retificação do polo passivo para constar o Delegado da Receita Federal do Brasil de Pessoas Físicas em São Paulo/SP, e declinou de sua competência, com fundamento na sede funcional da autoridade impetrada.

Em contrapartida, o d. Juízo da 10ª Vara Cível Federal de São Paulo/SP suscitou conflito de competência, ao argumento de que deve ser respeitada a opção do impetrante de propositura do *mandamus* em seu domicílio, nos termos do art. 109, § 2º, da Constituição Federal e jurisprudência dominante.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal deixou de opinar sobre o mérito do presente conflito negativo de competência.

É O RELATÓRIO.

VOTO

O EXMO. SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL DAVID DANTAS:

De início, conheço do conflito de competência suscitado perante este Órgão Especial, nos termos do artigo 17, II, do RITRF3.

Ademais, o órgão especial conheceu de incidente assemelhado em sessão realizada em 14/12/2022 (CC 5022343-45.2021.4.03.0000, Rel. Des. Wilson Zauhy).

A controvérsia cinge-se em delimitar o juízo competente para processar e julgar o mandado de segurança, se firmada unicamente pela sede funcional da autoridade impetrada ou, então, se cabível também a eleição do foro do domicílio do impetrante na conformidade do artigo 109, § 2º, da Constituição Federal.

De acordo com art. 109, § 2º, da Constituição Federal, “*as causas intentadas contra a União poderão ser aforadas na seção judiciária em que for domiciliado o autor, naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou, ainda, no Distrito Federal*”.

Nesta esteira, a regra constitucional de competência constitui uma faculdade atribuída ao demandante nas ações aforadas em face da União Federal e de autarquias federais (Tema 374 do STF), visando privilegiar o amplo acesso à Justiça.

A despeito do entendimento pretérito que estabelecia a competência de acordo com a sede funcional da autoridade coatora, atualmente é firme a jurisprudência das Cortes Superiores de que a faculdade prevista no art. 109, § 2º, da CF/88 estende-se inclusive ao mandado de segurança.

Nesse sentido, cito os julgados:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TEMA 374 DA REPERCUSSÃO GERAL. COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. ART. 109, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO. SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DOMICÍLIO DO AUTOR. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I – O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Tema 374 da Repercussão Geral (RE 627.709/DF, de minha relatoria), privilegiou o acesso à justiça na interpretação do art. 109, § 2º, da Constituição, ao aplicar a faculdade nele prevista também às autarquias federais.

II – *A faculdade prevista no art. 109, § 2º, da Constituição deve ser aplicada inclusive em casos de impetração de mandado de segurança, possibilitando-se o ajuizamento na Seção Judiciária do domicílio do autor, a fim de tornar amplo o acesso à justiça.*

III – Agravo regimental a que se nega provimento.”

(STF, RE 736.971 AgR, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, SEGUNDA TURMA, j. 04/05/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-118 13/05/2020) (destaque nosso)

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AUTARQUIA FEDERAL. JUSTIÇA FEDERAL. MANDADO DE SEGURANÇA. FORO DE DOMICÍLIO DO IMPETRANTE. INCIDÊNCIA DA REGRA DO ART. 109, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I. Agravo interno interposto em contra decisão que julgou Conflito de Competência negativo, suscitado nos autos de Mandado de Segurança, impetrado pela parte interessada contra ato do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP), ora agravante.

II. O art. 109, § 2º, da Constituição Federal estabelece que “*as causas intentadas contra a União poderão ser aforadas na seção judiciária em que for domiciliado o autor, naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou, ainda, no Distrito Federal*”.

III. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 627.709/DF (Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, PLENO, DJe de 29/10/2014), submetido

ao regime de repercussão geral, decidiu que a regra contida no art. 109, § 2º, da Constituição Federal é aplicável às autarquias federais.

IV. Nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, “a faculdade prevista no art. 109, § 2º, da Constituição deve ser aplicada inclusive em casos de impetração de mandado de segurança, possibilitando-se o ajuizamento na Seção Judiciária do domicílio do autor, a fim de tornar amplo o acesso à justiça” (STF, AgRg no RE 736.971/RS, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, SEGUNDA TURMA, DJe de 13/05/2020). Nesse sentido: STF, RE 599.188 AgR/PR, Relator Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, PRIMEIRA TURMA, DJe de 30/06/2011; RE 509.442 AgR/PE, Relator Ministra ELLEN GRACIE, SEGUNDA TURMA, DJe de 20/08/2010.

V. Seguindo tal orientação, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que “nas causas aforadas contra a União, inclusive em ações mandamentais, pode-se eleger a Seção Judiciária do domicílio do autor, com o objetivo de facilitar o acesso à Justiça” (STJ, AgInt no CC 166.130/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 05/09/2019). Nesse sentido: STJ, AgInt no CC 167.534/DF, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 06/12/2019; AgInt no CC 166.313/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 07/05/2020; CC 163.820/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 02/04/2019; AgInt no CC 158.943/SP, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 17/12/2018; AgInt no CC 154.470/DF, Rel. Ministro OG FERNANDES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 18/04/2018; CC 151.353/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 05/03/2018.

VI. Agravo interno improvido.”

(STJ, AgInt no CC 150693/DF, Rel. Min. ASSUETE MAGALHÃES, PRIMEIRA SEÇÃO, j. 1611/2022, DJe de 22/11/2022)

Nessa diretriz orienta-se este c. Órgão Especial, a exemplo das ementas abaixo transcritas:

“CONFLITO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. ARTIGO 109, § 2º DA CF. DOMICÍLIO DO AUTOR. OPÇÃO DO IMPETRANTE. ACESSO À JUSTIÇA. STF. RE 736.971. JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES E DO ÓRGÃO ESPECIAL DESTA CORTE.

1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 736.971/RS, decidiu ser aplicável ao mandado de segurança o Tema 374 de Repercussão Geral. A interpretação dada pela Corte Suprema ao artigo 109, § 2º da Constituição Federal, à luz do princípio do amplo acesso à justiça, confere ao impetrante a faculdade de ajuizamento na Seção Judiciária de seu domicílio.

2. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Órgão Especial desta Corte.

3. Conflito negativo de competência julgado procedente.”

(TRF3, Órgão Especial, CCCiv 5023265-52.2022.4.03.0000, Rel. Des. Fed. MAIRAN MAIA, j. 15/12/2022, DJEN: 19/12/2022)

“CONFLITO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. PROPOSITURA NO DOMICÍLIO DO IMPETRANTE. POSSIBILIDADE.

I - Conforme entendimento firmado no âmbito do Órgão Especial desta Corte, aplica-se ao mandado de segurança a faculdade prevista no art. 109, § 2º, da Constituição Federal, ficando autorizada a propositura da ação mandamental também no juízo federal com jurisdição sobre o domicílio da parte impetrante. Ressalva de entendimento pessoal do Relator.

II – Conflito de competência julgado procedente, declarando-se a competência do juízo suscitado.”

(TRF3, Órgão Especial, CCCiv 5009828-75.2021.4.03.0000, Rel. Des. Fed. PEIXOTO JUNIOR, j. 16/11/2022, DJEN: 24/11/2022)

“CONFLITO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. DOMICÍLIO DO AUTOR. OPÇÃO DO IMPETRANTE. ACESSO À JUSTIÇA.

1. A respeito da competência para processar e julgar mandado de segurança, predominava nos Tribunais Superiores e nesta Corte Regional o entendimento de que se trata de competência absoluta do juízo do domicílio funcional da autoridade impetrada, o que impediria a impetração no juízo da subseção do domicílio do impetrante.

2. A 2ª Turma do E. Supremo Tribunal Federal, em recente julgado, entendeu aplicável a regra prevista no Art. 109, § 2º da Constituição Federal ao mandado de segurança, conferindo ao autor, assim, a faculdade de se impetrar o *writ* na seção judiciária de seu domicílio. No mesmo sentido, há manifestação do c. Superior Tribunal de Justiça e do Órgão Especial desta Corte Regional.

3. Conflito julgado procedente para reconhecer a competência do Juízo suscitado.”

(TRF3, Órgão Especial, CCCiv 5007079-51.2022.4.03.0000, Rel. Des. Fed. BAPTISTA PEREIRA, j. 18/10/2022, Intimação via sistema: 19/10/2022)

No caso, em simetria com a jurisprudência dominante, entendo que conquanto pudesse eleger a sede da autoridade coatora, o impetrante, domiciliado no município de Jundiaí, optou por propor o *mandamus* no foro de seu domicílio, restando fixada a competência, sendo defeso ao juiz decliná-la de ofício.

Ante o exposto, *JULGO PROCEDENTE* o presente Conflito Negativo de Competência para declarar competente o MM. Juízo Federal da 2ª Vara Federal de Jundiaí/SP para apreciação do feito de origem.

É como voto.

Direito Processual Penal



“HABEAS CORPUS” CRIMINAL 5006699-49.2022.4.03.6104

Impetrantes: ARMANDO DE MATTOS JUNIOR, ELIANE CASSIA DO PRADO

Pacientes: MARCELO INACIO VASCONCELOS DA SILVA, LUCAS VALENTE, ARTUR OLIVEIRA DALSIN

Impetrada: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SANTOS/SP - 5ª VARA FEDERAL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAURÍCIO KATO

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 12/04/2023

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. ORCRIM. PRISÃO PREVENTIVA. PROVA OBTIDA POR MEIO ILÍCITO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS OBJETIVOS DO ART. 312 DO CPP. ORDEM CONCEDIDA.

1. O requerimento expresso de desistência do feito formulado pelo paciente, por meio de seus advogados, nos autos de *habeas corpus*, é ato admissível a qualquer tempo por se tratar de ação com natureza própria.
2. A obtenção de prova por meios ilícitos afeta todo o procedimento pelo vício de origem.
3. O art. 157 do Código de Processo Penal veda a valoração das provas obtidas por meio ilícito. Não restando indícios suficientes para constatar a presença dos elementos objetivos constantes do art. 312, do Código de Processo Penal, não há como se manter a segregação cautelar do paciente.
4. Homologada a desistência em relação ao paciente Artur Oliveira Dalsin. Ordem concedida em relação ao paciente Lucas Valente para determinar a revogação de sua prisão preventiva em razão do reconhecimento da ilicitude da prova obtida em busca pessoal, nos termos do voto.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Des. Fed. André Nekatschalow, a Quinta Turma, por unanimidade, decidiu indeferir o pedido de adiamento deduzido pela Procuradoria Regional da República e homologar o pedido de desistência neste feito em relação ao paciente Artur Oliveira Dalsin e, por

maioria, decidiu conceder a ordem de *habeas corpus* para revogar a prisão preventiva de Lucas Valente, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo da possibilidade de decretação de nova prisão se concretamente demonstrada sua necessidade ou de imposição de medida alternativa, nos termos do art. 319, do Código de Processo Penal, nos termos do voto do Relator, acompanhado pelo Des. Fed. Ali Mazloum, vencido o Des. Fed. André Nekatschalow que denegava a ordem de *habeas corpus*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado por Armando de Mattos Júnior e Eliane Cássia do Prado em favor de *Artur Oliveira Dalsin*, *Lucas Valente* e *Marcelo Inácio Vasconcelos da Silva* contra ato imputado ao Juízo Federal da 5ª Vara Criminal de Santos/SP, nos autos nº 5006007-50.2022.4.03.6104.

Sustentam os impetrantes, em síntese, que:

a) em virtude de investigações derivadas do compartilhamento de provas obtidas na *Operação Diamante*, que tramita perante a 2ª Vara Federal Criminal de São Paulo sob n. 5006444-62.2020.403.6181, foi instaurado inquérito policial sob n. 5006151-84.2022.403.6104 em face do advogado João Manoel Almôa Júnior em razão do flagrante registrado, em 26/04/2022, pela Polícia Civil (Boletim de Ocorrência 7724-1/2022), em que se apreendeu 26,130kg (vinte e seis quilos e cento e trinta gramas) de cocaína;

b) com a prisão do referido advogado foi realizada perícia em seus aparelhos celulares que identificou conversas, por aplicativo de mensagens, com policiais civis, ora pacientes, verificando-se indícios de que apenas 10% (dez por cento) da droga foi apreendida; apurou-se, ainda, que os policiais civis negociaram o restante da droga, cerca de 400 kg (quatrocentos) quilos de cocaína, com o advogado João Armôa, com a participação de Thainara Santos de Paula, pelo valor de R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais);

c) nesses termos a Polícia Federal representou por busca e apreensão e prisão preventiva de Thainara Santos de Paula, bem como dos pacientes *Artur Oliveira Dalsin*, *Marcelo Inacio Vasconcelos da Silva* e *Lucas Valente*, o que foi deferido pelo juízo da 5ª Vara Federal de Santos/SP, autoridade esta incompetente se considerado que o nascedouro do pedido para deferimento da citada medida advém de processo em trâmite pela 2ª Vara Federal Criminal de São Paulo/SP;

d) por ocasião da audiência de custódia foi indeferido o pedido de liberdade provisória, bem como indeferido o pedido de revogação da prisão preventiva dos pacientes;

e) não estão presentes os requisitos da prisão preventiva previstos no art. 312, do Código de Processo Penal, salientando que houve deferimento para suspensão do exercício da função pública dos pacientes, que estão fora do cenário policial;

f) a prisão preventiva só pode ser decretada em casos excepcionais, podendo ser aplicadas, as medidas cautelares alternativas à prisão previstas no art. 319, do Código de Processo Penal;

g) os pacientes possuem bons antecedentes, residência fixa e ocupação lícita, sendo um deles pai de filhos em tenra idade;

Requerem os impetrantes, assim, a concessão da liminar para que os pacientes possam responder ao processo em liberdade, expedindo-se alvará de soltura em seu favor, ainda que sejam aplicadas as medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319, do Código de Processo Penal. Subsidiariamente, requerem a prisão domiciliar, conforme determina o art. 317, do Código de Processo Penal. No mérito, pleiteiam a concessão da ordem.

Foram juntados documentos.

O pedido liminar foi indeferido (Id 267408648).

Informações prestadas pela autoridade impetrada (Id 267540823).

O Procurador Regional da República, Dr. João Francisco Bezerra de Carvalho, manifestou-se pela denegação da ordem.

Em petição juntada pelo Id 268962830 e Id 268962831, foi requerida a desistência do *writ* em relação ao paciente *Marcelo Inacio Vasconcelos da Silva* para evitar supressão de instância, já que a matéria envolvendo o *status libertatis*, em maior extensão, necessita ser previamente examinada pelo juízo de origem, homologada pela decisão Id 271453448.

Em decisão Id 271453448 acolhi a manifestação ministerial Id 269632131 e tornei sem efeito a parte final da decisão Id 271453448 que determinou o trânsito em julgado e o arquivamento do feito, determinando, ainda, o prosseguimento do feito em relação aos pacientes *Artur Oliveira Dalsin* e *Lucas Valente*.

Em petição intercorrente Id 271698556 o Ministério Público Federal requer seja postergado o julgamento do presente feito para depois do julgamento dos embargos de declaração opostos nos autos dos *habeas corpus* 5027741-36.2022.4.03.0000, 5027233-90.2022.4.03.0000 e 5031207-38.2022.4.03.0000, considerando a prejudicialidade, caso sejam acolhidos.

Em petição intercorrente Id 271824442 o paciente Artur Oliveira Dalsin por meio de seus advogados Alex Sandro Oschendorf e Renan de Lima Claro, requer a desistência do feito do feito em razão da impetração do *habeas corpus* nº 5001449-77.2023.403.0000.

É o relatório.

VOTO

Preliminarmente, tendo em vista o requerimento expresso de desistência do feito formulado por *Artur Oliveira Dalsin*, por meio de seus advogados, e considerando que este ato é admissível a qualquer tempo por se tratar de ação com natureza própria, *homologo o pedido de desistência* em relação ao paciente *Artur Oliveira Dalsin* e extingo o feito sem resolução do mérito em relação a ele, nos termos do artigo 267, inciso VIII, do Código de Processo Civil e do artigo 33, inciso VI, do Regimento Interno deste Tribunal.

Indefiro o pedido de adiamento do julgamento do presente feito formulado pela Procuradoria Regional da República. Ressalto que os Embargos de Declaração opostos nos autos nºs. 5027741-36.2022.4.03.0000, 5027233-90.2022.4.03.0000 e 5031207-38.2022.4.03.0000, pelo Ministério Público Federal, apesar da alegada prejudicialidade em razão de eventual acolhimento com efeitos infringentes, não possuem o condão de suspender o julgamento da presente demanda.

Assim, passo ao julgamento do mérito em relação ao pedido de revogação da prisão preventiva decretada nos autos nº 5006007-50.2022.4.03.6104, em desfavor do paciente *Lucas Valente*.

A prisão cautelar deve ser considerada exceção, já que, por meio desta medida, priva-se o réu de sua liberdade antes do pronunciamento condenatório definitivo, consubstanciado na sentença transitada em julgado. É por isso que tal medida constritiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, nos termos do artigo 312 do Código de Processo penal.

Contudo, a presunção de inocência não é incompatível com a prisão processual e nem impõe ao paciente uma pena antecipada, porque não deriva do reconhecimento da culpabilidade, mas aos fins do processo, como medida necessária à garantia da ordem pública, à conveniência da instrução criminal e/ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Consta dos autos principais que foi instaurado inquérito policial após autorização judicial contida nos autos de n. 5006151-84.2022.4.03.6181 para compartilhamento das provas obtidas na Operação Diamante (autos n. 50064444-62.2020.4.03.6104), a fim de apurar outros fatos criminosos cometidos pelos investigados.

Em 14/10/2022, a autoridade policial representou pela busca e apreensão e prisão preventiva de *Thainara Santos de Paula*, e dos policiais civis *Artur Oliveira Dalsin*, *Marcelo Inacio Vasconcelos da Silva* e *Lucas Valente*, nos autos do Pedido de Prisão Preventiva nº 5006007-50.2022.4.03.6104 (5005139-72.2022.4.03.6104 - IPL 2022.0062204 - DPF/STS/SP) em razão de supostos crimes de tráfico de drogas e associação.

Segundo Representação da Autoridade Policial (Id 267296882), em análise preliminar no telefone celular do advogado *João Manoel Armoa Junior*, foram identificadas diversas comunicações por ele realizadas, via *whatsapp*, com *Vinicyus Soares dos Santos*, vulgo “*Europeue*”, onde VINICYUS assume a autoria dos fatos objeto do Boletim de Ocorrência nº 7724-1/2022-Polícia Civil do Estado de São Paulo, consistente na apreensão de cerca de 26 (vinte e seis) kg de cocaína.

Com o aprofundamento das investigações apurou-se que os 26 kg (vinte e seis quilos) de cocaína do referido Boletim de Ocorrência nº 7724-1/2022 representam, na verdade, cerca de 10% (dez por cento) do total da droga que era transportada, e que a maior parte foi retida pela equipe policial que realizou o flagrante. Verificou-se que a droga pertencia à Organização Criminosa e que os policiais civis *Artur Oliveira Dalsin*, *Marcelo Inacio Vasconcelos da Silva* e *Lucas Valente* subtraíram, mantiveram em depósito e renegociaram grande parte dela com o traficante proprietário da droga (cerca de 400 Kg de cocaína), por meio do advogado *João Manoel Armoa Junior* e *Thainara Santos de Paula*, ao preço de R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais), sendo que JOÃO MANOEL reteve 10% (dez por cento) desse valor a título de “honorários” após tratativas levadas a efeito via mensagens de *whatsapp*. O valor teria sido requisitado pelo advogado ao traficante de nome PANCHOVILLA e o pagamento aos policiais realizado, de forma parcelada, por meio de *Thainara Santos de Paula*, que figura como “braço direito” do advogado JOÃO MANOEL.

Segundo a autoridade policial, com as investigações foi possível verificar sistema complexo de atos reiterados de tráfico de entorpecentes e crimes contra a administração pública praticado pelo policial civil, ora paciente, inclusive com outros advogados.

Após manifestação favorável do Ministério Público Federal, a autoridade impetrada, em 07/11/2022, deferiu a representação policial pela prisão preventiva dos investigados, nos autos nº 5006007-50.2022.403.6104, nos seguintes termos (Id 267296883):

“(...)”

II- DAS PRISÕES PREVENTIVAS.

A presente representação versa sobre fatos complexos, com o envolvimento, ao que tudo está a indicar, de integrantes do Primeiro Comando da Capital-PCC que atuam em conjunto e/ou sob coordenação do narcotraficante conhecido como Major Sergio Roberto de Carvalho (Id 265764213 – p. 85/86), e, ao que parece, com intensa participação de Advogados da região e de integrantes da Polícia Civil do Estado de São Paulo.

Com efeito, como se extrai da representação em análise e do Relatório de Material Apreendido-RAMA objeto do Id 265764213, as investigações tiveram início com o fim de obtenção de elementos informativos acerca de suposta existência de organização criminosa constituída com o propósito de realizar a remessa de cocaína ao exterior através do Porto de Santos-SP.

Foram colhidos indícios de que JOÃO MANOEL ARMOA JUNIOR estava participando de forma ativa de atividades criminosas desenvolvidas por

VINICYUS SOARES DOS SANTOS (vulgo Evoque e/ou Europeo). Em cumprimento a mandado de busca e apreensão expedido em desfavor de JOÃO MANOEL ARMOA JUNIOR, foi apreendido celular onde identificadas diversas comunicações que foram analisadas pelo Núcleo de Inteligência da Polícia Federal.

Dos elementos extraídos do aparelho de telefonia celular apreendido é possível identificar a existência de, no mínimo, fortes indícios de que os policiais civis ARTUR OLIVEIRA DALSIN, MARCELO INACIO VASCONCELOS DA SILVA e LUCAS VALENTE subtraíram, mantiveram em depósito e comercializaram parte da droga apreendida no episódio a que refere o Boletim de Ocorrência nº 7724-1/2022-Polícia Civil de São Paulo.

Também é possível inferir a participação de THAINARA SANTOS DE PAULA, estagiária e/ou secretária do Advogado João Manoel Armoa Junior, em ações ilícitas relacionadas a atos de corrupção ativa, tráfico de drogas e associação para tal fim. Há fortes evidências da prática pelos representados de ações ilícitas contemporâneas punidas com penas privativas de liberdade máximas superiores a quatro anos.

No que toca aos policiais civis ARTUR OLIVEIRA DALSIN, MARCELO INACIO VASCONCELOS DA SILVA e LUCAS VALENTE, são firmes, concretos e inequívocos os indícios de que, sob o manto das funções públicas que exercem, de forma reiterada, vêm praticando diversos ilícitos de gravidade incontestes. As provas trazidas com a representação em apreço, sintetizadas no relatório objeto do Id 265764213 causam perplexidade.

Os elementos colhidos evidenciam o envolvimento dos policiais na subtração de grande parte do lote de cocaína apreendido na região de Cubatão (mais de quatrocentos quilos de cocaína), objeto do Boletim de Ocorrência nº 7724-1/2022 que deu origem à ação penal nº 1501565-97.2022.8.26.0536 em trâmite pelo Juízo da Comarca de Cubatão-SP, e posterior negociação da droga pelo valor de R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais).

Revelam que tal ocorrência não se trata de fato isolado. De fato, há elementos indicativos de também terem negociado por R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais), com Advogado até o momento identificado apenas como “Val”, outra elevada partida de cocaína apreendida e por eles desviada. A contexto, confira-se os Relatórios de Análise de material apreendido objeto do Id 265764213 (p. 23/25 e 44) e do Id 265763950.

Como destacado pelo Ministério Público Federal na promoção objeto do Id 266240684 – p. 10/13:

“(…)

Há evidências da existência de esquema estruturado, em que os referidos policiais desempenham suas funções com vistas a localizar carregamento de drogas não para cumprirem seus deveres, mas com intuito de praticarem também tráfico de drogas, obtendo vultosas quantias ilicitamente. E não somente. Os elementos colhidos demonstraram concretamente a atuação dos policiais aqui envolvidos na alteração/destruição de provas, relacionadas a outros casos, com objetivo de favorecer o crime organizado em troca do recebimento de dinheiro. Essa conclusão é possível extrair dos diálogos obtidos. Por exemplo, PANCHOVILLA pede a JOÃO MANOEL ARMÔA JUNIOR interceda junto aos policiais para livrar de investigação as pessoas identificadas como TH e BISPO (ID 265764213 - fl. 69):

Doutor, papo reto, os cara foram pra arrumar quina, arrumaram dez vezes mais. Deixa os moleque quieto, certo? E ajuda os moleque no processo, no

inquérito. O amigo tem residência fixa, tem a empresa dele, nunca chegou notificação, intimação de nada ou qual que é a parada? Os cara tá querendo extorquir nós, nós vamo começar a entender de outra forma, os cara é ser humano, é de carne e osso igual nós, qual é que é?

JOÃO MANOEL ARMÔA JUNIOR responde a PANCHOVILLA que os policiais (os mesmos da negociação da venda de droga) estão dispostos a ajudar, ainda que o B.O. seja de responsabilidade de outra equipe (ID 265764213 - fls. 69/70):

Não amigo, você não está entendendo. Já existia esse inquérito. É de outra equipe, só que eles falaram que vão ajudar. Mas eu, pra matar isso aí como advogado, preciso ver o que aconteceu, tá com eles lá, ir lá, levar, ser ouvido e matar isso aí. Não existe rasgar papel mais, B.O. eletrônico, a investigação tá lá. Então nós temos que fazer bonitinho o negócio. Tô fazendo de um jeito pro negócio acabar, entendeu?

Trocas de mensagens entre JOÃO MANOEL ARMÔA JUNIOR e ARTUR DE OLIVEIRA DALSIN demonstraram a existência de acerto no sentido de dificultar investigação que atingiam sujeitos identificados como TH e BISPO.

JOÃO MANOEL ARMÔA JUNIOR chegou a organizar um encontro entre os mencionados investigados e o policial ARTUR DE OLIVEIRA DALSIN. Este manifesta preocupação com o local escolhido: "Tá doutor. Vê num lugar aí fechado, mais tranquilo entendeu, não muito aberto pra sei lá... dar oportunidade de alguém, sei lá, fotografar, enfim, entendeu? Por favor". Após conversarem pessoalmente, ARTUR DE OLIVEIRA DALSIN envia a JOÃO MANOEL ARMÔA JUNIOR o número de um boletim de ocorrência: "Bo 51/2022" (cf. mensagens de ID 265764213 - fls. 73/75).

No dia seguinte, ARTUR DE OLIVEIRA DALSIN fala para JOÃO MANOEL ARMÔA JUNIOR a respeito de um notebook, sobre o qual já havia falado com JORGE, colega de trabalho: "Oi Doutor, tudo bem? Referente aquele caso lá do aparelho eletrônico lá que eu esqueci... é notebook, laptop, né? É... você conversa direto com o Jorge, ele já está ciente, aí você marca um horário aqui pra falar com ele, tá bom? Que dia que o senhor quiser vim aqui, aí eu deixo avisado pra ele" (ID 265764213 - fl. 76).

A conversa sobre o notebook não continua, mas tudo leva a crer tratar-se de ato dedicado a atrapalhar investigação. Diálogos revelados pela Operação Diamante entre os investigados JOÃO MANOEL ARMÔA JUNIOR e LUCAS VALENTE (ID 265763942) corroboram a afirmação de que os policiais civis alvos desta representação, associados a outros criminosos, vêm interferindo em investigações, com destruição de provas.

Eles negociam sobre a troca de um aparelho celular apreendido em inquérito policial a fim de eliminar provas. ARTUR DE OLIVEIRA DALSIN também é mencionado durante as conversas, bem como pessoa de nome JORGE, colega de trabalho que provavelmente desempenha função no setor no qual ficam depositados os objetos apreendidos. LUCAS VALENTE para JOÃO MANOEL ARMÔA JUNIOR (ID 265763942 - fls. 21):

(LUCAS) Doutor, sem problemas doutor. A gente tá aqui pra se ajudar, tá bom. Aí vê aí, se der pra amanhã de manhã, aí o senhor vê o melhor horário, tá; eu moro alí no Marapé próximo da, da união; a gente se encontra no meio do caminho se for o caso, minha coroa mora aqui no Campo Grande também, ou se precisar eu também vou, não tem problema, vou no escritório do senhor lá e a gente resolve, tá bom? Boa sorte aí doutor, fica com Deus, abraço. (20/07/2022)

No dia seguinte continua (ID 265763942 - fl. 23):

(LUCAS) Doutor, se não for ruim pro senhor, é a gente não ia até a base hoje não. O Jorge tá de férias, tá tendo umas transições lá na, umas mudanças e a gente só ia na base semana que vem, tá. Se desse pro senhor aí a gente se encontrar ou aí no escritório rapidinho ou fora em algum lugar, qualquer café ou estacionamento, seria melhor pra gente. Só se não tiver possibilidade mesmo, entendeu, porque como eu falei agora pouco, a gente tá em uma fase de transição lá e a gente só vai pisar lá na base lá semana que vem.

Em outro momento, LUCAS VALENTE é mais explícito e fala que vai fazer a troca dos aparelhos, o que ele chama de truque: 'O doutor beleza, daqui a pouco a gente tá na área; eu dou um toque; eu vou subir lá, eu já vou fazer aquele truque, é conversar com os meninos, aí eu já passo a mensagem e te encontro' (ID 265763942 - fl. 51).

Os diálogos, e tudo mais que foi apurado até o momento, dão conta de que os policiais civis aqui investigados possuem contatos com outros integrantes da Polícia Civil com quem eliminam provas produzidas em investigações em troca de recebimento de vantagem ilícita.

E é seguro afirmar, pelo teor dos diálogos, que isso ocorre de forma corriqueira durante o exercício de suas funções. E, portanto, soltos, os policiais alvos desta representação colocam em risco a ordem pública e a instrução criminal.

Quero com isso sustentar que apenas o afastamento de suas funções públicas não será suficiente para preservar a ordem pública e a persecução penal.

Como me esforcei em demonstrar, os policiais alvos possuem pessoas dentro da instituição Polícia Civil de SP que os auxiliam na prática de gravíssimos ilícitos, a exemplo da fraude em investigações. Esses outros policiais ainda não foram identificados por esta investigação. Sem dúvida, ainda que afastados das funções, os policiais alvos terão acesso a essas pessoas, que poderão, a pedido, e considerando a posição de agentes estatais, continuar a prática de delitos que vem ocorrendo.

É fato também que mesmo afastados os investigados permanecerão com status de policiais perante a sociedade e, dado o modus operandi deles descortinado por esta investigação, a coação de testemunhas e destruição de provas é uma possibilidade concreta.

Com essas ponderações, entendo pela necessidade da prisão preventiva dos policiais civis investigados." (Id 266240684 – p. 10/13)

Com relação à investigada THAINARA SANTOS DE PAULA, como registrado na representação em exame e documentos que a acompanham, ela atua como estagiária e/ou secretária de João Manoel Armoa Junior, figura como braço direito desse Advogado, e teve participação relevante no recebimento de valores pagos pela pessoa até o momento identificada apenas como "Pancho Villa aos policiais civis identificados.

Como consignado à fl. 5 do Relatório de Análise de Material Apreendido objeto do Id 265764213:

"(...) Nestes diálogos, os próprios interlocutores citam seus comparsas, sendo a Equipe da Polícia Civil que está dividindo o montante: Artur, Lucas, Marcelo e um 4º elemento ainda não identificado. Identificamos que Thainara *que trabalha com Armoa também ajuda na distribuição do dinheiro proveniente do tráfico, dinheiro este que é negociado entre Armoa e o traficante indicado por Vinicyus pra tratar desse assunto*, de alcunha Gordo, mas que no cadastro do

telefone de Armoa aparece como Pancho Villa (As conversas entre Armoa e Pancho Villa estão sendo analisadas paralelamente, mas alguns diálogos serão apresentados ao longo deste relatório). (...)” (Id 265764213, p. 5 – g.n.)

Do mencionado Relatório de Análise de Material Apreendido (Id 265764213), em específico às fls. 40/43, extrai-se o intenso envolvimento de THAINARA em negociações com os policiais civis investigados para o pagamento de valores para liberação de partida de droga por eles apreendida e recebimento de parcela devida a João Manoel Armoa Junior a título de “honorários”.

Vale registrar que, como se verifica dos registros feitos às fls. 24/25, 44, 85/86 e 90 do Id 265764313, a pessoa identificada apenas como “Pancho Vila”, envolvida na Operação Al Mare, feito nº 0002581-62.2015.403.6104 que teve trâmite por esta unidade jurisdicional, possui relação com o conhecido narcotraficante Major Sergio Roberto de Carvalho.

Das peças referidas, além da relação de THAINARA em graves eventos ilícitos, também é possível identificar a participação de Advogado, até o momento identificado apenas como “Val”, em outro evento criminoso onde houve a participação dos policiais civis representados em negociação para liberação de grande quantidade de cocaína que seria exportada, mediante o pagamento de milhões de reais.

Como bem observado pelo Ministério Público Federal (Id 266240684 – p. 13/14):

“(...)”

Os diálogos revelaram ser ela o braço direito de JOÃO MANOEL ARMÔA JUNIOR, que nela deposita total confiança. Durante intermediação da negociação da venda de droga entre traficantes e policiais, JOÃO MANOEL ARMÔA JUNIOR, ao se ausentar em razão de viagem, apresenta THAINARA SANTOS DE PAULA como seu braço direito para dar continuidade à empreitada criminosa, inclusive receber dinheiro das atividades ilícitas. Ele envia a seguinte mensagem a PANCHOVILLA (ID 265764213 - fl. 40):

O que acontece é o seguinte, amigão, eu to indo viajar hoje pro Marrocos, eu te expliquei, eu tenho meu braço direito no escritório, tu vai me passando aqui, é tudo com ela. É uma menina, de confiança, ela não vai sair daqui pra ir contigo, se quiser ela vai em algum lugar, ela é de confiança. Mas eu vou esperar todos os honorários aqui no meu escritório no centro, tá? Ela tem a chave, 24 horas, pode vir aqui, tranquilo. Eu vou te passar o contato dela. E eu preciso que você me dê uma programação, cara. Tão me cobrando, você me fala uma programação dentro do que eu te falei. Vou até te pedir desculpa, tem muita coisa na minha cabeça, eu não lembro do que tu me falou direito. To nessa pegada de tanta coisa na cabeça.

Nas mensagens enviadas a ARTUR DE OLIVEIRA DALSIN em 09/05/2022, JOÃO MANOEL ARMÔA JUNIOR informa literalmente o nome dela: ‘Pode ir lá c a pessoa que te falei. Thainara e ela’ (ID 265764213 - fl. 43). Em outra passagem, JOÃO MANOEL ARMÔA JUNIOR avisa a ARTUR DE OLIVEIRA DALSIN que mandará THAINARA SANTOS DE PAULA ao seu encontro para entregar-lhe o dinheiro da venda da droga (ID 265764213 - fl. 90):

Boa tarde, amigo! Amanhã vou ter um documento pra te entregar, tá? Só que assim oh! Como eu não estou aí e não é questão de eu não confiar em você, eu confio muito em você, só que a menina que trabalha comigo, ela conhece muito o Mark, né? Que além de meu amigo é meu cliente do escritório, se tiver alguma coisa que pegar lá, ela ter a certeza que está entregando certo,

vai com o Mark lá, por favor, tá? Mas é mais ou menos umas... final de tarde, tá? Ou final de tarde ou no outro dia de manhã sem falta.

Nesse contexto, os elementos informativos produzidos a partir da análise das mensagens trocadas entre ele e os demais participantes do grupo criminoso autorizam a conclusão de que, solta, THAINARA SANTOS DE PAULA siga corrompendo agentes públicos para obstar ou confundir investigações, ou mesmo promovendo o tráfico de droga (...)" (Id 266240684 – p. 13/14)

De todo o esquadrinhado, emerge certo o envolvimento concreto de THAINARA SANTOS DE PAULA, ARTUR OLIVEIRA DALSIN, MARCELO INACIO VASCONCELOS DA SILVA e LUCAS VALENTE, em conjunto com Advogados desta região e outras pessoas ainda não identificadas, em graves ações relacionadas ao tráfico internacional de cocaína e outros diversos ilícitos.

Causa espécie a ousadia das atuações, como negociações e entrega de vultuosos valores em espécie realizados na sede da Polícia Civil de Santos (Id 265764213 – p. 19/21), alterações de provas, como a negociação para a troca de aparelhos de telefonia celular apreendidos por modelos similares (confira-se Relatório de Análise de Material Apreendido objeto do Id 265763942-Lauda NUTEC nº 367/2022).

O envolvimento de THAINARA SANTOS DE PAULA nas atividades ilícitas também é bem revelado nos registros constantes de fls. 150/152 do Id 265764806, cumprindo acentuar que sua atuação se dava em conjunto com o Advogado João Manoel Armoa Junior cujo envolvimento com o Primeiro Comando da Capital-PCC encontra-se bem sinalizado às fls. 86 e 91/92 do Id 265764806 antes citado.

Cumpra consignar que a participação dos policiais civis representados em diversos ilícitos se encontra bem evidenciada, não havendo dúvida quanto ao evento relativo a apreensão de cocaína em Cubatão-SP, objeto do Boletim de Ocorrência BG 7724-1/2022 (Id 265763906, p. 4), que deu origem à ação penal nº 15011565-97.2022.8.26.0536 que tramita pelo Juízo da Comarca de Cubatão-SP.

Como acentuado pela Autoridade Policial que preside as investigações, consta do Boletim de Ocorrência nº 7724-1/2022 que a apreensão de 26 Kg de cocaína foi apresentada pelo condutor MARCELO INACIO VASCONCELOS DA SILVA e testemunha LUCAS VALENTE, que ao serem ouvidos em Juízo ratificaram a versão apresentada quando da lavratura do flagrante (confira-se Id 265763240, p. 3 e 6).

O envolvimento de ARTUR OLIVEIRA DALSIN nas empreitadas criminosas sobressai das comunicações que realizou via whatsapp com João Manoel Armoa Junior (confira-se Id 265764213). Desses registros se extrai que parte de droga não apreendida oficialmente foi mantida em depósito por ele e os demais policiais representados, e revendida em momento posterior aos "proprietários" originais pela quantia de R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais).

Se apresenta impositivo o acolhimento da representação no que tange a decretação da medida extrema propugnada, dada a necessidade de ser estancada a prática de graves ilícitos, é dizer, para cessação das atividades ilícitas, de proporções ainda não definidas na sua totalidade, praticadas pelos policiais civis investigados e pela estagiária/secretaria do Advogado João Manoel Armoa Junior.

É certa a presença dos requisitos para a decretação da prisão preventiva (arts. 312 e 313, inciso I, ambos do Código de Processo Penal), se mostrando

a providência necessária a fim de assegurar a garantia da ordem pública, por conveniência da persecução penal, é dizer, para evitar interferência na produção de provas, e para que seja assegurada a aplicação da lei penal.

Com efeito, a ameaça à ordem pública é patente, seja diante da gravidade concreta das condutas praticadas, do *modus operandi* adotado pelos investigados e do risco real de reiteração delitiva. No que tange à contemporaneidade, anoto que a espécie encontra-se bem amoldada ao precedente do Egrégio Supremo Tribunal Federal assim ementado:

“EMENTA AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. CRIMES DE VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO, SEQUESTRO E CÁRCERE PRIVADO, ROUBO, DANO, MILÍCIA PRIVADA, ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA (OBSTRUÇÃO DE JUSTIÇA) E TORTURA. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. CONTEMPORANEIDADE. MANIFESTA ILEGALIDADE OU TERATOLOGIA NÃO IDENTIFICADAS.

1. Prisão preventiva decretada forte na garantia da ordem pública, presentes as circunstâncias concretas reveladas nos autos. Precedentes.

2. *Se as circunstâncias concretas da prática do ilícito indicam, pelo modus operandi, a periculosidade do agente ou o risco de reiteração delitiva, está justificada a decretação ou a manutenção da prisão cautelar para resguardar a ordem pública, desde que igualmente presentes boas provas da materialidade e da autoria, à luz do art. 312 do CPP. Precedentes.*

3. *A jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a necessidade de interromper a atuação de organização criminosa e a fundada probabilidade de reiteração delitiva constituem fundamentação idônea para a decretação da custódia preventiva. Precedentes.*

4. A contemporaneidade diz com os motivos ensejadores da prisão preventiva e não com o momento da prática supostamente criminosa em si, ou seja, é desimportante que o fato ilícito tenha sido praticado há lapso temporal longínquo, sendo necessária, no entanto, a efetiva demonstração de que, mesmo com o transcurso de tal período, continuam presentes os requisitos (I) do risco à ordem pública ou (II) à ordem econômica, (III) da conveniência da instrução ou, ainda, (IV) da necessidade de assegurar a aplicação da lei penal.

5. Agravo regimental conhecido e não provido.” (HC 211209 AgR, Relatora Ministra ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 21.03.2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-055 DIVULG 22.03.2022 PUBLIC 23.03.2022 – g.n.)

Pelo exposto, e tomando de empréstimo como razões de decidir o parecer do Ministério Público Federal objeto do Id 266240684, presentes os requisitos inscritos nos arts. 312 e 313, inciso I, do Código de Processo Penal, diante de perigo concreto de reiteração de novos graves fatos delituosos e de comprometimento do necessário aprofundamento das investigações, decreto a prisão preventiva de THAINARA SANTOS DE PAULA, ARTUR OLIVEIRA DAL SIN, MARCELO INACIO VASCONCELOS DA SILVA e LUCAS VALENTE.

Proceda-se à expedição de mandados de prisão.

Outrossim, em razão de todo o exposto, com base no art. 319, inciso VI, do Código de Processo Penal, aplico aos investigados ARTUR OLIVEIRA DAL SIN, MARCELO INACIO VASCONCELOS DA SILVA e LUCAS VALENTE medida cautelar de suspensão do exercício de função pública.

Comunique-se ao Ilmo. Secretário de Segurança Pública do Estado de São Paulo, a fim de que seja providenciado o incontinenti afastamento dos

representados das atividades junto à Polícia Civil do Estado de São Paulo, com o recolhimento de armas de fogo e de documentos de identificação oficial.”
(...)”

O pedido de revogação da prisão preventiva formulado pela defesa de *Lucas Valente* foi indeferido pelo juízo impetrado, em 21/11/2022 (Id 267296884), considerando a ausência de qualquer fato novo que afastasse a existência de crime e os indícios suficientes de autoria. Ressaltou o juízo, ainda, a necessidade da manutenção da prisão preventiva ante o risco concreto de que os acusados voltem a praticar condutas como as que estão sendo apuradas ou interfiram na investigação policial em andamento, destruindo provas ou aliciando testemunhas, não sendo suficientes a fixação de medidas cautelares alternativas à prisão no presente caso.

Posteriormente foi oferecida denúncia pelo Ministério Público Federal em desfavor do paciente e outros quatro investigados, sendo que em relação a Artur Oliveira Dalsin e Lucas Valente foram imputadas a prática dos delitos de tráfico transnacional de drogas (art. 33 c/c art. 40 I e II, L. 11.343/06), associação para o mesmo fim (art. 35 c/c art. 40 I e II, L. 11.343/06), corrupção passiva (art. 317, §1º CP), peculato (art. 312 CP) e associação criminosa (art. 288 CP).

Verifica-se que a decisão que decretou a prisão preventiva do paciente está fundamentada exclusivamente nas provas obtidas no *Lauda n. 367 – NUTEC/DPF/STS/SP*, referente a extração de dados dos celulares apreendidos em poder do advogado João Manoel Armoa Júnior, após busca pessoal que resultou na *Apreensão n. 410/2022*, lavrada sob Termo de Apreensão nº 2926673/2022 (2022.0052981-DPF/STS/SP), conforme se observa da representação da autoridade policial e demais documentos que instruíram os autos originários.

Contudo, nos autos do *habeas corpus* nº 5027741-36.2022.403.0000, impetrado em favor do advogado *João Manoel Armoa Júnior* contra ato do Juízo Federal da 2ª Vara de São Paulo/SP, entendi por bem reconhecer a nulidade da referida apreensão nº 410/2022 (Termo de Apreensão nº 2926673/2022), ocorrida no âmbito dos autos do Sequestro nº 5006541-25.2020.403.6181, tendo em vista a ilegalidade perpetrada pelos policiais federais no momento da busca pessoal ao referido advogado, ocasião em que fui acompanhado pelo Des. Fed. Paulo Fontes, em Sessão de Julgamento realizada em 13/03/2023, pela Quinta Turma, nos seguintes termos:

“(...)”

Aduz o impetrante, ainda, a ilegalidade na busca pessoal praticada contra o advogado *João Manoel Armôa Junior*, nas dependências da Polícia Federal, com apreensão de seus dois celulares, sem que houvesse determinação judicial para tanto, considerando que o mandado de busca e apreensão já havia sido cumprido no endereço do escritório do paciente.

Segundo informações prestadas pelo Delegado da Polícia Federal ao juízo impetrado, não houve busca pessoal no ora paciente nas dependências da Delegacia de Polícia Federal ou mesmo após o cumprimento do mandado de

busca e apreensão, sendo que o Termo de Apreensão nº 412/2022 por onde se formalizou a apreensão de 13 itens (1 celular, de item nº 8) possui observação de que os materiais estavam no veículo JEEP COMPASS e foram arrecadados no momento da prisão de VINICYUS SOARES DA COSTA, por volta das 11:00 horas, ou seja, não estavam em poder do ora paciente na Delegacia de Polícia Federal. Esclareceu, ainda, que todo o material arrecadado constante do Termo de Apreensão nº 412/2022 se deu no período matutino do dia 08/08/2022 e sua apreensão formalizada, às 21:29 da mesma data. Em mesmo sentido, a apreensão nº 411/2022 realizada em desfavor de VINICYUS. Por fim, esclareceu que durante a realização das medidas de Busca e Apreensão, diversos materiais foram arrecadados e levados para a Delegacia de Polícia onde, em momento posterior, tiveram a apreensão formalizada (Id 265535900).

Verifica-se dos autos que, em 08/08/2022, às 11h33, foi cumprido o mandado de prisão preventiva de Vinicyus Soares da Costa (Id 265340249, pág. 36/37).

De fato, consta do Termo de Apreensão nº 2927169/2022, consistente na Apreensão nº 412/2022 (Id 265122875, pág. 04/05), que foram apreendidos 13 (treze) itens em decorrência do cumprimento do Mandado de Busca e Apreensão em face de *João Manoel Armoa Júnior*, o qual também estava acompanhado de Vinicyus Soares da Costa, no momento de sua prisão no posto de Passaporte da Polícia Federal no Shopping Miramar, no Gonzaga, em Santos/SP. Os materiais estavam no veículo localizado na Rua Marechal Floriano Peixoto, 69, Gonzaga, Santos/SP, local do estabelecimento Mauá Park Estacionamentos, em que se encontrava guardado o veículo marca JEEP, modelo COMPASS LIMITED F, ano 2016, modelo 2017, cor branca, placas FTD9D68.

Por sua vez, os bens apreendidos na busca domiciliar ao escritório do advogado, ora paciente, foram arrecadados e listados em um documento manuscrito, no dia 08/08/2022, às 13h20, assinado por *João Manoel Armoa Júnior*, pelos policiais, testemunhas e representante da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de São Paulo, sendo que os trabalhos de busca seguiram até às 15h20 (Id 265122874, pág. 01/07). Referida apreensão foi reduzida a termo naquele mesmo dia, pelo Escrivão da Polícia Federal, resultando no Termo de Apreensão nº 2926445/2022 (Apreensão nº 408/2022) – (Id 265122874, pág. 8)

Por fim, consta do documento Id 265122875, pág. 02/03, que foram apreendidos, ainda em 08/08/2022, dois celulares que se encontravam na posse do paciente *João Manoel Armoa Junior*, objeto do Termo de Apreensão nº 2926673/2022 (2022.0052981-DPF/STS/SP), consistente na Apreensão nº 410/2022. Referido termo não menciona o local e horário ou em que circunstâncias foi realizada a referida apreensão, não faz menção a qualquer mandado de busca e apreensão ou determinação judicial.

Contudo, entendo que o Relatório Final da Polícia Federal esclarece a contento que a apreensão dos dois celulares que estavam na posse do paciente, no momento da prisão preventiva de Vinicyus Soares da Costa, no Shopping Miramar, em Santos/SP, ocorreu sem qualquer mandado judicial (Id 265123233, pág. 06/09):

“(…)

Cumprido ressaltar que JOÃO ARMOA acompanhou VINICYUS SOARES DA COSTA no dia 26/07/2022, ao Posto da Polícia Federal no Shopping Miramar

em Santos, para confecção de documento de viagem internacional para VINICYUS SOARES DA COSTA. Ainda, no dia 08/08/2022 o advogado também acompanhava VINICYUS para a retirada do documento no Posto da PF, ocasião em que foi cumprido o Mandado de Prisão Preventiva expedido em desfavor de VINICYUS SOARES DA COSTA, que resultou no início imediato a deflagração da Operação DIAMANTE.

Em poder de JOÃO MANOEL ARMOA JUNIOR foram apreendidos dois aparelhos celulares Termo Apreensão 2926673/2022, encaminhados a perícia – Laudo 367/2022 NUTEC/DPF/STS/SP. A análise do conteúdo extraído desses celulares resultou no Relatório de Análise de Material Apreendido Equipe 05 Laudo

367/2022 NUTEC/DPF/STS/SP, no qual são descritas diversas conversas do advogado que demonstram sua relação com VINICYUS para além da profissão de advogado.

Também foi cumprido Mandado de Busca e Apreensão no escritório do advogado JOÃO MANOEL ARMOA JUNIOR, na presença do representante da OAB. A análise do material apreendido, apresentada no Relatório de Análise Material Apreendido Equipe 05, ao qual remeto a leitura pela riqueza de detalhes, confirmou que JOÃO MANOEL presta serviços para VINICYUS e ANA RAFAELA desde 2018, em diversos processos criminais em que VINICYUS SOARES DA COSTA é réu.

No escritório do advogado foi apreendido uma cópia do RG de ANA RAFAELA, o Boletim de Ocorrência do 5º DP de Santos no qual ANA RAFAELA noticia ter sido vítima de ameaça por parte de “Cristóvão Galdino” e a cópia do laudo do celular entregue por ANA RAFAELA a Polícia. Como já afirmado acima, tudo não passa de uma encenação, que contou com a participação do advogado do casal.

Da mesma forma, documentos referentes a lancha LET’S GROOVE de propriedade de VINICYUS foram apreendidos no escritório do advogado.

Também foram apreendidas anotações sobre dívidas do investigado VINICYUS com terceiros, inclusive referente ao imóvel JUVENTINO MALHEIROS, já identificados nesta investigação como de propriedade de VINICYUS.

Tanto a lancha quanto o imóvel JUVENTINO MALHEIROS estão em nome de KARINA SANTANA CORTEZ RODRIGUES, que outorgou procuração para JOÃO ARMOA. Resta claro, portanto, a participação do advogado na ocultação dos bens do casal.

Outro Boletim de Ocorrência do 5º D.P. de Santos cujo declarante é VINICYUS SOARES DA COSTA, que indicou endereço residencial na cidade de Coronel São João BA.

Dentre os documentos apreendidos, consta *um Relatório Médico com timbre do HOSPITAL GUARUJÁ, datado de 19/08/2019, em nome de ANA RAFAELA SANTOS GENEROZO, declarando diagnóstico de NEOPLASIA MALIGNA DE MAMA COM LESÃO INVASIVA*, o qual teria sido utilizado pelo advogado para pedir revogação da prisão preventiva de VINICYUS em um processo criminal, bem como referido documento também foi utilizado na presente investigação, quando do pedido de liberdade de ANA RAFAELA – ID 42823690.

Não bastasse, também foi localizado Laudo médico do paciente SIGEBERTO SOARES DA COSTA, com indicação de ter sido expedido por HOSPITAL GUARUJÁ, acusando as seguintes doenças: doença pulmonar obstrutiva crônica (CID J44), fibrose difusa pulmonar (CID E84), diabetes mellitus (DM),

hipertensão arterial sistêmica e adenocarcinoma no pulmão, que se apurou ser falso, conforme contato com o próprio Hospital.

SIGEBERTO é pai de VINICYUS e respondeu preso ao processo 0000060-87.2018.8.26.0536, cujo advogado de defesa foi JOÃO MANOEL ARMOA JUNIOR.

Ocorre que ambos os documentos são falsos, conforme informou o Hospital Guarujá. Inclusive, a especialidade da médica que assina o laudo de ANA RAFAELA é oftalmologia, conforme consta no Relatório de Análise Equipe 05. Existia no escritório do advogado uma pasta chamada VINI RG FRAUDLENTO. Nesta pasta constam diversos documentos referentes ao RG falso em nome de VINICIUS STALIN DOS SANTOS.

Não satisfeito em confeccionar um documento de identidade falso, após ser descoberto, VINICYUS SOARES DA COSTA formalizou Boletim de Ocorrência informando a falsidade do RG em nome de VINICIUS STALIN DOS SANTOS, que fora confeccionado a partir de uma certidão de nascimento falsa.

Ocorre que conforme nos informou a Secretaria de Segurança Pública do Paraná, no Prontuário de Identificação Civil de VINICIUS STALIN DOS SANTOS, estão as *impressões digitais de VINICIUS SOARES DA COSTA (Laudo Papiposcópico já anexado aos autos)*, sendo certo que o próprio VINICYUS SOARES DA COSTA quem compareceu a SSP/PR para confeccionar o RG falso.

Portanto, trata-se de mais uma manobra ardilosa promovida pelos investigados, utilizando indevidamente dos órgãos de justiça e segurança pública, dando causa a investigações e processos que sabem ser inverídicos.

Também havia no escritório do advogado uma pasta nominada “VINI APREENSÃO – 1 TONELADA”. No interior da pasta havia documentos referentes ao processo do flagrante ocorrido no dia 09/03/2021, com sete presos, no qual VINICYUS foi identificado como responsável. A identificação da pasta por esse nome, reforça o vínculo de VINICYUS com esse tráfico internacional de entorpecentes, que está sendo investigado em inquérito policial próprio perante a 6ª Vara Federal de Santos.

Por fim, no escritório do advogado JOÃO ARMOA foi apreendida uma procuração outorgada por PATRICK PEREIRA OLIVEIRA MELO para MARCELO FERNANDES AMERICANO DA COSTA, para representá-lo nos autos da presente investigação, uma vez que o veículo MERCEDES apreendido em poder de ANA RAFAELA no dia 02/12/2020, estava em nome de PATRICK. Os documentos apreendidos são os mesmos apresentados nestes autos e indicam a relação do testa de ferro com o advogado ARMOA. Inclusive uma carta endereçada a PATRICK sobre o veículo estava na posse de ARMOA.

Desse modo, resta fartamente comprovado o envolvimento do no auxílio ao casal ANA RAFAELA SANTOS GENEROZO e VINICIUS SOARES DA COSTA para ocultação dos bens ilicitamente adquiridos, extrapolando a relação de advogado/cliente, passando o advogado a integrar o grupo criminoso constituído para a lavagem de capitais.

(...)”

Com efeito, os policiais possuem, dentro de suas atribuições, legitimidade para realizar buscas pessoais sempre que houver fundada suspeita, pois atuam em nome do Estado que possui o poder de polícia.

Apesar da revista pessoal não depender de um mandado judicial, a polícia não pode determinar sua realização por meio de critérios subjetivos. A busca pessoal, sem mandado judicial, só pode ocorrer nas hipóteses em que haja

fundada suspeita de que o agente esteja na posse de arma proibida ou objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou seja, instrumentos usados para a prática do delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar (arts. 240, § 2º e art. 244, ambos do CPP).

No caso, não há relato dos policiais sobre fundada suspeita para legitimar a busca pessoal no paciente fora do local onde foi determinada a busca e apreensão, o que torna inadmissível que a mera descoberta casual de provas posterior à revista justifique a medida. A desobediência a essas regras e condições legais para a busca pessoal, sem mandado judicial, resulta na ilicitude das provas obtidas em decorrência da medida, bem assim das demais provas que dela decorrerem em relação de causalidade.

Ante o exposto, *concedo parcialmente* a ordem de *habeas corpus* para reconhecer a nulidade da busca pessoal praticada contra o paciente, sem mandado judicial, que resultou na Apreensão nº 410/2022 (Termo de Apreensão nº 2926673/2022 - 2022.0052981-DPF/STS/SP).
(...)”

Nesse contexto, reconhecida a ilicitude da prova obtida em busca pessoal que fundamenta o decreto prisional do paciente e considerando que o art. 157 do Código de Processo Penal veda a valoração das provas obtidas por meio ilícito, não restam indícios suficientes para constatar a presença dos elementos objetivos constantes do art. 312, do Código de Processo Penal, sendo de rigor a revogação da segregação cautelar do paciente.

Ante o exposto, rejeito o pedido de adiamento deduzido pela Procuradoria Regional da República, para, no mérito, *conceder a ordem* de *habeas corpus* para revogar a prisão preventiva de *Lucas Valente*, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo da possibilidade de decretação de nova prisão se concretamente demonstrada sua necessidade ou de imposição de medida alternativa, nos termos do art. 319, do Código de Processo Penal. Homologado o pedido de desistência neste feito em relação ao paciente *Artur Oliveira Dalsin*.

É o voto.

VOTO-VISTA

Des. Fed. André Nekatschalow. Inicialmente, cumpre registrar o respeito e a admiração que nutro pelo Eminentíssimo Desembargador Maurício Kato, salientando que o meu pedido de vista se assentou na necessidade de uma análise mais detida dos autos para a formação de minha convicção.

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Artur Oliveira Dalsin, Lucas Valente e Marcelo Inácio Vasconcelos da Silva objetivando a revogação da prisão preventiva dos pacientes, a fim de que respondam o processo em liberdade. Subsidiariamente, requer-se a prisão domiciliar, nos termos do art. 317 do Código de Processo Penal.

Alega-se o seguinte:

a) os pacientes encontram-se custodiados desde 18.11.22, em razão de decisão proferida pela autoridade impetrada nos Autos n. 5006007-50.2022.4.03.6104;

b) há incompetência da autoridade impetrada, pois a prisão dos pacientes decorreu de deferimento de medida cautelar autuada sob o n. 5006444-62.2020.4.03.6181 que tramitam na 2ª Vara Federal Criminal de São Paulo (SP), Juízo preventivo e competente em razão da conexão;

c) a prisão dos pacientes foi decretada após autorização judicial para compartilhamento de provas colhidas na investigação da Polícia Federal concernente aos Autos n. 5006444-62.2020.4.03.6181, Operação Diamante, na qual se apura a apreensão de 26.130g (vinte e seis mil, cento e trinta gramas) de cocaína. Após perícia realizada em aparelhos celulares, foram identificadas conversas que ligariam os pacientes ao Advogado João Manoel Armôa Júnior, que seria o responsável por intermediar a negociação de cerca de 400 kg (quatrocentos quilogramas) de cocaína no valor de R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais);

e) os pacientes têm residência fixa, ocupação lícita, são policiais civis, nunca responderam a processo administrativo e não possuem antecedentes criminais (Id n. 267296730).

Foi requerida a desistência do *writ* em relação a Marcelo Inácio Vasconcelos da Silva (Id n. 268962831), sendo homologada na decisão Id n. 268990650.

Na sessão de 27.03.23, o Eminentíssimo Relator, Des. Fed. Mauricio Kato, rejeitou o pedido de adiamento deduzido pela Procuradoria Regional da República, para, no mérito, conceder a ordem de *habeas corpus* para revogar a prisão preventiva de Lucas Valente, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo da possibilidade de decretação de nova prisão se concretamente demonstrada sua necessidade ou de imposição de medida alternativa, nos termos do art. 319, do Código de Processo Penal, bem como homologou o pedido de desistência neste feito em relação ao paciente Artur Oliveira Dalsin.

Acompanho o Relator na rejeição do pedido de adiamento e na homologação do pedido de desistência em relação a Artur Oliveira Dalsin.

Com a devida vênia, contudo, divirjo do Eminentíssimo Relator quanto à revogação da prisão preventiva de Lucas Valente que se baseou na ilicitude da prova reconhecida no julgamento do *Habeas Corpus* n. 5027741-36.2022.4.03.0000, oportunidade em que manifestei divergência, nos seguintes termos:

No que diz respeito à busca pessoal que resultou na apreensão dos celulares, sustenta o impetrante que se deu após o cumprimento do mandado de busca e apreensão, inexistindo fundada suspeita a autorizá-la.

A jurisprudência é no sentido de que a mera “atitude suspeita” debitada à experiência policial não é suficiente para legitimar a busca pessoal (STJ, RHC n. 158.580, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 19.04.22). No caso vertente, já

havia suspeita de envolvimento do paciente no esquema criminoso, tanto que ensejou, para além disso, a representação da Autoridade Policial para a busca e apreensão no seu escritório.

Sendo assim, é irrelevante se a apreensão de 2 (dois) celulares do paciente, em 08.08.22, teria ocorrido antes ou depois do cumprimento do mandado de busca e apreensão em seu escritório. A circunstância de o paciente acompanhar terceiro – supostamente envolvido no esquema criminoso – em repartição policial não o torna insuscetível de ali mesmo ser alvo das medidas a cargo dos agentes policiais. Não é raro que seja dado cumprimento a mandado de prisão quando o interessado na obtenção de documento se faz presente nas dependências da Polícia Federal que, ao contrário, tem o dever de atuar espontaneamente quando se fazem presentes os requisitos necessários e suficientes para a sua atuação. De fato, a busca pessoal ocorreu exatamente quando o paciente acompanhava Vinicyus, que tinha mandado de prisão contra si e, malgrado as suas atividades, pretendia retirar um passaporte.

Destaque-se, por oportuno, que na ocasião o paciente não estava a atuar como advogado e em nada a diligência policial interferiu com o exercício de sua profissão, de maneira tal que a condição de advogado do paciente não interfere nesse aspecto da diligência policial.

A quebra do sigilo das comunicações havia sido deferida pelo Juízo *a quo* na decisão proferida em 11.07.22, por meio da qual afastou o sigilo das comunicações das “pessoas vinculadas ao item B, 01 a 23, que eventualmente venham a ser apreendidos nas diligências policiais” (Id n. 264809606, p.44, destaquei), inexistindo restrição de acesso apenas aos itens apreendidos quando da busca e apreensão no escritório do paciente.

Reconhecida a licitude da prova que fundamentou a prisão preventiva do paciente, persistem os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal.

Ante o exposto, rejeito o pedido de adiamento deduzido pela Procuradoria Regional da República (acompanho o Relator), para, no mérito, denegar a ordem de *habeas corpus* (divirjo do Relator) e homologo o pedido de desistência neste feito em relação ao paciente Artur Oliveira Dalsin (acompanho o Relator).

É o voto.

CONFLITO DE JURISDIÇÃO **5002205-86.2023.4.03.0000**

Suscitante: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 5ª VARA FEDERAL CRIMINAL

Suscitada: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE TUPÃ/SP - 1ª VARA FEDERAL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 24/05/2023

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. ESTELIONATO. TENTATIVA. FALSIFICAÇÃO DE CHEQUE. LOCAL. ÚLTIMO ATO.

1. Após editar a Súmula n. 48, o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que em se tratando de cheque adulterado, considera-se consumado o crime no local do efetivo prejuízo da vítima, isto é, onde a vítima possui conta bancária. No entanto, caso se trate de tentativa, sem efetivo prejuízo à vítima, a competência será determinada pelo local onde foi praticado o último ato de execução. Esse entendimento é adotado pela 4ª Seção do TRF da 3ª Região (TRF da 3ª Região, CJ n. 5000559-13.2020.4.03.6122, Rel. Des. Fed. Jose Lunardelli, j. 20.04.23)

2. Trata-se de investigação criminal destinada a apurar crime de estelionato mediante a falsificação de cheque. Verifica-se que a fraude não se consumou, uma vez que o cheque não foi compensado pela instituição bancária, conforme consta do relatório de investigação criminal. Logo, a competência para julgar e processar o feito deve ser o local onde ocorreu o último ato de execução, no caso, município de São Paulo (SP), local onde o cheque foi depositado.

3. Conflito de jurisdição improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Seção, por unanimidade, decidiu julgar improcedente o conflito de jurisdição e declarar competente o Juízo suscitante, ou seja, o Juízo da 5ª Vara Federal Criminal de São Paulo (SP) para julgar o feito, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo da 5ª Vara Federal de São Paulo (SP), requerendo o reconhecimento da competência do Juízo da 1ª Vara Federal de Tupã (SP) para o processamento do IPL n. 152/19, autuado como Inquérito Policial n. 5002205-86.2023.4.03.0000 (fls. 49/51, Id n. 269554828).

Consta que foi instaurado inquérito policial para a apuração de eventual crime relacionado à compensação de 1 (um) cheque supostamente fraudado, em 19.09.18, no valor de R\$ 1.527,00 (mil, quinhentas e noventa e sete reais), descontados da Conta Corrente n. 001.0010386-1, localizada em Adamantina (SP), Agência n. 0276 da Caixa Econômica Federal, de titularidade de Josino Marques.

O valor de valor de R\$ 1.527,00 (mil, quinhentas e noventa e sete reais) foi depositado na Conta Corrente n. 9929209-7, na Agência n. 1666 do Banco Itaú em São Paulo (SP) (fls. 31/33, Id n. 269554827).

O feito foi distribuído à 1ª Vara Federal de Tupã (SP), que declinou da competência e determinou a remessa dos autos à Subseção Judiciária de São Paulo (SP), acolhendo a manifestação do Ministério Público Federal de que como não houve a compensação do cheque fraudado, se trata de tentativa do crime de estelionato, tendo como vítima a Caixa Econômica Federal – CEF, tendo sido o último ato de execução a apresentação do cheque para depósito em agência do Banco Itaú, localizada em São Paulo (SP), sendo competente para o processamento do inquérito o local onde a vantagem ilícita foi tentada (CPP, art. 70) (fls. 35/37 e 38, Id n. 269554827).

Redistribuídos, os autos foram encaminhados ao Juízo da 5ª Vara Criminal Federal de São Paulo (SP), que inicialmente declarou a competência para julgar o feito, uma vez que o delito não se consumou e o último ato foi executado em São Paulo (SP) (fl. 42, Id n. 269554827).

O Juízo da 5ª Vara Criminal Federal de São Paulo (SP), acolhendo a manifestação do Ministério Público Federal, suscitou conflito negativo de competência, em razão de o Superior Tribunal de Justiça ter firmado entendimento de que a competência para o processo e julgamento de crime de estelionato praticado com uso de cheque fraudado é do Juízo do local da agência bancária da vítima, devendo ser aplicada a reger do art. 70, § 4º, do Código de Processo Penal (fls. 43/46 e 49/51, Id n. 269554828).

Os autos foram distribuídos neste Tribunal em 03.02.23.

Foi designado o Juízo suscitante para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes (Id n. 269592442).

O Ilustre Procurador Regional da República, Dr. Ageu Florêncio da Cunha, manifestou-se pela procedência do conflito negativo de competência para reconhecer a competência do Juízo suscitado, declarando-se a 1ª Vara Federal de

Tupã (SP) competente para processamento e julgamento do feito (Id n. 269729497).

É o relatório.

VOTO

Estelionato. Tentativa. Falsificação de cheque. Local. Último ato. Após editar a Súmula n. 48, o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que em se tratando de cheque adulterado, considera-se consumado o crime no local do efetivo prejuízo da vítima, isto é, onde a vítima possui conta bancária.

No entanto, caso se trate de tentativa, sem efetivo prejuízo à vítima, a competência será determinada pelo local onde foi praticado o último ato de execução. Esse entendimento é adotado pela 4ª Seção do TRF da 3ª Região:

PENAL. PROCESSO PENAL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. ESTELIONATO. TENTATIVA. COMPETÊNCIA DO LOCAL EM QUE FOI PRATICADO O ÚLTIMO ATO DE EXECUÇÃO. CONFLITO PROCEDENTE

1. Inquérito Policial instaurado para apurar a responsabilidade penal pela prática de tentativa do crime de estelionato, definido no artigo 171,§3º, do Código Penal.

2. Em caso de tentativa, a competência será determinada pelo lugar em que foi praticado o último ato de execução.

3. Considerando que o último ato de execução fora realizado na cidade de São Paulo/SP, este é o foro competente para apurar eventual prática da tentativa do crime de estelionato, definido no artigo 171,§3º, c/c art. 14, II, ambos do Código Penal.

4. Conflito procedente.

(TRF da 3ª Região, CJ n. 5000559-13.2020.4.03.6122, Rel. Des. Fed. Jose Lunardelli, j. 20.04.23)

Do caso dos autos. O Juízo suscitante determinou a remessa dos autos a esta Egrégia Corte, argumentando que a competência é da Subseção Judiciária de Tupã (SP) (fls. 49/51, Id n. 269554828):

DECIDO.

3. Consta do boletim de ocorrência n. 330/2018 que, no dia 20/09/2018, alguém descontou um cheque falsificado, de número 900537, da conta corrente 001.10386-1, agência 0276, da Caixa Econômica Federal - CEF, em Adamantina, SP, de titularidade de Josino Marques, no valor de R\$ 1.527,00 (mil, quinhentos e vinte e sete reais).

4. Houve declínio de competência da Subseção Judiciária de Tupã, SP, para esta Seção Judiciária de São Paulo, SP (ID 22401373), acolhendo-se o parecer ministerial local, no sentido de que o crime foi tentado e o último ato de execução seria onde foi apresentado o cheque, na agência n 619 do Banco Itaú, localizada em São Paulo.

5. As investigações prosseguiram e a Autoridade Policial lavrou o relatório final no ID 244277042, p. 15-16.

6. Como bem observado pelo Ministério Público Federal, o eg. Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que a competência para o processo e julgamento de crime de estelionato praticado com uso de cheque fraudado é do Juízo do local da agência bancária da vítima, conforme ementa que segue transcrita:

“CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ESTELIONATO. CRIME PRATICADO MEDIANTE CHEQUE FRAUDULENTO. HIPÓTESE NÃO PREVISTA NA LEI N. 14.155/2021. CONSUMAÇÃO DO CRIME NO LOCAL ONDE A VÍTIMA POSSUI CONTA BANCÁRIA. CONFLITO CONHECIDO PARA DECLARAR COMPETENTE O JUÍZO SUSCITADO. 1. O delito de estelionato, tipificado no art. 171, *caput*, do Código Penal, consoma-se no lugar onde aconteceu o efetivo prejuízo à vítima. Por essa razão, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no caso específico de estelionato praticado por meio de depósito em dinheiro ou transferência de valores, firmara a compreensão de que a competência seria do Juízo onde se auferiu a vantagem ilícita em prejuízo da vítima, ou seja, o local onde se situava a conta que recebeu os valores depositados. 2. A Lei n. 14.155, de 27 de maio de 2021, que incluiu o § 4.º no art. 70 do Código de Processo Penal, criou hipótese específica de competência no caso de crime de estelionato praticado mediante depósito, transferência de valores ou cheque sem provisão de fundos em poder do sacado ou com o pagamento frustrado. Diante da modificação legislativa, não mais subsiste o entendimento firmado por esta Corte Superior, devendo ser reconhecida a competência do Juízo do domicílio da vítima. 3. Contudo, a hipótese dos autos, como bem ressaltou o parecer ministerial, não foi expressamente prevista na nova legislação, visto que não se trata de cheque emitido sem provisão de fundos ou com pagamento frustrado, mas de tentativa de saque de cártula falsa, em prejuízo de correntista. Assim, aplica-se o entendimento pela competência do Juízo do local do eventual prejuízo, que ocorre com a autorização para o saque do numerário no local da agência bancária da vítima. 4. Conflito conhecido para declarar competente o JUÍZO DE DIREITO DA VARA ÚNICA DE URUPÊS/SP, o Suscitado.” (STJ, 3ª Seção, CC 182977-PR, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 09/03/2022).

7. Importa observar a regra inserida no § 4º do artigo 70 do Código de Processo Penal, abaixo transcrito:

§ 4º Nos crimes previstos no art. 171 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), quando praticados mediante depósito, mediante emissão de cheques sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado ou com o pagamento frustrado ou mediante transferência de valores, a competência será definida pelo local do domicílio da vítima, e, em caso de pluralidade de vítimas, a competência firmar-se-á pela prevenção. (Incluído pela Lei nº 14.155, de 2021).

8. Portanto, ainda que se trate de tentativa, a competência para o processo e julgamento, no caso dos autos, deve ser fixada no local da agência bancária da vítima, devendo-se aplicar imediatamente a regra do § 4º do art. 70 do CPP nos inquéritos policiais que estavam em curso no momento da entrada em vigor da Lei n. 14.155/2021.

9. Ante o exposto, SUSCITO CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA e determino a remessa destes autos ao eg. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, nos termos do artigo 108, inciso I, alínea “e”, da Constituição Federal.

No entanto, não lhe assiste razão.

Consta que foi instaurado inquérito policial para a apuração de eventual crime relacionado à compensação de 1 (um) cheque supostamente fraudado, em 19.09.18, no valor de R\$ 1.527,00 (mil, quinhentas e noventa e sete reais), descontados da Conta Corrente n. 001.0010386-1, localizada em Adamantina (SP), Agência n. 0276 da Caixa Econômica Federal, de titularidade de Josino Marques.

O valor de valor de R\$ 1.527,00 (mil, quinhentas e noventa e sete reais) foi depositado na Conta Corrente n. 9929209-7, na Agência n. 1666 do Banco Itaú em São Paulo (SP) (fls. 31/33, Id n. 269554827).

No entanto, verifica-se que a fraude não se consumou, uma vez que o cheque não foi compensado pela instituição bancária, conforme consta do relatório de investigação criminal (fls. 17/18 e 27/30, Id n. 269554827).

Logo, a competência para julgar e processar o feito deve ser o local onde ocorreu o último ato de execução, no caso, município de São Paulo (SP), local onde o cheque foi depositado.

Ante o exposto, *JULGO IMPROCEDENTE* o conflito de jurisdição e declaro competente o Juízo suscitante, ou seja, o Juízo da 5ª Vara Federal Criminal de São Paulo (SP) para julgar o feito.

É o voto.

“HABEAS CORPUS” CRIMINAL 5005171-22.2023.4.03.0000

Impetrante e paciente: MAURICIO CAVACCHINI DA SILVEIRA
Impetrado: PROCURADOR DA REPÚBLICA EM SOROCABA/SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO
Disponibilização do Acórdão: DJEN 05/05/2023

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. ANPP. CONFISSÃO FORMAL E CIRCUNSTANCIADA DA PRÁTICA DA INFRAÇÃO PENAL. ILEGALIDADE INEXISTENTE. ORDEM DENEGADA.

1. O ANPP é um negócio jurídico extrajudicial, bilateral, de natureza consensual e híbrido, previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal, sendo da essência do ANPP a confissão formal e circunstanciada da prática da infração penal. Por isso, não há ilegalidade manifesta no acordo proposto pelo órgão do Ministério Público Federal, tendo em vista que o impetrante/paciente foi sócio administrador da empresa investigada desde a sua constituição até a sua retirada do quadro societário, ou seja, durante boa parte dos meses em que se deu a sonegação fiscal investigada.
2. O ANPP é uma opção do Ministério Público, que não geral direito subjetivo ao investigado e dada a sua natureza de negócio jurídico bilateral, se o impetrante/paciente não concorda com os termos do ANPP proposto, deve negociar com o Ministério Público (CPP, art. 28-A, § 3º), valendo-se, no caso de eventual recusa, do que dispõe o Código de Processo Penal (art. 28-A, § 14). Não cabe ao Poder Judiciário fazer qualquer arbitramento quanto ao teor e ao alcance do acordo.
3. 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*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO (Relator): Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por Maurício Cavacchini da Silveira, representado por advogado, contra ato do Procurador da República em Sorocaba (SP) Rubens José de Calasans Neto, consistente na proposta de acordo de não persecução penal (ANPP), nos autos do Inquérito Policial nº 5000167-12.2020.4.03.6110, no qual se apurou a prática, em tese, do crime tipificado no art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90.

O impetrante/paciente alega:

Em virtude de sobredito procedimento investigatório houve a apresentação de proposta de Acordo de Não Persecução Penal ao paciente, como se verifica em anexo (doc.2).

O Dr. Procurador da República observa em sua proposta o preenchimento dos requisitos do art. 28-A do CPP para sua formalização.

De se observar os termos do acordo proposto, há a afirmação a título de confissão, de que o paciente agiu em conluio com seu sócio Antônio Carlos Hilsdorf Cury para a prática do crime tipificado no art. 1º, I da Lei 8.137/90.

[...]

É sabido que o Acordo de Não Persecução Penal tem como pressuposto de validade evitar a propositura de denúncia e final condenação contra o paciente.

Não obstante, são dos autos do inquérito policial, que o requerido e sua esposa foram vítimas de um golpe praticado por Antonio Carlos Hilsdorf Curi, que lhes vendeu a pessoa jurídica que praticou os atos tipificados como Sonegação Fiscal.

Quando da venda a pessoa jurídica não possuía qualquer pendência, de qualquer natureza, apenas posteriormente o paciente tomou conhecimento de Auto de Infração Lavrado pela Secretaria da Receita Federal, formalizado em momento posterior à venda, e que deu causa ao Inquérito Policial n. 5000167-12.2020.4.03.6110 (doc.3).

[...]

Ocorre que as partes nunca foram sócias, nunca tiveram *affectio societatis*, e passaram pelo quadro social da pessoa jurídica tão somente em virtude do contrato de compra e venda realizado, entrando o comprador no mesmo ato da saída do vendedor.

Declarar a condição de sócio com identidade de desígnios como pretende o Dr. Procurador da República para fins do Acordo de Não Persecução Criminal significa reconhecer a existência de sociedade que nunca existiu, fato desprovido da realidade.

O paciente hoje entende que o fato de seu nome constar do quadro societário por determinado período, em que pese não ter praticado os atos tipificados como Sonegação Fiscal, lhe imputam responsabilidade criminal.

Argumenta que, juntamente com sua esposa, vem discutindo judicialmente a anulação da compra e venda da empresa, pretendendo afastar-se da responsabilidade civil pelos fatos ocorridos, o que lhe impede de reconhecer a

sobredita sociedade, bem como a identidade de desígnios, ambas mencionadas no ANPP. E conclui:

Se o delito não foi praticado pelo paciente em todo o lapso temporal apurado, não pode o Acordo de Não Persecução Penal exigir-lhe a confissão de período cujos fatos não lhe são imputáveis.

Por isso, pediu a concessão liminar da ordem para que lhe fosse garantido o direito ao ANPP apresentado pela Procuradoria da República, mas sem a declaração/confissão de sociedade e identidade de desígnios nele mencionado, evitando-se possível oferecimento de denúncia até o julgamento deste *habeas corpus*, confirmando-se a ordem ao final.

O pedido de liminar foi indeferido (ID 270766489).

A autoridade impetrada prestou informações (ID 271004012).

A Procuradoria Regional da República opinou pela denegação da ordem (ID 271061685).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO (Relator):

O impetrante/paciente foi investigado no Inquérito Policial nº 5000167-12.2020.4.03.6110 porque, na condição de sócio e administrador da empresa MJP – Editora e Importadora Ltda., teria cometido crime contra a ordem tributária. Consta do Inquérito (ID 270660033, p. 7):

Durante o desenvolvimento do procedimento fiscal, constatou-se que a representada recebeu créditos oriundos de vendas efetuadas com cartões magnéticos das operadoras Cielo S/A e Redecard S/A, durante os anos-calendários de 2010 e 2011, relacionadas na planilha denominada “Demonstrativo dos Créditos relativos às Vendas com Cartão de Crédito”, e não declarou à Receita Federal. Assim sendo, os tributos foram calculados pela sistemática do Simples Nacional e exigidos mediante auto de infração, constante do Processo Administrativo nº 10855.723.607/2014-78.

Os atos praticados pela representada, com participação dos sócios, impediram o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, resultando na sonegação do imposto devido, portanto, tipificado como crime tributário, previstos nos artigos 71, 72 e 73, da Lei nº 4.502/64, ensejando, desta forma, aplicação da multa qualificada de 150% (Centro e cinquenta por cento), nos termos do artigo 44, inciso I, e § 1º, da Lei 9.430/96 com a redação dada pelo artigo 14 da Lei nº 11.488/07.

As condutas acima, tipificadas nos artigos 71 a 73 da Lei 4.502/64, ou seja, condutas definidas como Sonegação, Fraude e Conluio, também estão

tipificadas nos artigos 1º e 2º da Lei 8.137/90 (dos Crimes contra a Ordem Tributária).

O Procurador da República em Sorocaba propôs ANPP ao impetrante/paciente, mediante confissão formal e circunstanciada da prática do crime tipificado no art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90, em unidade de desígnios com o sócio Antonio Carlos Hilsdorf Cury (ID 270659319).

O impetrante/paciente, embora aceite o ANPP, insurge-se contra o teor da confissão exigida, pretendo o seu afastamento, sob o argumento de que nunca foi sócio de Antonio Carlos Hilsdorf Cury nem agiu em unidade de desígnios em relação à sonegação tributária.

Sem razão, contudo.

O ANPP é um negócio jurídico extrajudicial, bilateral, de natureza consensual e híbrido, previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal, cujo *caput* dispõe (destaque meu):

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e *tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal* sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

É da essência do ANPP a confissão formal e circunstanciada da prática da infração penal. Por isso, não há ilegalidade manifesta no acordo proposto pelo órgão do Ministério Público Federal, tendo em vista que o impetrante/paciente foi sócio administrador da mencionada empresa desde a sua constituição, em setembro de 2008, até a sua retirada do quadro societário, em abril de 2011 (ID 270660036), ou seja, durante boa parte dos meses em que se deu a sonegação fiscal investigada, ou seja, entre os anos de 2010 e 2011 (ID 270660036, pp. 9/32).

Ademais, embora o impetrante/paciente tenha se retirado do quadro societário em 2011, sua esposa, Ana Flávia Boni dos Santos da Silveira, ingressou na sociedade em 2013, o que gera certa estranheza na tese arguida neste *habeas corpus*, isto é, de que o impetrante e Ana Flávia teriam sido vítimas de um golpe na venda da empresa por Antonio Carlos Hilsdorf Cury.

Contudo, importa destacar que o ANPP é uma opção do Ministério Público, que não gera direito subjetivo ao investigado. Desde que motivado, o *Parquet* pode recusar a oferta de ANPP. Nesse sentido:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. CRIMES PREVISTOS NOS ARTS. 241-A E 241-B DA LEI 8.069/1990. CONDENAÇÃO. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. INVIABILIDADE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA

CONSUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUTONOMIA DAS CONDUTAS DELITIVAS. REEXAME DO CONJUNTO PROBATÓRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.

1. *As condições descritas em lei são requisitos necessários para o oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), importante instrumento de política criminal dentro da nova realidade do sistema acusatório brasileiro. Entretanto, não obriga o Ministério Público, nem tampouco garante ao acusado verdadeiro direito subjetivo em realizá-lo. Simplesmente, permite ao Parquet a opção, devidamente fundamentada, entre denunciar ou realizar o acordo, a partir da estratégia de política criminal adotada pela Instituição.*

2. *O art. 28-A do Código de Processo Penal, alterado pela Lei 13.964/2019, foi muito claro nesse aspecto, estabelecendo que o Ministério Público "poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições".*

3. A finalidade do ANPP é evitar que se inicie o processo, não havendo lógica em se discutir a composição depois da condenação, como pretende a defesa (cf. HC 199950, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe de 18/6/2021; HC 191124 AgR, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, DJe de 13/4/2021; HC 191.464-AgR/SC, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, DJe de 26/11/2020; ARE 1294303 AgR-segundo-ED, Relator(a): ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 26/4/2021; RHC 200311 AgR, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 4/8/2021).

4. Para afastar a conclusão implementada pela instância antecedente, no que tange ao reconhecimento de "crime único" pretendido pela defesa, seria necessário proceder a investigações de natureza fática, providência incompatível com a via do *Habeas Corpus*. Precedentes.

5. Agravo Regimental a que nega provimento.

(STF, HC 223.810 AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 22.02.2023, PUBLIC 01.03.2023; destaquei)

Dada a sua natureza de negócio jurídico bilateral, se o impetrante/paciente não concorda com os termos do ANPP proposto, deve negociar com o Ministério Público (CPP, art. 28-A, § 3º), valendo-se, no caso de eventual recusa, do que dispõe o Código de Processo Penal (art. 28-A, § 14).

Não cabe ao Poder Judiciário fazer qualquer arbitramento quanto ao teor e ao alcance do acordo, sendo, portanto, o caso de denegar a ordem.

A propósito, destaco o seguinte trecho do parecer subscrito pelo Procurador Regional da República Rafael Siqueira de Pretto (ID 271061685):

De qualquer forma, impende reforçar que o acordo de não persecução penal não constitui direito subjetivo do investigado e pode ser proposto pelo Ministério Público conforme as peculiaridades do caso concreto e quando considerado necessário e suficiente para a reprovação e a prevenção da infração penal (item 1.2 da Orientação Conjunta nº 03/2018 das 2ª, 4ª e 5ª Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, revisada e ampliada a partir da edição da Lei nº 13.964/2019).

[...]

Arrematando, como bem pontuado na decisão que indeferiu o pedido de liminar, “se o impetrante/paciente não concorda com os termos do ANPP proposto, deve negociar com o Ministério Público (CPP, art. 28-A, § 3º), valendo-se, no caso de eventual recusa, do que dispõe o Código de Processo Penal (art. 28-A, § 14). Não cabe ao Poder Judiciário fazer qualquer arbitramento quanto ao teor e ao alcance do acordo” (ID270766489, p. 4). Não há, então, substrato fático, probatório ou jurídico que denote ilegalidade ou abuso de poder que avance sobre a liberdade de locomoção do paciente. Por tudo isso, a ordem deve ser denegada.

Posto isso, *DENEGO A ORDEM de habeas corpus*.

É o voto.

Direito Tributário



APELAÇÃO CÍVEL **0025014-09.2014.4.03.6100**

Apelantes: MSC CRUISES S.A., MSC CRUZEIROS DO BRASIL LTDA.,
UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Apeladas: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, MSC CRUISES S.A.,
MSC CRUZEIROS DO BRASIL LTDA

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 19/04/2023

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO E ADUANEIRO. PIS/COFINS. CRUZEIRO MARÍTIMO COM ORIGEM E DESTINO EM PORTO ESTRANGEIRO. REGIME ADUANEIRO E TRIBUTAÇÃO INCIDENTE SOBRE BENS E SERVIÇOS EM TERRITÓRIO NACIONAL. SUCUMBÊNCIA.

1. As autoras, responsáveis pelo navio MSC Magnífica, em passagem pelo Brasil, com origem e destino vinculados à Argentina, impugnou a exigibilidade fiscal de tributos, cobrados por autoridades fiscais em Ilhabela, em relação às mercadorias vendidas a bordo. A alegação foi a de que a tributação não tem base legal, pois fundada apenas em atos normativos fiscais (IN SRF 137/1998 e a Norma de Execução COANA 06/2013); o armador não reside no país; o regime aduaneiro aplicável é o de trânsito aduaneiro com suspensão de pagamento de tributos procedentes e destinados ao exterior; não existe desembaraço aduaneiro para efeito de incidência tributária; não existe faturamento, fonte de pagamento ou produção no território nacional, mas comercialização vinculada ao país estrangeiro de origem ou destino, sem qualquer incorporação definitiva ou temporária à economia interna.

2. Sucede, porém, que resta consolidada a orientação jurisprudencial da Corte no sentido de que cruzeiros marítimos sujeitam-se à incidência fiscal quanto a bens comercializados nas respectivas dependências e durante permanência em águas nacionais, independentemente de origem ou destino baseado em portos estrangeiros (cruzeiros internacionais).

3. Neste sentido, apesar de o cruzeiro apenas estar de passagem pelo território nacional, os bens e produtos a bordo do navio são considerados de origem estrangeira, sujeitando-se a regime aduaneiro próprio. Embora a autora entenda que se trataria de trânsito aduaneiro com suspensão do pagamento de tributos, não existe mero transporte de mercadorias de um a outro ponto do território aduaneiro sob

respectivo controle, verificando-se, ao contrário, que produtos, bens e serviços a bordo são objeto de comercialização e consumo, ensejando tributação na forma da legislação nacional.

4. O regime aduaneiro aplicável a navio em cruzeiro pelo país é o de admissão temporária, ficando suspensa a tributação de bens que devam permanecer no país por tempo limitado em situações descritas na legislação, como exposição em feiras, congressos e eventos similares. Tal regime aduaneiro não se aplica, porém, para eximir de tributação a venda de bens ou a prestação de serviços, consumidos enquanto o navio estiver em águas ou em portos nacionais, já que não existe perspectiva de saída de tais produtos, por terem sido usufruídos plenamente em sua utilidade internamente, gerando faturamento, receita, renda ou lucro ao contribuinte. Impugnou-se tal normativa, ao fundamento de que não tem base em lei formal para autorizar reconhecimento de fato gerador para incidência tributária, o que, contudo, não procede.

5. Primeiramente, a impugnação versou sobre tributos em operações internas como IRPJ/CSL e PIS/COFINS. Para a entrada de navios e bens a bordo, adota-se procedimento simplificado de despacho concessório da autoridade aduaneira no termo de entrada da embarcação na visita aduaneira. O fato gerador não é a entrada do produto importado em território nacional, mas a percepção de receita, faturamento, renda ou lucro na atividade econômica desenvolvida, sendo contribuinte aquele que pratica o fato gerador, seja ou não residente no país, desde que a materialidade ocorra nos termos da legislação nacional, como ocorre no exemplo de vendas no país, por agentes ou representantes de pessoas estabelecidas no exterior (artigo 469, RIR/2018). Neste sentido, navios de cruzeiro internacional prestam serviços e vendem mercadorias a embarcados durante passagem ou permanência em território aduaneiro, de modo a auferir receita, faturamento, renda ou lucro, amoldando-se à hipótese de incidência do IRPJ/CSL e PIS/COFINS.

6. Não importa, para tanto, se o bem foi produzido no exterior ou se o faturamento se destina a residente no exterior, desde que, regular a entrada do navio, bens e serviços, seja praticado fato gerador em território e conforme a lei nacional, sendo esta a situação dos autos.

7. Como visto, é impertinente formulação de genérica alegação de ofensa ao princípio da legalidade, pois a IN SRF 137/1998 e a Norma de Execução COANA 06/2013 são normas que apenas regulamentam e operacionalizam atos e procedimentos de cobrança, à luz da fonte legal própria de cada incidência impugnada, não criando, em si e por si, a tributação e, tampouco, se prestando à inovação quanto aos marcos legais definidos, tanto que nada de concreto se alegou neste sentido a partir das leis que tratam do PIS/COFINS e do IRPJ/CSL.

8. De outro lado, no que se refere aos impostos e contribuições próprias da importação de produtos e serviços advindos do exterior, caso do II e IPI (artigos 19 e 46 do CTN) e do PIS/COFINS-importação (artigo 3º da Lei 10.865/2004), a internalização para uso, consumo ou industrialização é fato gerador das referidas exações. Ademais, excluem o regime de admissão temporária, nos termos do artigo 367 do Decreto 6.759/2009.

9. Em relação à verba honorária, o critério legal a prevalecer é o do valor da condenação ou proveito econômico. Somente quando não houver condenação ou não for possível mensurar proveito econômico, é que a verba honorária deve considerar o valor da causa (artigo 85, § 4º, III, CPC). Ao ser discutida a exigibilidade fiscal de PIS/COFINS e IRPJ/CSL em temporada específica de cruzeiro internacional de navio identificado, o proveito econômico pode ser mensurado, ainda que em fase de liquidação, razão pela qual deve prevalecer tal critério sobre o valor da causa em si. Os percentuais aplicáveis podem ser desde logo fixados, a partir do mínimo previsto em cada faixa dentre as previstas nos incisos do § 3º do artigo 85, CPC, considerando os fatores de grau de zelo profissional, lugar da prestação do serviço, natureza e importância da causa, trabalho realizado e tempo exigido, nos termos do § 2º do artigo 85, CPC.

10. Fixada verba honorária pelo trabalho adicional em grau recursal, em observância ao comando e critérios do artigo 85, §§ 2º a 6º e 11, do Código de Processo Civil.

11. Apelação fazendária provida e apelação dos contribuintes desprovida.

ACÓRDÃO

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

RELATÓRIO

Trata-se de dupla apelação à sentença que declarou inexigibilidade de IPI, PIS/COFINS-Importação, e IRPJ/CSL em operações realizadas por cruzeiro marítimo internacional (MSC Magnífica) na temporada 2014/2015, fixada verba honorária de 10% do valor atualizado da casa.

Alegou a União que: (1) são legais as exigências da Norma de Execução COANA 06/2013 e IN 137/1998, pois não criam novas obrigações tributárias,

apenas regulamentam legislação pertinente; (2) o regime de admissão temporária com suspensão dos tributos, hipótese excepcional, é previsto apenas para bens e mercadorias que transitem no território por curto espaço de tempo e com finalidade específica, retornando em seguida à origem; (3) conforme dispõe a IN 137/1998, as mercadorias comercializadas a bordo da embarcação são despachadas para consumo ou mera aquisição em bares e lojas, não se sujeitando à admissão temporária, incidindo tributação (IRPJ/CSL, II, IPI e PIS/COFINS e IRRF); e (4) *"enquanto a embarcação estrangeira estiver realizando navegação em águas brasileiras entre dois portos nacionais, considera-se que realiza operação de cabotagem, conforme explicita o artigo 2º. da Lei 9.432/97 e o art. 39, parágrafo único II do Decreto 7.381/10"*.

Alegaram os contribuintes que: (1) houve omissão da sentença, não sanada em embargos de declaração, quanto à alegação de inexistência da relação jurídica para incidência de PIS/COFINS sobre o faturamento das autoras; (2) conforme artigo 1.013, §3º, III, CPC, apurada omissão cabe ao Tribunal julgar a matéria; (3) realizou depósito judicial de valores a título de PIS/COFINS, espécies tributárias que se diferem do PIS/COFINS-importação; e (4) cabível majoração de verba honorária pela sentença, conforme parâmetros dos §§2º e 3º do artigo 85 do CPC.

Houve contrarrazões.

É o relatório.

VOTO

Senhores Desembargadores, eventual omissão da sentença pode ser integrada no julgamento do próprio mérito, razão pela qual se procede à apreciação respectiva em tal sede.

No mérito, as autoras, responsáveis pelo navio MSC Magnífica, em passagem pelo Brasil, com origem e destino vinculados à Argentina, impugnou a exigibilidade fiscal de tributos, cobrados por autoridades fiscais brasileiras, em relação às mercadorias vendidas a bordo.

A alegação foi a de que a tributação não tem base legal, pois fundada apenas em atos normativos fiscais (IN SRF 137/1998 e a Norma de Execução COANA 06/2013); o armador não reside no país; o regime aduaneiro aplicável é o de trânsito aduaneiro com suspensão de pagamento de tributos procedentes e destinados ao exterior; não existe desembaraço aduaneiro para efeito de incidência tributária; não existe faturamento, fonte de pagamento ou produção no território nacional, mas comercialização vinculada ao país estrangeiro de origem ou destino, sem qualquer incorporação definitiva ou temporária à economia interna.

Sucedee, porém, que resta consolidada a orientação jurisprudencial da Corte no sentido de que cruzeiros marítimos sujeitam-se à incidência fiscal quanto a

bens comercializados nas respectivas dependências e durante permanência em águas nacionais, independentemente de origem ou destino baseado em portos estrangeiros (cruzeiros internacionais).

Neste sentido, apesar de o cruzeiro apenas estar de passagem pelo território nacional, os bens e produtos a bordo do navio são considerados de origem estrangeira, sujeitando-se a regime aduaneiro próprio. Embora a autora entenda que se trataria de trânsito aduaneiro com suspensão do pagamento de tributos, não existe mero transporte de mercadorias de um a outro ponto do território aduaneiro sob respectivo controle, verificando-se, ao contrário, que produtos, bens e serviços a bordo são objeto de comercialização e consumo, ensejando tributação na forma da legislação nacional.

Discutiu-se, no caso, a aplicabilidade da IN SRF 137/1998, cujo artigo 1º assim dispõe:

“Art. 1º A entrada de navio estrangeiro no território nacional e a sua movimentação pela costa brasileira, em viagem de cruzeiro que incluir escala em portos nacionais, bem assim as atividades de prestação de serviços e comerciais, inclusive relativas a mercadorias de origem estrangeira, destinadas ao abastecimento da embarcação e à venda a passageiros, serão submetidos ao tratamento tributário e ao controle aduaneiro estabelecidos nesta Instrução Normativa”.

Previu-se na instrução normativa a aplicação do seguinte regime aduaneiro:

“Art. 4º Ao navio em viagem de cruzeiro será aplicado o regime de admissão temporária, mediante procedimento simplificado, que consistirá no despacho concessório da autoridade aduaneira, exarado no termo de entrada da embarcação, por ocasião do encerramento da visita aduaneira”.

Neste regime fica suspensa a tributação de bens que devam permanecer no país por tempo limitado em situações descritas na legislação, como exposição em feiras, congressos e eventos similares. Tal regime aduaneiro não se aplica, porém, para eximir de tributação a venda de bens ou a prestação de serviços, consumidos enquanto o navio estiver em águas ou em portos nacionais, já que não existe perspectiva de saída de tais produtos, por terem sido usufruídos plenamente em sua utilidade internamente, gerando faturamento, receita, renda ou lucro ao contribuinte.

Impugnou-se tal normativa sob o fundamento de que não tem base em lei formal para autorizar reconhecimento de fato gerador para incidência tributária, o que, contudo, não procede.

Primeiramente, a impugnação versou sobre tributos em operações internas como IRPJ/CSL e PIS/COFINS. Para a entrada de navios e bens a bordo, adota-se procedimento simplificado de despacho concessório da autoridade aduaneira no termo de entrada da embarcação na visita aduaneira. O fato gerador não é a

entrada do produto importado em território nacional, mas a percepção de receita, faturamento, renda ou lucro na atividade econômica desenvolvida, sendo contribuinte aquele que pratica o fato gerador, seja ou não residente no país, desde que a materialidade ocorra nos termos da legislação nacional, como ocorre no exemplo de vendas no país, por agentes ou representantes de pessoas estabelecidas no exterior (artigo 469, RIR/2018).

Neste sentido, navios de cruzeiro internacional prestam serviços e vendem mercadorias a embarcados durante passagem ou permanência em território aduaneiro, de modo a auferir receita, faturamento, renda ou lucro, amoldando-se à hipótese de incidência do IRPJ/CSL e PIS/COFINS.

Não importa, para tanto, se o bem foi produzido no exterior ou se o faturamento se destina a residente no exterior, desde que, regular a entrada do navio, bens e serviços, seja praticado fato gerador em território e conforme a lei nacional, sendo esta a situação dos autos.

Como visto, revela-se impertinente a formulação de genérica alegação de ofensa ao princípio da legalidade, pois a IN SRF 137/1998 e a Norma de Execução COANA 06/2013 são normas que apenas regulamentam e operacionalizam atos e procedimentos de cobrança, à luz da fonte legal própria de cada incidência impugnada, não criando, em si e por si, a tributação e, tampouco, se prestando à inovação quanto aos marcos legais definidos, tanto que nada de concreto se alegou neste sentido a partir das leis que tratam do PIS/COFINS e do IRPJ/CSL.

De outro lado, no que se refere aos impostos e contribuições próprias da importação de produtos e serviços advindos do exterior, caso do II e IPI (artigos 19 e 46 do CTN) e do PIS/COFINS-importação (artigo 3º da Lei 10.865/2004), a internalização para uso, consumo ou industrialização é fato gerador das referidas exações. Ademais, excluem o regime de admissão temporária, nos termos do artigo 367 do Decreto 6.759/2009.

Deste modo, incidem II, IPI e PIS/COFINS-importação sobre serviços prestados e bens comercializados a bordo de embarcação durante sua permanência em águas brasileiras.

Neste sentido, de resto, já decidiu esta Turma:

ApCiv 5000206-02.2018.4.03.6135, Rel. Des. Fed. NERY JUNIOR, e - DJF3 13/11/2020:

“TRIBUTÁRIO E ADUANEIRO. CRUZEIRO MARÍTIMO INTERNACIONAL. INCIDÊNCIA DE TRIBUTOS SOBRE VENDAS REALIZADAS EM ÁGUAS NACIONAIS. LEGALIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

1. Cinge-se a controvérsia em saber acerca da legalidade da exigência de recolhimento de tributos sobre a venda de produtos e serviços realizados a bordo de navio (MSC Poesia), em cruzeiro marítimo internacional, durante sua permanência em águas brasileiras, haja vista que o embarque e desembarque de passageiros ocorreu no exterior.

2. *Ao contrário do sustentado pela parte apelante, a cobrança de imposto de importação, IPI, PIS-PASEP-Importação, e COFINS-importação sobre serviços prestados e bens comercializados a bordo de embarcação durante sua permanência em águas brasileiras tem como fundamento os seguintes dispositivos legais: arts. 19 e 46 do CTN, art. 195, IV da CF, art. 3º, I, da Lei n. 10.865/2004.*

3. A Instrução Normativa SRF Nº 137/1998 e Norma de Execução COANA nº 06/2013 não estabelecem novos fatos geradores de tributo, tampouco inovaram no ordenamento jurídico, mormente porque se limitaram a regulamentar e operacionalizar a forma de apuração e controle dos tributos em questão.

4. Recurso de apelação desprovido”. (g.n)

Também nesta linha outros julgados da Corte:

ApCiv 0024717-31.2016.4.03.6100, Rel. Des. Fed. ANDRE NABARRETE, Intimação via sistema em 26/07/2021:

“TRIBUTÁRIO. ADUANEIRO. APELAÇÃO. CRUZEIRO MARÍTIMO INTERNACIONAL. TRIBUTAÇÃO SOBRE OPERAÇÕES REALIZADAS EM TERRITÓRIO BRASILEIRO. IN SRF N.º 137/98. LEGALIDADE. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO.

- As questões referentes à responsabilidade tributária do representante legal do armador estrangeiro no Brasil (artigos 5º, inciso II, 146, inciso III, alíneas “a” e “b”, da CF, 121 e 128 do Código Tributário Nacional), bem como à aplicação dos artigos XVI do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio – GATT (Decreto n.º 1.355/94), 76 da Lei nº 3.470/1958 e 468, 469 e 612 do RIR/2018 (Decreto n.º 9.580/2018), suscitadas nas razões de apelação, não foram mencionadas na petição inicial e, em obediência ao princípio da congruência consubstanciado no artigo 492 do Código de Processo Civil, não foram enfrentadas na sentença. Destarte, constituem inovação recursal e, portanto, não podem ser conhecidas nesta sede.

- O Decreto n.º 7.381/2010, ao regulamentar a Lei n.º 11.771/2008, que trata da política nacional de turismo, definiu em seu artigo 39, o conceito de cruzeiro marítimo ou fluvial. Por sua vez, coube a Instrução Normativa SRF n.º 138/1998 dispor sobre o tratamento tributário e o controle aduaneiro aplicáveis à operação de navio estrangeiro em viagem de cruzeiro pela costa brasileira. - Diferentemente do alegado, não há a aplicação do regime de trânsito aduaneiro, dada a expressa disposição normativa da utilização do regime de admissão temporária (354 do Decreto n.º 6.759/2009, 2º e 5º da IN RFB n.º 1.600/2015), bem como em razão da possibilidade de comercialização de bens durante o trânsito da embarcação em território nacional.

- Um cruzeiro internacional que navega por águas territoriais brasileiras sujeita-se ao ordenamento jurídico pátrio, conforme disposto no artigo 102 do Código Tributário Nacional. Como sabido, além do transporte de passageiros, as viagens de cruzeiro oferecem aos turistas a prestação de serviços diversos e a venda de produtos em bares e lojas existentes no interior do navio. Assim, tais operações realizadas em território nacional são passíveis de tributação, consoante previsão legal.

- A entrada de bem estrangeiro no território nacional, isto é, a sua incorporação à economia interna para industrialização, comércio, uso ou consumo, extingue o regime aduaneiro de admissão temporária, nos termos do artigo 367 do Decreto n.º 6.759/2009, e materializa a hipótese de incidência dos tributos incidentes na importação (impostos de importação e sobre produtos industrializados, previstos nos artigos 19 e 46 do Código Tributário Nacional, além das contribuições destinadas ao PIS/COFINS-importação, na forma do artigo 3º da Lei nº 10.865/2004), o que impõe o dever de pagamento.
- Auferida renda com as operações realizadas em território nacional, incide o imposto de renda, nos termos do artigo 46 do Código Tributário Nacional, além da contribuição sobre o lucro, prevista no artigo 1º da Lei n.º 7.689/88 e 57 da Lei n.º 8.991/95.
- A IN SRF n.º 137/1998 e a Norma de Execução COANA n.º 06/2013 não violam o princípio da legalidade tributária (artigo 5º, inciso II, da CF), porquanto cumprem sua função regulatória das obrigações aduaneiras/tributárias impostas pela legislação federal.
- Verba honorária majorada em mais 1% sobre o valor da causa atualizado, nos termos do artigo 85, §11, do CPC.
- Apelação parcialmente conhecida e desprovida”.

Em relação à verba honorária, o critério legal a prevalecer é o do valor da condenação ou proveito econômico. Somente quando não houver condenação ou não for possível mensurar proveito econômico, é que a verba honorária deve considerar o valor da causa (artigo 85, § 4º, III, CPC). Ao ser discutida exigibilidade fiscal de II, IPI, PIS/COFINS-importação, PIS/COFINS e IRPJ/CSL em temporada específica de cruzeiro internacional de navio identificado, o proveito econômico pode ser mensurado, ainda que em fase de liquidação, razão pela qual deve prevalecer tal critério sobre o valor da causa em si. Os percentuais aplicáveis podem ser desde logo fixados, a partir do mínimo previsto em cada faixa dentre as previstas nos incisos do § 3º do artigo 85, CPC, considerando os fatores de grau de zelo profissional, lugar da prestação do serviço, natureza e importância da causa, trabalho realizado e tempo exigido, nos termos do § 2º do artigo 85, CPC.

Em razão da sucumbência recursal da autora, esta deve arcar com verba honorária adicional, que se arbitra, nos termos do artigo 85, § 11, CPC, no equivalente a 10% do percentual mínimo aplicável conforme cada faixa de valor (por exemplo, na primeira faixa até duzentos salários-mínimos: adicional recursal de 1% e, assim, sucessivamente), conforme for apurado em fase de liquidação, incidindo sobre o proveito econômico auferido em tal oportunidade.

Ante o exposto, dou provimento à apelação fazendária e nego provimento à apelação dos contribuintes, nos termos supracitados.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL **5000521-91.2016.4.03.6105**

Apelante: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Apelada: TREVITRANS TRANSPORTES LTDA.
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO RENATO BECHO
Disponibilização do Acórdão: DJEN 11/05/2023

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. TERMO DE RESPONSABILIDADE. TRANSPORTE DE CARGA EM REGIME DE TRÂNSITO ADUANEIRO. ROUBO. FORÇA MAIOR. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. CAUSALIDADE. ÔNUS PROBATÓRIO. JURISPRUDÊNCIA CONVERGENTE. SUCUMBÊNCIA RECURSAL. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. A controvérsia não envolve aspecto da materialidade do roubo, que reconhecidamente ocorreu, mas apenas se o evento é capaz de afastar, ou não, a responsabilidade do transportador, quanto à carga em regime de trânsito aduaneiro, considerando os tributos incidentes sobre a importação de mercadorias, objeto do termo de responsabilidade.

2. A responsabilidade tributária, aplicável no regime de trânsito aduaneiro, é regida por normas próprias, tendo por base o Decreto-lei 37/1966, cujo artigo 32 prescreve que *"É responsável pelo imposto: I - o transportador, quando transportar mercadoria procedente do exterior ou sob controle aduaneiro, inclusive em percurso interno"*. Por sua vez, o artigo 60, no inciso II, define que extravio é *"toda e qualquer falta de mercadoria, ressalvados os casos de erro inequívoco ou comprovado de expedição"*; dispondo o § 1º que *"Os créditos relativos aos tributos e direitos correspondentes às mercadorias extraviasadas na importação serão exigidos do responsável mediante lançamento de ofício"*; e o § 2º e inciso I, que o responsável, em caso de extravio, é *"o transportador, quando constatado o extravio até a conclusão da descarga da mercadoria no local ou recinto alfandegado, observado o disposto no art. 41"*; ficando, por fim, nos termos do § 3º, *"dispensado o lançamento de ofício de que trata o § 1º na hipótese de o importador ou de o responsável assumir espontaneamente o pagamento dos tributos"*.

3. O termo de responsabilidade assumido pelo transportador não o exonerou de responder pela tributação em caso de sinistro ou, especificamente, de roubo da carga durante o trânsito aduaneiro. Em regra, no direito tributário, não se avalia subjetividade da conduta, pois a responsabilidade é objetiva. Em prol da reforma da sentença,

alegou a Fazenda Nacional que “no transporte de mercadorias, a obrigação do transportador não pode ser afastada pela simples alegação de roubo, que constituiria caso fortuito ou de força maior, já que sua obrigação é a de levar os objetos ao destino de forma íntegra. Nessa toada, a responsabilidade do transportador é objetiva, resultando simplesmente da ocorrência do fato gerador, independentemente de sua culpa pela falta apurada”.

4. Sucede, porém, que, embora objetiva a responsabilidade tributária do transportador, sobeja aspecto essencial a ser avaliado para solução da causa, no quadro normativo aplicável, referente à causalidade para efeito da responsabilidade objetiva do transportador pelos tributos em caso de extravio, por roubo, da carga transportada em regime de trânsito aduaneiro.

5. Sob tal enfoque, resta superado o entendimento de que o roubo de carga impõe responsabilidade tributária do transportador de forma objetiva, sem análise das circunstâncias do caso concreto, em favor da interpretação de que se trata de evento que, embora previsível, não é evitável, devendo ser comprovado, não fato negativo pelo transportador, mas fato positivo pela Fazenda Nacional no sentido da apuração de conduta participativa ou colaborativa daquele direcionada à concretização do extravio da carga (vg.: EREsp. 1.172.027, AREsp 1.284.725 e Resp 1.705.562).

6. Fixada verba honorária recursal, nos moldes do artigo 85, §§ 2º, 3º e 11, CPC, a ser acrescida à condenação arbitrada na origem.

7. 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.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação à sentença que julgou procedentes os pedidos para “reconhecer a inexigibilidade dos tributos e multas impostas no PA n. 19814.720330/2015-63, da SRFB em Campinas/SP, e, por consequência, determinar que a União se abstenha de efetivar quaisquer atos tendentes à exigência do crédito tributário em discussão nestes autos”, fixada verba honorária de 10% do valor atualizado da causa até efetivo pagamento.

Alegou a Fazenda Nacional que “De acordo com o Decreto-lei nº 37/1966, que reorganizou os serviços aduaneiros, o regime de trânsito aduaneiro é o que

permite o transporte de mercadoria sob controle aduaneiro, de um ponto a outro do território, com a suspensão do pagamento de tributos (art. 73). A fim de operacionalizar o transporte das mercadorias entre pontos do território com a suspensão do pagamento dos tributos, referido diploma legal estabeleceu o termo de responsabilidade firmado entre o transportador e a autoridade aduaneira, com a finalidade de assegurar o pagamento dos tributos, caso a mercadoria, por qualquer motivo, não chegue ao destino (art. 74). Tal mandamento coaduna-se com o artigo 32, I, do Decreto-lei citado, segundo o qual o transportador é responsável pelo tributo quando transportar mercadoria procedente do exterior ou sob controle aduaneiro, inclusive em percurso interno. Em outras palavras, o transportador aduaneiro, no exercício de sua atividade, responsabiliza-se pelo pagamento dos tributos incidentes sobre a operação de importação caso não cumpra com sua obrigação de levar as mercadorias transportadas ao destino. Ressalte-se que, no transporte de mercadorias, a obrigação do transportador não pode ser afastada pela simples alegação de roubo, que constituiria caso fortuito ou de força maior, já que sua obrigação é a de levar os objetos ao destino de forma íntegra. Nessa toada, a responsabilidade do transportador é objetiva, resultando simplesmente da ocorrência do fato gerador, independentemente de sua culpa pela falta apurada. Outrossim, no caso em análise, não há que falar na necessidade de lançamento do tributo ou na abertura de processo administrativo, já que incide a ressalva do artigo 60, § 3º, do Decreto-lei nº 37/1966, uma vez que, ao assinar o termo de responsabilidade, o transportador assume o pagamento de tributos incidentes sobre as mercadorias extraviadas (...) Por fim, embora não tenha sido estabelecido o procedimento administrativo para discussão dos tributos, nos termos do Decreto nº 70.235/1972, verifica-se que a parte autora pode efetuar diversos pedidos à autoridade aduaneira e juntar documentos no bojo do PA nº 19814.720330/2015-63, o que afasta a alegação de violação ao contraditório e à ampla defesa. Esclareça-se, neste ponto, que, para efeito de responsabilização tributária, interessa a culpa não do dano patrimonial do dono da carga e o direito de indenização que ele poderá reivindicar contra o transportador, mas apenas a culpa pelo descumprimento do regime de trânsito aduaneiro e o crédito tributário dele decorrente, em razão do fim da suspensão a que ele estava submetido. Vale dizer que é irrelevante saber quem deverá arcar com a responsabilidade sobre o desaparecimento da mercadoria, mas apenas quem deverá responder pelo crédito tributário dele resultante. Os riscos envolvidos na operação são ônus do importador e do transportador, que deverão assegurar-se deles da forma que entenderem conveniente, levando em conta a situação do transporte rodoviário no trecho a ser percorrido e também o custo representado pelo crédito tributário suspenso que pode passar a ser devido se a carga não completar o percurso. (...) Finalmente, necessário registrar que o roubo não é um evento imprevisível; é notório que aquele que transporta bens está sujeito a infortúnios como este. Nessa toada, a parte autora deixou de apresentar qualquer comprovação de ausência de culpa. Não há prova de que a rota escolhida não tenha sido a mais arriscada a esse tipo de sinistro; não há provas de que cuidados elementares de segurança tenham sido adotados; não há prova de que o motorista seja

profissional capacitado a efetuar um transporte de grande responsabilidade (de mercadorias sobre as quais pesem obrigações tributárias suspensas, condicionadas à chegada da carga a seu destino); não há prova de que a atitude do motorista não tenha facilitado a ação de assaltantes; não há prova do transportador ter-se assegurado de que o motorista por ele contratado seja profissional responsável, diligente e idôneo; e, finalmente, não há prova de que havia escolta para o transporte das mercadorias de alto valor transportadas”.

Houve contrarrazões.

É o relatório.

VOTO

Adiro ao entendimento do Exmo. Des. Fed. Carlos Muta:

Senhores Desembargadores, a sentença assim decidiu:

“De início, verifico que a ausência de lançamento de ofício, formalizado em auto de infração, encontra respaldo na norma contida no §2º, do artigo 660, do Decreto n. 6759/09, que dispensa tal formalidade em hipóteses como a dos autos, em que a autora, na qualidade de transportadora, firmou Termo de Responsabilidade para Trânsito Aduaneiro – TRTA, conforme relatado acima. Demais disso, a autora não demonstrou a alegada obstaculização do exercício do contraditório e da ampla defesa durante o curso dos procedimentos administrativos.

Por outro lado, é de se reconhecer a *inexigibilidade dos créditos tributários decorrentes do PA n. 19814.720330/2015-63*, face à caracterização do roubo como hipótese de força maior excludente da responsabilidade tributária de que trata o artigo 600 do Decreto n. 6759/09.

Nesse sentido e contrariamente à tese da União, de que o roubo de carga é evento previsível e inerente aos riscos da atividade de transporte, é a farta jurisprudência do STJ e do TRF3:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REGRESSIVA. SEGURADORA. RESPONSABILIDADE CIVIL DA TRANSPORTADORA AFASTADA. ROUBO DE CARGA. CARACTERIZAÇÃO DE FORÇA MAIOR. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. É entendimento consolidado nesta Corte que o roubo de carga constitui força maior, de modo que, independentemente de ter tomado ou não providências suplementares quanto à segurança do serviço, não responde a transportadora pelo ato ilícito praticado por terceiros. 2. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1311147/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/10/2016, DJe 28/10/2016)

PROCESSUAL CIVIL, TRIBUTÁRIO E ADUANEIRO. CONTESTAÇÃO. FATOS NÃO IMPUGNADOS. FAZENDA PÚBLICA. DIREITO INDISPONÍVEL. DEVIDO PROCESSO LEGAL. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. TRÂNSITO ADUANEIRO. TERMO DE RESPONSABILIDADE. BOLETIM DE OCORRÊNCIA. ROUBO DE CARGA. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE. FORÇA MAIOR.

1. O direito tutelado pela Fazenda Pública é indisponível, de modo que a não impugnação não faz com que as alegações sejam consideradas incontroversas. Precedentes.

2. Ainda que o Termo de Responsabilidade represente direito líquido e certo, para a exigência do crédito tributário correspondente se faz necessário o prévio procedimento administrativo, o que ocorreu no caso em tela.

3. O transporte se deu sob o regime de Trânsito Aduaneiro, modalidade que pressupõe a suspensão do pagamento dos tributos enquanto a carga não é entregue em seu destino.

4. Para a admissão do transporte em tal regime, é exigida a subscrição de Termo de Responsabilidade, cabendo ao transportador o recolhimento aos cofres públicos dos tributos suspensos.

5. Tanto a Lei 11.442/07 quanto o próprio Regulamento Aduaneiro preveem hipóteses de excludente de responsabilidade, incluídas as de caso fortuito ou de força maior; a ADI SRF 12/04 exclui desse âmbito o roubo de carga.

6. O art. 393 do Código Civil dispõe que o devedor responde por prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior apenas se houver expressamente por eles se responsabilizado, o que não restou demonstrado nos autos.

7. O Boletim de Ocorrência constitui documento hábil a comprovar o roubo da mercadoria, cabendo à autoridade aduaneira comprovar que houve comportamento negligente pela transportadora, o que não restou demonstrado. Precedente.

8. O roubo de cargas, desde que não comprovada negligência por parte da empresa transportadora, enquadra-se em hipótese de força maior, portanto excludente de responsabilidade. Precedentes do STJ.

9. Apelo provido.

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1677713 - 0002592-04.2009.4.03.6104, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA, julgado em 19/10/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:22/11/2016)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO À RECURSO DE APELAÇÃO E À REMESSA OFICIAL. TRÂNSITO ADUANEIRO. ROUBO DE MERCADORIA. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO TRANSPORTADOR AFASTADA. CASO FORTUITO. AGRAVO LEGAL IMPROVIDO.

1. Busca a autora a anulação de débito decorrente do inadimplemento de Termo de Responsabilidade para Trânsito Aduaneiro. Afirma que o descumprimento do termo se deve ao fato de que de parte das mercadorias por ele acobertadas teriam sido objeto de roubo, impossibilitando sua entrega no destino final.

2. Nos termos do artigo 73 do Decreto-Lei nº 37/66, o regime de trânsito aduaneiro permite o transporte de mercadoria, de um ponto a outro do território nacional, com suspensão dos tributos incidentes na operação. Para tanto, assume o transportador a responsabilidade pelos tributos incidentes nas operações realizadas, caso as mercadorias transportadas não cheguem ao seu destino final (arts. 32, inciso I, 60, § 2º, inciso I, e 74 do Decreto-Lei nº 37/66). Nesse sentido, o Termo de Responsabilidade firmado pela empresa autora.

3. Em 08/05/2012, a autora iniciou o transporte das mercadorias amparadas pelas Declarações de Trânsito Aduaneiro nº 12/0236165-7 e 12/0236040-5, do porto de Santos-SP até a cidade de Foz do Iguaçu-PR. No mesmo dia, porém, e evidentemente antes que chegassem ao seu destino final, as

referidas mercadorias foram objeto de roubo. Parte do carregamento foi recuperada pela Polícia Civil e, com relação à outra parcela, entendeu a autoridade administrativa que restou inadimplido o termo de responsabilidade firmado pela autora, dando ensejo à cobrança dos tributos incidentes na operação.

4. A controvérsia não comporta maiores digressões, haja vista o entendimento consolidado em nossa jurisprudência de que o roubo de mercadorias submetidas a regime de trânsito aduaneiro constitui motivo de força maior apto a afastar a responsabilidade do transportador pelos tributos incidentes na operação.

5. Com efeito, resta afastada a responsabilidade da autora pelo inadimplemento do Termo de Responsabilidade para Trânsito Aduaneiro nº 00358, devendo ser anulado o débito apurado no processo administrativo fiscal nº 11128-722.370/2012-23.

6. Agravo legal improvido.

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, APELREEX - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO - 2111846 - 0001196-16.2014.4.03.6104, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOHNSOM DI SALVO, julgado em 04/02/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:19/02/2016)

No caso em tela, a demandante juntou documentos referentes ao roubo da carga em regime de trânsito aduaneiro e os pontos relativos à falta de cuidado durante o transporte da carga, inicialmente aventados pela União, foram esclarecidos no curso da instrução probatória. Não há, ademais, qualquer indício de fraude.”

Como se observa não apenas da sentença como das razões de apelação não existe dúvida quanto ao fato de ter havido roubo da carga, nem se discute a suficiência do termo de responsabilidade, independentemente da lavratura de auto de infração para constituição de ofício dos créditos tributários de II, IPI, PIS/COFINS (PA 19814.720330/2015-63).

A controvérsia é adstrita à definição quanto a ser, ou não, o sinistro, envolvendo o roubo da carga transportada em regime de trânsito aduaneiro, capaz de afastar a responsabilidade do transportador pelos tributos incidentes sobre a importação de mercadorias, objeto do termo de responsabilidade.

Embora a sentença tenha citado julgado da Corte Superior referente à responsabilidade civil, a hipótese versa sobre responsabilidade tributária, aplicável no regime de trânsito aduaneiro, regida por normas próprias.

Com efeito, sobre a hipótese dos autos o regime legal aplicável é o do Decreto-lei 37/1966, cujo artigo 32 prescreve que “*É responsável pelo imposto: I - o transportador, quando transportar mercadoria procedente do exterior ou sob controle aduaneiro, inclusive em percurso interno*”. Por sua vez, o artigo 60, no inciso II, define que extravio é “*toda e qualquer falta de mercadoria, ressalvados os casos de erro inequívoco ou comprovado de expedição*”; dispondo o § 1º que “*Os créditos relativos aos tributos e direitos correspondentes às mercadorias extravaiadas na importação serão exigidos do responsável mediante lançamento de ofício*”; e o § 2º e inciso I, que o responsável, em caso de extravio, é “*o transportador, quando constatado o extravio até a conclusão da descarga da*

mercadoria no local ou recinto alfandegado, observado o disposto no art. 41”; ficando, por fim, nos termos do § 3º, “dispensado o lançamento de ofício de que trata o § 1º na hipótese de o importador ou de o responsável assumir espontaneamente o pagamento dos tributos”.

Ao que consta dos autos o termo de responsabilidade assumido pelo transportador não o exonerou de responder pela tributação em caso de sinistro ou, especificamente, de roubo da carga durante o trânsito aduaneiro. Em regra, no direito tributário, não se avalia subjetividade da conduta, pois a responsabilidade é objetiva.

Em prol da reforma da sentença, alegou a Fazenda Nacional que “no transporte de mercadorias, a obrigação do transportador não pode ser afastada pela simples alegação de roubo, que constituiria caso fortuito ou de força maior, já que sua obrigação é a de levar os objetos ao destino de forma íntegra. Nessa toada, a responsabilidade do transportador é objetiva, resultando simplesmente da ocorrência do fato gerador, independentemente de sua culpa pela falta apurada”.

Sucedee, porém, que, embora objetiva a responsabilidade tributária do transportador, sobeja aspecto essencial a ser avaliado para a solução da causa, no quadro normativo aplicável, referente à causalidade para efeito da responsabilidade objetiva do transportador pelos tributos em caso de extravio, por roubo, da carga transportada em regime de trânsito aduaneiro.

Sobre a caracterização da responsabilidade tributária do transportador em caso de roubo da carga, é certo que no REsp 1.172.027, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJe 30/09/2010, acolheu-se a pretensão fazendária, porém, tal orientação foi superada em embargos de divergência julgados pela Corte Especial, conforme destacado no REsp 1.705.562, em que lavrada decisão monocrática terminativa pelo relator, Min. MAURO CAMPBELL, assim ementada:

“RECURSO INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DO CPC/1973. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 2. TRIBUTÁRIO. IMPOSTOS DE IMPORTAÇÃO. TRÂNSITO ADUANEIRO. TRANSPORTE DE CARGA. ROUBO. FORÇA MAIOR. SITUAÇÃO PREVISÍVEL, PORÉM INEVITÁVEL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO DESCUIDO POR PARTE DO TRANSPORTADOR. CAUSA DE EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE. ART. 595, DO RA/2002 (DECRETO N. 4.543/2002). RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO (ART. 932, IV, CPC/2015 C/C ART. 255, § 4º, II, RISTJ).”

O pronunciamento do relator indicou precedentes da Corte Superior neste sentido, dentre os quais:

REsp. 1.172.027, Corte Especial, Rel. Min. ASSIS MOURA, julgado em 18.12.2013:

“TRIBUTÁRIO. IMPOSTOS DE IMPORTAÇÃO. TRANSPORTE DE CARGA. ROUBO. FORÇA MAIOR. SITUAÇÃO PREVISÍVEL, PORÉM INEVITÁVEL.

AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO DESCUIDO POR PARTE DO TRANSPORTADOR. CAUSA DE EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE.

1. O roubo, na linha do que vem professando a jurisprudência desta Corte, é motivo de força maior a ensejar a exclusão da responsabilidade do transportador que não contribuiu para o evento danoso, cuja situação é também prevista pela legislação aduaneira.
2. Assim, a responsabilidade, mesmo que tributária, deve ser afastada no caso em que demonstrada a configuração da força maior dosada com a inexistência de ato culposo por parte do transportador ou seu preposto.
3. Embargos de divergência conhecidos e providos”.

AREsp 1.284.725, Segunda Turma, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, julgado em 16.10.2018:

“TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS. TRANSPORTE DE CARGA. ROUBO. MOTIVO DE FORÇA MAIOR. AUSÊNCIA DE CULPA DO TRANSPORTADOR. EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA.

I - A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no momento do julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 1.172.027/RJ, fixou entendimento no sentido de que o roubo de carga transportada constitui motivo de força maior capaz de ensejar a exclusão da responsabilidade tributária do transportador que não tenha contribuído para a concretização do evento danoso.

II - Agravo conhecido para negar provimento ao recurso especial”

Registre-se, por fim, que em tal decisão monocrática foi confirmado acórdão da 6ª Turma, proferido na ApelReex 0001196-16.2014.4.03.6104, a revelar que é uníssona em ambas as Cortes a interpretação de que, em caso de roubo, não responde pelos tributos devidos, no regime de trânsito aduaneiro, o transportador da carga, salvo se demonstrado que participou ou colaborou para concretização do evento danoso, atribuindo-se, pois, à Fazenda Nacional o ônus de tal prova, o que, na espécie, não se verificou.

Em razão da *sucumbência recursal*, condena-se a apelante em verba honorária pelo decaimento nesta instância, a ser acrescida à originária (artigo 85, § 11, CPC), que se arbitra em 5% do valor atualizado da causa, em observância aos critérios do artigo 85, §§ 2º e 3º, CPC.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA **5008692-13.2020.4.03.6100**

Apelante: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Apelado: VICENTE GUEDES DE CAMARGO FILHO
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JÚNIOR
Disponibilização do Acórdão: DJEN 16/05/2023

EMENTA

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. DEDUÇÃO COM DESPESAS ODONTOLÓGICAS. COMPROVAÇÃO DO SERVIÇO COM A APRESENTAÇÃO DE RECIBOS. GLOSA FISCAL. IMPOSSIBILIDADE. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

1. Demanda não submetida ao reexame necessário, posto que o valor discutido na presente ação é inferior ao patamar mínimo fixado no item I do § 3º do artigo 496 do Código de Processo Civil.
2. A União se insurgiu na sua apelação, apenas, em relação ao resultado da sentença quanto aos abatimentos do Imposto de Renda, constantes da declaração do ano calendário de 2014, realizada em 2015. Assim, nesses termos a matéria será reexaminada.
3. O fundamento para o abatimento das despesas odontológicas da base de cálculo do imposto de renda é o artigo 8º, II, "a", da Lei nº 9.250/1995.
4. O § 2º, III, do artigo 8º da Lei 9.250/1995, indica os meios e requisitos para comprovação das despesas médicas e dentárias dedutíveis do imposto de renda, estabelecendo que o recibo é a principal prova, porém na sua falta o pagamento poderá ser provado com indicação do cheque nominal utilizado no pagamento. A leitura do citado comando legal gera três conclusões, a primeira é que o recibo é o meio principal de prova das despesas odontológicas, a segunda são os requisitos que devem conter o citado recibo e a terceira e última é que não havendo recibo a despesa pode ser comprovada por meio da indicação de cheque nominal, ou seja, este meio é indireto para demonstração da despesa.
5. Cumpre mencionar que a despeito da apresentação desses recibos, nada obsta que a Administração Tributária, por meio da Secretaria da Receita Federal, requeira ao contribuinte a comprovação da efetiva prestação dos serviços, a teor do disposto no art. 73, *caput* e § 1º, do Regulamento do Imposto de Renda (RIR), aprovado pelo Decreto nº 3.000/99 e vigente na época. Ora, no que alude a dedução, que o art. 73 do RIR dispõe, é que todas as deduções estão sujeitas a comprovação ou justificação, a juízo da autoridade lançadora.

6. O apelado acostou aos autos os recibos das despesas odontológicas realizadas, que foram emitidos pela profissional Cláudia Grieder. Assim, havendo dúvida relativa aos recibos apresentados, caberia ao contribuinte apresentar outros documentos que comprovassem a idoneidade do recibo, o que de fato ocorreu.
7. O contribuinte, ora apelado, apresentou além dos recibos, receituário e fichas de tratamento.
8. Não há nos autos justificativa para que a SRFB tenha entendido que os recibos apresentados pelo apelado fossem considerados inidôneos.
9. A documentação apresentada pelo contribuinte, comprova que ele efetivamente realizou os tratamentos odontológicos.
10. O autor sucumbiu em parte mínima, conforme constou da sentença, sendo que os honorários foram fixados nos patamares mínimos do artigo 85, § 3º, do CPC; aliás, o cálculo do efetivo valor da citada verba só ocorrerá em liquidação de sentença. Além disso, a verba honorária de sucumbência foi arbitrada em valor adequado ao serviço realizado em primeiro grau e recurso, aliás o trabalho desenvolvido pelo advogado do apelado em grau de recurso foi mínimo, se resumindo a apresentação de contrarrazões de apelação.
11. Apelação não provida.

ACÓRDÃO

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

RELATÓRIO

Trata-se de apelação da União contra sentença que julgou procedente os pedidos do autor.

VICENTE GUEDES CAMARGO FILHO ajuizou ação anulatória de débito fiscal c.c repetição de indébito, com pedido de tutela de urgência, em face da União Federal, para desconstituir cobranças de Imposto de Renda. Segundo alega, a Secretaria da Receita Federal do Brasil cometeu diversas irregularidades na apuração do seu Imposto de Renda, “assim sintetizadas: a) na declaração de 2015, ano calendário 2014, a SRFB glosou despesas médicas no valor de R\$22.370,00, mesmo com apresentação de todos os recibos médicos necessários, sendo certo que a SRFB não aceitou a impugnação apresentada e arquivou o caso sem análise do último recurso apresentado, b) Na declaração de 2016, ano calendário 2015, a parte autora obteve ganho em recurso

administrativo contra ato de glosa de valores declarados a título de despesa com pensão alimentícia, mas não houve, até o presente momento, a restituição do valor obtido no recurso, c) Na declaração de 2017, ano calendário 2016, a SRFB glosou despesas de pensão alimentícia pagas pelo autor, mesmo tendo reconhecido, no ano anterior, em recurso, que tais despesas existiam, d) Na declaração de 2019, ano base 2018, o requerente foi colocado na “malha fina” em razão das despesas com pensão alimentícia já comprovadas no recurso relacionado à declaração de 2016”. Consequentemente, defende a validade da isenção do Imposto de Renda sobre às despesas médicas, posto que apresentou os respectivos recibos, sendo desnecessária a apresentação de microfilmagem dos cheques usados, posto que a Lei não exige tal. Por outro lado, argumenta que o pagamento de pensão alimentícia pode ser comprovado por recibos sem formalidades especiais. Atribuído à causa o valor de R\$ 37.379,88 (ID 263352684).

A Sentença julgou parcialmente procedente o pedido, “para determinar à SRFB que reanalise as declarações de IRPF impugnadas, levando em consideração as seguintes premissas: a) Na Declaração do ano calendário 2014, realizada em 2015, os recibos anexados no ID referentes ao pagamento de despesas odontológicas do contribuinte, firmados por Cláudia Grieder (ID 32269211, fls. 60/71), devem ser considerados como prova válida e suficiente para a dedução da base de cálculo a título de despesas odontológicas; b) Na Declaração do ano calendário 2016, realizada em 2017, deve ser considerado que as despesas com pensão alimentícia – incluída aí o pagamento do plano de saúde – das pessoas de Beatriz Camargo, Gabriela Camargo e Maria da Consolação de Sousa Cunha, devem ser consideradas como dedutíveis da base de cálculo do IRPF. Deve ser considerado que as pessoas de Beatriz Camargo, Gabriela Camargo e Maria da Consolação de Sousa Cunha são alimentandas regulares, conforme documento de ID 32269211, fls. 53/54, que servem de prova plena do cumprimento dos requisitos do artigo 4º, II da lei 9.250/95. Deve ser considerado ainda que as filhas Beatriz Camargo e Gabriela Camargo são dependentes para todos os fins, conforme artigo 35 da lei 9.250/95.” Por outro lado, concedeu a tutela de urgência, determinado “a suspensão do crédito tributário, bem como determinou a SRFB que apresente manifestação conclusiva sobre as declarações de IRPF do autor, no prazo máximo de 90 dias, sob pena de multa de diário de R\$ 100,00 (cem reais)”. Por fim, em relação ao pedido relacionada ao ano de 2019, extinguiu o feito sem julgamento de mérito, por ausência superveniente de interesse de agir, pois houve a restituição administrativa do Imposto de Renda. Consequentemente, condenou a União ao pagamento de honorários advocatícios, a serem calculados sobre a soma do efetivo valor do débito cancelado e da restituição, bem como das premissas fixadas, arbitrado no menor potencial, nos termos do artigo 85 do CPC. Custas na forma da Lei, benefícios da Justiça Gratuita revogado (ID 263352722).

Apela a União, pugnando pela reforma da Sentença, sustentando em relação a declaração do ano calendário 2016, realizada em 2017, deixa de recorrer tendo em vista a manifestação fiscal. Por outro lado, no que tange ao

exercício de 2017, sustenta a regularidade das deduções da DIRPF, assim o direito creditório do contribuinte deve ser acatado. Ademais, argumenta, no que diz respeito a declaração do ano calendário de 2014, realizada em 2015, que a legislação permite a dedução com despesas de serviços de odontologia, através da apresentação de recibo, porém outras provas podem ser solicitadas pelo Fisco, justamente o que ocorreu na presente ação; assim, a glosa das despesas médicas/odontológicas foi efetuada pela falta de comprovação do efetivo pagamento. Por fim, requer que os honorários advocatícios sejam fixados nos percentuais mínimos do art. 85, §3º c/c §4º, inc. II, combinado com o art 86 do CPC do CPC, após liquidação de sentença (ID 263352788).

O autor apresentou contrarrazões, requerendo a manutenção do decisor, bem pede como a majoração da alíquota dos honorários advocatícios de sucumbência e a manutenção da tutela de urgência.

Vieram os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de ação visando a anulação do crédito tributário do Imposto de renda.

Inicialmente, observo que deixo de submeter a presente demanda ao reexame necessário, posto que o valor discutido na presente ação é inferior ao patamar mínimo fixado no item I do § 3º do artigo 496 do Código de Processo Civil.

Por outro lado, assinalo que a União se insurgiu na sua apelação apenas em relação ao resultado da sentença quanto aos abatimentos do Imposto de Renda, constantes da declaração do ano calendário de 2014, realizada em 2015. Assim, nesses termos que a matéria será reexaminada.

Nesse diapasão, observo que o artigo 8º , II, "a" Lei 9.250/1995, elenca as despesas que são dedutíveis da base de cálculo do imposto de renda, dispositivo que transcrevo:

Por sua vez, destaco que o § 2º, III, do artigo 8º da Lei 9.250/1995, indica os meios e requisitos para comprovação das despesas médicas e dentárias dedutíveis do imposto de renda, estabelecendo que o recibo é a principal prova, porém na sua falta o pagamento poderá ser demonstrado com indicação do cheque nominal utilizado no pagamento. A leitura do citado comando legal gera três conclusões, a primeira é que o recibo é o meio principal de prova das despesas odontológicas, a segunda são os requisitos que devem conter o citado recibo e a terceira e última é que não havendo recibo, a despesa pode ser comprovada por meio da indicação de cheque nominal, ou seja, este meio é indireto para demonstração da despesa, conforme pode ser verificado no dispositivo abaixo:

Art. 8º

(...)

§ 2º

(...)

III - limita-se a pagamentos especificados e comprovados, com indicação do nome, endereço e número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas - CPF ou no Cadastro Geral de Contribuintes - CGC de quem os recebeu, podendo, na falta de documentação, ser feita indicação do cheque nominativo pelo qual foi efetuado o pagamento;

Por outro lado, cumpre mencionar que a despeito da apresentação desses recibos, nada obsta que a Administração Tributária, por meio da Secretaria da Receita Federal, requeira ao contribuinte a comprovação da efetiva prestação dos serviços, a teor do disposto no art. 73, *caput* e § 1º, do Regulamento do Imposto de Renda (RIR), aprovado pelo Decreto nº 3.000/99 e vigente na época.

Ora, no que alude a dedução, que o art. 73 do RIR dispõe, o fato é que todas as deduções estão sujeitas a comprovação ou justificação, a juízo da autoridade lançadora.

Assim, o ônus da prova que a despesa foi realizada cabe ao contribuinte, ou seja, o sujeito passivo pode lançar despesas médicas, porém deverá comprovar que as realizou e arcou com o pagamento.

Nesse passo, observo que o apelado acostou aos autos os recebidos das despesas odontológicas realizadas, que foram emitidos pela profissional Cláudia Grieder. Assim, havendo dúvida relativa aos recibos apresentados, caberia ao contribuinte apresentar outros documentos que comprovassem a idoneidade do documento, o que de fato ocorreu.

Ora, o contribuinte, ora apelado, apresentou além dos recibos, receituário e fichas de tratamento.

Por outro lado, assinalo, com bem destacou a sentença, “Não se ignora que vigora no processo administrativo fiscal o princípio da verdade real, e que o Fisco tem plenos poderes para realizar exigências quando há desconfiança de fraude no lançamento tributário. A eventual desconfiança, entretanto, tem que ser devidamente motivada, para que se atendam os princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade, devendo haver clara e específica indicação ao contribuinte do motivo pelo qual o recibo – que é, como já explanado, a prova do pagamento por excelência – seria inidôneo”.

Ademais, também constou da sentença que o “contribuinte, de boa-fé, inclusive escreveu ao auditor fiscal um pedido de esclarecimentos, em que pede *“a gentileza de notificar-me dos problemas com os recibos da senhora Claudia Grieder, pois, caso seja necessário, pedirei a mesma a retificação dos próprios”* (ID 32269211, fls. 77). O pleito do contribuinte, entretanto, ficou sem resposta.”

Assim, não há nos autos justificativa para que a SRFB tenha entendido que os recibos apresentados pelo apelado fossem considerados inidôneos.

Desta forma, fica claro que a documentação apresentada pelo contribuinte, comprova que ele efetivamente realizou os tratamentos odontológicos.

Por fim, observo que o autor sucumbiu em parte mínima, conforme constou da sentença, sendo que os honorários foram fixados nos patamares mínimos do artigo 85, § 3º, do CPC; aliás, o cálculo do efetivo valor da citada verba só ocorrerá em liquidação de sentença. Além disso, a verba honorária de sucumbência foi arbitrada em valor adequado ao serviço realizado em primeiro grau e recurso, aliás o trabalho desenvolvido pelo advogado do apelado em grau de recurso foi mínimo, se resumindo a apresentação de contrarrazões de apelação.

Ante o exposto, nego provimento à apelação, mantendo o julgado contido na sentença.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL **5001759-69.2021.4.03.6106**

Apelante: NAC SÃO PAULO COMÉRCIO DE LUBRIFICANTES LTDA.
Apelados: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, DELEGADO DA RECEITA FEDERAL EM SÃO JOSÉ DO RIO PRETO
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 03/05/2023

EMENTA

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. PIS/COFINS E ICMS-ST. REVENDA DE LUBRIFICANTES E FILTROS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA DO ICMS. REGIME NÃO CUMULATIVO DO PIS/COFINS. TÉCNICA DE TRIBUTAÇÃO, MANTIDA A RELAÇÃO TRIBUTÁRIA. DIREITO À EXCLUSÃO. COMPENSAÇÃO ADMINISTRATIVA. IMPOSSIBILIDADE DE VINCULAÇÃO DE DEPÓSITOS JUDICIAIS FEITOS EM AÇÃO DIVERSA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO PARA CONCEDER PARCIALMENTE A SEGURANÇA.

1.Nos termos de seu contrato social, a impetrante tem por objeto o *comércio atacadista e varejista de óleos lubrificantes, graxas, filtros e aditivos para veículos automotores, logística de transporte de cargas, e intermediação e agenciamento de serviços e negócios em geral*. Para a primeira atividade, instituiu-se a possibilidade do regime de ICMS de substituição tributária para frente – operação de óleos lubrificantes, derivados ou não de petróleo (Convênio CONFAZ ICMS 03/99 e agora Convênio CONFAZ ICMS), regime ao qual está submetido. Por seu turno, recolhe o PIS/COFINS na modalidade não cumulativa, não adequados ao regime monofásico previsto nos arts. 04º a 06º da Lei 9.718 (art. 86 da IN RFB 2.121/22, antiga IN RFB 1.911/19). Nessas condições afirmadas pela impetrante, e somente nessas condições (submissão ao regime não cumulativo), atesta-se sua *legitimidade* para pleitear a exclusão do ICMS-ST da base de cálculo do PIS/COFINS ao qual se sujeita na qualidade de titular do polo passivo da relação tributária, justamente por ser titular daquela relação. Não se confunde com o regime de monofasia presente na revenda de combustíveis, no qual os revendedores não participam da relação, fazendo-se a devida diferenciação entre regime de substituição e regime monofásico (ApelRemNec 5002268-97.2021.4.03.6106 / TRF3 – Sexta Turma / Des. Fed. LUIS ANTÔNIO JOHONSOM DI SALVO / 11.10.2022 e ApCiv 5002438-85.2020.4.03.6112 / TRF3 – Sexta Turma / Des. Fed. LUIS ANTÔNIO JOHONSOM DI SALVO / 27.09.2022).

2.O ICMS-ST retido e recolhido pela empresa substituta configura mero ingresso na contabilidade dela, que figura apenas como

depositária de tributo que será entregue ao Fisco. No regime da substituição tributária progressiva o ICMS é adicionado ao valor da venda no momento da emissão da nota fiscal e não integra a receita bruta da empresa substituta, pelo que não deve compor a base de cálculo das contribuições ao PIS/COFINS não cumulativas. Da mesma forma o valor do ICMS-ST destacado não integra a receita bruta da empresa substituída, já que o pagamento do tributo ocorreu na etapa econômica anterior.

3.É que o ICMS-ST não constitui tributo diferente do ICMS próprio, mas refere-se apenas a uma técnica de arrecadação que concentra no industrial ou no importador (a depender da relação jurídica envolvida) o ônus da retenção e pagamento antecipado do ICMS, calculado com base em um valor presumido, o qual considera uma margem de valor agregado (MVA) que é definida pela Comissão Técnica Permanente do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços (COTEPE) expressamente prevista na legislação.

4.Sucedee, nessa técnica de arrecadação, criada para facilitar as atividades de fiscalização e arrecadação tributárias do tributo estadual, há transferência a outrem (“substituto”) da responsabilidade de pagamento de imposto (devido pelo “substituído”), em antecipação do pagamento do tributo relativo a operações subsequentes (o ICMS é destacado nas respectivas notas fiscais de saída), antes mesmo da ocorrência do fato gerador legal, situação exigida normalmente nas hipóteses em que há um certo conhecimento por parte do poder tributante sobre a cadeia de produção (razão pela qual somente determinados contribuintes são obrigados a esse regime, conforme normas do Conselho Nacional de Política Fazendária).

5.O direito à exclusão independe de a operação configurar elemento final da cadeia econômica (ser destinada ao consumidor), vez que tal requisito não foi imposto pelo STF ao admitir a inexigibilidade do PIS/COFINS sobre os valores do ICMS. Logo, o direito deve ser isonômico, conferido da mesma forma aos contribuintes, seja sob o regime direto ou de substituição tributária.

6.O Plenário do Supremo Tribunal Federal também decidiu em aclaratórios que a *exclusão* do ICMS da base de cálculo do PIS/Cofins é *válida somente a partir de 15 de março de 2017*, data em que foi fixada a tese de repercussão geral no julgamento do RE nº 574.706. O marco se impõe enquanto medida de adequação à jurisprudência agora consolidada.

7.Reconhecida a inexigibilidade do crédito fiscal recolhido pela parte, consequentemente reconhece-se o direito de crédito da contribuinte e de os compensar administrativamente. A correção desse indébito deverá ser feita pela Taxa SELIC na forma do art. 3º da EC 113/2021, nos termos do art. 170-A do CTN, e da legislação vigente quando da entrega da DCOMP, bem como do art. 26-A da Lei 11.457/07 (REsp

1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010, no regime de que tratava o artigo 543-C, do Código de Processo Civil de 1973).

8. Pede a impetrante que a ordem mandamental vincule os depósitos em contas judiciais vinculadas a ação declaratória nº 5000971-94.2017.4.03.6106, onde requer a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS. Obtendo por resultado a exclusão do ICMS destacado, nos exatos termos da tese fixada no tema 69, pede que o reconhecimento de seu direito alcance aqueles valores depositados e que os mesmos assim se mantenham até a prolação de resultado final da presente demanda.

9. O pedido esbarra no fato de que o destino dos depósitos judiciais de valores referentes a tributos federais fica vinculado ao resultado definitivo da demanda que os motivou (art. 1º, § 3º, da Lei 9.703/98), ciente a parte da vinculação quando do ato voluntário do depósito. Ou seja, adstrito o levantamento ou a conversão em renda dos depósitos à coisa julgada formada na ação em referência, não se permite que jurisdição alheia interfira naquele resultado, ainda que sob fundamentação não debatida na ação onde se encontram os depósitos.

10. o ato do depósito em ação diversa não impede que a ordem mandamental alcance a relação tributária da qual derivaram os valores depositados, preservando-se o reconhecimento do direito de excluir os valores de ICMS-ST do PIS/COFINS recolhido desde 15.03.2017 após conversão em renda dos depósitos referentes àqueles recolhimentos (inexistindo ICMS destacado em nota de titularidade da impetrante). São situações distintas em seu caráter material.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao apelo para conceder parcialmente a segurança, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johonsom di Salvo, Relator:

Trata-se de apelação interposta por NAC SÃO PAULO COMÉRCIO DE LUBRIFICANTES LTDA contra sentença denegatória de seu pedido de segurança para excluir os valores de ICMS-ST da base de cálculo do PIS/COFINS, com vinculação e posterior levantamento dos depósitos judiciais feitos na ação nº

5000971-94.2017.4.03.6106, e o reconhecimento do direito de compensar os indébitos tributários recolhidos, observada a prescrição quinquenal.

Deu-se à causa o valor de R\$ 4.031.944,80.

Diz a impetrante, atuante na comercialização e distribuição de óleos lubrificantes e filtros, recair sobre si a repercussão financeira do ICMS-ST, na qualidade de contribuinte substituído (substituição para frente), sendo dever a sua exclusão da base de cálculo do PIS/COFINS não cumulativo devido, conforme tese fixada pelo STF no tema 69.

O juízo denegou a segurança pelos seguintes motivos: “na substituição tributária, a exação é recolhida de forma antecipada na primeira operação da cadeia, momento no qual é apurado o valor que será devido quando da ocorrência de fatos geradores futuros, sendo que o montante já é recolhido pelo contribuinte substituto, de tal forma que o contribuinte substituído nada recolhe a título de ICMS-ST, não havendo que se falar, portanto, em exclusão do mencionado tributo da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. Como se não bastasse, o ICMS-ST diferencia-se do ICMS porque no regime de substituição tributária o imposto é calculado “por fora”, sendo adicionado ao valor da venda quando da emissão da nota fiscal, de modo que não integra a receita bruta do substituto tributário e, muito menos, do substituído”.

Apelo da impetrante, reiterando suas razões.

Em contrarrazões, a União Federal assevera que a “aplicação do precedente do Tema 69 a essas hipóteses, portanto, é incabível, justamente porque não há ICMS destacado nas notas fiscais de saída dos produtos revendidos pela Autora (combustíveis) e não há PIS e COFINS recolhido pela Autora sobre a revenda desses produtos”. Defende, em suma, que o regime de substituição não se confunde com o tema 69.

A Procuradoria Regional da República opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

Nos termos de seu contrato social, a impetrante tem por objeto o comércio atacadista e varejista de óleos lubrificantes, graxas, filtros e aditivos para veículos automotores, logística de transporte de cargas, e intermediação e agenciamento de serviços e negócios em geral.

Para a primeira atividade, instituiu-se a possibilidade do regime de ICMS de substituição tributária para frente – operação de óleos lubrificantes, derivados ou não de petróleo (Convênio CONFAZ ICMS 03/99 e agora Convênio CONFAZ ICMS), regime ao qual está submetido. Por seu turno, recolhe o PIS/COFINS na modalidade não cumulativa, não adequados ao regime monofásico previsto nos

arts. 04º a 06º da Lei 9.718 (art. 86 da IN RFB 2.121/22, antiga IN RFB 1.911/19).

Nessas condições afirmadas pela impetrante, e somente nessas condições (submissão ao regime não cumulativo), atesta-se sua legitimidade para pleitear a exclusão do ICMS-ST da base de cálculo do PIS/COFINS ao qual se sujeita na qualidade de titular do polo passivo da relação tributária, justamente por ser titular daquela relação. Não se confunde com o regime de monofasia presente na revenda de combustíveis, no qual os revendedores não participam da relação, fazendo-se a devida diferenciação entre regime de substituição e regime monofásico (ApelRemNec 5002268-97.2021.4.03.6106 / TRF3 – Sexta Turma / Des. Fed. LUIS ANTÔNIO JOHONSOM DI SALVO / 11.10.2022 e ApCiv 5002438-85.2020.4.03.6112 / TRF3 – Sexta Turma / Des. Fed. LUIS ANTÔNIO JOHONSOM DI SALVO / 27.09.2022).

O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, fazendo-o por ocasião do julgamento do RE nº 574.706. A corte, por maioria e nos termos do voto da Relatora Ministra Cármen Lúcia, apreciando o tema nº 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: “O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins”.

De outro lado, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal – ao acolher o voto da ministra Relatora – no sentido de que, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada como faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019). Essa é a postura que este Relator sempre defende desde o momento em que surdiu o julgamento do Tema nº 69 (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000596-53.2018.4.03.6108, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSON DI SALVO, julgado em 02/12/2019, Intimação via sistema DATA: 10/12/2019), *recentemente confirmada pelo Pleno do STF quando da apreciação dos embargos declaratórios no RE 574.706.*

“Quanto ao ICMS-ST, impende considerar que, embora o Supremo Tribunal Federal não tenha enfrentado a controvérsia atinente ao regime tributário adotado para a arrecadação do ICMS, é certo que tal questão não pode servir de óbice à aplicação do referido precedente quanto à exclusão do ICMS recolhido antecipadamente pelo substituto tributário em nome do contribuinte substituído, notadamente se considerada a circunstância de que tais antecipações do ICMS serão computadas no custo dos bens adquiridos pelo substituído e, por conseguinte, integrarão a sua receita bruta na etapa subsequente. Assim, o contribuinte substituído, em tese, poderia abater do cálculo das referidas contribuições o montante desembolsado a título de

ressarcimento do ICMS recolhido antecipadamente pelo seu substituto tributário” (3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5004106-49.2019.4.03.6105, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 21/11/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 27/11/2019).

O ICMS-ST retido e recolhido pela empresa substituta configura mero ingresso na contabilidade dela, que figura apenas como depositária de tributo que será entregue ao Fisco. No regime da substituição tributária progressiva o ICMS é adicionado ao valor da venda no momento da emissão da nota fiscal e não integra a receita bruta da empresa substituta, pelo que não deve compor a base de cálculo das contribuições ao PIS/COFINS não cumulativas. Da mesma forma o valor do ICMS-ST destacado não integra a receita bruta da empresa substituída, já que o pagamento do tributo ocorreu na etapa econômica anterior.

Nesta Corte Regional, a 3ª e a 4ª Turma seguem afirmando a necessidade da exclusão do ICMS-ST, adotando os mesmos fundamentos dos julgados de nossa relatoria, ou seja, em que pese o ICMS ter sido recolhido na etapa anterior pelo fabricante/indústria, o fato é que o substituído efetuiu o reembolso desses valores. Efetivamente, foi ele quem pagou. Assim, o momento em que se dá esse recolhimento não altera o conceito de quais valores apenas passam pela escrita contábil da empresa. O substituído revenderá a mercadoria e embutirá no preço final o valor do imposto que já “reembolsou” ao substituto. A parcela de ICMS é destinada aos Estados, não sendo considerada, em nenhuma das etapas, parcela de faturamento.

É que o ICMS-ST não constitui tributo diferente do ICMS próprio, mas refere-se apenas a uma técnica de arrecadação que concentra no industrial ou no importador (a depender da relação jurídica envolvida) o ônus da retenção e pagamento antecipado do ICMS, calculado com base em um valor presumido, o qual considera uma margem de valor agregado (MVA) que é definida pela Comissão Técnica Permanente do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços (COTEPE) expressamente prevista na legislação.

Sucede, nessa técnica de arrecadação, criada para facilitar as atividades de fiscalização e arrecadação tributárias do tributo estadual, há transferência a outrem (“substituto”) da responsabilidade de pagamento de imposto (devido pelo “substituído), em antecipação do pagamento do tributo relativo a operações subsequentes (o ICMS é destacado nas respectivas notas fiscais de saída), antes mesmo da ocorrência do fato gerador legal, situação exigida normalmente nas hipóteses em que há um certo conhecimento por parte do poder tributante sobre a cadeia de produção (razão pela qual somente determinados contribuintes são obrigados a esse regime, conforme normas do Conselho Nacional de Política Fazendária).

Confirmam-se, bem recentes: ApelRemNec 5000252-52.2017.4.03.6126 / TRF3 – Terceira Turma / Des. Fed. Nery da Costa Júnior / 23.09.2021; ApCiv 5001013-72.2020.4.03.6128 / TRF3 – Quarta Turma / Des. Fed. André Nabarrete / 17.09.2021; ApelRemNec 5009635-64.2019.4.03.6100 / TRF3 –

Quarta Turma / Des. Fed. Marcelo Mesquita Saraiva / 03/09/2021. Em período mais antigo: ApelRemNec 5000897-18.2019.4.03.6123 / TRF3 – QUARTA TURMA / DES. GED. MARCELO SARAIVA / 06.07.20, ApelRemNec 5002117-61.2017.4.03.6110 / TRF3 – TERCEIRA TURMA / DES^a. FED. DENISE APARECIDA AVELAR, ApelRemNec 5002574-26.2017.4.03.6100 / TRF3 – TERCEIRA TURMA / DES. FED. ANTÔNIO CEDENHO / 03.07.20, ApCiv 5000365-49.2017.4.03.6144 / TRF3 – TERCEIRA TURMA / DES. FED. CARLOS MUTA / 19.06.20, ApelRemNec 5011693-74.2018.4.03.6100 / TRF3 – QUARTA TURMA / DES. FED. ANDRÉ NABARRETE / 26.05.20 e ApelRemNec 5001808-77.2017.4.03.6130 / TRF3 – QUARTA TURMA / DES^a. FED. MÔNICA NOBRE / 03.03.20.

Assentado o cunho infraconstitucional do tema (RE 1.258.842/RS / Pleno / Min. Dias Toffoli / DJe de 15/09/2020), a 2ª Turma do STJ vem decidindo que “...Na forma da jurisprudência do STJ, “o ICMS-ST é recolhido pelo substituto tributário (responsabilidade tributária por substituição) e não pelo substituído, assumindo a feição de tributação direta (e não indireta como o ICMS regular), não havendo que se falar em não-cumulatividade, já que não há tributação em cadeia. Desse modo, não está destacado nas notas fiscais de saída do substituído, donde se conclui que este (substituído) é mero contribuinte econômico do tributo em questão. Nessa condição, o substituto pode optar por absorver o impacto econômico da exação sem repassá-lo ao substituído. Tal significa que tudo aquilo que o substituído recebe pela venda de suas mercadorias e/ou serviços a terceiros é preço e, como tal, constitui receita bruta/faturamento seu, não guardando qualquer relação com o ICMS-ST já recolhido pelo substituto. Não há formalmente qualquer parcela recebida pelo substituído a título de ICMS a ser repassada ao Estado, já que os valores já o foram repassados previamente pelo substituto, havendo apenas a repercussão econômica desse repasse (que pode ou não existir) e que não legitima o pleito (já que o substituto pode ou não aumentar o valor da mercadoria para pagar o ICMS-ST). À toda evidência, o ICMS-ST não pode ser excluído da base de cálculo das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS devidos pelo substituído simplesmente porque jamais esteve formalmente incluído nessa mesma base de cálculo. É da natureza de todos os tributos a repercussão econômica. Os informes de ‘ICMS Cobrado Anteriormente por ST’ preenchidos eletronicamente pelo substituído existem apenas para efeito de controle fiscal” (STJ, AgInt no REsp 1.885.048/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/12/2020). Em igual sentido: STJ, AgInt no REsp 1.910.679/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, DJe de 25/06/2021. IV. Agravo interno improvido (AgInt no AgInt no REsp 1898511 / SC / STJ – Segunda Turma / Min^a. Assusete Magalhães / DJe 16/08/2021).

Porém, permanece a divergência entre as Turmas do STJ quanto ao direito de o contribuinte substituído incluir o ICMS-ST enquanto custo de aquisição para creditamento do PIS/COFINS.

Entende a Primeira Turma que “...Sendo o fato gerador da substituição tributária prévio e definitivo, o direito ao crédito do substituído decorre, a rigor, da repercussão econômica do ônus gerado pelo recolhimento antecipado do

ICMS-ST atribuído ao substituto, compondo, desse modo, o custo de aquisição da mercadoria adquirida pelo revendedor. Precedente. V - A repercussão econômica onerosa do recolhimento antecipado do ICMS-ST, pelo substituto, é assimilada pelo substituído imediato na cadeia quando da aquisição do bem, a quem, todavia, não será facultado gerar crédito na saída da mercadoria (venda), devendo emitir a nota fiscal sem destaque do imposto estadual, tornando o tributo, nesse contexto, irrecuperável na escrita fiscal, critério definidor adotado pela legislação de regência..." (REsp 1909823 / SC / STJ – Primeira Turma / Minª Regina Helena Costa / 02.03.2021).

Segue a Segunda Turma posição diversa, nos seguintes termos: "1. Quando ocorre a retenção e recolhimento do ICMS pela empresa a título de substituição tributária (ICMS-ST), a empresa substituta não é a contribuinte, o contribuinte é o próximo na cadeia, o substituído. Nessa situação, a própria legislação tributária prevê que tais valores são meros ingressos na contabilidade da empresa substituta que se torna apenas depositária de tributo (responsável tributário por substituição ou agente arrecadador) que será entregue ao Fisco. Então não ocorre a incidência das contribuições ao PIS/PASEP, COFINS, já que não há receita da empresa prestadora substituta. É o que estabelece o art. 279 do RIR/99 e o art. 3º, §2º, da Lei n. 9.718/98. 2. Desse modo, não sendo receita bruta, o ICMS-ST não está na base de cálculo das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS não cumulativas devidas pelo substituto e definida nos arts. 1º e §2º, da Lei n. 10.637/2002 e 10.833/2003" (AgInt nos EDcl no REsp 1881576 / SC / STJ – Segunda Turma / Min. Mauro Campbell Marques / 15/03/2021).

Com o devido respeito, há certa contradição no entendimento da 2ª Turma do STJ: ao mesmo tempo em que vem decidindo pela impossibilidade de exclusão do ICMS-ST da base de cálculo do PIS/COFINS por não participar o contribuinte substituído da relação tributária (existente apenas o repasse financeiro do encargo tributário), paradoxalmente veda que esse mesmo contribuinte substituído se credite do PIS/COFINS na aquisição das mercadorias, incluindo os valores de ICMS-ST, isso por razão diametralmente oposta – a de que seria ele, o substituído, o contribuinte de direito do imposto recolhido antecipadamente.

Ora, se estamos diante de um mero regime de substituição, ele não pode representar uma carga fiscal superior àquela devida no regime comum, considerada a totalidade da tributação, dado ser aquele regime instituído apenas – como dissemos – para facilitar a fiscalização do recolhimento, e não para impor uma incidência concentrada. Ou seja, desmembrando a substituição, o resultado deve ser o mais próximo possível do regime comum, admitindo-se a exclusão também para o contribuinte substituído.

A matéria encontra-se pendente de apreciação na Primeira Seção do STJ (tema 1.125), sem manifestação sobre o mérito – a possibilidade de exclusão do valor correspondente ao ICMS-ST da base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS devidas pelo contribuinte substituído

Portanto, à vista do Tema 69 e inexistente posição consolidada no âmbito do STJ, tanto o *ICMS* e o *ICMS-ST destacados* não devem integrar as bases de cálculo de PIS/COFINS.

O direito à exclusão independe de a operação configurar elemento final da cadeia econômica (ser destinada ao consumidor), vez que tal requisito não foi imposto pelo STF ao admitir a inexigibilidade do PIS/COFINS sobre os valores do ICMS. Logo, o direito deve ser isonômico, conferido da mesma forma aos contribuintes, seja sob o regime direto ou de substituição tributária.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal também decidiu em aclaratórios que a *exclusão* do ICMS da base de cálculo do PIS/Cofins *é válida somente a partir de 15 de março de 2017*, data em que foi fixada a tese de repercussão geral no julgamento do RE nº 574.706. O marco se impõe enquanto medida de adequação à jurisprudência agora consolidada.

Reconhecida a inexigibilidade do crédito fiscal recolhido pela parte, consequentemente reconhece-se o direito de crédito da contribuinte e de os compensar administrativamente. A correção desse indébito deverá ser feita pela Taxa SELIC na forma do art. 3º da EC 113/2021, nos termos do art. 170-A do CTN, e da legislação vigente quando da entrega da DCOMP, bem como do art. 26-A da Lei 11.457/07 (REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010, no regime de que tratava o artigo 543-C, do Código de Processo Civil de 1973).

Pede a impetrante que a ordem mandamental vincule os depósitos em contas judiciais vinculadas a ação declaratória 5000971-94.2017.4.03.6106, onde requer a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS. Obtendo por resultado a exclusão do ICMS destacado, nos exatos termos da tese fixada no tema 69, pede que o reconhecimento de seu direito alcance aqueles valores depositados e que os mesmos assim se mantenham até a prolação de resultado final da presente demanda.

O pedido esbarra no fato de que o destino dos depósitos judiciais de valores referentes a tributos federais fica vinculado ao resultado definitivo da demanda que os motivou (art. 01º, § 3º, da Lei 9.703/98), ciente a parte da vinculação quando do ato voluntário do depósito. Ou seja, adstrito o levantamento ou a conversão em renda dos depósitos à coisa julgada formada na ação em referência, não se permite que jurisdição alheia interfira naquele resultado, ainda que sob fundamentação não debatida na ação onde se encontram os depósitos.

Ressalte-se que o ato do depósito em ação diversa não impede que a ordem mandamental alcance a relação tributária da qual derivaram os valores depositados, preservando-se o reconhecimento do direito de excluir os valores de ICMS-ST do PIS/COFINS recolhido desde 15.03.2017 após conversão em renda dos depósitos referentes àqueles recolhimentos (inexistindo ICMS destacado em nota de titularidade da impetrante). São situações distintas em seu caráter material.

Pelo exposto, dou parcial provimento ao apelo para conceder parcialmente a segurança.

É como voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO 5003067-91.2022.4.03.0000

Agravante: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Agravada: RAIA DROGASIL S/A
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VALDECI DOS SANTOS
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 17/05/2023

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPOSTO DE RENDA. PESSOA JURÍDICA. PROGRAMA DE ALIMENTAÇÃO DO TRABALHADOR. BENEFÍCIO FISCAL. DECRETO Nº 10.854/2021. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. INDEVIDA INOVAÇÃO NA ORDEM LEGAL. RECURSO DESPROVIDO.

1. O Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT, instituído pela Lei nº 6.321/1976 estabelece uma renúncia fiscal do Governo Federal referente a imposto de renda da pessoa jurídica – IRPJ, contribuição previdenciária e FGTS em favor dos empregadores cadastrados, contemplando seus trabalhadores de baixa renda com os benefícios previstos no programa de acordo com a modalidade de execução.
2. A controvérsia que se coloca, para os fins de análise da liminar, está em aferir se as alterações promovidas por normas infralegais, notadamente o Decreto 10.854/2021, configuram limitações impostas sem respaldo legal à utilização do benefício fiscal de IRPJ atrelado ao Programa de Alimentação do Trabalhador.
3. A jurisprudência do STJ consolidou-se no sentido de que a norma do artigo 3º, §4º, da Lei nº 9.249/1995 se aplica apenas aos benefícios fiscais que, por lei, impliquem dedução diretamente sobre o imposto devido e não àqueles que apenas de forma refletida, por reduzirem a própria base de cálculo do IRPJ e sua alíquota, impliquem diminuição do crédito tributário.
4. Por seu turno, as portarias e instruções normativas que limitam o valor da despesa no PAT extrapolam a função regulamentar ao estabelecer restrição não prevista em lei para o gozo do benefício, firmando-se a jurisprudência do STJ nesse sentido, de que as normas infralegais que estabelecem custos máximos das refeições individuais dos trabalhadores para fins de cálculo da dedução do PAT ofendem os princípios da estrita legalidade e da hierarquia das normas, por exorbitarem de seu caráter regulamentar, em confronto com as disposições da Lei nº 6.321/1976.
5. Portanto, diante do posicionamento firmado de forma majoritária, as limitações impostas pelo Decreto nº 10.854/2021, que altera a disposição do artigo 645, § 1º, do Decreto nº 9.580/2018 (RIR/18),

ofendem ao princípio da estrita legalidade, afigurando-se indevida inovação na ordem legal promovida por decreto, ao determinar que a dedutibilidade do benefício fiscal de IRPJ referente ao PAT seja limitada de acordo com a faixa salarial do trabalhador.

6. Cabível, portanto, a dedução do dobro das despesas comprovadamente incorridas com o PAT sobre o valor do lucro tributável, na forma do art. 1º da Lei nº 6.321/76, para fins de apuração do IRPJ e do respectivo adicional, observado o limite de dedução do imposto devido.

7. Agravo de instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

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

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto pela União Federal contra r. decisão proferida pelo MM. Juízo da 13ª Vara Federal de São Paulo, que deferiu a medida liminar em mandado de segurança impetrado no intuito de afastar as limitações quantitativas estabelecidas com a edição do Decreto nº 10.854/2021, entendendo que tal dispositivo reduziu a abrangência do Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT.

Sustenta a necessidade de observância do princípio da legalidade tributária, que autoriza ao Poder Executivo o exercício do poder regulamentar dos benefícios fiscais de dedução de despesas com o PAT. Requer a concessão de efeito suspensivo e, ao final, seja integralmente provido o presente recurso.

O pedido de efeito suspensivo foi indeferido.

Com contraminuta.

É o relatório.

VOTO

Ao analisar o pedido de efeito suspensivo, foi proferida a seguinte decisão:

“O Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT, instituído pela Lei nº 6.321/1976 estabelece uma renúncia fiscal do Governo Federal referente a imposto de renda da pessoa jurídica – IRPJ, contribuição previdenciária e FGTS em favor dos empregadores cadastrados, contemplando seus trabalhadores de baixa renda com os benefícios previstos no programa de acordo com a modalidade de execução.

A controvérsia que se coloca, para os fins de análise da liminar, está em aferir se as alterações promovidas por normas infralegais, notadamente o Decreto 10.854/2021, configuram limitações impostas sem respaldo legal à utilização do benefício fiscal de IRPJ atrelado ao Programa de Alimentação do Trabalhador.

A jurisprudência do STJ consolidou-se no sentido de que a norma do artigo 3º, §4º, da Lei nº 9.249/1995 se aplica apenas aos benefícios fiscais que, por lei, impliquem dedução diretamente sobre o imposto devido e não àqueles que apenas de forma refletida, por reduzirem a própria base de cálculo do IRPJ e sua alíquota, impliquem diminuição do crédito tributário:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. MPOSTO DE RENDA. PROGRAMA DE ALIMENTAÇÃO DO TRABALHADOR - PAT. ART. 1º DA LEI N. 6.321/76. FORMA DE CÁLCULO. DEDUÇÃO SOBRE O LUCRO TRIBUTÁVEL DA EMPRESA E NÃO SOBRE O IMPOSTO DE RENDA DEVIDO. REFLEXO NO CÁLCULO DO ADICIONAL DO IMPOSTO DE RENDA. PRECEDENTES.

1. É firme o posicionamento desta Corte segundo o qual os benefícios instituídos pelas Leis 6.297/75 e 6.321/76 aplicam-se ao adicional do imposto de renda, devendo, primeiramente, proceder-se à dedução sobre o lucro da empresa, resultando no lucro real, sobre o qual deverá ser calculado o adicional. Precedentes: AgInt no REsp 1.695.806/RS, 2ª T., Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 14/08/2018; AgInt no REsp 1491935/RS, Rel. Ministro Sergio Kukina, Primeira Turma, DJe 21/05/2020.

2. Não merece ser conhecida a alegação de superação dos precedentes citados na decisão monocrática em razão da superveniência de lei que veda expressamente a dedução sobre o adicional de IR, tendo em vista que a referida argumentação veio desacompanhada da análise dos ditos precedentes a fim de que fosse demonstrado o ponto da argumentação, consoante o exige o art. 489, §1º, V, do CPC/2015 (identificação de fundamentos determinantes e distinção). Precedente: AgInt no REsp.

1.674.898/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 14.8.2018.

3. Agravo interno não provido.”

(AgInt no REsp 1920246/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/08/2021, DJe 12/08/2021)

Por seu turno, as portarias e instruções normativas que limitam o valor da despesa no PAT extrapolam a função regulamentar ao estabelecer restrição não prevista em lei para o gozo do benefício, firmando-se a jurisprudência do STJ nesse sentido, de que as normas infralegais que estabelecem custos máximos das refeições individuais dos trabalhadores para fins de cálculo da dedução do PAT ofendem os princípios da estrita legalidade e da hierarquia das normas, por exorbitarem de seu caráter regulamentar, em confronto com as disposições da Lei nº 6.321/1976:

“PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO AO ART. 1.022 DO CPC/2015. OMISSÃO. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. IMPOSTO DE RENDA. PROGRAMA DE ALIMENTAÇÃO DO

TRABALHADOR. ILEGALIDADE DA PORTARIA INTERMINISTERIAL 326/1977 E DA INSTRUÇÃO NORMATIVA SRF 267/2002 DIANTE DA LEI 6.321/1976. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DETERMINADOS NA SENTENÇA E MODIFICADOS NO ACÓRDÃO. NOVA DETERMINAÇÃO DO CPC DE 2015. PRINCÍPIO TEMPUS REGIT ACTUM.

(...)

5. O Superior Tribunal de Justiça entende ser inviável o conhecimento do Recurso Especial quando os artigos tidos por violados não foram apreciados pelo Tribunal *a quo*, a despeito da oposição de Embargos de Declaração, haja vista a ausência do requisito do prequestionamento. Incide, na espécie, a Súmula 211/STJ. 6. *‘A jurisprudência deste STJ já está firmada no sentido de que a Portaria Interministerial n.º 326/77 e a Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal n.º 267/02 estabeleceram limitações ilegais não previstas na Lei 6.321/76, no Decreto n.º 78.676/76 ou no Decreto n. 5/91, quanto à condição de gozo do incentivo fiscal relativo ao PAT, quando fixaram custos máximos para as refeições individuais oferecidas pelo programa. Precedentes: REsp 157.990/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, DJU de 17.05.04; REsp 990.313/SP, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe 06.03.08; AgRg no REsp 1240144/ RS, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 15.05.2012’ (REsp 1.217.646/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 25/6/2013, DJe 1º/7/2013).*

(...)

10. Recurso Especial da União não provido, e Recurso Especial da empresa Cecrisa Revestimentos Cerâmicos S/A parcialmente provido, determinando o retorno dos autos à Corte de origem, para fixação dos honorários advocatícios, aplicando-se os critérios do novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015)."

(2ª Turma, REsp nº 1.662.728/RS, rel. Min. Herman Benjamin, j. 08.08.2017, DJe 12.09.2017 – g.n.)

"TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPOSTO DE RENDA. PROGRAMA DE ALIMENTAÇÃO DO TRABALHADOR - PAT. SISTEMÁTICA DE APURAÇÃO DO INCENTIVO FISCAL. LEI Nº 6.321/76. LIMITAÇÃO DE DEDUÇÃO. ILEGALIDADE DA INSTRUÇÃO NORMATIVA SRF N. 267/2002 ANTE A LEI N. 6.321/76.

"A jurisprudência deste STJ já está firmada no sentido de que a Portaria Interministerial n.º 326/77 e a Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal n.º 267/02 estabeleceram limitações ilegais não previstas na Lei 6.321/76, no Decreto n.º 78.676/76 ou no Decreto n. 5/91, quanto à condição de gozo do incentivo fiscal relativo ao PAT, quando fixaram custos máximos para as refeições individuais oferecidas pelo programa. Precedentes: REsp 157.990/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, DJU de 17.05.04; REsp 990.313/SP, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe 06.03.08; AgRg no REsp 1240144 / RS, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 15.05.2012" (REsp 1.217.646/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/06/2013, DJe 01/07/2013).

Agravo regimental improvido."

(AgRg no AREsp 639.850/SC, Relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, j. 17.03.2015, DJe 23.03.2015)

No mesmo sentido, confirmam-se julgados desta Turma Julgadora:

“MANDADO DE SEGURANÇA - IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA - DEDUÇÃO DAS DESPESAS DECORRENTES DO PAT - ILEGALIDADE DOS DISPOSITIVOS EXORBITANTES DA FUNÇÃO REGULAMENTAR.

1. A dedução das despesas decorrentes do Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT) é aplicada em dobro, sobre o lucro tributável, nos termos do artigo 1º, da Lei Federal nº 6.321/1976.

2. A interpretação de benefício fiscal é restritiva, mas não sufraga a redução infralegal dos parâmetros firmados em lei. Ilegais os dispositivos que exorbitam a função regulamentar.

3. É viável a compensação ou restituição do indébito, observada a prescrição quinquenal.

4. Súmula nº. 461, do Superior Tribunal de Justiça: “O contribuinte pode optar por receber, por meio de precatório ou por compensação, o indébito tributário certificado por sentença declaratória transitada em julgado”.

5. Apelação e remessa necessária desprovidas.

(ApelRemNec nº 5027066-14.2019.4.03.6100 - Sexta Turma - Rel. Des. Fed. Toru Yamamoto j. 18.02.2020)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. IMPOSTO DE RENDA DA PESSOA JURÍDICA. INCENTIVO FISCAL. PROGRAMA DE ALIMENTAÇÃO DO TRABALHADOR (PAT). LIMITAÇÃO POR INSTRUÇÃO NORMATIVA DA RECEITA FEDERAL. ILEGALIDADE. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. A decisão recorrida foi proferida em consonância com o art. 932 do Código de Processo Civil de 2015, estando supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Superior Tribunal de Justiça, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, seguida por esta Corte Regional, é firme no sentido de que as normas infralegais que estabelecem custos máximos das refeições individuais dos trabalhadores para fins de cálculo da dedução do PAT, bem como aquelas que alteram a base de cálculo da referida dedução para fazê-la incidir no IRPJ resultante, ofendem os princípios da estrita legalidade e da hierarquia das normas, por exorbitarem de seu caráter regulamentar, em confronto com as disposições da Lei n. 6.321/76. Precedentes.

3. Reconhecido o direito da parte autora a proceder à dedução, no lucro tributável de IRPJ, das despesas realizadas com o Programa de Alimentação do Trabalhador - PAT, nos termos da Lei n. 9.532/97, afastadas as limitações impostas pelo artigo 2º da IN SRF n. 267/02, não cabendo falar em interpretação restritiva da lei.

4. As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decisor, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

5. Agravo interno desprovido.

(ApelRemNec nº 5001526-95.2018.4.03.6100 - Sexta Turma – Rel. Des. Fed. Diva Malerbi - j. 18.09.2020)

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. PROGRAMA DE ALIMENTAÇÃO DO TRABALHADOR E BENEFÍCIO FISCAL DO IMPOSTO DE RENDA. LIMITAÇÕES IMPOSTAS POR ATOS NORMATIVOS INFRALEGAIS QUE VIOLAM E EXTRAPOLAM OS TERMOS DA LEI 78.676/76. ILEGALIDADE CONFIRMADA, ADMITINDO A DEDUTIBILIDADE DO DOBRO DE DESPESAS COM O PAT DO LUCRO TRIBUTÁVEL, RESPEITADA A LIMITAÇÃO DE 4% DO

IMPOSTO DE RENDA DEVIDO, E SEM OBSERVAR A LIMITAÇÃO POR REFEIÇÃO INDIVIDUAL. RECONHECIDO O DIREITO DE COMPENSAÇÃO DOS INDÉBITOS, RESSALVADA A IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAR DÉBITOS PREVIDENCIÁRIOS. RECURSO DESPROVIDO E REEXAME PARCIALMENTE PROVIDO, CONCEDENDO PARCIALMENTE A SEGURANÇA.

1. Conforme entendimento firmado pelo STJ e por esta Corte Regional, violam tais princípios os atos normativos infralegais que: estabeleceram que as despesas com o PAT seriam deduzidas diretamente do Imposto de Renda devido, e não do lucro tributável, conforme prevê a Lei nº 6.321/76; e fixaram limite máximo por refeição oferecida pelo programa.

2. A Lei nº 9.532/97, em seu art. 5º, não chancelou a dedução do dobro das despesas com o PAT do imposto de renda devido, mas apenas estabeleceu que as despesas relativas ao PAT, deduzidas diretamente do lucro tributável, devem ser limitadas a quatro por cento (4%) do imposto de renda devido.

3. Por fim, registro que o adicional do imposto de renda não sofre qualquer dedução em virtude do benefício fiscal analisado, pois como já dito o dobro das despesas com o PAT é deduzido do lucro tributável, calculado antes do adicional do imposto de renda. Portanto, não há qualquer violação ao art. 3º, § 4º, da Lei nº 9.249/95, na medida em que nada é deduzido diretamente do adicional do imposto de renda.

4. Assentado o ponto, é mister reconhecer à impetrante dos indêbitos decorrentes da sistemática e limitação dos atos normativos ilegais. A correção do indébito deverá ser feita pela Taxa SELIC, bem como deverá ser observado: o prazo prescricional quinquenal; a incidência do art. 170-A do CTN; e a impossibilidade de compensar débitos previdenciários quando não cumpridos os requisitos previstos no art. 26-A da Lei 11.457/07. (ApRemNec nº 5007841-76.2017.4.03.6100 -Sexta Turma - Rel Des. Fed. Johnsonsom di Salvo - j. 10.08.2018)

Portanto, diante do posicionamento firmado de forma majoritária, as limitações impostas pelo Decreto nº 10.854/2021, que altera a disposição do artigo 645, § 1º, do Decreto nº 9.580/2018 (RIR/18), ofendem ao princípio da estrita legalidade, afigurando-se indevida inovação na ordem legal promovida por decreto, ao determinar que a dedutibilidade do benefício fiscal de IRPJ referente ao PAT seja limitada de acordo com a faixa salarial do trabalhador.

Cabível, portanto, a dedução do dobro das despesas comprovadamente incorridas com o PAT sobre o valor do lucro tributável, na forma do art. 1º da Lei nº 6.321/76, para fins de apuração do IRPJ e do respectivo adicional, observado o limite de dedução do imposto devido.

Desse modo, *indefiro o pleiteado efeito suspensivo.*”

Assim sendo, em nova análise, este Relator confirma o acerto da r. decisão monocrática, que apreciou o mérito do agravo de instrumento, devendo, portanto, ser mantida integralmente.

Diante do exposto, *nego provimento ao agravo de instrumento*, na forma da fundamentação acima.

É o voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO 5019989-13.2022.4.03.0000

Agravante: CONSELHO REGIONAL DE QUÍMICA IV REGIÃO
Agravado: DIEGO ORIGENES LEONEL HULM
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NABARRETE
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 17/04/2023

EMENTA

TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. ART. 8º DA LEI Nº 12.514/2011 COM ALTERAÇÃO PELA LEI Nº 14.195/2021. VALOR MÍNIMO DA DÍVIDA. INAPLICABILIDADE ÀS AÇÕES AJUIZADAS ANTERIORMENTE À SUA ENTRADA EM VIGOR. SOBRESTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.

- É inaplicável o artigo 8º da Lei nº 12.514/2011, com a redação conferida pela Lei nº 14.195/2021 às execuções fiscais ajuizadas antes de sua entrada em vigor, que se deu em 27.08.2021.

- Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu dar provimento ao agravo de instrumento, a fim de determinar o prosseguimento da execução fiscal, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram a Des. Fed. MARLI FERREIRA e a Des. Fed. MÔNICA NOBRE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

Agravo de instrumento interposto pelo *Conselho Regional de Química da IV Região* contra decisão que, em execução fiscal, determinou o arquivamento do feito sem baixa na distribuição, com fundamento no artigo 8º da Lei nº 12.514/2011, alterado pela Lei nº 14.195/2021 (Id. 255739332 dos autos originais).

Alega-se, em síntese, que (Id. 261134163):

a) a Lei nº 14.195/21 apresenta vícios formais de inconstitucionalidade, decorrentes do projeto de Lei de Conversão da MP 1.040/2021 com emendas,

bem como vício materiais, dado que alterou situações jurídicas já constituídas (arquivamento dos executivos fiscais em andamento que não alcançarem o novo limite legal), em evidente violação à segurança jurídica, ao ato jurídico perfeito e ao livre acesso ao Poder Judiciário;

b) a Lei nº 14.195/21 não pode ser aplicada retroativamente.

O efeito suspensivo foi indeferido (Id. 262027805).

Sem contraminuta.

É o relatório.

VOTO

A lide diz respeito ao sobrestamento da execução fiscal, nos termos do art. 8º, §2º, da Lei nº 12.514/2011, com a redação conferida pela Lei nº 14.195, de 26 de agosto de 2021. Anteriormente, o dispositivo explicitado estabelecia, *verbis*:

“Art. 8º Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente.”

Com a alteração, que entrou em vigor na data da publicação da Lei nº 14.195/2021, passou a ter a seguinte redação:

“Art. 8º Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas, de quaisquer das origens previstas no art. 4º desta Lei, com valor total inferior a 5 (cinco) vezes o constante do inciso I do *caput* do art. 6º desta Lei, observado o disposto no seu § 1º. (Redação dada pela Lei nº 14.195, de 2021)

§ 2º Os executivos fiscais de valor inferior ao previsto no *caput* deste artigo serão arquivados, sem baixa na distribuição das execuções fiscais, sem prejuízo do disposto no art. 40 da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980. (Incluído pela Lei nº 14.195, de 2021)

Art. 58. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação e produzirá efeitos: (...)

V - na data de sua publicação, quanto aos demais dispositivos.”

As decisões singulares no REsp n.º 2.010.374 e no REsp n.º 2.011.880 não resolvem definitivamente a questão, porque não foram tomadas com base em regime de repetitivos. Ademais, o REsp n.º 1.404.796/SP foi específico ao artigo 8º da Lei n.º 12.514/2011, na redação pretérita, e conclui que ele não se aplicaria às ações anteriores à sua edição.

As razões de decidir do REsp 1.404.796/SP não geram efeito vinculativo para a novel redação do artigo 8º operada pela Lei n.º 14.195/2021.

De outro lado, o artigo 8º e seu parágrafo 2º da Lei n.º 14.195/2021 devem ser interpretados de acordo com o artigo 1.211 do CPC: tem aplicação imediata, mas segundo os parâmetros que o próprio STJ fixou à luz da doutrina processual vigente:

“Pela leitura do referido dispositivo conclui-se que, em regra, a norma de natureza processual tem aplicação imediata aos processos em curso.

Ocorre que, por mais que a lei processual seja aplicada imediatamente aos processos pendentes, deve-se ter conhecimento que o processo é constituído por inúmeros atos.

Tal entendimento nos leva à chamada “Teoria dos Atos Processuais Isolados”, em que cada ato deve ser considerado separadamente dos demais para o fim de se determinar qual a lei que o rege, recaindo sobre ele a preclusão consumativa, ou seja, a lei que rege o ato processual é aquela em vigor no momento em que ele é praticado. Seria a aplicação do Princípio *tempus regit actum*. Com base neste princípio, temos que a lei processual atinge o processo no estágio em que ele se encontra, onde a incidência da lei nova não gera prejuízo algum às partes respeitando-se a eficácia do ato processual já praticado.

Dessa forma, a publicação e entrada em vigor de nova lei só atingem os atos ainda por praticar, no caso, os processos futuros, não sendo possível falar em retroatividade da nova norma, visto que os atos anteriores de processos em curso não serão atingidos.” (REsp 1.404.796/SP).

Em consequência, prevalece o princípio do *tempus regit actum*. Respeita-se o ato já praticado. A data da propositura da ação (execução) regula as condições existentes naquele momento, ou seja, o valor de 4 (quatro) anuidades, *ex vi* do artigo 8º da Lei n.º 12.514/11.

A regra no Direito brasileiro é a irretroatividade, inclusive no Direito Processual para o qual a incidência de uma nova lei é do presente para o futuro, respeitados os atos já formados e aperfeiçoados no seu devido tempo. Não é sem razão que a Lei n.º 14.195/21 dispõe no artigo 58 e inciso V que ela entra em vigor na data da sua publicação a partir da qual *produzirá efeitos*.

Quanto ao §2º do artigo 8º da Lei n.º 14.195/21, a melhor interpretação é aquela que não fere direitos. Se o exercício do direito de ação se efetiva na vigência da Lei n.º 12.514/11 (quatro anuidades), uma lei do futuro não pode retroagir para ceifá-lo, porque perfeito e acabado, sob pena de contrariar o artigo 5º, incisos XXXV e XXXVI, da Constituição.

Como leciona a doutrina e o próprio Supremo Tribunal Federal, deve-se realizar uma interpretação conforme a Constituição, que assim é conceituada:

“Algumas normas infraconstitucionais podem possuir conteúdo que dê margem a diversas interpretações. Por isso, são chamadas de normas plurissignificativas ou polissêmicas.

Partindo do pressuposto de que as normas legais são presumidamente constitucionais, o intérprete deve buscar dentre seus diversos significados

aquele que guarde conformidade com a Constituição. Assim, fixa-se uma determinada interpretação e afasta-se as demais que não se coadunam com a Carta Política.

A interpretação conforme a Constituição deverá ser implementada pelo Judiciário e, em última análise, pelo Supremo Tribunal Federal. Desse modo, esse princípio situa-se no âmbito do controle de constitucionalidade das leis e não apenas como regra de interpretação.” (A interpretação conforme a Constituição e a jurisprudência do STF, Kerinne Maria Freitas Pinheiro).

Dessa forma, o §2º do artigo 8º da Lei n.º 14.195/21 deve ser interpretado de modo que se preserve uma das interpretações possíveis, a qual não castre, restrinja ou cerceie o direito de ação, constitucionalmente garantido. A aplicação do dispositivo às situações já constituídas, como é o caso das ações propostas na vigência da Lei n.º 12.514/11, esbarraria no direito de ação já exercido, com possível ofensa à Constituição, especificamente ao artigo 5º, incisos XXXV e XXXVI. Todavia, é razoável a interpretação que o preserve, no sentido de que apenas se o aplique nas hipóteses em que o patamar de 05 (cinco) anuidades deixe de existir para as ações propostas após a vigência da Lei n.º 14.195/21.

In casu, o feito foi distribuído em 14.11.2017 (Id. 3454186, dos autos de origem), anteriormente à alteração promovida pela Lei nº 14.195/2021, que entrou em vigor em 18.08.2021, razão pela qual deve ser observada a anterior redação do artigo 8º da Lei nº 12.514/11, o que afasta o arquivamento dos autos, nos termos do artigo 8º, § 2º, da Lei nº 12.514/2011, com redação dada pela Lei nº 14.195/2021.

Ante o exposto, voto para *dar provimento ao agravo de instrumento*, a fim de determinar o prosseguimento da execução fiscal.

Sentenças



AÇÃO CIVIL PÚBLICA **0001313-92.2010.4.03.6121**

Autores: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - PR/SP, UNIÃO FEDERAL
Réus: CENTRO NÁUTICO TIMONEIRO LTDA – ME, ARMANDO AFONSO ARNONI e SONIA REGINA MORAES
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE CARAGUATATUBA-SP
Juiz Federal: GUSTAVO CATUNDA MENDES
Disponibilização da Sentença: DJEN 16/03/2023

SENTENÇA

I – RELATÓRIO

Trata-se da ação civil pública n. 0001313-92.2010.4.03.6121 (principal) proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL em face da pessoa jurídica o CENTRO NAUTICO TIMONEIRO LTDA - ME, situado no denominado SACO DA RIBEIRA (*Estrada da Ribeira, n. 64, no SACO DA RIBEIRA, em UBATUBA-SP, CNPJ 08.710.647/0001-19*), e seus representantes pessoas físicas ARMANDO AFONSO ARNONI e SONIA REGINA MORAES, e da ação civil pública n. 5000395-43.2019.4.03.6135 (associada) proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL em face do CENTRO NAUTICO TIMONEIRO LTDA - ME, ARMANDO AFONSO ARNONI e UNIÃO FEDERAL, em que pretende, em síntese, sejam os réus condenados de forma solidária às OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO-FAZER tendentes à demolição de todas as obras edificadas sobre faixa de AREIA DE PRAIA, à devida regularização patrimonial das ocupações de TERRENOS DE MARINHA e dos ESPELHOS D'ÁGUA perante a SPU (UNIÃO), bem como aso atos necessários para emissão das Licenças Ambientais perante a CETESB (ESTADO DE SÃO PAULO) para o desenvolvimento das atividades potencialmente poluidoras ao meio ambiente (marina e garagem náutica), com as OBRIGAÇÕES decorrentes de indenizar pelo uso das áreas públicas da UNIÃO, e de restaurar e recuperar todo o meio ambiente afetado pelas ocupações indevidas e irregulares destinadas à atividade comercial. Juntou documentos.

Quanto às medidas de recuperação, requer sejam precedidas de apresentação de projeto de recuperação ambiental da área degradada para aprovação, implantação e monitoramento. Ainda, na inviabilidade de cumprimento da obrigação de fazer, pede pela condenação dos réus no pagamento de indenização.

A ação civil pública n. 5000395-43.2019.4.03.6135 (associada) tramitou inicialmente perante a Justiça Estadual, sendo que, em razão da manifestação da União Federal pelo interesse no feito, os autos foram remetidos à Justiça Federal, em que passaram a ter tramitação conjunta à ação civil pública n. 0001313-92.2010.4.03.6121 (principal).

O Ministério Público, por meio do *Grupo de Atuação Especial do Meio Ambiente no Litoral Norte (GAEMA-LN)*, visa a condenação dos réus Centro Náutico Timoneiro e de seus representantes (Afonso Arnoni e Sonia Regina Moraes) por irregularidades ambientais no empreendimento náutico e por danos ao meio ambiente decorrentes de sua instalação e funcionamento.

Em síntese, se insurge a parte autora em face dos réus pela *“prática de graves danos ambientais consistentes na ocupação ilegal de bem de uso comum do povo (praia), mediante a edificação de galpões para a guarda e manutenção de embarcações, com posterior cercamento da área, impedindo o acesso interno ao empreendimento, além de aterro de praia e mar territorial, no total de 9.720,56m², e canalização de curso d’água, tudo em área de preservação permanente e sem qualquer autorização ou licença expedida pelos órgãos ambientais competentes e em desrespeito a embargo administrativo de obra.”*. (vide ACP 5000395-43.2019.4.03.6135 – Parecer do MPF - PDF Fl. 3746)

Após citação da parte ré, foram apresentadas contestações e reiteradas manifestações das partes.

Houve inclusive a realização de audiência com as partes em 09/03/2016, a quem foi oportunizada a palavra para apresentarem a situação de ocupação de TERRENOS DE MARINHA, acrescidos de marinha e ESPELHOS D’ÁGUA pelo réu Centro Náutico Timoneiro, com referência pelos réus sobre a emissão e suspensão da Licença de Operação (LO) n. 68000135, bem como informação da União Federal sobre a INF/COCAP n. 166/2015/SPU/SP da SPU, DE 08/04/2015, e INF/COCAP n. 007/2016/SPU/SP, de 15/01/2016 (PDF - Fl. 372), que, em resumo, apontam para a efetiva necessidade de regularização administrativa da ocupação da área de terreno de marinha e acrescidos de marinha pelos réus, que poderiam somar *“9.144,56m²..., sendo 7.553,01m² jamais objeto de cadastro”*, e *“foi identificada também uma área total de 13.550,43m² relativa ao uso de espelho d’água pelas estruturas náuticas”* (vide ACP 0001313-92.2010.4.03.6135 – Parecer do MPF – PDF Fl. 2240).

Em prosseguimento, houve ofícios à SPU, à CETESB e à Prefeitura Municipal de Ubatuba-SP para certidões explicativas e informações sobre a ocupação das áreas objeto das lides pela parte ré, a partir dos dados constantes dos autos.

Após ter por este Juízo Federal sido verificado lapso pela SPU na medida em que, em resposta ao ofício, houve por bem proceder à inscrição dos *“terrenos acrescidos”* e do *“espelho d’água”* (“novos” RIP’S 7209.01000111-15 e 7209.100112-04), tendo considerado tais ocupações regularizadas, quando, na verdade, a ordem deste Juízo fora expressa em determinar que tão somente fossem prestadas informações por *“certidão explicativa em relação à situação de regularidade de ocupação patrimonial do Centro Náutico Timoneiro ante a ocupação de área de marinha, acrescidos de marinha e espelho d’ água, independentemente de necessidade de regularização ambiental da ocupação da área pelo Centro Náutico Timoneiro perante a CETESB, houve ordem de cancelamento de referidos RIPS.*

Oferecidos embargos de declaração pelo Centro Náutico Timoneiro Ltda. e outros em face à referida decisão, foram prestadas informações nos autos sobre os “novos” RIP’s 7209.01000111-15 e 7209.100112-04, inscritos em 28 e 29/04/2016, bem como em relação às áreas já objeto dos RIP’s 7209.000096-06, 7209.000097-97, 7209.000099-69 e 7209.000098-76, tendo sido assim sintetizado pelo autor:

Desta forma, com base em medições e demarcações realizadas *in loco* por técnicos do órgão patrimonial, chegou-se à área *efetivamente* ocupada, que foi retificada em relação aos RIPs já existentes (áreas 1, 2 e 3), sendo inscritas as áreas 4 e 5 em razão do equivocado atendimento à suposta determinação judicial, totalizando as áreas a seguir trazidas:

RIP nº	Titular	Conceituação	Área (m²)
Área 1 7209.000098-78	Ubamar SC Ltda	Terrenos de Marinha	<i>retificado</i> para 1.875,87
Área 2 7209.000099-59	Ubamar SC Ltda	Acrescidos	<i>retificado</i> para 199,64
Área 3 7209.000096-06 e 7209.000097-97	Porto Ribeira Constr. e Empr. Turísticos	Terrenos de marinha	<i>retificado</i> para 692,50
Área 4 7209.01.000111-15	Centro Náutico Timoneiro	Acrescidos	<i>inscrição</i> <i>inicial</i> (ofício juízo) 9.144,56
Área 5 7209.01000112-04	Centro Náutico Timoneiro	Espelho D’água	<i>inscrição</i> <i>inicial</i> (ofício juízo) 13.550,43
TOTAL			25.462,75

(vide ACP 2010.0001313-92 – PDF – Fl. 2245)

Após manifestações das partes em contraditório, tendo inclusive este Juízo, em sede de cognição sumária, determinado a cautelar reativação dos “novos” RIP’s 7209.01000111-15 e 7209.100112-04 (de 28 e 29/04/2016), “com as readequações e redimensionamento necessários... para que sejam de fato afastados nocivos ‘bis in idem’” (cf. Decisão ID 17057947, de 11/02/2019 - PDF – Fl. 1614), houve a juntada de documentos técnicos diversos, inclusive com o pleno exercício do interesse recursal (embargos de declaração) no curso da

tramitação processual, tendo-se por encerrada a instrução processual, sobretudo considerando as juntadas de documentos técnicos acessados por todas as partes e reiteradas manifestações das partes em defesa de suas razões, inclusive com pedido de julgamento, motivo pelo qual vieram os autos conclusos.

Tendo havido o exercício regular do contraditório e da ampla defesa, com exaurimento da fase postulatória e produção de prova técnica documental por todas as partes, inclusive prestação de informações complementares por órgãos diversos (CETESB, SPU e Prefeitura Municipal de Ubatuba-SP), os feitos comportam julgamento conforme o estado do processo, diante do conjunto probatório acostados aos autos, conforme passa a se expor na fundamentação que segue.

É, em síntese, o relatório. Fundamento e decido.

II.2 – FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

II.2.1 – PRELIMINARMENTE

A) COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL

A competência é pressuposto (processual positivo de validade) indeclinável para o exercício da jurisdição. Ao estabelecer a competência (absoluta) da Justiça Federal, dispõe a Constituição Federal:

“Art. 109. Aos *juízes federais* compete processar e julgar:

I – as *causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem* interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho; (...).”

Sendo a União “interessada, na condição de autora, ré, assistente ou oponente”, como ocorre no presente caso, a *competência é da Justiça Federal*.

B) LEGITIMIDADE DE PARTE

Quanto à suposta ilegitimidade ativa do Ministério Público para a propositura das ações tem tela, não se sustenta, ante a função institucional conferida ao Ministério Público em geral para “*promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos*”, nos termos da CF/88, art. 129, inciso III, somado ao princípio da unidade do Ministério Público (CF/88, art. 127, § 1º), independentemente de se tratar de eventual degradação e construção em área de terreno de marinha, conforme se alega na petição inicial, o que deverá ser objeto do mérito da presente ação.

Ademais, considerando que ação civil pública n. 5000395-43.2019.4.03.6135 (associada) fora proposta inicialmente perante o Juízo Estadual, de fato era do Ministério Público do Estado de São Paulo a atribuição para oficiar perante a Justiça Estadual em defesa do meio ambiente, não havendo em que se falar em ilegitimidade ativa, nem do Ministério Público

Federal, nem do Ministério Público do Estado de São Paulo, que exercem sua atribuição dentro dos limites da Constituição Federal e da legalidade (Lei. 7.347/1985 (ACP), art. 5º, inciso I).

C) PRESCRIÇÃO

Afasto a pretensão dos réus de incidência da prescrição do direito de ação, seja pelo prazo de 20 (vinte) ou de 5 (cinco) anos, tendo em vista o caráter continuativo dos atos e fatos objeto das presentes ações civis públicas, que contam com documentos técnicos recentes reportando ao dano ambiental e ocupação ilegal atual pelos réus de faixa de AREIA DE PRAIA, bem como a ausência de cadastro regular patrimonial (SPU) e devido licenciamento ambiental (CETESB) em razão da prática de atividades potencialmente poluidoras.

D) PERDA DO OBJETO – LIDE - CONDIÇÕES DA AÇÃO

Apesar das ponderações da parte ré durante a tramitação do feito, não deve prevalecer a pretensão de eventual perda do objeto dos autos em razão das supostas regularizações alegadas (*“perdeu seu objeto, pois o pedido da ação se baseia em falta de licença ambiental, e esta foi emitida como licença de operações até 2021 pelo órgão licenciador.”* – vide ACP 2019.5000395-43 – PDF fl. 3818).

Com efeito, encontram-se ainda presentes a controvérsia e a lide entre as partes, devendo ser aferidas no mérito todas as informações técnicas prestadas pela CETESB e SPU, bem como a necessidade de Licenciamento Ambiental ativo e regular (CETESB), e ainda a devida inscrição patrimonial da ocupação de Terreno de Marinha em sede administrativa (SPU), não comportando o acolhimento em sede de preliminar da alegação de carência de ação, pela suposta ausência do interesse processual.

E) AÇÕES CONEXAS – JULGAMENTO CONJUNTO – CPC, ART. 54

Nos termos de decisão proferida por este Juízo Federal, no propósito de se otimizar o regular processamento, foi determinada a reunião dos feitos em razão de conexão (CPC, arts. 54 a 59), em virtude de se tratarem de ações envolvendo partes em comum, referentes à ocupação pela parte ré de áreas situadas em ÁREA DE PRAIA, TERRENOS DE MARINHA e ESPELHOS D'ÁGUA no Saco da Ribeira, em Ubatuba-SP, tendo, portanto, causas de pedir e pedidos similares, visando em síntese a demolição de edificações sobre faixa de AREIA DE PRAIA, bem como imposição de obrigações de não-fazer e de fazer relativas à regularização cadastral das ocupações sobre TERRENOS DE MARINHA e ESPELHOS D'ÁGUA perante a SPU e CETESB.

O apensamento de referidas ações civis públicas atende à previsão da lei processual civil (CPC, art. 54, § 3º), sobretudo para se afastar nocivas decisões conflitantes ou contraditórias e a indesejada insegurança jurídica entre feitos decorrentes da mesma situação de fato, motivo pelo qual será tomado em consideração todo o conjunto probatório produzido para fins de julgamento em conjunto das ações a partir da presente sentença em comum.

Com efeito, após decorrido tempo considerável desde a propositura das ações civis públicas (em 2010 e 2019), por razões diversas, após superada as fases postulatória e de produção de provas, com plena oportunidade de exercício do contraditório e da ampla defesa pelas partes bem representadas, afigura-se razoável e oportuno o julgamento das ações em conjunto, sobretudo por não se vislumbrar qualquer prejuízo às partes (princípio do *pas de nullite sans grief*), pelo contrário, e este Juízo Federal se mantém firme no propósito de otimizar o tempo e os atos processuais e se afastar a insegurança jurídica, observado o princípio da economia processual e da duração razoável do processo (CF, art. 5º, inciso LXXVIII).

F) PRODUÇÃO PROBATÓRIA – CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA, - DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO (CF, ART. 5º, LXXVIII)

Conforme amplo conjunto probatório constantes dos autos, a partir da juntada reiterada de documentos técnicos por todas as partes, desde Ministério Público Federal (autor) e Centro Náutico Timoneiro (réu), até pelos órgãos especializados SPU (União) e CETESB (Estado de São Paulo), contando os feitos com *ofícios, mapas, croquis, laudos e pareceres técnicos* sobre a área objeto das demandas em tela, infere-se que os feitos se encontram instruídos de forma satisfatória e suficiente (CPC, art. 370) para o provimento jurisdicional.

Tendo havido no curso processual exaustivas ponderações pelas partes sobre a vasta prova documental acostada, e ainda manifestações com pedidos de tutela antecipada de forma incidental, impõe-se o reconhecimento por todos de que as fases postulatória e probatória se encontram devidamente superadas, tendo por todas as partes sido exercido de forma reitrada o direito de petição, bem como o direito ao contraditório e ampla defesa, inclusive com exercício de pretensão recursal (embargos de declaração) no curso das ações, estando ainda todos os pólos bem representados.

Pela parte autora foi asseverado que *“a prova pericial, s.m.j., é absolutamente desnecessária”,* sendo que *“o contexto probatório carreado aos autos tanto pelos autores como pelos réus, s.m.j., já se mostra suficientemente farto e contundente em viabilizar a análise e julgamento dos fatos”.* (vide ACP 2019.5000395-43 – PDF Fl. 3754). Por sua vez, aduz a parte ré que *“os argumentos dos Réus são substanciosos, acrescentando elementos técnicos que, visam esclarecer a realidade dos fatos para o julgamento da referida ação”,* já tendo havido o pedido de julgamento no estado do processo por todas as partes dos processos.

Por consequência, resta demonstrado, por ambas as partes, a desnecessidade da produção de prova técnica pericial, ante o arcabouço técnico e documental já constante das ACPs 2010.0001313-92 e 2019.5000395-43, que somam juntas mais de 6.000 (cinco mil) páginas (2.382 + 3.917) e 13 (treze) anos de tramitação, desde a Justiça Estadual até esta Justiça Federal.

Nestes termos, considerando os elementos de prova técnica e documental dos autos, amparado por ampla produção de prova técnica submetida ao

contraditório e ampla defesa por todas as partes e órgão, em necessária observância ao princípio da duração razoável do processo (CF, art. 5, inciso LXXVIII), este Juízo Federal entende pela desnecessidade de produção de outras provas e, inclusive em homenagem à otimização do tempo, dos atos processuais e dos custos financeiros das partes, afastando-se a nociva eternização as discussões e pretensões incidentais, passa ao julgamento de mérito por sentença conforme o estado dos processos (CPC, art. 351).

II.2 – MÉRITO

II.2.1 – AÇÃO CIVIL PÚBLICA - MARINA NÁUTICA – OCUPAÇÃO DE AREIA DE PRAIA, TERRENOS DE MARINHA E ESPELHOS D'ÁGUA - ATIVIDADE POTENCIALMENTE POLUIDORA AO MEIO AMBIENTE

Em razão da matéria objeto das ações civis públicas n. 0001313-92.2010.4.03.6121 (principal) e n. 5000395-43.2019.4.03.6135 (associada), faz-se oportuna a análise da legislação que dispõe de alguma forma sobre a ocupação de faixa litorânea, dos terrenos de marinha e acrescidos de marinha e das praias, sendo estas ordinariamente consideradas bem de uso comum do povo.

Os terrenos de marinha e as praias marítimas são considerados bens da União, conforme previsão do art. 20, incisos IV e VII da Constituição Federal de 1988:

“DA UNIÃO

Art. 20. São *bens da União*:

I - os que atualmente lhe pertencem e os que lhe vierem a ser atribuídos;

II - as terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei;

III - os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais;

IV as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as *praias marítimas*; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as que contenham a sede de Municípios, exceto aquelas áreas afetadas ao serviço público e a unidade ambiental federal, e as referidas no art. 26, II; (...).

VII - os *terrenos de marinha e seus acrescidos*;

Por sua vez, o *Código Civil* prevê que:

Art. 99. São bens públicos:

I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças; (...)

Art. 100. Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar.

É importante que se evite a confusão, por vezes existente, entre o *conceito legal de "terrenos de marinha"* e o *conceito legal de "praia"*.

São duas categorias jurídicas absolutamente distintas: (a) praia; e (b) terrenos de marinha. Ambas são bens de domínio público, dominiais ou dominicais, porém com regimes jurídicos distintos e que impõem direitos e obrigações diferenciados em relação à sua ocupação.

A) AREIA DE PRAIA – BEM DA UNIÃO – ÁREA DE USO COMUM DO POVO – PROIBIÇÃO LEGAL DE CONSTRUÇÃO – DEVER DE DESOCUPAÇÃO

Praias são bens públicos federais de uso comum do povo (CF, art. 20, inciso IV). Pertencentes à uma das pessoas jurídicas de direito público interno, podem ser utilizados por todos, sem restrição, gratuita ou onerosamente, ainda que o poder público possa restringir ou suspender o uso e fruição, como por motivos de segurança (como em um desmoronamento).

O *conceito legal de "praia"* se encontra previsto no art. 10, § 3º, da Lei 7.661/1988 como sendo:

Art. 10. *As praias são bens públicos de uso comum do povo, sendo assegurado, sempre, livre e franco acesso a elas e ao mar, em qualquer direção e sentido, ressalvados os trechos considerados de interesse de segurança nacional ou incluídos em áreas protegidas por legislação específica.*

§ 1º. *Não será permitida a urbanização ou qualquer forma de utilização do solo na Zona Costeira que impeça ou dificulte o acesso assegurado no caput deste artigo.*

§ 2º. *A regulamentação desta lei determinará as características e as modalidades de acesso que garantam o uso público das praias e do mar.*

§ 3º: *Entende-se por praia a área coberta e descoberta periodicamente pelas águas, acrescida da faixa subsequente de material detrítico, tal como areias, cascalhos, seixos e pedregulhos, até o limite onde se inicie a vegetação natural, ou, em sua ausência, onde comece um outro ecossistema". (Grifo nosso).*

O Decreto-Lei nº 9.760/1946 não faz distinção alguma entre os diferentes tipos de praia e de relevo existentes. A mesma regra é válida para uma *praia plana*, para outra *praia de tombo*, para um *manguezal*, para a faixa marginal de rios com *influência das marés*, para os montes (penínsulas) que se projetam desde a linha da praia em direção ao oceano e que costumam separar uma praia da outra.

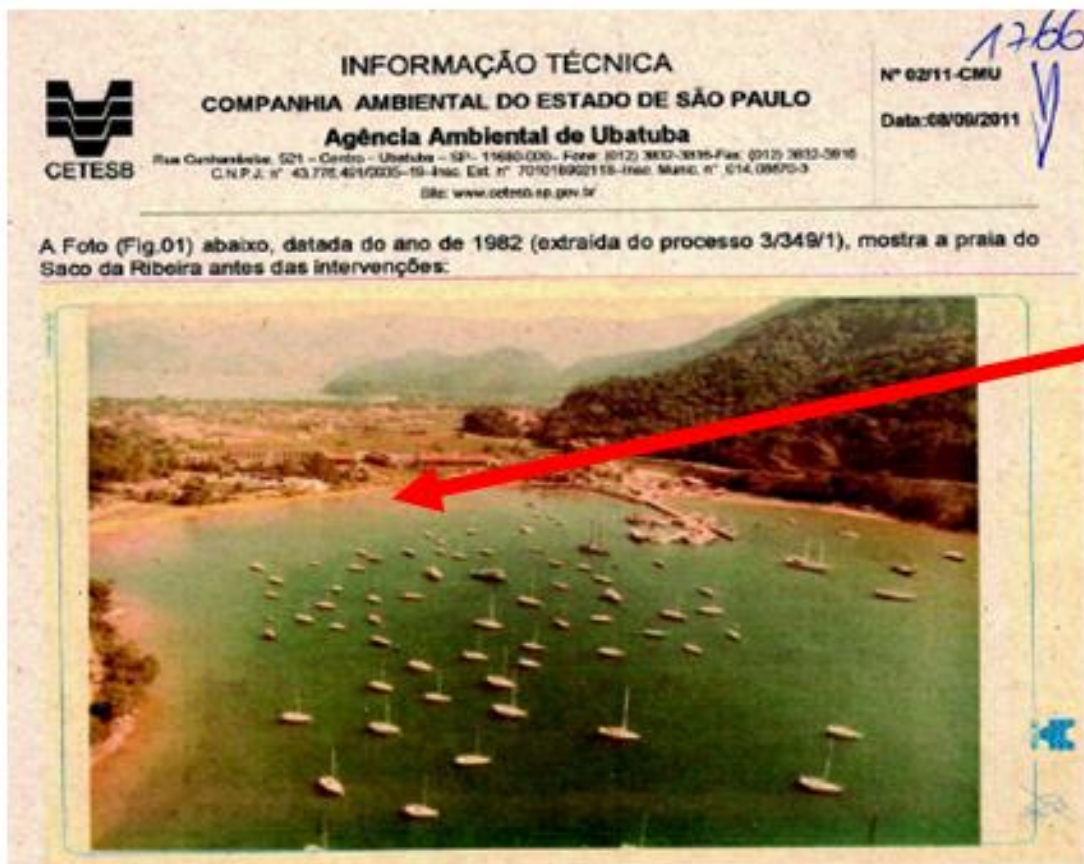
Por conseguinte, em aplicação aos termos da LEI vigente no ordenamento jurídico brasileiro, impõe-se o reconhecimento da vedação de "urbanização ou qualquer forma de utilização" em faixa de areia de praia que "impeça ou dificulte o acesso assegurado" a tal área, sobretudo em razão de se tratar de *área de uso comum do povo*, ou seja, devendo a todos haver *garantia de pleno e irrestrito "acesso que garantam o uso público das praias e do mar"* (art. 10, §§ 1º e 2º, da Lei 7.661/1988).

Em outras palavras, não se pode permitir e o Poder Público não pode consentir que, ante proibição legal expressa (art. 10, §§ 1º e 2º, da Lei 7.661/1988), construções destinadas ao exercício de atividade comercial (marina e garagem náutica) privem o uso da areia de praia pela população em geral, como se verifica no presente caso, em flagrante violação à lei, ao interesse público e ao direito difuso da coletividade de usufruir de toda a faixa de areia de praia ocupada pelas edificações de obras pela parte ré.

No caso dos terrenos de marinha se admite o uso exclusivo por particular, mediante pagamento de taxa de ocupação. Já com relação às praias, bens públicos de uso comum do povo, isso não é possível, não permitindo a lei que haja sua ocupação ou uso exclusivo por particular, seja para fins de bem-estar e recreio (casa de praia), seja para fins de exercício do comércio (marina e garagem náutica), proibição que se aplica ao presente caso em relação às construções sobre faixa de areia de praia.

Outrossim, a construção de instalações de marina ou garagem náutica sobre faixa de areia de praia constitui desrespeito à Constituição Federal e à legislação de proteção ao meio ambiente, visto que a manutenção de tais edificações sobre a areia da praia elimina e impede a regeneração da vegetação nativa, bem como sua utilização pela fauna própria da área de praia, comprometendo gravemente o bioma da Zona Costeira, considerada patrimônio nacional, bem como o meio ambiente ecologicamente equilibrado (CF, art. 225, caput e § 4º), constituindo a faixa de areia de praia, portanto, área de especial proteção ambiental que exige a devida preservação para as presentes e futuras gerações (CF, art. 225, caput).

No presente caso, as fotos e documentos técnicos que instruem os autos, inclusive a partir das INFORMAÇÕES TÉCNICAS n. 02/11-CMU, de 08/09/2011 e 007/09-LMU, de 06/12/2009 da CETESB – Agência Ambiental de Ubatuba, demonstram a inequívoca ocupação pelo réu de faixa de AREIA DE PRAIA, conforme linha do tempo possível de se visualizar com as imagens que constam dos estudos e pareceres técnicos dos autos:



Abaixo, fotos da época, constando as folhas 13 e 14 do Processo DUBA/161/88:



Fig. 01: Vegetação de Jundú.





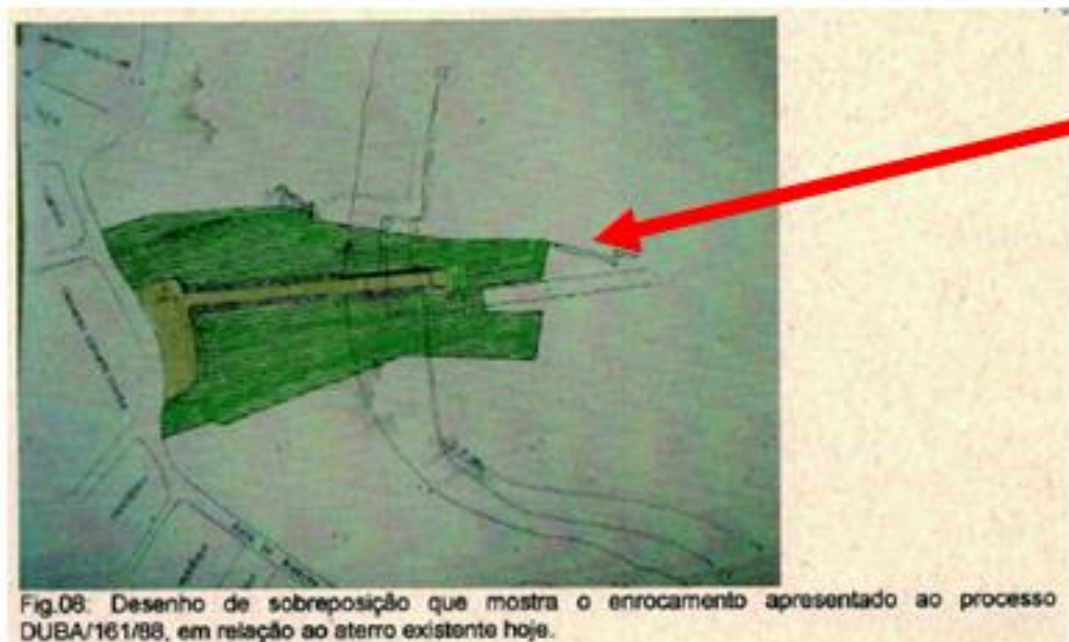


3-Análise do tempo/ocupação com base fotográfica:

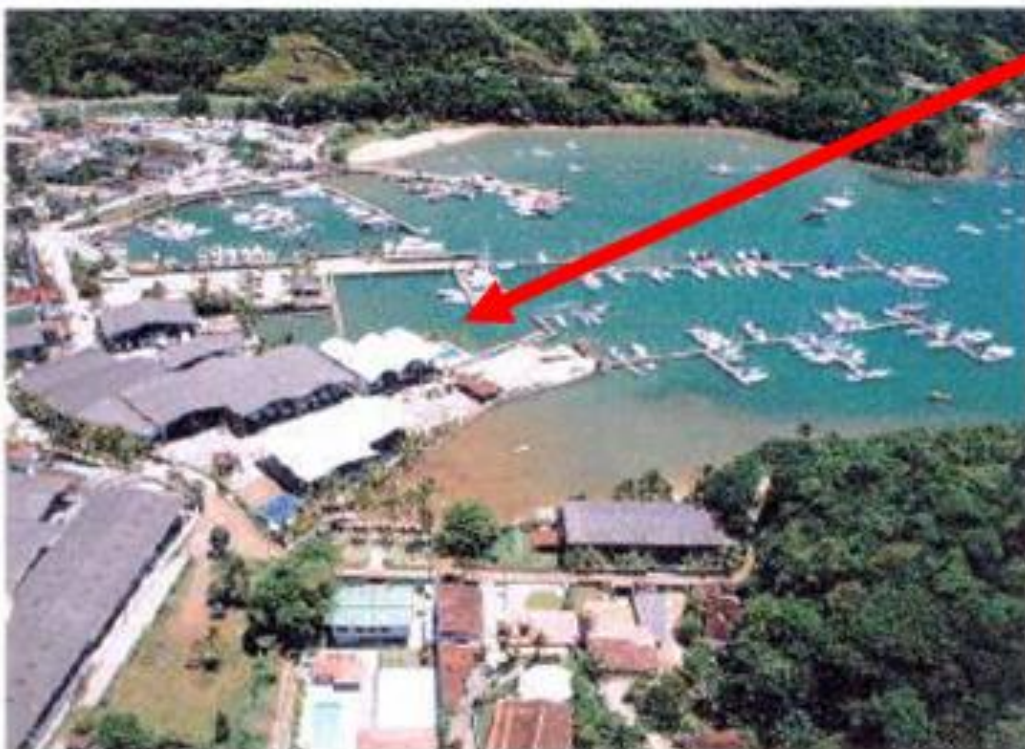
Abaixo segue arquivo fotográfico de 1992:

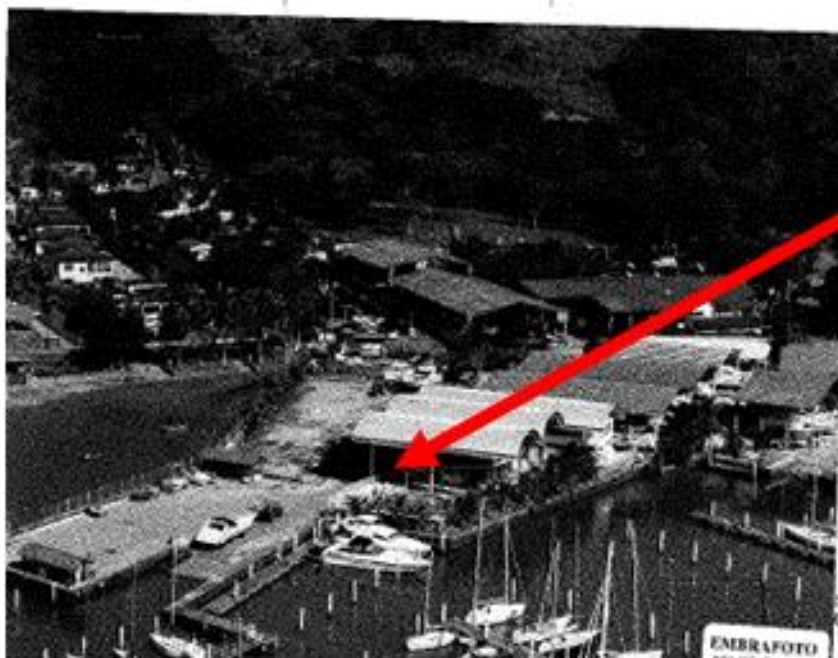
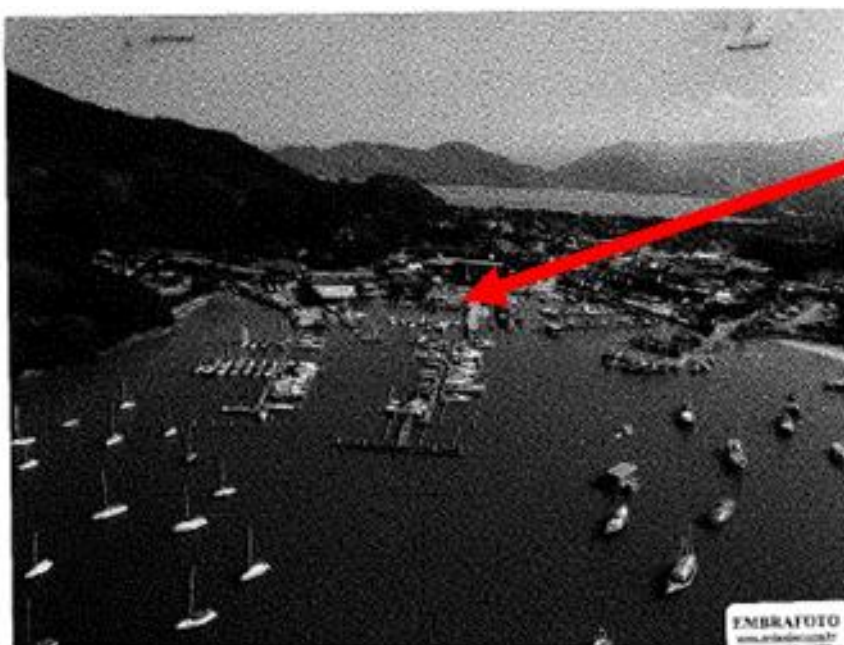


Fig. 04: Foto aérea de 1992 (arquivo –LMU).









(Fonte: vide FOTOS na ACP 2010.0001313-92 – PDF – Fl. 937 e na ACP 2019.5000395-43 – PDF – Fl. 1095, 1404, 1678/1697, 3770/3790).

Conforme *INFORMAÇÃO TÉCNICA* n. 007/09-LMU, de 06/12/2009 da CETESB – Agência Ambiental de Ubatuba sobre as áreas ocupadas pelos réus, apresenta conclusão inequívoca de que “aterro de 720,56 m² que foi implantado, sem licença ambiental e sem inscrição na Secretaria de Patrimônio da União – SPU, o que motivou o Autor de Infração 170671/05 e respectivo embargo, que nunca foi respeitado pelo autuado... conclui-se que... a Marina Timoneiro realizou aterros e construções irregulares sob o prisma do licenciamento ambiental do Estado de São Paulo, conforme determina a Resolução CONAMA 237/97”:

O documento é uma "INFORMAÇÃO TÉCNICA" emitida pela Companhia Ambiental do Estado de São Paulo (CETESB), especificamente pela Agência Ambiental de Ubatuba. No topo, há o logotipo da CETESB e o nome da agência. À direita, são registrados o número "Nº 007/09-LMU" e a data "Data: 08/12/2009", com uma assinatura manuscrita e o número "703" ao lado. O corpo do texto, sob o título "6-Conclusão:", descreve as evidências de um aterro ilegal. Menciona-se um projeto anterior (Parecer CAIA 020/88) e uma foto aérea de 1992. Destaca-se que a planta (fig. 07) e uma foto de 2007 (fig. 05) mostram um aterro de 9720,58 m² implantado sem licença ambiental e sem inscrição na SPU, o que motivou o Auto de Infração Ambiental 170671/05 e um embargo não respeitado. O texto também aponta uma discrepância entre o projeto e a realidade atual, citando denúncias e a remoção de estruturas de suporte. A conclusão final, destacada em vermelho, afirma que o Parecer CAIA 020/88 não se refere à obra de aterro implantada, e que a Marina Timoneiro realizou aterros e construções irregulares sob o prisma do licenciamento ambiental do Estado de São Paulo, conforme determina a Resolução CONAMA 237/97.

(vide ACP 2019.5000 – PDF – Fl. 3770).

E o *Ministério Público Federal*, quando de suas manifestações nos autos, ponderou sobre a inequívoca “ocupação ilegal de bem de uso comum do povo (praia)... sem qualquer licença ou autorização dos órgãos públicos competentes... inviável sua regularização nos termos da legislação”, nestes termos:

Durante o curso do Inquérito Civil nº 12/02 do Ministério Público Estadual (fls. 22 e ss. dos autos físicos), os documentos coligidos, emanados por autoridades públicas competentes, dotados de fé pública e alto grau de especialidade técnica, demonstraram a degradação ambiental praticada pelos requeridos e a ilegalidade das intervenções por eles concretizadas, em especial:

(I) a ocupação ilegal de bem de uso comum do povo (praia), mediante a edificação de galpões para guarda de embarcações e cercamento da área, impedindo o acesso ao interior do empreendimento e consequentemente das áreas públicas (fls. 224/247, 650/651, 653, 696/703 e 1762/1770);

(II) o aterramento de praia e do mar em área correspondente a 9.720,56m² (fls. 224/247, 653, 696/703 e 1762/1770);

(III) danos ao meio ambiente causados pelas atividades desenvolvidas pelo empreendimento irregular (fls. 224/247, 1676/1703);

(IV) intervenção em área de preservação permanente de costeira e de curso d'água (fls. 696/703);

(V) o desrespeito ao embargo administrativo de obra, mediante a tentativa de ampliação das intervenções (fls. 565, 574/575, 650/651 e 696/703);

Tudo sem qualquer licença ou autorização dos órgãos públicos competentes.

De acordo com as manifestações dos órgãos ambientais, é imperiosa a reparação de todos esses danos, inclusive com a remoção de todas as estruturas erigidas irregularmente, vez que inviável sua regularização nos termos da legislação (fls. 1762/1770).

(vide ACP 2019.5000395-43 – PDF – Fl. 3747).

Nestes termos, uma vez *verificada alguma construção em faixa de AREIA DE PRAIA*, partir da *edificação de deck, rampas, marina, garagem náutica ou mesmo restaurantes no local*, identifica-se sua *contrariedade com a lei*, impondo-se a *ordem judicial de sua demolição pela responsabilidade e custos dos réus*, o *recolhimento dos entulhos e a restauração da faixa de areia de praia à sua configuração original (reductio ad pristinum statum)*, tal como ocorria anteriormente à *edificação das estruturas sobre a faixa de areia de praia*, a partir de atuação dos *órgãos ambientais*.

Destaca-se que existe *proibição expressa no ordenamento jurídico brasileiro de construção sobre a faixa de areia de praia*, que se constitui evidente *"urbanização ou qualquer forma de utilização"* que *"impeça ou dificulte o acesso*

assegurado” à coletividade em geral para “o uso público das praias e do mar” (art. 10, §§ 1º e 2º, da Lei 7.661/1988), motivo pelo qual se impõe a procedência do pedido de demolição das construções que se encontram situadas sobre a faixa de areia de praia.

Apesar de eventual pretensão de se legitimar a ocupação da faixa de areia de praia a partir da convivência do Poder Público, visto que podem os réus eventualmente contar com alvará Municipal, ligações de água e luz, e inclusive RIP perante a SPU, tal propósito não se sustenta, sendo dever de todos, ou seja, do Estado e da sociedade em geral, ou seja, tanto dos órgãos públicos, quanto dos réus que exercem atividade comercial, a plena observância aos termos da Constituição Federal e da LEI, devendo se zelar pela conservação do meio ambiente equilibrado (CF, art. 225, caput), motivo pelo qual se impõe as medidas necessárias para o restabelecimento da faixa de areia de praia sem construções, inclusive mediante ordem de restauração da vegetação local primitiva.

Sobre a imperiosa necessidade de demolição de estruturas de marina, garagem náutica e seus acessos e dependências que estejam situados sobre a faixa de areia de praia, em razão de expressa proibição legal (art. 10, §§ 1º e 2º, da Lei 7.661/1988), seguem relevantes precedentes da jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AMBIENTAL. BARRACA DE PRAIA. CANOA QUEBRADA. ARACATI-CE. TERRENO DE MARINHA E ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. OCUPAÇÃO IRREGULAR EM ÁREA DE PRAIA. DANO AMBIENTAL. CONSTRUÇÃO EM BAIXA DE PRAIA E FALÉSIAS VIVAS. 1. Apelações do IBAMA e do MPF, em face da sentença que julgou improcedente o pedido da ACP ambiental que tem, como objeto, a desocupação e a demolição da barraca de praia “Canoa Beach”, localizada na faixa da praia de Canoa Quebrada, município de Aracati-CE, erguida irregularmente em área de preservação permanente, restaurando-se o estado anterior. 2. Verifica-se que, de acordo com o Laudo Técnico do IBAMA acostado às fls. 247/248, a barraca de praia “Canoa Beach” se encontra situada na “baixa da praia, no limiar das arestas vivas das falésias”, portanto, em Área de Preservação Permanente. 3. Barraca que explora atividade de restaurante e bar em área de praia constitui ocupação indevida de área de uso comum do povo, insuscetível de regularização. A ocupação irregular e desordenada de área de praia deve ser coibida, pois provoca sérios danos, tanto de cunho ambiental, como também à população, devido às condições de higiene dos estabelecimentos e por dificultarem o livre acesso à praia. Precedentes desta Corte. 4. Em face da reconhecida ocupação irregular, determina-se a reparação dos danos causados ao meio ambiente, com a consequente demolição da barraca “Canoa Beach” e a remoção dos entulhos dela decorrentes. 5. Honorários advocatícios sucumbenciais fixados em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), nos moldes do art. 20 do CPC/73. 6. Apelações providas por maioria.” (AC - Apelação Cível - 587738 2012.81.01.000023-1, Desembargador Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho, TRF5 - Primeira Turma, DJE - Data: 12/12/2017 – Grifo nosso).

“AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DA COROA GRANDE/PE. *CONSTRUÇÃO DE ORLA. AUSÊNCIA DE LICENÇA AMBIENTAL. OCUPAÇÃO IRREGULAR DE ÁREA DE PRAIA. BEM PÚBLICO DE USO COMUM DO POVO. EXTREMA PROXIMIDADE DAS CONSTRUÇÕES COM A ÁREA OCEÂNICA. EROSIÃO EM DECORRÊNCIA DAS ATIVIDADES MARÍTIMAS. INEXISTÊNCIA DE ÁREA APROVEITÁVEL. NEGATIVA DO LICENCIAMENTO PELO ÓRGÃO ESTADUAL COMPETENTE. DEMOLIÇÃO DE TODO O COMPLEXO.*

1. *In casu*, o IBAMA - e posteriormente, a União e o MPF como litisconsortes ativos - ingressaram com Ação Civil Pública em face do Município de São José da Coroa Grande, Estado de Pernambuco e Construtora SAM, almejando, em síntese, na *obrigação de fazer consistente na reparação do dano ambiental ocasionado pelas obras realizadas pelo município demandado...* e de tudo o que nela houver sido *construído sem o competente Licenciamento Ambiental*, bem como indenização por dano moral ambiental. 2. Diante da forte controvérsia acerca da ocorrência, ou não, de dano ambiental, foi determinada a realização de prova pericial, cujo laudo atestou uma *série de danos e ilegalidades*, das quais se destacam: a) *realização das obras pelo município de São José da Coroa Grande sem a competente licença do órgão ambiental do Estado, bem como em desacordo com a legislação vigente, no tocante aos limites permitidos para a edificação e/ou obras diversas em área praia*; b) *constatação de curtas distâncias entre a linha de preamar máxima e as obras, havendo locais que, inclusive, coincidiam o ponto de preamar e a estrutura disposta na orla*; c) a proximidade das obras com a linha de preamar máxima poderá acarretar, através das ondas de tempestades/ressaca, processos erosivos e a consequente deteriorização da estrutura disposta no local; d) construção de banheiros e fossas sépticas serem inadequadas, ainda que as fossas estejam a 65m da área de praia, por apresentarem riscos de contaminação na área. 3. *A área das obras aqui discutidas se encontra tanto no Zoneamento Ecológico-Econômico Costeiro - ZEEC do litoral sul de Pernambuco, nos termos do art. 2º do Decreto Estadual 21.972/99 - como na Área de Proteção dos Corais (APA), criada pelo Decreto Federal 23, de 23 de Outubro de 1997. Destarte, pelo fato de se tratar de uma construção de grande impacto ambiental em unidade de conservação específica (APA dos Corais e ZEEC do Litoral Sul de PE), além do licenciamento pelo órgão competente (CPRH, art. 3º, Lei Estadual 12.916/2005), se fazia necessária a elaboração do estudo de impacto ambiental e a sua respectiva apresentação do Relatório de Impacto Ambiental, nos termos do parágrafo 2º do art. 6º, da Lei 7.661/88, requisitos estes que não foram respeitados pelo município de São José da Coroa Grande. (...) 10. Irreparável a condenação do Estado de Pernambuco a título de danos morais coletivos, já que, além de a responsabilidade civil ambiental ser solidária, é objetiva, tendo sido configurado o nexa causal entre o dano e a ação estatal no momento em que houve a liberação das verbas antes dos estudos ambientais necessários, bem como da respectiva licença. (...) 13. Remessa oficial e apelações da União, do MPF e do IBAMA providas; recursos adesivos do Estado de Pernambuco e do município de São José da Coroa Grande desprovidos. UNÂNIME” (AC - Apelação Cível - 571404 2008.83.00.012181-1, Desembargador Federal Marcelo Navarro, TRF5 - Terceira Turma, DJE - Data: 08/01/2015 - Grifo nosso).*

Ainda, incide ao caso a aplicação do *princípio in dubio pro natura*, variação do *princípio da precaução*, segundo o qual, na dúvida, diante da ausência de certeza científica quanto a eventuais danos, deve se prevalecer o interesse favorável ao meio ambiente.

Em definitivo, *não se pode admitir a manutenção irregular e ilegal de marina ou garagem náutica e suas dependências e acessos sobre faixa de AREIA DE PRAIA, visto que violam a lei e agridem a Zona Costeira, cuja importância "reside na sua função ecológica de transição e viabilização de trocas genéticas entre os ecossistemas continentais e os marinhos, num espaço em que os biomas são ricos de recursos alimentares e paisagísticos, entre outros* (MILARÉ, Edis. Direito do Ambiente: A Gestão Ambiental em Foco, 7ª ed., São Paulo: Ed. Revista do Tribunais, 2011, p. 986).

Ademais, *não há direito adquirido à degradação ambiental, que não gera qualquer direito subjetivo à indenização em razão da necessária demolição das construções situadas em local proibido por lei, tal como ocorre em relação à marina ou garagem náutica e suas dependências e acessos sobre faixa de areia de "praias marítimas", bem da União de uso comum do povo (CF, art. 20, inciso IV).*

Isto porque, *a ocupação de área de praia não configura posse, mas mera detenção não passível de indenização, conforme entendimento jurisprudencial: "(...) Não merece prosperar o argumento de que... se apresenta como posse velha, mansa, pacífica, de boa fé e com justo título, pois que, como é sabido, os bens públicos são insuscetíveis de apossamento por particulares, só se admitindo, nesta seara, a detenção."* (AC - Apelação - Recursos - Processo Cível e do Trabalho 0013733-87.2011.4.02.5001, SERGIO SCHWAITZER, TRF2 - 7ª TURMA ESPECIALIZADA - Grifo nosso).

Sobre a matéria, assevera art. 71, caput, do Decreto-lei nº 9.760/1946, que dispõe sobre os *bens imóveis da União*:

Art. 71. O ocupante de imóvel da União [praias marítimas] sem assentimento desta, poderá ser sumariamente despejado e perderá, sem direito a qualquer indenização, tudo quanto haja incorporado ao solo, ficando ainda sujeito ao disposto nos arts. 513, 515e 517 do Código Civil. (...).

Havendo ocupação por marina, garagem náutica e seus acessos e dependências sobre *faixa de areia de praia*, tem-se por irregular a construção de estrutura, dando ensejo à *ordem judicial de sua demolição e restauração da vegetação ao estado primitivo, sem qualquer direito à indenização ou retenção por benfeitorias*.

Ainda, pela ocupação, uso e exploração econômica ilegais e indevidas de AREIA DE PRAIA, bem de uso comum do povo de ocupação proibida pela legislação, impõe-se o reconhecimento da *responsabilidade civil da parte ré pelo pagamento de dano moral coletivo, em valor a ser arbitrado por este Juízo Federal*.

Por outro lado, em virtude de regimes jurídicos diferenciados em relação à sua ocupação, *não incide tal proibição de construção, necessariamente*, sobre a área além da faixa de areia de praia, em que situam os *terrenos de marinha*, que possuem *tratamento legal próprio e exigem necessária regularização específica perante a Secretaria de Patrimônio da União – SPU (cadastro, RIP, taxa de ocupação etc.)*, conforme segue.

B) TERRENOS DE MARINHA E ESPELHOS D'ÁGUA – DEVER DE REGULARIZAÇÃO ADMINISTRATIVA – NECESSIDADE DE INSCRIÇÃO PATRIMONIAL (TERRENOS DE MARINHA) E CESSÃO DE USO (ESPELHOS D'ÁGUA) – COBRANÇA DE TAXA DE OCUPAÇÃO

Os *terrenos de marinha* são bens dominicais da União, objeto de direito real dessa pessoa jurídica. Esses bens dominicais podem ser convertidos em bens de uso comum ou especial. Nada impede que o *uso de bens dominicais seja atribuído, com exclusividade, a certas e determinadas pessoas, a título gratuito ou oneroso* (em geral mediante pagamento de taxa de ocupação).

O art. 20, da Constituição da República de 1988, em seu inciso VII, dispõe que:

Art. 20. São bens da União: (...)

VII — os *terrenos de marinha* e seus acrescidos;

Por conseguinte, os *terrenos de marinha* são considerados bens da União, os quais podem ser utilizados por particulares por meio de ocupação e também aforamento, sujeitando seus ocupantes ao pagamento de *taxas de ocupação* (Lei nº 9.636/1998, art. 7º). O *Decreto-Lei nº 9.760, de 05 de setembro de 1946*, considerado o estatuto das terras públicas, é até hoje o instrumento legal que procurou de forma mais completa tratar dos bens imóveis de propriedade da União. Ao definir os *terrenos de marinha* e seus acrescidos, ratificou que a linha de referência demarcatória é a correspondente a da preamar média de 1831, dispondo nos seguintes termos:

“Art. 2º São *terrenos de marinha*, em uma profundidade de 33 (trinta e três) metros, medidos horizontalmente, para a parte da terra, da posição da linha do preamar-médio de 1831:

a) os situados no continente, na costa marítima e nas margens dos rios e lagoas, até onde se faça sentir a influência das marés;

b) os que contornam as ilhas situadas em zona onde se faça sentir a influência das marés.

Parágrafo único. Para os efeitos deste artigo a influência das marés é caracterizada pela oscilação periódica de 5 (cinco) centímetros pelo menos, do nível das águas, que ocorra em qualquer época do ano.

Art. 3º São *terrenos acrescidos de marinha* os que se tiverem formado, natural ou artificialmente, para o lado do mar ou dos rios e lagoas, em seguimento aos *terrenos de marinha*.” (Grifou-se).

A doutrina define os terrenos de marinha como “as faixas de terra fronteiras ao mar numa largura de 33m contados da linha do preamar médio de 1831 para o interior do continente, bem como as que se encontram à margem dos rios e lagoas que sofram a influência das marés, até onde esta se faça sentir, e mais as que contornam ilhas situadas em zonas sujeitas a esta mesma influência. Considera-se influência das marés a oscilação periódica do nível médio das águas igual ou superior a 5cm (art. 2.º e parágrafo único do Decreto-lei 9.760, de 5.9.46)” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28ª edição. Malheiros Editores: São Paulo, 2011, p. 928 e 929).

Assevera ainda Bandeira de Mello que “não devem ser confundidos com praias, que são bens públicos federais (art. 20, IV, da Constituição) de uso comum e que também pertencem à União”. Em seguida, esclarece: “Entende-se por praia, consoante definição que lhe dá o § 3.º do art. 10 da Lei 7.661, de 16.5.88 (que institui o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro), ‘a área coberta e descoberta periodicamente pelas águas, acrescida da faixa subsequente de material detrítico, tal como areias, cascalhos, seixos e pedregulhos, até o limite onde se inicie a vegetação natural, ou, em sua ausência, onde comece um outro ecossistema.’ A linha de vegetação natural referida no dispositivo é habitualmente conhecida como ‘linha de jundu’. É esta linha que, como anota Diógenes Gasparini, à falta de demarcação do preamar médio de 1831, é utilizada na prática para iniciar a contagem dos terrenos de marinha” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28ª edição. Malheiros Editores: São Paulo, 2011, p. 929).

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça - STJ, no julgamento do REsp nº 798165, de relatoria do Min Luiz Fux (DJ de 31/05/2007), assentou, detalhadamente, todas as premissas que gravitam em torno dos terrenos de marinha de propriedade da União. Vejamos:

- “1. Os *terrenos de marinha* são bens públicos e pertencem à União.
2. Consectariamente, algumas premissas devem ser assentadas a saber:
 - a) Os *terrenos de marinha*, cuja origem que remonta à época do Brasil-Colônia, são *bens públicos dominicais de propriedade da União e estão previstos no Decreto-lei 9.760/46*.
 - b) O *procedimento de demarcação dos terrenos de marinha* produz efeito meramente declaratório da propriedade da União sobre as áreas demarcadas.
 - c) O *direito de propriedade*, à Luz tanto do Código Civil Brasileiro de 1916 quanto do novo Código de 2002, adotou o *sistema da presunção relativa (juris tantum)* relativamente ao domínio, admitindo prova em contrário.
 - d) *Não tem validade qualquer título de propriedade outorgado a particular de bem imóvel situado em área considerada como terreno de marinha ou acrescido*.
 - e) *Desnecessidade de ajuizamento de ação própria, pela União, para a anulação dos registros de propriedade dos ocupantes de terrenos de marinha*, em razão de o procedimento administrativo de demarcação gozar dos atributos comuns a todos os atos administrativos: presunção de legitimidade, imperatividade, exigibilidade e executoriedade.

f) *Infirmiação da presunção de legitimidade do ato administrativo incumbe ao ocupante que tem o ônus da prova de que o imóvel não se situa em área de terreno de marinha.*

g) *Legitimidade da cobrança de taxa de ocupação pela União mesmo em relação aos ocupantes sem título por ela outorgado.*

h) Ausência de fumus boni juris.

3. Sob esse enfoque, o título particular é inoponível quanto à UNIÃO nas hipóteses em que os imóveis situam-se em terrenos de marinha, revelando o domínio público quanto aos mesmos.

4. A Doutrina do tema não discrepa da jurisprudência da Corte ao sustentar que: *Os TERRENOS DE MARINHA são BENS DA UNIÃO, de forma ORIGINÁRIA. Significando dizer que a faixa dos TERRENOS DE MARINHA nunca esteve na propriedade de terceiros, pois, desde a criação da União ditos TERRENOS, já eram de sua propriedade, independentemente de estarem ou não demarcados.* A existência dos TERRENOS DE MARINHA, antes mesmo da Demarcação, decorre da ficção jurídica resultante da lei que os criou. Embora sem definição corpórea, no plano abstrato, os TERRENOS DE MARINHA existem desde a criação do estado Brasileiro, uma vez que eles nasceram legalmente no Brasil-Colônia e foram incorporados pelo Brasil-Império. (in Revista de Estudos Jurídicos, Terrenos de Marinha, Eliseu Lemos Padilha, Vol. 20, pág. 38) *Os terrenos de marinha são bens públicos, pertencentes à União, a teor da redação incontroversa do inciso VII do artigo 20 da Constituição Federal.* E isso não é novidade alguma, dado que os terrenos de marinha são considerados bens públicos desde o período colonial, conforme retrata a Ordem Régia de 4 de dezembro de 1710, cujo teor desta última apregoava “que as sesmarias nunca deveriam compreender a marinha que sempre deve estar desimpedida para qualquer incidente do meu serviço, e de defesa da terra.”Vê-se, desde períodos remotos da história nacional, que os terrenos de marinha sempre foram relacionados à defesa do território. A intenção era deixar desimpedida a faixa de terra próxima da costa, para nela realizar movimentos militares, instalar equipamentos de guerra, etc. Por essa razão, em princípio, é que os terrenos de marinha são bens públicos e, ademais, pertencentes à União, na medida em que é dela a competência para promover a defesa nacional (inciso III do artigo 21 da Constituição Federal). (in Direito Público, Estudos em Homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari, Terrenos de Marinha: aspectos destacados, Joel de Menezes Niebuhr, Ed. Delrey, pág. 354) *O Direito da União aos terrenos de marinha decorre, não só implicitamente, das disposições constitucionais vigentes, por motivos que interessam à defesa nacional, à vigilância da costa, à construção e exploração dos portos, mas ainda de princípios imemorais que só poderiam ser revogados por cláusula expressa da própria Constituição.* (in Tratado de Direito Administrativo, Themistocles Brandão Cavalcanti, Ed Livraria Freitas Bastos, 2ª Edição; pág. 110)

5. Deveras, a demarcação goza de todos os atributos inerentes aos atos administrativos, quais seja, presunção de legitimidade, exigibilidade e imperatividade.

6. Consectariamente, é lícito à UNIÃO, na qualidade de Administração Pública, efetuar o lançamento das cobranças impugnadas, sem que haja necessidade de se valer das vias judiciais, porquanto atua com presunção juris tantum de legitimidade, fato jurídico que inverte o ônus de demandar, imputando-o ao recorrido. Precedentes: Resp 624.746 - RS, Relatora Ministra ELIANA

CALMON, Segunda Turma, DJ de 30 de outubro de 2005 e REsp 409.303 - RS, Relator Ministro JOSÉ DELGADO, Primeira Turma, DJ de 14 de outubro de 2002.

7. Consectariamente, incidiu em *error in judicando* o aresto *a quo* ao concluir que “não pode o poder público, apenas através de procedimento administrativo demarcatório, considerar que o imóvel regularmente registrado como alodial, e há muito negociado como livre e desembargado, seja imediatamente havido como terreno de marinha, com a cobrança da chamada “taxa de ocupação”. 8. Recurso especial provido.” (Grifou-se).

Portanto, restou assentado pelo *Superior Tribunal de Justiça - STJ* que:

- 1) O *procedimento de demarcação dos terrenos de marinha* produz efeito meramente declaratório da propriedade da União sobre as áreas demarcadas, de modo que a demarcação administrativa não constitui o domínio da União sobre essas áreas, limitando-se a declarar um domínio já existente;
- 2) O *direito de propriedade*, tanto à luz do Código Civil de 1916 quanto do novo Código de 2002, adotou o *sistema da presunção relativa (juris tantum) relativamente ao domínio*, admitindo-se prova em contrário;
- 3) *Não tem validade (e não é oponível à União) qualquer título de propriedade de bem imóvel situado em área considerada terreno de marinha ou acrescido*, outorgado a particular;
- 4) É *desnecessário o ajuizamento de ação própria, pela União*, para a anulação dos registros de propriedade dos ocupantes de *terrenos de marinha*, em razão de o procedimento administrativo de demarcação gozar dos atributos comuns a todos os atos administrativos: *presunção de legitimidade, imperatividade, exigibilidade e auto executoriedade*;
- 5) Para ilidir e infirmar a *presunção de legitimidade do ato administrativo*, deve o ocupante provar que o imóvel não se encontra sobreposto à área de terreno de marinha;
- 6) A *União ostenta legitimidade para a cobrança de taxa de ocupação*, mesmo em relação aos ocupantes sem título por ela outorgado;
- 7) *Terrenos de Marinha são bens da União, de forma originária*. A faixa dos terrenos de marinha nunca esteve na propriedade de terceiros, pois, desde a criação da União, ditos terrenos já eram de sua propriedade, independentemente de estarem ou não demarcados. Ixistência dos terrenos de marinha, antes mesmo da demarcação, decorre da ficção jurídica resultante da lei que os criou;
- 8) É lícito à União, na qualidade de Administração Pública, efetuar o lançamento das cobranças impugnadas, sem que haja necessidade de se valer das vias judiciais, porquanto atua com *presunção juris tantum de legitimidade*, fato jurídico que inverte o ônus de demandar, imputando-o ao recorrido.

Precedentes do STJ: REsp 624.746 - RS, Relatora Ministra ELIANA CALMON, Segunda Turma, DJ de 30 de outubro de 2005 e REsp 409.303 - RS, Relator Ministro JOSÉ DELGADO, Primeira Turma, DJ de 14 de outubro de 2002.

Assim, o domínio da União sobre os terrenos de marinha advém de épocas remotas e restou assegurado pela própria Constituição Federal (art. 20, VII, e 49, §3º do ADCT), sendo sua demarcação ato meramente declaratório.

No presente caso, cumpre destacar que a precisão sobre a localização da marina ou garagem náutica e suas dependências e acessos, suas medidas, confrontações e características, deve se dar a partir de procedimento administrativo por parte da Secretaria de Patrimônio da União – SPU, em sede de execução da presente sentença e observados os critérios aqui definidos, para fins da efetiva regularização patrimonial sobre área de TERRENO marina ou garagem náutica e suas dependências e acessos DE MARINHA, bem como eventual formalização de instrumento de cessão de uso em relação aos ESPELHOS D'ÁGUA (cf. Portaria SPU 404/2012), para respectivo pagamento das taxas de ocupação devidas, conforme prevê a Lei nº 9.636/1998, art. 7º.

Nestes termos, dispõe a *Lei nº 9.636/1998, arts. 1º e 2º*, que seguem:

“Art. 1º É o Poder Executivo autorizado, por intermédio da *Secretaria do Patrimônio da União* do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, a executar ações de identificação, demarcação, cadastramento, registro e fiscalização dos bens imóveis da União, bem como a regularização das ocupações nesses imóveis (...).”

Em boa parte do Litoral Norte do Estado de São Paulo, a União, por intermédio da Secretaria do Patrimônio da União –SPU, já concluiu o “Procedimento Administrativo de Demarcação dos Terrenos de Marinha Situados no Litoral Norte de São Paulo – Processo Administrativo n.º 10880.068086/93-81”. Porém, em certas áreas, a demarcação administrativa da faixa de terrenos de marinha ainda não foi concluída.

Portanto, apesar da necessidade de o Poder Público providenciar por iniciativa própria e na seara administrativa a regular demarcação de todas as áreas de terreno de marinha, através do procedimento administrativo legalmente previsto (Decreto-lei nº 9.760/1946, art. 9º e ss. e ADI 4264/STF), inclusive para respectiva cobrança da taxa de ocupação, impõe-se que, no caso dos réus que ocupam área de marina e garagem náutica, bem como seus acessos e dependências, e em razão de ordem judicial a partir das presentes ações, seja imposta obrigação de fazer para que sejam providenciados os atos necessários para devido cadastramento e inscrição no RIP – Registro Imobiliário Patrimonial, a partir dos necessários atos e adequações pelas partes que se fizerem necessários em sede de cumprimento de sentença, para consequente regularização patrimonial e pagamentos das taxas em razão da ocupação de terrenos de marinha de propriedade da União.

C) ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE – ZONA COSTEIRA - PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE (CF, ART. 225, *caput* e § 3º)

A Constituição Federal erigiu a Zona Costeira como Patrimônio Nacional, sendo sua utilização apenas permitida na forma lei e dentro de condições que

asseguem a preservação do meio ambiente, nos termos do artigo 225, §4º, que assim dispõe:

“Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (...)”

§ 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

Assim, a Zona Costeira é espaço especialmente protegido, “devendo sua ocupação e exploração dar-se de modo ecologicamente sustentável”, conforme a Lei nº 12.651/2012.

Já em relação às Áreas de Preservação Permanente – APP, tanto o Código Florestal anterior (Lei n.º 4.771/1965), como a atual Lei nº 12.651/2012, que dispõe sobre a proteção da vegetação nativa, com redação alterada pela Lei nº 12.727/2012, tratam das denominadas APPs, dentre as quais, na redação atual da Lei nº 12.651/2012, art. 4º, inciso I: “as faixas marginais de qualquer curso d’água natural perene e intermitente”, nos limites previstos, bem como “as restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues”.

Nestes termos, dispõe a Lei nº 12.651/2012:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei, entende-se por:
(...)

II - Área de Preservação Permanente - APP: área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas; (...)

Art. 4º Considera-se Área de Preservação Permanente, em zonas rurais ou urbanas, para os efeitos desta Lei:

I - as faixas marginais de qualquer curso d’água natural perene e intermitente, excluídos os efêmeros, desde a borda da calha do leito regular, em largura mínima de: (Incluído pela Lei nº 12.727, de 2012). (...)

VI - as restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues; (...)
(Grifo nosso).

E a Resolução nº 303, de 20 de março de 2002, do Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA, fornece uma série de definições e informações importantes, dentre as quais o conceito complementar de *restinga*:

Art. 1.º Constitui objeto da presente Resolução o estabelecimento de parâmetros, definições e limites referentes às *Áreas de Preservação Permanente*.

Art. 2.º Para os efeitos desta Resolução, são adotadas as seguintes definições:

(...)

VIII - *restinga*: depósito arenoso paralelo à linha da costa, de forma geralmente alongada, produzido por processos de sedimentação, onde se encontram diferentes comunidades que recebem influência marinha, também consideradas comunidades edáficas por dependerem mais da natureza do substrato do que do clima. A cobertura vegetal nas restingas ocorre em mosaico, e encontra-se em praias, cordões arenosos, dunas e depressões, apresentando, de acordo com o estágio sucessional, estrato herbáceo, arbustivo e arbóreo, este último mais interiorizado; (...).

Nos termos da lei e por via de regra, *áreas de preservação permanente* podem ser objeto de propriedade por particular. Com efeito, art. 7º da Lei nº 12.651/2012 prevê que: “A *vegetação situada em Área de Preservação Permanente* deverá ser mantida pelo proprietário da área, possuidor ou ocupante a qualquer título, pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado. (...)”

Portanto, em relação às ocupações pelos réus das áreas de *marina e garagem náutica, bem como seus acessos e dependências*, devem respeitar as *imitações administrativas* em relação às *áreas de preservação permanente*, dentre as quais as *áreas de “restinga”* situadas na faixa litorânea, que impõem a plena observância pelo “*possuidor ou ocupante a qualquer título*” aos termos da lei, para sua legal e regular ocupação, inclusive a obrigação de “*promover a recomposição da vegetação*” em caso de supressão:

Art. 7º (...) § 1º Tendo ocorrido supressão de vegetação situada em Área de Preservação Permanente, o proprietário da área, possuidor ou ocupante a qualquer título é obrigado a promover a recomposição da vegetação, ressalvados os usos autorizados previstos nesta Lei. (...)

Art. 8º A intervenção ou a supressão de vegetação nativa em Área de Preservação Permanente somente ocorrerá nas hipóteses de utilidade pública, de interesse social ou de baixo impacto ambiental previstas nesta Lei.

§ 1º A supressão de vegetação nativa protetora de nascentes, dunas e restingas somente poderá ser autorizada em caso de utilidade pública.(...).”

No presente caso em concreto, verifica-se que, após tramitação inicial e superação da *fase postulatória*, houve decisão pela *tentativa de conciliação entre as partes* (CPC, art. 139, inciso V),, através de realização de *audiência presencial perante a sede deste Juízo Federal*, sucedida pela *prestação de relevantes informações técnicas por partes e órgãos para a devida instrução do feito* (CPC, art. 370).

Ocorre que, a partir do *conjunto probatório* dos autos, infere-se que *de fato a parte ré não se desincumbiu de seu ônus probatório de prova fato impeditivo*,

modificativo ou extintivo do direito alegado pela parte autora o Ministério Público Federal (CP, art. 372, inciso II), conforme se extrai dos documentos e informações técnicas prestadas e reiteradas aos autos.

A partir da *robusta prova técnica documental* acostada aos autos, sobretudo a partir de *elementos técnicos* da Secretaria de Patrimônio da União – SPU (OFÍCIO N. 36560/2019/COCAI-SPU-SP/MP, de 08/05/2019) e também reproduzido pelas partes em manifestações, resta evidenciado que a ampla *área ocupada pelo réu CENTRO NÁUTICO TIMONEIRO* compreende de fato *ocupação de ÁREA DE PRAIA (bem de uso comum do povo) (em azul escuro), TERRENOS DE MARINHA (em vermelho),* bem como de *ESPELHOS D'ÁGUA (piérs) (em azul claro)*:



OFÍCIO Nº 36560/2019/COCAI-SPU-SP/MP

São Paulo, 08 de maio de 2019.

1.1. Em anexo, enviamos Planta da Situação dos RIPs 7209 0100112-04, 72090100111-15, 7209 0000097-97, 7209 0000096-06 (atualmente estes dois RIPs foram unificados no RIP 7209 01001298-63), 7209 0000098-78 e 7209 0000099-59, apresentando ainda i) localização espacial dos RIPs, ii) área total do imóvel/terreno em sobreposição com Terrenos de Marinha/Acrescidos de Marinha/Espelho d'água e iii) Responsável pelo imóvel.

2. Abaixo apresentamos um resumo dos RIPs objetos deste processo, seus respectivos responsáveis e suas respectivas áreas ocupadas em Terrenos de Marinha/Acrescidos de Marinha/Espelho d'água.

RIP 72090100128-63 (Porto Ribeiro Terrenos de Marinha)
Área = 692,25 m²

RIP 72090000098-78 (Ubamar Terrenos de Marinha)
Área = 1875,87 m²

RIP 72090000099-59 (Ubamar Acrescido de Marinha)
Área = 199,64 m²

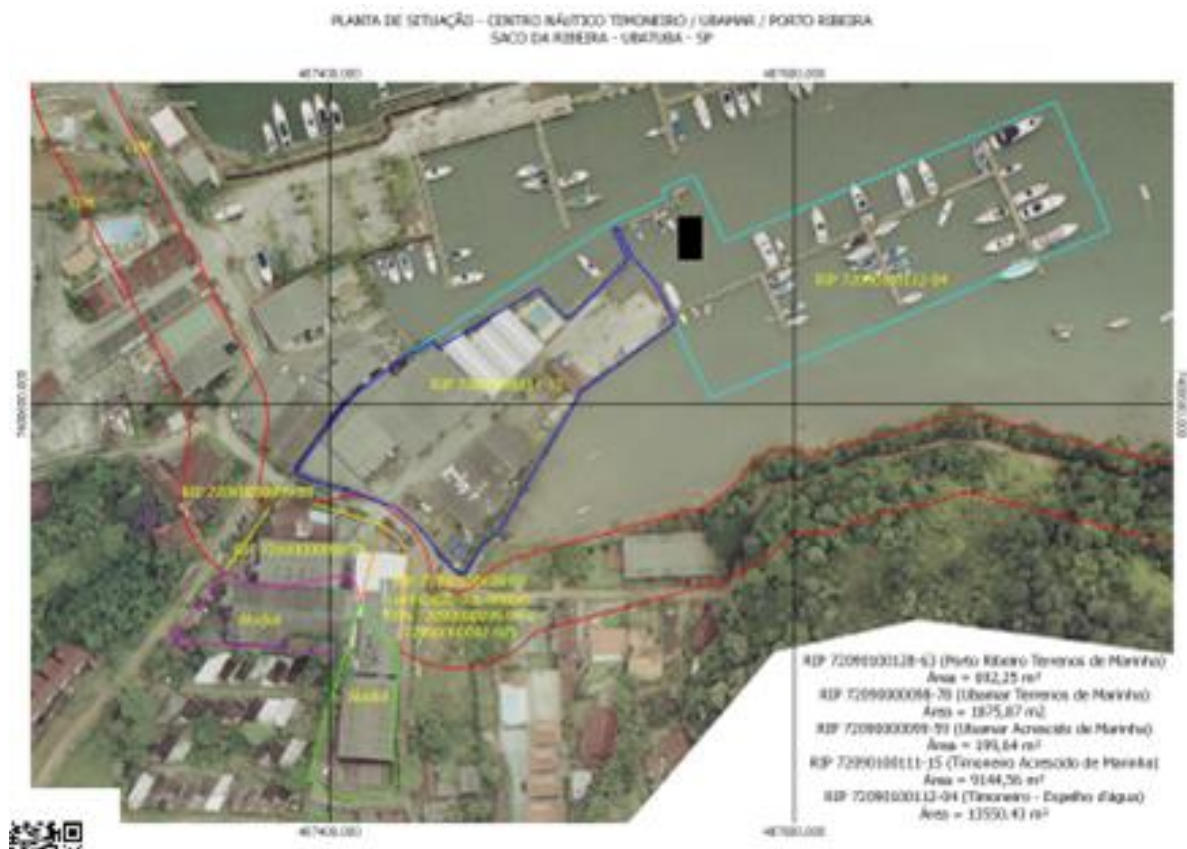
RIP 72090100111-15 (Timoneiro Acrescido de Marinha)
Área = 9144,56 m²

RIP 72090100112-04 (Timoneiro - Espelho d'água)
Área = 13550,43 m²

Atenciosamente,

LORENZO VALENZA CALABRIA
Geólogo da SPU-SP

DENIS FABRISIO DE OLIVEIRA SELYMES
Coordenador COCAI-SPU-SP



(vide "PLANTA DE SITUAÇÃO" anexa ao OFÍCIO N. 36560/2019/COCAI-SPU-SP/MP - ACP 2010.0001313-92 – PDF – Fl. 2182).

Todavia, nos termos das informações técnicas especializadas prestadas pela Secretaria de Patrimônio da União – SPU, sobre as ocupações e construções em área costeira, a regularização da ocupação patrimonial das áreas de propriedade da União deve ocorrer nos limites da Lei nº 9636/98, inciso II, artigo 9º.

Por oportuno, dispõe o *art. 9º, inciso II, da Lei nº 9.636/1998*, sobre a *regularização, administração, aforamento e alienação de bens imóveis de domínio da União*:

"Da Inscrição da Ocupação

(...)

Art. 9º É vedada a inscrição de ocupações que:

(...)

II - estejam concorrendo ou tenham concorrido para comprometer a integridade das áreas de uso comum do povo [ÁREAS DE PRAIA], de segurança nacional, de preservação ambiental ou necessárias à preservação dos ecossistemas naturais e de implantação de programas ou ações de regularização fundiária de interesse social ou habitacionais das reservas

indígenas, das áreas ocupadas por comunidades remanescentes de quilombos, das vias federais de comunicação e das áreas reservadas para construção de hidrelétricas ou congêneres, ressalvados os casos especiais autorizados na forma da lei.”

Já a expedição de *Registro de Inscrição Patrimonial - RIP* pela SPU deve ocorrer somente em relação à ocupação de ÁREA DE MARINHA, sendo que para as áreas de ESPELHO D'ÁGUA a legislação e normas especiais somente permitem a *cessão de uso* pela União (cf. Portaria SPU 404/2012), sendo em definitivo proibida a inscrição de RIP para ÁREA DE PRAIA (bem de uso comum do povo).

Nestes termos, impõe-se a preservação do direito à possibilidade de regularização das inscrições de RIP somente em relação às ocupações de TERRENOS DE MARINHA pelo réu CENTRO NÁUTICO TIMONEIRO (em vermelho).

Por conseguinte, em relação às áreas de ESPELHO D'ÁGUA (*píers*) (azul claro), faz-se necessário o cancelamento dos RIPs vigentes, para fins de eventual formalização de *cessão de uso* pela União ou não (cf. Portaria SPU 404/2012), a depender de necessário procedimento administrativo, estando a parte ré sujeita à desocupação da área.

Já em relação à área de uso comum do AREIA DE PRAIA (azul escuro), não se faz possível a regularização da ocupação em virtude de se cuidar de área pública de uso comum, não passível de ocupação particular mediante RIP, tampouco *cessão de uso* pela União.

Apesar da informação prestada pela parte ré de que *possui alvará de funcionamento*, conforme extensa dilação probatória documental produzida nos autos, não se evidenciou que a parte ré possui, de forma inequívoca, Licença Ambiental regular e vigente para todas as atividades que desenvolve perante a Autoridade Ambiental Estadual - CETESB, tampouco todas as *cessões de uso* e cadastros patrimoniais regulares perante a Secretaria de Patrimônio da União – SPU.

Nestes termos, as informações da parte ré não são suficientes a afastar a alegação da parte autora na presente ação civil pública no sentido de que o réu permanece desenvolvendo suas atividades comerciais sem as devidas e necessárias Licenças Ambientais perante o órgão ambiental (CETESB) e sem os devidos e completos cadastros regulares em razão de uso de área pertencente à União (TERRENOS DE MARINHA e ESPELHOS D'ÁGUA) perante a SPU.

Com efeito, as atividades de garagem náutica (guarda, locomoção e lavagem de embarcações), reconhecidamente como potenciais poluidoras do meio ambiente, exigem e pressupõem que haja prévio LICENCIAMENTO AMBIENTAL para a regularidade das operações, de forma séria, segura e que atenda ao interesse do público em geral e da comunidade onde o réu está inserido como empresa.

A partir da propositura da presente ação civil pública, superada a fase postulatória de manifestação das partes, cientes de todo o arcabouço probatório acostado aos autos, que conta com elementos documentais de ordem técnica (CETESB e SPU), não se sustenta a pretensão do réu de prosseguir em plena atividade mediante o uso de faixa de AREIA DE PRAIA, bem de uso comum do povo de ocupação proibida pela legislação brasileira, e sem que, antes, sejam providenciados os documentos necessários que atestem sua regularidade perante a Autoridade Ambiental (CETESB) e Secretaria de Patrimônio da União (SPU), em razão do desenvolvimento de atividades potencialmente poluidoras e mediante ocupação de TERRENO DE MARINHA e ESPELHOS D'ÁGUA.

Para o desenvolvimento legal, regular e que atenda à finalidade social da empresa ré, impõe-se que atenda à proibição de ocupação das faixas de AREIA DE PRAIA, bem como cumpra com a obrigação de fazer de, por dever, cautela, prudência e de forma antecipada ao início de suas atividades, providenciar as LICENÇAS AMBIENTAIS necessárias perante a CETESB, bem como regularização da ocupação de propriedades da União (TERRENO DE MARINHA e ESPELHOS D'ÁGUA).

Em suas manifestações e memoriais, assevera o MPF:

"(...) o órgão ambiental licenciador constatou a caducidade da licença de operação do empreendimento, que venceu sem que fossem adotadas pelos interessados as medidas necessárias para sua tempestiva prorrogação, constatando-se assim o funcionamento e operação absolutamente irregular do empreendimento náutico potencialmente poluidor... juntando inclusive os autos de infração lavrados pelo órgão ambiental contra o empreendimento por funcionar sem a devida licença ambiental (ID 265428372)." (vide ACP 2019.5000395-43 – PDF fl. 3915).

"(...) a LO nº 68000135 tratou específica e exclusivamente do controle de poluição da operação do empreendimento, e não abrangeu as irregularidades de instalação/ocupação/ampliações ilícitas ao longo de décadas, que já eram contrárias à Lei à época em que ocorridas, inclusive, insuscetíveis de autorização ou licenciamento..."

Ofício 548/21-CMS... A CETESB inclusive chega a indicar que a sobredita *Licença de Operação* teria sido expedida de maneira indevida, pois "devido ao procedimento de análise vigente à época, não foram observados os eventuais passivos pré-existentes, referentes à regularidade ambiental da ocupação", o que seria passível, inclusive, do exercício da *autotutela administrativa para a ANULAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO* licenciador pelo órgão ambiental...

(...) a validade da Licença de Operação nº 68000135 expirou em 23/12/2021, e os empreendedores não realizaram o pedido de renovação em observância às normas legais quanto à antecedência necessária para a manutenção dos efeitos da licença vencida, tendo a CETESB ratificado que em 24/12/2021 o empreendimento ficou sem licença de operação vigente, inclusive "estando sujeito às autuações por funcionamento ilegal previstas na legislação..."

Ofício nº 237/22-CMS de 13/06/2022, instruído com *Relatório de Inspeção* (documentos também anexos a esta manifestação), o órgão ambiental competente informou que realizou vistoria em 02/06/2022, mesmo ainda com

a documentação mínima exigível pendente, e *constatou que, além da irregularidade quanto à operação das atividades com a licença de operação vencida, também identificaram irregularidades quanto a ampliações sem licenças e deficiência no controle de poluição* (esta última justamente objeto da LO que pretendem renovar)...

Conclusivamente, o empreendimento hoje funciona ilegalmente sem licença ambiental válida; ainda, a parte que era objeto da licença que se pretende renovar (controle da poluição) não foi devidamente cumprido, atestado como irregular, e por fim, a despeito de todo o trâmite da presente ação até o momento e todas as provas juntadas, realizou-se nova ampliação ilegal do empreendimento revelia de qualquer senso de responsabilidade socioambiental." (vide ACP 2010.00001313-92 – PDF fl. 2349).

Já a CETESB, prestou relevantes e determinantes informações técnicas e inclusive informou sobre a lavratura de AUTOS DE INFRAÇÃO em face do réu em razão de "operar a marina SEM a licença de operação da CETESB", nos seguintes termos:



COMPANHIA AMBIENTAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
(Diretoria de Controle e Licenciamento Ambiental)

Ofício nº 237/22 – CMS
São Sebastião, 13 de junho de 2022.

Referências: OFÍCIO nº 54/2022/GABPRM1-MRC
OFÍCIO nº 160/2022/GABPRM1-MRC
OFÍCIO nº 345/2022/GABPRM1-MRC
PA - INST nº 1.34.033.000231/2021-35
Pasta Digital CETESB MP 124244/2021-67

Senhora Procuradora,

Em atendimento aos ofícios em referência temos a informar que foi realizada inspeção nas instalações do Centro Náutico Timoneiro em 02/06/22 conforme Relatório de Inspeção nº 1959818 (cópia anexa).

Quanto aos questionamentos listados, temos a informar:

- 1 Considerando a constatação de irregularidades, não somente quanto à operação com a licença de operação vencida, mas também com relação à ampliação sem licenças, e deficiência no controle de poluição, serão lavradas penalidades de advertência específicas para cada irregularidade verificada;
2. Verificamos que a documentação mínima para iniciarmos a análise da solicitação de renovação da licença está faltante ou insuficiente. Será encaminhado comunique-se com prazo de 60 (sessenta) dias, contados a partir da ciência, para atendimento. Considerando a complexidade da análise, sobretudo devido à revisão quanto a regularidade de ocupação da área, baseada em eventual passivo ambiental não regularizado, outros documentos poderão ser posteriormente solicitados aos interessados; e

• • •

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DE INFRAESTRUTURA E MEIO AMBIENTE
CETESB - COMPANHIA AMBIENTAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO DE INSPEÇÃO

Processo(s) N°(s)

N° Auto de Inspeção
1959818

Data Auto de Inspeção
02/06/2022

IDENTIFICAÇÃO DA ENTIDADE

Nome
CENTRO NAUTICO TIMONEIRO LTDA. ME

CNPJ
08.710.647/0001-19

Logradouro
ESTRADA DA RIBEIRA

Cadastro na CETESB
701-000159-2

Número Complemento Bairro CEP Município
64 SACO DA RIBEIRA 11685-742 UBATUBA

Atividade Principal
Marina, guarda de barcos, lanchas, jet ski

Bacia hidrográfica
S2 - LITORAL NORTE

Urbem
3 - LITORAL NORTE

Inspeção realizada por
Erica Siqueira Mendes Agassi

Local da inspeção
O mesmo da entidade

Objetivo da inspeção
Fiscalização e atendimento ao MPF

Constatantes

Vistoriamos os galpões da marina, sendo constatado o seu funcionamento. Verificamos as caixas SAO, sendo constatado a necessidade de limpeza e adequação dos sistemas. Verificamos a aquisição de novo galpão, a verificar a situação da instalação desta estrutura.

.....

No que se refere ao controle de poluição, constatamos que as caixas separadoras necessitam de manutenção e limpeza. Deste modo, será lavrada penalidade de advertência baseada no Art. 2º e Art. 3º inciso V do Decreto Estadual 8468/76, a fim de sanar o problema.

Quanto ao novo galpão (UTM E 487443.39 II S 7400489.03) verificamos no processo da LO 66000135 que este não foi contemplado naquele licenciamento. Em consultas a imagens aéreas é possível observar que a estrutura foi edificada entre março de 2012 e abril de 2013, não sendo possível comprovar que já operava como garagem náutica.

Deste modo, considerando ter havido a ampliação do empreendimento sem o devido licenciamento, proponho advertência por instalação e operação sem licença para esta estrutura, que para sua regularização a marina deverá ingressar com solicitação de LP, LI e LO à parte.

Quanto à esta solicitação de Renovação de LO, verificamos que a SD- Solicitação De 91670438 foi emitida em 18/10/21. A Licença de Operação nº66000135 foi emitida com validade até 23/12/21.

Conforme Art. 2º 56º do Decreto Estadual 47.400/02 a renovação da Licença de Operação deverá ser solicitada com 120 dias de antecedência de sua validade, para que a validade da LO venha se estender até a decisão do órgão licenciador acerca da solicitação de renovação.

Assim, o empreendimento está em operação sem LO vigente, cabendo autuação por funcionamento ilegal.

Ao longo da análise do licenciamento, trataremos de outros aspectos não verificados na emissão da LO 66000135.

Encaminhamentos:

Proponho a lavratura das seguintes penalidades de advertência:

- => Poluição: Art. 2º e Art. 3º inciso V do Decreto Estadual 8468/76;
- => Instalação e Funcionamento ilegal de ampliação: Artigo 58, Art. 58 -A inciso III e Art. 62 incisos I e III do Decreto Estadual 8468/76;
- => Operação sem a LO: Art. 62 inciso II do Decreto Estadual 8468/76;

Documento assinado digitalmente por ANTONIO RIVAS GALINDO, JUNIOR e ERICA SIQUEIRA MENDES AGASSI



6. Imagem aérea atual



3. Localização

• • •



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DE INFRAESTRUTURA E MEIO AMBIENTE
CETESB - COMPANHIA AMBIENTAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

Página: 113
Processo Nº
17 68 00247 22

AUTO DE INFRAÇÃO
IMPOSIÇÃO DE PENALIDADE DE ADVERTÊNCIA

IDENTIFICAÇÃO DO INFRATOR

Nome
CENTRO NAUTICO TIMONEIRO LTDA. ME

Logradouro
ESTRADA DA RIBEIRA

Cadastro na CETESB
701-000159-2

Número	Complemento	Bairro	CEP	Município
64		SACO DA RIBEIRA	11685-742	UBATUBA

CNPJ
08.710.647/0001.19

Inscrição Estadual
701.120.628.117

ASPA
Nº 68000628

Data:
21/06/2022

ATIVIDADE PRINCIPAL

Descrição
Marina; guarda de barcos, lates, jet ski

ENQUADRAMENTO

Artigos 58, inciso II e 58-A, inciso III do Regulamento da Lei nº 997, de 31 de maio de 1976, aprovado pelo Decreto nº 8468, de 08 de setembro de 1976 e suas alterações.

IRREGULARIDADES

Auto de Infrção Nº	Data da Infrção	Hora da Infrção
1959818	02/06/2022	12:30

Descrição da Infrção
Operar a marina sem a devida licença de operação da CETESB, visto que a Licença de Operação nº 68000135 encontra-se vencida desde 23/12/21, sem que a renovação tenha sido solicitada no prazo de 120 (cento e vinte) dias antes do vencimento, conforme determina o Artigo 2º §6º do Decreto Estadual 47.400/02.

Imponho ao infrator, nos termos do artigo 80 (""), do inciso I do artigo 81 (") e artigo 93, do citado Regulamento a penalidade de ADVERTÊNCIA para o infrator, de imediato, regularizar de imediato a operação da atividade mediante a obtenção da Licença de Operação Renovação, sob pena de sofrer a aplicação das demais sanções legais cabíveis.

• • •



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DE INFRAESTRUTURA E MEIO AMBIENTE
CETESB - COMPANHIA AMBIENTAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

Página: 114
Processo Nº
17 68 00246 22

AUTO DE INFRAÇÃO
IMPOSIÇÃO DE PENALIDADE DE ADVERTÊNCIA

IDENTIFICAÇÃO DO INFRATOR

Nome
CENTRO NAUTICO TIMONEIRO LTDA. ME

Logradouro
ESTRADA DA RIBEIRA

Cadastro na CETESB
701-000159-2

Número	Complemento	Bairro	CEP	Município
64		SACO DA RIBEIRA	11685-742	UBATUBA

CNPJ
08.710.647/0001.19

Inscrição Estadual
701.120.628.117

ASPA
Nº 68000627

Data:
21/06/2022

ATIVIDADE PRINCIPAL

Descrição
Marina; guarda de barcos, lates, jet ski

ENQUADRAMENTO

Artigos 58, inciso II e 58-A, incisos I, II e III do Regulamento da Lei nº 997, de 31 de maio de 1976, aprovado pelo Decreto nº 8468, de 08 de setembro de 1976 e suas alterações.

IRREGULARIDADES

Auto de Infrção Nº	Data da Infrção	Hora da Infrção
1959818	02/06/2022	12:20

Descrição da Infrção
Ampliar e operar a atividade de estrutura de apoio náutico - classe II - marina (enquadramento segundo Resolução SMA 102 de 17/10/2013), em galpão localizado nas coordenadas UTM E 487443,39 e S 7400489,03, sem as devidas Licenças Prévia, de Instalação e de Operação da CETESB.

Imponho ao infrator, nos termos do artigo 80 (""), do inciso I do artigo 81 (") e artigo 93, do citado Regulamento a penalidade de ADVERTÊNCIA para o infrator, de imediato, regularizar de imediato as ampliações da marina mediante obtenção das Licenças Prévia, de Instalação e de Operação do novo galpão, sob pena de sofrer a aplicação das demais, sanções legais cabíveis.

(vide ACP 2019.5000395-43 – PDF fl. 3863/3887).

Nestes termos, *apesar das alegações do réu* no sentido de restar “comprovado nos autos que a empresa possui inscrição no SPU desde década de 80... Pagam taxa de ocupação, dos terrenos de marinha, conforme comprovam os documentos juntados nos autos... Em 2006 a Ré requereu inscrição da diferença de área ocupada em Acrescidos de Marinha e Espelho D’Água e não a inscrição inicial”, *não deve prevalecer sua pretensão de que:*

“(...) Uma vez cumpridas às condicionantes legais e técnicas impostas pela SPU nos termos da lei, é direito líquido e certo de qualquer interessado obter o Registro Imobiliário Patrimonial da área que ocupa. O registro no caso em comento; trata-se de um ato jurídico perfeito, que respeitou a boa-fé e a legalidade, princípio basilar para a tutela jurisdicional promovida pelos órgãos da administração pública. (...)” (vide ACP 2010.00001313-92 – PDF fl. 2314).

Isto porque, a partir dos elementos técnicos juntados pela CETESB aos autos, restou evidenciado que a *Licença de Operação n. 68000135*, com suas limitações de objeto e então concedida ao réu, já não possui mais validade, estando a atuação dos réus ocorrido sem as licenças necessárias, bem como sem todas as regularizações necessárias perante a SPU.

Com efeito, a partir dos documentos técnicos que instruem os autos, tanto da SPU quanto da CETESB, que, em síntese, corroboram o uso inconstitucional e ilegal e faixa de AREA DE PRAIA, bem como a irregularidade cadastral de ocupação de TERRENOS DE MARINHA e de ESPELHOS D’ÁGUA, e o desenvolvimento de atividades sem as correspondentes LICENÇA AMBIENTAIS pela ré, constata-se que o conjunto de ações e omissões do réu de fato motivou a presente ação civil pública, remetendo ao Poder Judiciário a imposição de respeito à Constituição Federal, às leis e às normas de proteção ao meio ambiente, sobretudo de proteção à ÁREA DE PRAIA considerada bem de uso comum do povo, bem como zelo aos atos da Administração Pública no exercício regular do poder de polícia perante as atividades potencialmente poluidoras do meio ambiente e que exigem LICENCIAMENTO AMBIENTAL, como ocorre no caso em tela de marina e garagem náutica.

Poder de Polícia, segundo Hely Lopes Meirelles, é “*a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado*”, o que de fato e lamentavelmente vem sendo afrontado pela réus na arbitrariedade de dar continuidade à edificação de construção em ÁREA DE PRAIA (bem público de uso comum do povo) e ao exercício de atividade potencialmente poluidora sem as devidas LICENÇAS AMBINETAIS e à, quando, segundo Meirelles “*ninguém adquire direito contra o interesse público*” (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo. 7ª Edição. São Paulo: Editora RT. Pág. 115 – Grifou-se).

Quanto à situação de edificação pelo réu de construções (rampa, deck de madeira, restaurante e outros) sobre AREIA DE PRAIA, pelas informações

técnicas prestadas pela SPU se verifica que há sim construção *executada sobre área da praia e que deverá ser demolida*, sendo que todas as irregularidades e demolições de edificações sobre areia de praia deverão ser comprovadas pelos réus em cumprimento de sentença.

Como corolário, resta evidente a responsabilidade civil dos réus em razão da edificação proibida de obras em ÁREA DE PRAIA (bem de uso comum do povo) (azul escuro), motivo pelo qual se impõe a ordem de sua demolição às suas custas, bem como a remoção dos detritos e a devida recuperação ambiental no local.

E, para a devida preservação do meio ambiente, da área de praia como bem de uso comum do povo, e do patrimônio da União sobre os terrenos de marinha do local, em benefício do interesse público e da coletividade em geral, inclusive da comunidade de Ubatuba e Litoral Norte do Estado de São Paulo, impõe-se a atuação do Poder Judiciário Federal perante as atividades sociais e comerciais da parte ré, visto que em desacordo com as normas e leis de proteção ao Meio Ambiente.

Por conseguinte, comprovada a responsabilidade do réu em razão da manutenção de atividade potencialmente poluidora ao Meio Ambiente sem as devidas e necessárias Licenças Ambientais, da falta de cadastro regular da ocupação de TÉRREO DE MARINHA e ESPELHO D'ÁGUA perante a Secretaria de Patrimônio da União - SPU, e ainda da ocupação de ÁREA DE PRAIA, bem de uso comum do povo, estando ciente das informações no sentido de irregularidade atividades pendentes de correção perante o Poder Público, impõe-se a procedência parcial do pedido para a imposição de: (i) OBRIGAÇÕES DE FAZER; (ii) DEMOLIÇÃO de construções irregulares (ÁREA DE PRAIA: rampa, deck de madeira, restaurante e outros) e (iii) PARALISAÇÃO DE ATIVIDADES COMERCIAIS até sua plena regularidade perante as Autoridades Ambiental (CETESB) e Patrimonial da União (SPU).

II.2.2 - PRINCÍPIOS DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E DA INDISPONIBILIDADE DOS BENS PÚBLICOS – PRINCÍPIO DA ISONOMIA - SEGURANÇA JURÍDICA

Apesar das eventuais alegações de que se cuida a marina e garagem náutica, bem como seus acessos e dependências de ocupações consolidadas pelos réus, é certo que a todos se impõe a plena observância os termos da Constituição Federal e da lei, sobretudo quando se trata de normas de preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado, considerado “bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”, e que impõe “ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (CF, art. 225, *caput*).

Ressalta-se que por se tratar de aparente conflito envolvendo bens públicos (faixa de AREIA DE PRAIA, TERRENOS DE MARINHA e ESPELHOS D'ÁGUA), impõe-se a observância aos princípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público, devendo este prevalecer sobre o interesse

de particular ocupante de marina e garagem náutica, em virtude da denominada verticalidade nas relações Administração-particular, respeitados os limites da lei, sobretudo considerando que a proteção dos bens públicos visa atender aos interesses de uma coletividade e da sociedade como um todo, e não aos interesses econômicos de um ou alguns particulares.

Como corolário, havendo eventual conflito entre um mais de um princípio para a definição quanto à regularidade da ocupação pelos réus, faz-se ainda oportuna a aplicação da teoria dos princípios e da lei de ponderação do jusfilósofo alemão Robert Alexy, segundo o qual, em resumo, quando dois princípios fundamentais estão em conflito, é necessário avaliar qual deles que, quando aplicado, fere com menor agressividade a intensidade o outro.

Em outras palavras, no presente caso em que estão em debate os interesses privados dos réus ocupantes de marina e garagem náutica, em prosseguir no desenvolvimento das atividades comerciais, e o interesse público, em ver preservado bem público de uso comum do povo acessível a todos (área de praia) e bem público da União (terrenos de marinha), faz-se possível a observância dos termos da lei para as devidas adequações (demolição das edificações que estejam sobre areia de praia) e regularizações administrativas (cadastramento e inscrição no RIP/SPU e licenciamento ambiental perante CETESB), sem que sejam afastadas por completo as atividades comerciais dos réus, que prosperarão em suas atividades de forma regular e, principalmente, dentro dos limites da lei.

Há ainda que se ponderar no sentido de que, a atuação irregular de marina e garagem náutica que esteja à margem das normas patrimoniais e ambientais, ou seja, estejam em funcionamento que ofenda as leis e normas vigentes, fere inclusive o *princípio da isonomia*, na medida em que favorece indevidamente aqueles que não se dispõem a realizar os atos e encargos necessários para a manutenção de atividade lícita e regular, em detrimento daqueles que bem cumprem com o ordenamento jurídico ao tomar as providências administrativas cabíveis perante os órgãos competentes (SPU e CETESB), para ver preservada sua atuação dentro dos ditames da lei e da moralidade perante a coletividade em geral, o que viola, em última análise, inclusive a livre concorrência entre as marinas em situação de antagonismo perante a lei.

Por oportuno, em relação às palavras constantes do autos, em que o representante do réu Centro Náutico Timoneiro, o Sr. ARMANDO AFONSO ARNONI, relata em sede administrativa ser “*fundamental ressaltar inicialmente que as características geográficas do Saco da Ribeira determinaram a sua ocupação como atracadouro natural de embarcações*” (vide ACP 2010.0001313-92 – PDF – Fl. 1667), tais circunstâncias NÃO podem ser utilizadas para justificar nem dar ensejo a uma ocupação deletéria e que atenda somente a interesses particulares e comerciais, com violação ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e ao interesse público, e ainda prive a coletividade do livre acesso e uso da área de AREIA DE PRAIA (bem de uso comum do povo) situada de forma originária na região.

É visível a todos e fato incontroverso que “*as características ambientais do Saco da Ribeira são ideais para servir como lugar de desenvolvimento d estruturas de apoio náutico (Marina e píer)*”. Todavia, como o desenvolvimento de toda atividade econômica e comercial, que vise atender a interesses privados, sua ocupação deve respeito à proibição legal de se ocupar e se construir sobre faixa de AREIA DE PRAIA, bem como obediência às normas de ocupação patrimonial dos bens da União Federal (TERRENOS DE MARINHA e ESPELHOS D’ÁGUA), impondo-se ainda o licenciamento devido perante o órgão de proteção ambiental (CETESB) em razão justamente das características de atividades potencialmente poluidoras ao Meio Ambiente (“*Marina e píer*”), a bem da coletividade local, do referido “*pólo de atração turística*” e do interesse público.

Assim, inevitável se concluir que qualquer atuação em área sobre a qual incide proibição legal de construção (faixa de areia de praia), bem como a necessidade de regularização patrimonial e ambiental (terrenos de marinha e área de preservação permanente - APP), para que sejam atendidos os interesses público e da coletividade como um todo, tanto local quanto regional do Litoral Norte do Estado de São Paulo, exige-se a justa e razoável compatibilização das ocupações das marinas e garagens náuticas com o ordenamento jurídico vigente.

Portanto, a procedência em parte das ações propostas para, em síntese, a: (i) necessária demolição das construções sobre a faixa de praia; (ii) a devida regularização das ocupações sobre os terrenos de marinha e espelhos d’água (SPU), e, ainda (iii) a regularização das ocupações perante o órgão ambiental competente para emissão das licenças ambientais necessárias (CETESB), atende aos princípios da supremacia do interesse público e à indisponibilidade dos bens públicos.

II.2.3 DANO AMBIENTAL – RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA E SOLIDÁRIA – DEVER DE REPARAÇÃO INTEGRAL - OBRIGAÇÕES DE FAZER E DE NÃO-FAZER – MULTA-DIÁRIA – PERDAS E DANOS

Quanto à responsabilidade civil para cumprimento das obrigações de fazer e de não fazer, nos fundamentos e dispositivo desta sentença consta de forma precisa, cuidando-se de hipótese de responsabilidade solidária entre os réus a necessária demolição de construções sobre a faixa de AREIA DE PRAIA e a restauração do meio ambiente equilibrado e protegido (CF, art. 225, *caput*).

Isto porque, além de se cuidar da imposição do dever de reparação integral através do “cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental”, conforme art. 14, *caput*, da Lei nº 6.938/1981 (Política Nacional do Meio Ambiente), incide no presente caso a responsabilidade objetiva por dano ambiental, sendo todos os poluidores obrigados, “independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade” (art. 14, § 1º).

Assim, os réus são responsáveis solidariamente e de forma objetiva pela demolição das construções sobre a faixa de areia de praia e atos de restauração

da vegetação, plantio e conservação do meio ambiente ao entorno das edificações regulares, com atuação do órgão ambiental CETESB para devida execução do Projeto de Recuperação das Áreas Degradadas – PRAD, em cumprimento de sentença.

Por força dos princípios do poluidor-pagador e da reparação integral (art. 14, *caput*, da Lei nº 6.938/1981), admite-se a condenação dos réus, simultânea e agregadamente, em obrigação de fazer e de não fazer. Aí se encontra a típica obrigação cumulativa ou conjuntiva, entendimento consolidado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - STJ:

“ADMINISTRATIVO. AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DESMATAMENTO DE VEGETAÇÃO NATIVA (CERRADO) SEM AUTORIZAÇÃO DA AUTORIDADE AMBIENTAL. DANOS CAUSADOS À BIOTA. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 4º, VII, E 14, § 1º, DA LEI 6.938/1981, E DO ART. 3º DA LEI 7.347/85. PRINCÍPIOS DA REPARAÇÃO INTEGRAL, DO POLUIDOR-PAGADOR E DO USUÁRIO-PAGADOR. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER (REPARAÇÃO DA ÁREA DEGRADADA) E DE PAGAR QUANTIA CERTA (INDENIZAÇÃO). *REDUCTION AD PRISTINUM STATUM*. DANO AMBIENTAL INTERMEDIÁRIO, RESIDUAL E MORAL COLETIVO. ART. 5º DA LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL. INTERPRETAÇÃO *IN DUBIO PRO NATURA* DA NORMA AMBIENTAL. (...) 6. Se o bem ambiental lesado for imediata e completamente restaurado ao status quo ante (*reductio ad pristinum statum*, isto é, restabelecimento à condição original), não há falar, ordinariamente, em indenização. Contudo, a possibilidade técnica, no futuro (= prestação jurisdicional prospectiva), de restauração *in natura* nem sempre se mostra suficiente para reverter ou recompor integralmente, no terreno da responsabilidade civil, as várias dimensões do dano ambiental causado; por isso não exaure os deveres associados aos princípios do poluidor-pagador e da reparação *in integrum*. 7. A recusa de aplicação ou aplicação parcial dos princípios do poluidor-pagador e da reparação *in integrum* arrisca projetar, moral e socialmente, a nociva impressão de que o ilícito ambiental compensa. Daí a resposta administrativa e judicial não passar de aceitável e gerenciável “risco ou custo do negócio”, acarretando o enfraquecimento do caráter dissuasório da proteção legal, verdadeiro estímulo para que outros, inspirados no exemplo de impunidade de fato, mesmo que não de direito, do infrator premiado, imitem ou repitam seu comportamento deletério. 8. A responsabilidade civil ambiental deve ser compreendida o mais amplamente possível, de modo que a condenação a recuperar a área prejudicada não exclua o dever de indenizar - juízos retrospectivo e prospectivo. (STJ, REsp nº 1198727/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, Julgado em 14/08/2012) (Grifo nosso).

“AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. *DIREITO CIVIL E DIREITO AMBIENTAL*. CONSTRUÇÃO DE USINA HIDRELÉTRICA. REDUÇÃO DA PRODUÇÃO PESQUEIRA. SÚMULA Nº 7/STJ. NÃO CABIMENTO. DISSÍDIO NOTÓRIO. *RESPONSABILIDADE OBJETIVA*. DANO INCONTESTE. NEXO CAUSAL. *PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO*. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. CABIMENTO. PRECEDENTES. (...) 3. A Lei nº 6.938/81 adotou a sistemática da responsabilidade objetiva, que foi integralmente

recepcionada pela ordem jurídica atual, de sorte que é irrelevante, na espécie, a discussão da conduta do agente (culpa ou dolo) para atribuição do dever de reparação do dano causado, que, no caso, é inconteste. 4. O princípio da precaução, aplicável à hipótese, pressupõe a inversão do ônus probatório, transferindo para a concessionária o encargo de provar que sua conduta não ensejou riscos para o meio ambiente e, por consequência, aos pescadores da região. 5. Agravo regimental provido para, conhecendo do agravo, dar provimento ao recurso especial a fim de determinar o retorno dos autos à origem para que, promovendo-se a inversão do ônus da prova, proceda-se a novo julgamento". (AgRESP 201201507675, Rel. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJE DATA:27/02/2013) (Grifo nosso).

Outrossim, pela ocupação, uso e exploração econômica ilegais e indevidas de AREIA DE PRAIA, bem de uso comum do povo de ocupação proibida pela legislação, impõe-se o reconhecimento da responsabilidade civil da parte ré pelo pagamento de dano moral coletivo, em valor a ser arbitrado por este Juízo Federal.

Para fins de "efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente", a partir das "medidas necessárias à satisfação do exequente" impostas por este Juízo Federal, eventual descumprimento poderá vir a acarretar a fixação de MULTA-DIÁRIA sob os custos dos réus, bem como, ainda, e a depender a necessidade que se caracterizar no caso em concreto em cumprimento de sentença, a ordem judicial de "remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial", sem prejuízo de "responsabilização por crime de desobediência", conforme estabelece a lei processual civil (CPC):

"Do Cumprimento de Sentença que Reconheça a Exigibilidade de Obrigação de Fazer ou de Não Fazer

Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

§ 1º Para atender ao disposto no *caput*, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.

§ 2º O mandado de busca e apreensão de pessoas e coisas será cumprido por 2 (dois) oficiais de justiça, observando-se o disposto no art. 846, §§ 1º a 4º, se houver necessidade de arrombamento.

§ 3º O executado incidirá nas penas de litigância de má-fé quando injustificadamente descumprir a ordem judicial, sem prejuízo de sua responsabilização por crime de desobediência."

Ainda, para o caso de se verificar eventual impossibilidade de cumprimento das obrigações de fazer e de não fazer, excepcionalmente e em último caso, em sede de execução de sentença e sem prejuízo da incidência de MULTA-DIÁRIA por descumprimento, poderá este Juízo oportunamente vir a deliberar sobre a conversão das obrigações em PERDAS E DANOS a serem suportados pelos réus (CPC, art. 499), devendo neste momento processual e no cumprimento desta sentença, contudo, se priorizar a *“prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva”*, conforme art. 11, da Lei nº 7.347/1985 (LACP), a partir do cumprimento efetivo das obrigações de fazer e de não-fazer e a restauração do meio ambiente da faixa de areia de praia ao estado original (*reductio ad pristinum statum*).

Sobre a conversão em perdas e danos somente na hipótese de impossibilidade de cumprimento da tutela específica, dispõe o CPC, art. 499:

Art. 499. A obrigação somente será convertida em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente. (Grifo nosso).

E, para além das obrigações de fazer e de obrigações de não fazer objeto da presente sentença, medidas adicionais e complementares poderão ser implementadas pelas partes em sede de cumprimento de sentença, para fins de melhor adequação dos atos necessários a serem providenciados pelos perante os respectivos órgãos públicos, inclusive mediante a realização de parcerias e convênios entre as partes e órgãos públicos, para fins de se otimizar o tempo e os recursos através dos atos de demolição, restauração, adequação e recuperação ambiental.

II.2.4 - OBRIGAÇÕES DE FAZER E DE NÃO-FAZER – EXECUÇÃO ESPECÍFICA – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA

A Lei nº 7.347/85 (Ação Civil Pública) estabelece que a proteção judicial do meio ambiente pode ser buscada pelo cumprimento de obrigação de fazer ou pela condenação em dinheiro, nos seguintes termos:

“Art. 3º - A ação civil pública poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”

Em seguida, a LACP deixou clara a opção do legislador pela *“execução específica”*, sempre que possível, restituindo o bem ou interesse lesado à sua condição original (*reductio ad pristinum statum*), conforme segue:

“Art. 11 - Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor”.

E confrontando as disposições legais acima citadas com as peculiaridades dos autos, é forçosa a conclusão de priorizar a restituição do meio ambiente ao seu estado original (*reductio ad pristinum statum*), porque este é o resultado que garante a existência do meio ambiente equilibrado às atuais e futuras gerações (CF, art. 225, *caput*).

Por conseguinte, nos casos em concreto dos presentes autos, impõe-se à parte ré obrigações de fazer e de não-fazer, como forma de cumprimento de prestação de atividade devida e cessação de atividade nociva, nos termos da Lei nº 7.347/1985, art. 10, a partir das providências a serem especificadas no dispositivo desta sentença em relação a cada ente respectivo.

Com efeito, “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.” (Decreto-lei nº 4.657/1942 – Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro). Por consequência, passa este à fixação de “tutela específica” e “providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente”, nos termos do CPC, art. 497 e seguintes, para fins de se dar efetivo cumprimento à tutela jurisdicional:

“Do Julgamento das Ações Relativas às Prestações de Fazer, de Não Fazer e de Entregar Coisa

Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

Parágrafo único. Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo”. (...) (Grifo nosso).

Dentre as tutelas específicas a serem fixadas às partes, impõe-se a obrigação de observância à proibição *erga omnes* (aplicável a todos) de construção sobre faixa de AREIA DE PRAIA, em razão de se tratar de área de uso comum do povo em que incide a vedação legal de “urbanização ou qualquer forma de utilização” que “impeça ou dificulte o acesso assegurado” a tal área, devendo a todos haver garantia de pleno e irrestrito “acesso que garantam o uso público das praias e do mar” (art. 10, §§ 1º e 2º, da Lei 7.661/1988), o que dá ensejo à ordem judicial de demolição sobre as construções que estejam situados sobre faixa de areia de praia, com necessária retirada dos entulhos e materiais decorrentes da demolição e, ainda, restauração da vegetação primitiva da faixa de areia de praia e Zona Costeira, sob os custos dos réus.

Já na área remanescente, tratando-se de ocupação de área de TERRENOS DE MARINHA e de ESPELHOS D’ÁGUA, deve haver a imposição de obrigação de fazer de regularização patrimonial perante a SPU.

Nos casos de ocupação e supressão de vegetação em ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE, em razão de se tratarem de áreas de “restinga” sob proteção legal e normativa (Lei nº 12.651/2012, art. 4º, inciso VI e

Resolução-CONAMA nº 303/2002, art. 2º, inciso VIII), impõe-se a obrigação de fazer aos réus para fins de se “promover a recomposição da vegetação” situada ao seu entorno, mediante ações de revitalização da vegetação nativa, observados os termos da Resolução-SMA nº 32/2014 (Projetos de Restauração Ecológica do Estado de São Paulo), em sede de execução de sentença.

Ressalta-se que a presente ordem judicial da Justiça Federal de demolição das estruturas situadas sobre faixa de areia de praia, não atende a preferências ou conveniências subjetivas, mas trata-se de questão de natureza impessoal e objetiva que decorre da APLICAÇÃO DA LEI e do ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO, a todos aplicável indistintamente, e que inclusive estabelece que “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.” (Decreto-lei nº 4.657/1942 – Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro).

Ante os fundamentos expostos e que sustentam a parcial procedência dos pedidos formulados nas petições iniciais das respectivas ações em julgamento em conjunto, a partir do dispositivo desta sentença este Juízo especifica as obrigações de fazer e de não-fazer a serem impostas aos réus, cujos cumprimentos deverão ser comprovados dentro do prazo específico em sede de cumprimento de sentença, sob as devidas advertências em caso de descumprimento.

III – DISPOSITIVO

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTES os pedidos e declaro extintas as ações civis públicas nº 0001313-92.2010.4.03.6121 e nº 5000395-43.2019.4.03.6135, nos termos do art. 487, inciso I, do CPC c/c arts. 3º e 16, da Lei nº 7.387/85 (LACP), para CONDENAR os réus a pessoa jurídica CENTRO NÁUTICO TIMONEIRO (*situado na Estrada da Ribeira, n. 64, no SACO DA RIBEIRA, em UBATUBA-SP*), e seus representantes pessoas físicas ARMANDO AFONSO ARNONI e SONIA REGINA MORAES, bem como seus eventuais sucessores, conforme Lei nº 7.347/85, art. 3º e 11 e CPC, arts. 497 e 536, de FORMA SOLIDÁRIA, à:

1. OBRIGAÇÃO DE FAZER de realizar a imediata DESOCUPAÇÃO DA ÁREA DE PRAIA (BEM DE USO COMUM DO POVO (em azul escuro), sendo rampa, deck e edificações da marina, seus acesos e dependências, nos termos dos documentos técnicos da SECRETARIA DE PATRIMÔNIO DA UNIÃO – SPU (“PLANTA DA SITUAÇÃO” ANEXA AO OFÍCIO N. 36560/2019/COCAI-SPU-SP/MP – PDF – Fl. 2182) e CETESB (INFORMAÇÕES TÉCNICAS n. 02/11-CMU, de 08/09/2011 e 007/09-LMU, de 06/12/2009 – PDF Fl. 2149), com ORDEM DE DEMOLIÇÃO das estruturas edificadas sobre faixa DE AREIA DE PRAIA originária, com respectiva ABERTURA DE VIAS DE ACESSO às áreas de praia, para livre trânsito pela coletividade, famílias e pescadores locais;
2. OBRIGAÇÃO DE FAZER de promover a REGULARIZAÇÃO ADMINISTRATIVA da área de ocupação dos TERRENOS DE MARINHA (em vermelho), a partir dos trâmites administrativos perante a SECRETARIA

DE PATRIMÔNIO DA UNIÃO – SPU (vide “PLANTA DA SITUAÇÃO” ANEXA AO OFÍCIO N. 36560/2019/COCAI-SPU-SP/MP – PDF – Fl. 2182), com necessário adimplemento das taxas de ocupação aplicáveis e pelo tempo da ocupação pelo réu ente privado;

3. OBRIGAÇÃO DE FAZER de realizar a imediata REGULARIZAÇÃO ADMINISTRATIVA da área de ESPELHO D’ÁGUA (em azul claro da “PLANTA DA SITUAÇÃO” ANEXA AO OFÍCIO N. 36560/2019/COCAI-SPU-SP/MP – PDF – Fl. 2182), sendo que “a União deverá imitar-se sumariamente na posse do imóvel” (cf. Lei n. 9.636/1998, art. 10, caput), para fins de oportuna formalização de instrumento de cessão de uso pela UNIÃO FEDERAL, desde que as ocupações não comprometam a integridade das áreas de uso comum do povo e de preservação ambiental e dos ecossistemas naturais (cf. Lei n. 9.636/1998, art. 9º, inciso II), com as providências necessárias em sede administrativa, sob pena de desocupação, remoção das estruturas (píers) e restabelecimento da área de espelho d’água ao estado originário, com as readequações e redimensionamentos necessários pela UNIÃO FEDERAL em relação aos RIP’S 7209.01000111-15 e 7209.100112-04 (ESPELHOS D’ÁGUA), preservado o dever de pagamento das taxas de ocupação à UNIÃO FEDERAL pelo tempo de sua vigência (vide OFÍCIO N. 108756/2018-MP, item “6” ; Decisão ID 17057947, de 11/02/2019 - PDF – Fl. 1614 e INF/COCAP N. 007/2016/SPU/SP – PDF FL. 372)
4. OBRIGAÇÃO DE FAZER consistente em providenciar e finalizar os atos necessários perante o Órgão Ambiental Estadual CETESB, para a devida e necessária emissão de atuais LICENÇAS AMBIENTAIS, em razão de todas as atividades desempenhadas pela parte ré consideradas potencialmente poluidoras ao meio ambiente (MARINA E GARAGEM NÁUTICA) (vide INFORMAÇÕES TÉCNICAS n. 02/11-CMU, de 08/09/2011 e 007/09-LMU, de 06/12/2009 da CETESB), a ser demonstrada em sede de cumprimento de sentença;
5. PARALISAÇÃO DAS ATIVIDADES COMERCIAIS do réu CENTRO NÁUTICO TIMONEIRO (situado no SACO DA RIBEIRA, em UBATUBA-SP), “incluindo atividades de marina e/ou garagem náutica, como guarda de embarcação em vagas secas ou molhadas (novas atracções, lançamentos em água ou retirada da água), manutenções e limpezas de embarcações de quaisquer tipos, seja em solo ou em águas, e demais serviços prestados pelo empreendimento no local como eventos festivos e/ou turísticos nos recintos do empreendimento, uso de salões de festas e churrasqueiras, piscina, hospedagem, lojas, restaurantes”, ATÉ a devida e necessária emissão das LICENÇAS AMBIENTAIS perante a CETESB, a regularização da OCUPAÇÃO DOS TERRENOS DE MARINHA E ESPELHOS D’ÁGUA (SPU) e a DEMOLIÇÃO das construções situadas sobre AREIA DE PRAIA e a REMOÇÃO dos detritos, sob as custas da parte ré, a serem comprovados em regular cumprimento de sentença;

6. OBRIGAÇÃO DE FAZER a partir da recuperação da vegetação suprimida pelas construções no entorno da AREIA DE PRAIA, que deve ser realizada a partir da apresentação de Projeto de Recuperação de Áreas Degradadas ou Alteradas – PRAD , nele incluindo cronograma das atividades, perante a CETESB ou Fundação Florestal, no prazo de 60 (sessenta) dias, para aprovação, implantação e monitoramento pelo prazo de 3 (três) anos. Na inviabilidade de recuperação da área suprimida, o que deve ser objeto de manifestação pela CETESB ou Fundação Florestal, ficam os réus condenados à obrigação de indenizar, em valor a ser apurado em sede de cumprimento de sentença a partir de sua liquidação, que deverá corresponder ao valor razoável encontrado pelo órgão ambiental competente, revertendo a quantia apurada para as melhorias à limpeza, sinalização e conservação das praias situadas em Ubatuba-SP, acrescido de juros legais e correção monetária, conforme o Manual de Orientação de Procedimentos para Cálculos na Justiça Federal aprovado pelo Conselho da Justiça Federal – CJF, ao
7. PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO à UNIÃO FEDERAL pela ocupação, uso e exploração econômica de área pública federal, nos termos do parágrafo único, do artigo 10 da Lei 9.636/1998, na importância equivalente a 10% (dez por cento) do valor atualizado do domínio pleno da área objeto de ocupação, devendo o tempo e o valor serem apurados e liquidados em regular cumprimento de sentença, após o trânsito em julgado e mediante participação de todas as partes, e ainda, ao
8. PAGAMENTO DE DANO MORAL COLETIVO pela ocupação, uso e exploração econômica de AREIA DE PRAIA, bem de uso comum do povo de ocupação proibida pela legislação, no valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), sopesados o tempo e a área de ocupação, bem como a severa limitação de acesso da coletividade à área de praia originária situada no Saco da Ribeira (vide “PLANTA DA SITUAÇÃO” ANEXA AO OFÍCIO N. 36560/2019/COCAI-SPU-SP/MP – PDF – Fl. 2182) e INFORMAÇÕES TÉCNICAS DA CETESB n. 02/11-CMU, de 08/09/2011 e 007/09-LMU, de 06/12/2009 – PDF Fl. 2149), que deverão ser destinados à execução de projeto de limpeza, revitalização e melhorias estruturais em ÁREAS DE PRAIA de Ubatuba-SP, conforme definições e cronograma a serem oportunamente estabelecidos em cumprimento de sentença.

Em se cuidando de atividade da empresa parte ré potencialmente poluidora e causadora de dano ao meio ambiente (CF, art. 225, *caput*: “*bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações*”), em razão da supremacia do interesse público em relação ao propósito particular, bem como da indisponibilidade da coisa pública, com fundamento no poder geral de cautela deste Juízo Federal e em concessão de TUTELA ESPECÍFICA para efetividade da ordem judicial (CPC, art. 497, *caput* e parágrafo único), ANTECIPO A TUTELA EM SENTENÇA para determinar o

EMBARGO JUDICIAL E PARALISAÇÃO IMEDIATA DAS ATIVIDADES comerciais do réu (*vide* ITEM “5” acima), ATÉ a devida e necessária emissão das LICENÇAS AMBIENTAIS perante a CETESB, a regularização da OCUPAÇÃO DOS TERRENOS DE MARINHA e do ESPELHOS D’ÁGUA (SPU) e a DEMOLIÇÃO das construções situadas sobre AREIA DE PRAIA e a REMOÇÃO dos detritos, sob as custas da parte ré, independente do trânsito em julgado.

ADVERTÊNCIA: o descumprimento de quaisquer das obrigações de fazer e de não fazer impostas a partir da presente sentença, a serem comprovadas em sede de execução de sentença através de documentos no prazo específico estipulado, poderá ensejar a imposição de MULTA-DIÁRIA, execução específica (Lei nº 7.347/8, art. 11) e uso de força policial, conforme oportuna deliberação deste Juízo Federal, estando autorizada a realização de parcerias entre as partes e órgãos públicos, para fins de se otimizar o tempo e os recursos através dos atos de demolição, restauração, adequação e recuperação ambiental.

Nos termos da fundamentação, incide no presente caso a responsabilidade civil objetiva e solidária objetiva por dano ambiental (art. 14, *caput* e § 1º, da Lei nº 6.938/1981) entre os réus, para que, sob seus custos em conjunto, sejam realizados os atos necessários para a reparação integral e necessária demolição de construções situadas sobre a faixa de areia de praia, a restauração das características originais de vegetação e paisagismo, plantio e conservação do meio ambiente equilibrado e protegido nas áreas de praia de Ubatuba-SP (CF, art. 225, *caput*).

Como documentos técnicos que passam a fazer parte da presente sentença, para fins de instruir seu cumprimento: SPU:OFÍCIO N. 36560/2019/COCAI-SPU-SP/MP e “PLANTA DA SITUAÇÃO” Anexa; INF/COCAP n. 166/2015/SPU/SP da SPU, DE 08/04/2015; INF/COCAP n. 007/2016/SPU/SP, de 15/01/2016 (*vide* ACP 0001313-92.2010 – PDF – Fl. 329/ss., 372/ss. e 2182/ss.); CETESB: OFÍCIO N. 548/21-CMS, de 10/12/2021 e INFORMAÇÕES TÉCNICAS n. 02/11-CMU, de 08/09/2011 e 007/09-LMU, de 06/12/2009; OFÍCIO nº 237/22 – CMS e Anexos, de 13/06/2022 (*vide* ACP 0001313-92.2010 – PDF – Fl. 2367/ss. e ACP 5000395-43.2019.4.03.6135 – PDF Fl. 3765/ss., 3770/ss. e 3781/ss.);

Após o trânsito em julgado, expeça-se MANDADO DE DEMOLIÇÃO das construções situadas na ÁREA DE PRAIA, devendo o Executante de Mandados estender seu cumprimento em face de eventuais terceiros desconhecidos e incertos que porventura sejam encontrados na área objeto da lide, tal como descrita ao longo desta sentença. Deverá ainda o Executante do Mandado cumprir a ordem judicial na presença do representante da CETESB ou da Fundação Florestal, que assinarão o termo de demolição.

Condeno a parte ré ao pagamento das custas processuais.

Sem condenação em honorários advocatícios em razão do disposto no art. 18 da Lei nº 7.347/85, aplicável também às ações civis públicas julgadas procedentes movidas pelo Ministério Público (STJ - RESP nº 1.038.024-SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Dje 24/09/2009).

Determino à Secretaria que os atos processuais sejam conduzidos e concentrados a partir da AÇÃO CIVIL PÚBLICA nº 0001313-92.2010.4.03.6121 (PRINCIPAL), para otimização do tempo e para se evitar duplicidades, devendo a AÇÃO CIVIL PÚBLICA nº 5000395-43.2019.4.03.6135 (ASSOCIADA) se manter em APENSO.

Retifique a Secretaria as autuações, para que a UNIÃO FEDERAL passe a constar como *assistente litisconsorcial* da parte autora das ações, conforme requerido no curso das tramitações.

COMUNIQUE-SE/OFICIE-SE para plena ciência e providências necessárias sob sua atribuição administrativa, autorizada a comunicação também pela forma eletrônica (e-mails institucionais), a partir dos dados presentes nesta sentença e processo na íntegra, com subsequente informação em resposta nestes autos: - *PREFEITURA MUNICIPAL DE UBATUBA-SP*; - *MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO (GAEMA)*; - *CETESB*; - *SPU*; - *IBAMA*; - *ICMBio*; - *FUNDAÇÃO FLORESTAL*; - *DELEGACIA DA CAPITANIA DOS PORTOS DA MARINHA DO BRASIL*, inclusive para os atos de auxílio que lhe competem para o efetivo cumprimento da presente ordem judicial.

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se.

Caraguatatuba-SP, 14 de março de 2023.

JUIZ FEDERAL GUSTAVO CATUNDA MENDES

PROCEDIMENTO COMUM CÍVEL 5000548-79.2022.4.03.6100

Autor: BRUNO DOS SANTOS PAULA

Ré: UNIÃO FEDERAL

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA CÍVEL DE SÃO PAULO - SP

Juíza Federal: DENISE APARECIDA AVELAR

Disponibilização da Sentença: DJEN 31/03/2023

SENTENÇA

Vistos.

Trata-se de ação de procedimento comum promovida por *BRUNO DOS SANTOS PAULA* em face da *UNIÃO FEDERAL*, objetivando que se mantenha a suspensão do desligamento, da ordem de movimentação ou de qualquer outro ato para desocupação do PNR, pelo prazo de 03 (três) meses a contar do parto de sua esposa, bem como que seja devolvido integralmente o prazo de movimentação.

Requer, ainda, que seja declarada a nulidade do ato administrativo que concedeu as férias de 30 (trinta) dias a contar do dia 19.01.2022, sendo sua licença paternidade de 20 (vinte) dias, usufruída de forma independente das férias.

Relata que em 17.12.2021 foi publicado, em seu nome, o Ato de Desligamento por motivo de transferência, de Barueri/SP para Curitiba/PR.

Afirma que, em consequência, foi excluído do estado efetivo da OM, sendo-lhe concedidos 30 (trinta) dias de trânsito, a contar de 18.12.2021.

Informa que, em 16.12.2021 requereu adiamento de seu desligamento, tendo em vista o risco de parto prematuro de sua esposa, que estava com gravidez de alto risco de gêmeas e expressa recomendação médica para que não realizasse viagens de longa distância.

Aduz não ter havido pronunciamento do Comando Militar em relação a esse pedido, razão pela qual interpôs recurso administrativo de Reconsideração de Ato, o qual foi indeferido.

Alega, ainda, ter sofrido retaliação após a concessão da tutela antecipada antecedente, sendo punido com a determinação do Comando da Unidade para que tirasse férias “forçadas” de 30 (trinta) dias.

Recebidos os autos, deferiu-se a tutela antecipada em caráter antecedente, para determinar a imediata suspensão da ordem de desligamento e movimentação do requerente, até o decurso de 03 (três) meses contados do parto de suas filhas (ID 239702725).

Após, o autor requereu a extensão da tutela antecipada para que: a) se suspenda o ato administrativo que concedeu as férias de 30 (trinta) dias a contar do dia 19.01.2022; b) sua licença paternidade de 20 (vinte) dias seja usufruída de forma independente às férias; c) bem como para que os atos de cerceamento de sua liberdade sejam desconstituídos, com o retorno às suas atividades militares (ID 240379517).

Juntou documentos para comprovar o alegado (ID 242602483).

O pedido de extensão da tutela antecipada restou indeferido (ID 243694114).

A União apresentou contestação ao ID 248357796, alegando, preliminarmente, a perda superveniente do interesse processual em relação: a) ao pedido de suspensão por 03 (três) meses, a contar do parto, dos prazos de desligamento da unidade militar de origem e de movimentação para a unidade militar de destino, diante do fato de que referido prazo está praticamente esgotado (27.04.2023); b) à eficácia do ato administrativo que designou as férias a contar de 19.01.2022, haja vista que já foram usufruídas pelo autor. No mérito, requer a improcedência da ação.

O novo pedido do autor, de extensão da tutela antecipada para que se declare que o item 2 do ato administrativo DIEx Nº 979-1ª Seq Btl/22º B Log L (EB: 64142.002146/2022-71), que se refere ao período de trânsito, ser nulo e, consequentemente, sem eficácia, restou indeferido (ID 249023120).

Dessa decisão o autor interpôs agravo de instrumento, ao qual foi negado provimento (ID 278317485).

O agravo transitou em julgado em 10.03.2023 (ID 278317484).

Intimado para manifestar-se sobre a contestação apresentada, bem como sobre as provas que pretende produzir, o autor manteve-se inerte (ID 249023120).

A União informou não ter outras provas a produzir (ID 249965809).

Vieram os autos à conclusão.

É o relatório. Decido.

Existindo posicionamento da autoridade administrativa quanto à pretensão autoral, resta configurada sua resistência ao pedido, a caracterizar o binômio necessidade-utilidade, razão pela qual, afasto a preliminar arguida pela União de perda superveniente do interesse processual.

Superada a preliminar, presentes as condições da ação e os pressupostos processuais, passo à análise de mérito.

De início, anote-se que, não obstante se tratar de questões que envolvem aspectos de fato, a prova documental carregada aos autos é suficiente ao deslinde do feito, sendo desnecessária a dilação probatória, nos termos do artigo 355, I do CPC.

Pela análise dos documentos juntados aos autos, afere-se que o requerente reside com sua família no imóvel funcional referente ao PNR (Próprio Nacional Residencial) situado na Rua Guanabara, 126 da Vila Militar Bandeirante, Barueri/SP, desde 01/07/2020 (ID 239578757 e 239578758).

Verifica-se, ainda, ter sido editado o ato de exclusão do requerente do efetivo da Organização Militar de Barueri, a partir de 17/12/2021, sendo movimentado para o Comando da 5ª RM de Curitiba/PR, com a concessão de 30 dias de trânsito (ID 239578759).

Todavia, conforme se constata dos relatórios médicos juntados aos autos, a esposa do requerente, Sra. Ana Paula Bezerra Coelho, encontrava-se no 3º trimestre de gestação de alto risco, de forma que necessitava de acompanhante, além de haver recomendação médica expressa para que não realizasse viagens de longa distância (ID 239578766).

No mesmo sentido, o relatório médico de 11/12/2021, oriundo do Hospital Santa Joana, prescrevia que *“não é recomendável realizar mudança de cidade até o parto, previsto para 17/02/2022, pois existe risco de parto prematuro”* (ID 239578768).

Sendo assim, resta evidente a necessidade de suspensão do ato de desligamento e transferência, ante a impossibilidade de realização de mudança de residência e cidade da família neste momento, sob pena de risco à saúde da esposa do requerente e de suas filhas.

Já quanto à alegação do autor sobre a ordem de “férias compulsórias”, de 30 (trinta) dias a contar do dia 19.01.2022, coincidentes com o período de licença paternidade de 20 (vinte) dias ao qual faz jus, a pretensão autoral não procede.

Com efeito, dispõe o Estatuto dos Militares em seu artigo 63, §1º, que a duração das férias será fixada pelo Poder Executivo, e que o período somente poderá ser interrompido em caso de interesse da segurança nacional, de manutenção da ordem, de extrema necessidade do serviço, de transferência para a inatividade, ou para cumprimento de punição decorrente de contravenção ou de transgressão disciplinar de natureza grave e em caso de baixa a hospital (§4º).

Por sua vez, o Decreto nº 42.018/1957, que aprovou o Regulamento Interno e dos Serviços Gerais, prevê que a concessão de férias deverá ser subordinada às exigências do serviço, devendo, para isso, o plano ser estabelecido visando a não apresentar solução de continuidade à administração (art. 360).

Portanto, em que pese as férias serem um direito do militar, sua concessão e gozo não são livres, devendo observar as necessidades do serviço e interesses da administração.

No caso em tela, verifica-se que as férias foram concedidas ao militar a partir de 19/01/2022 (ID 243370124 – fl. 06), anteriormente ao nascimento de suas filhas.

Assim, a concessão do período de férias observou, além das necessidades institucionais de serviço, os interesses do próprio militar, indo ao encontro da demanda de acompanhamento de sua esposa, que à época estava passando por gestação de risco, conforme demonstrado na inicial.

Não tendo ocorrido nenhuma das hipóteses de interrupção das férias, previstas na legislação supramencionada, entendo razoável a solução adotada pelo Comando, que determinou a concessão da licença paternidade, em decorrência do nascimento superveniente das filhas do requerente, para o período imediatamente posterior ao encerramento das férias.

Portanto, neste ponto, não vislumbro qualquer ilegalidade no ato adotado pela parte requerida.

Por fim, anote-se que sobre o pedido de trânsito em relação ao qual o autor requereu a anulação do ato administrativo que o concedeu apenas por 4 (quatro) dias (ID 248068351), dispõe o artigo 452 do Regulamento Interno e dos Serviços Gerais - R-1 (RISG) que o "Trânsito é o período de trinta dias de afastamento total do serviço concedido ao militar cuja movimentação implique, obrigatoriamente, mudança de sede e destina-se aos preparativos decorrentes dessa mudança".

Todavia, no caso em tela, não se vislumbra ilegalidade no item 2 do ato administrativo DIEx Nº 979-1ª Seq Btl/22º B Log L (EB: 64142.002146/2022-71), pois o autor não possui direito ao prazo de 30 (trinta) dias de trânsito, a contar de 27 de abril de 2022, para movimentação para a unidade militar de destino, em Curitiba/PR. Vejamos:

Conforme se verifica dos autos, o autor ficou afastado das atividades militares para o trânsito, a contar de 18 de dezembro de 2021 até 13 de janeiro de 2022, quando referido prazo foi interrompido por força da decisão que concedeu a tutela. Assim, já usufruiu 26 (vinte e seis) dias do prazo de 30 (trinta) dias para o trânsito, do dia 18.12.2021 até 13.01.2022, restando apenas 04 (quatro) dias para a referida movimentação.

Usufruir mais 30 (trinta) dias de trânsito, contados de 27 de abril de 2022, data do nascimento de suas filhas, faria com que o autor, na realidade, usufruísse 56 (cinquenta e seis) dias para a movimentação, o que violaria a legislação de regência.

Ao analisar a questão supramencionada, este Juízo decidiu por indeferir a tutela antecipada (ID 249023120). Dessa decisão o autor interpôs agravo de instrumento, ao qual foi negado provimento (ID 278317485). Nesse sentido vale transcrever parte da fundamentação constante no voto do e. Relator:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORÇAS ARMADAS. CONTROLE DO ATO ADMINISTRATIVO PRATICADO PELA ADMINISTRAÇÃO MILITAR. LIMITES. TRÂNSITO. LEGALIDADE DO PROCEDER EXECUTADO PELO COMANDO MILITAR. MANUTENÇÃO DA R. DECISÃO EXARADA EM 1º GRAU DE JURISDIÇÃO.

(...)- Ao analisar ato praticado pela Administração Militar, não cabe ao Poder Judiciário intervir no mérito do ato administrativo a ponto de substituir a decisão da Administração Militar, salvo quando os critérios legais do procedimento não forem devidamente observados, já que qualquer ilegalidade representaria desrespeito aos limites do poder discricionário e seria passível de correção. Embora o acesso à prestação jurisdicional tenha conteúdo de garantia fundamental (art. 5º, XXXV, da Constituição), permitindo a judicialização de controvérsias envolvendo atos da administração pública, a separação de poderes e as legítimas competências conferidas às autoridades administrativas impõem limites à apreciação judicial. O Poder Judiciário deve analisar a validade jurídica de aspectos formais (notadamente as garantias do devido processo legal) de feitos administrativos, mas o mérito de decisões administrativas somente pode ser controlado se houver violação ao postulado da proporcionalidade (ou da razoabilidade), ou se o julgamento administrativo transgredir os parâmetros da legalidade de modo claro, objetivo ou manifesto. Precedentes do C. STJ.

- Compulsando os autos, tem-se por correta a determinação da Administração Militar no sentido de que remanesceriam 04 dias de trânsito, uma vez que o agravante efetivamente já havia gozado 26 dias do período de 30 dias que lhe fora concedido.

- Agravo de instrumento interposto desprovido. Agravo interno prejudicado. (AI 5011519-90.2022.4.03.0000, Relator Des. Federal José Carlos Francisco, TRF 3, 2ª Turma).

Desse modo, correta a solução adotada pelo Comando, a qual determinou o prazo residual de 04 (quatro) dias para o trânsito do autor.

DISPOSITIVO

Diante do exposto, nos termos do artigo 487, I, do Código de Processo Civil, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido para, confirmando a tutela antecipada antecedente (ID 239702725), determinar a imediata suspensão da ordem de desligamento e movimentação do requerente, até o decurso de três meses contados do parto de suas filhas.

Face à sucumbência mínima da parte autora, condeno a União ao ressarcimento das custas processuais e ao pagamento de honorários advocatícios, que arbitro em 10% sobre o valor atualizado da causa, a teor do art. 85, §§ 3º, I e 4º, III do CPC.

Sentença não sujeita ao duplo grau de jurisdição (art. 496, §3º, I do CPC).

P. R. I. C.

São Paulo, 30 de março de 2023.

Juíza Federal DENISE APARECIDA AVELAR

MANDADO DE SEGURANÇA CÍVEL 5001841-24.2022.4.03.6120

Impetrante: ENZO ANSELMÍ CLAUDINO MELO
Impetrados: PRESIDENTE DO CONSELHO FEDERAL DA OAB,
CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE ARARAQUARA - SP
Juiz Federal: MÁRCIO CRISTIANO EBERT
Disponibilização da Sentença: DJEN 10/02/2023

SENTENÇA

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Enzo Anselmi Claudino Melo contra ato do Presidente do Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, por meio do qual o impetrante pretende sua inscrição na OAB, mediante a superação de equívocos cometidos pela banca examinadora na correção da prova prática do último concurso de admissão. A inicial narra que a banca cometeu erros na correção da prova prática e na análise do recurso. Embora a resposta do candidato tenha se aproximado do gabarito-padrão quanto à análise de dois temas da prova prática, o impetrante não recebeu nenhum ponto nesses quesitos, o que foi fundamental para sua reprovação. Pediu liminar que assegure a atribuição de 1,0 ponto a sua nota final e, por consequência, sua inclusão na lista de aprovados.

A liminar foi indeferida.

Em suas informações, a autoridade impetrada arguiu sua ilegitimidade passiva, sob o argumento de que o concurso questionado é organizado pelo Conselho Federal da OAB, mais precisamente pela Coordenação Nacional do Exame da Ordem. Ainda em sede preliminar, arguiu a incompetência relativa. No mérito, defendeu a regularidade na correção da prova do impetrante.

O autor emendou a inicial para a inclusão no polo passivo do Presidente do Conselho Federal da OAB. Essa autoridade também prestou informações, defendendo a higidez do certame, em especial dos critérios de correção da banca.

É a síntese do necessário.

II — Fundamentação

A preliminar de ilegitimidade suscitada pela Presidente da OAB Seção São Paulo procede, pois os exames de admissão da OAB são aplicados com abrangência nacional. Por outro lado, rejeito a alegação de incompetência relativa, nos termos dos fundamentos expostos na parte inicial da decisão que indeferiu a liminar.

Descendo para o mérito, transcrevo os fundamentos expostos na decisão que indeferiu a liminar:

No julgamento do RE 632.853, realizado em junho de 2015, o STF fixou a tese de repercussão geral de que os critérios adotados por banca examinadora de um concurso não podem ser revistos pelo Poder Judiciário. Logo, em se tratando de correção de provas de concursos públicos, a intervenção do Judiciário deve ficar restrita a questões teratológicas e de ilegalidade, em que ficar demonstrado de forma inequívoca a existência de erro crasso ou evidente desvio de finalidade por parte da banca examinadora. No caso dos autos, contudo, os elementos até aqui trazidos não apontam para a existência de erro material na correção da prova ou do recurso.

Erro material é o equívoco que se manifesta pelo descompasso flagrante entre o que foi dito e o que se pretendia dizer, facilmente perceptível por qualquer pessoa — o caso clássico de erro material é o erro aritmético. A situação apresentada pelo impetrante é bem diversa, não cabe no balaio dos erros materiais. O que ocorre é que o impetrante não se conforma com o critério de avaliação praticado pela banca, que não considerou como correta argumentação que, na visão do candidato, está de acordo com o gabarito.

Examinando os documentos que acompanham a inicial, em especial o espelho da prova do impetrante e o gabarito da prova prática, não identifico a ocorrência de erro crasso ou de desvio de finalidade pela banca examinadora. Pelo que entendi da questão proposta, o candidato deveria redigir um recurso em reclamatória trabalhista, sendo que entre outros pontos deveria rebater a pretensão do reclamante de integrar certa ajuda de custo à sua remuneração e de ter restabelecido o pagamento de adicional de insalubridade desde sua supressão, que se deu por conta da reclassificação da atividade do trabalhador pelo órgão competente.

No atacado o candidato deu o encaminhamento correto para o caso, pois refutou a incorporação da ajuda de custo ao salário e o restabelecimento do adicional de insalubridade. Porém, a fundamentação para a reforma da sentença quanto à incorporação da ajuda de custo está estruturada apenas na repetição do conteúdo de dispositivo legal, omitindo-se quanto ao fundamento exigido pelo gabarito, que é o de afirmação da natureza indenizatória dessa parcela. Algo parecido se passa quanto ao adicional de insalubridade, dado que o recurso não se sustentou na alegação de que a reclassificação da atividade implica na perda do adicional — em vez disso, a resposta apontou que "... tal adicional não é devido e deve ser pago enquanto a insalubridade perdurar". O fato de o candidato ter indicado o dispositivo legal e a súmula do TST aplicáveis não repercute na nota, uma vez que o valor devido por essas referências (0,1) está subordinado à fundamentação adequada dos quesitos, que valia 0,4 para cada segmento.

Como se vê, a revisão da nota nos termos pleiteados pelo impetrante implicaria na revisão do critério adotado pela banca, ou seja, está localizada em terreno refratário à intervenção do Poder Judiciário.

Penso hoje como pensava ontem, reforçada minha convicção pelos argumentos expostos nas informações prestadas pelas autoridades que se manifestaram nos autos.

Por conseguinte, impõe-se a denegação da segurança.

III — DISPOSITIVO

Diante do exposto, julgo o feito *EXTINTO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO* em relação à Presidente da OAB Seção São Paulo, nos termos do art. 485, VI do CPC (ilegitimidade). No mais, *DENEGO A SEGURANÇA* extinguindo o feito com resolução de mérito, nos termos do art. 487, I do CPC.

Sem honorários advocatícios, em face do disposto no artigo 25, da Lei 12.016/09.

Custas pelo impetrante.

Caso interposto recurso, intime-se a contraparte para contrarrazões e encaminhe-se o processo ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Araraquara, 8 de fevereiro de 2023.

Juiz Federal MÁRCIO CRISTIANO EBERT

PROCEDIMENTO DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL 5009339-98.2022.4.03.6306

Autor: A. A. L. D. O.
Representante: MARIA LUCIA DE ARAUJO
Réu: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DO JEF DE OSASCO - SP
Juiz Federal: JOSÉ RENATO RODRIGUES
Disponibilização da Sentença: DJEN 05/06/2023

SENTENÇA

Como se sabe, o fato gerador da pensão é a morte, motivo pelo qual os requisitos legais devem ser aferidos levando em consideração a data do óbito, ou seja, deve ser aplicada a legislação então vigente. No mesmo sentido é o enunciado nº 340 das súmulas do E. STJ: *"A lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado"*.

A concessão do benefício de pensão por morte está condicionada ao preenchimento dos seguintes requisitos: a comprovação da qualidade de segurado do instituidor do benefício, à época do falecimento; e a condição de dependente do requerente em relação ao falecido (arts. 16 e 74 da Lei nº 8.213/91).

O óbito e a qualidade de segurada da Srª Perina Maria de Araujo são incontroversos, uma vez que certidão juntada aos autos comprova que faleceu em 17/07/22 e, nesta data, já era aposentada por invalidez desde 30/01/98, conforme se extrai de seu CNIS.

Observo que o óbito ocorreu já sob a vigência da EC nº 103/19, posto que esta passou a vigor em 13/11/19.

No que tange à qualidade de dependente do autor menor, verifico, pelos documentos juntados aos autos, que é ele bisneto materno da falecida, a qual, detinha a guarda judicial desde 08/02/18. Na aludida ação, ajuizada pelo Ministério Público contra a mãe do autor, houve concessão de liminar em 08/02/18, passando a guarda do autor para a bisavó e, ainda, afastando a mãe do autor do lar. Houve sentença de procedência confirmando a liminar, tendo havido o trânsito em julgado.

Em audiência ontem realizada, houve o depoimento pessoal da atual guardiã do autor, que foi corroborado pelos testemunhos de Nadir e Desira. A prova oral produzida demonstra, em resumo, que o autor esteve na guarda, de fato, de sua bisavó desde seus 2 anos de idade, recebendo dela todos os cuidados, com muito carinho e amor, e até o seu falecimento. A prova oral também comprova que ele sempre morou com a sua bisavó na mesma casa e, ainda, que a mãe do autor é drogadita, sendo diferentes os pais de seus três

filhos menores, não se sabendo quem é o pai do autor, o que está em consonância com os documentos pessoais autor, pois não consta o nome de seu pai, mas apenas de sua mãe Flora.

Na data do óbito (17/07/22), o rol do art. 16 da Lei nº 8.213/91 já não mais trazia o menor sob guarda como dependente, uma vez que a redação original do seu § 2º (*"Equiparam-se a filho, nas condições do inciso I, mediante declaração do segurado: o enteado; o menor que, por determinação judicial, esteja sob a sua guarda; e o menor que esteja sob sua tutela e não possua condições suficientes para o próprio sustento e educação"*) - que incluía o menor sob guarda no rol dos dependentes -, foi alterada pela MP nº 1523, de 14/10/96 (posteriormente convertida pela Lei nº 9528/97 - *"§ 2º O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento"*) e, por isso, a partir de então o menor sob guarda deixou de ser considerado dependente.

Por outro lado, o § 3º do art. 33 da Lei nº 8.069/90 assegura a qualidade de dependente previdenciário ao menor sob guarda: *"§ 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários."*

O E. STJ ao julgar o Recurso Especial nº 1.411.258/RS, como representativo da controvérsia, fixou a seguinte tese (Tema 732): *"O menor sob guarda tem direito à concessão do benefício de pensão por morte do seu mantenedor, comprovada sua dependência econômica, nos termos do art. 33, § 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente, ainda que o óbito do instituidor da pensão seja posterior à vigência da Medida Provisória 1.523/96, reeditada e convertida na Lei 9.528/97. Funda-se essa conclusão na qualidade de lei especial do Estatuto da Criança e do Adolescente (8.069/90), frente à legislação previdenciária."* (Negritei).

Depois disso, adveio a EC nº 103/19 – nova reforma da Previdência, que expressamente excluiu o menor sob guarda. Refiro-me ao disposto no § 6º do art. 23 da referida emenda constitucional, *verbis*: *"§ 6º Equiparam-se a filho, para fins de recebimento da pensão por morte, exclusivamente o enteado e o menor tutelado, desde que comprovada a dependência econômica."*

Constando a aludida vedação, agora, no texto constitucional, deveria ele prevalecer sobre o disposto em lei ordinária - o § 3º do art. 33 da Lei nº 8.069/90.

Disse "deveria" tendo em vista que o E. Supremo Tribunal Federal, ao julgar procedentes pedidos das ADIs 4086 e 5083, por maioria de votos, conferiu interpretação conforme ao § 2º do art. 16 da Lei nº 8.213/1991, para contemplar, em seu âmbito de proteção, o "menor sob guarda", nos termos do voto do Ministro Edson Fachin, relator. O julgamento conjunto foi finalizado em 07/06/21, tendo havido o trânsito em julgado em 05/03/22.

Assim ficou a ementa dos acórdãos:

ACÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE. JULGAMENTO CONJUNTO. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. ARTIGO 16, § 2º, DA LEI N.º 8.213/1991. REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI N.º 9.528/1997. MENOR SOB GUARDA. PROTEÇÃO PREVIDENCIÁRIA. DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL. PRINCÍPIO DA PRIORIDADE ABSOLUTA. ART. 227, CRFB. INTERPRETAÇÃO CONFORME, PARA RECONHECER O MENOR SOB GUARDA DEPENDENTE PARA FINS DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO, DESDE QUE COMPROVADA A DEPENDÊNCIA ECONÔMICA.

1. Julgamento conjunto da ADI nº 4.878 e da ADI nº 5.083, que impugnam o artigo 16, § 2º, da Lei nº 8.213/1991, na redação conferida pela Lei nº 9.528/1997, que retirou o *menor sob guarda* do rol de dependentes para fins de concessão de benefício previdenciário.

2. A Constituição de 1988, no art. 227, estabeleceu novos paradigmas para a disciplina dos direitos de crianças e de adolescentes, no que foi em tudo complementada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/1990). Adotou-se a doutrina da proteção integral e o princípio da prioridade absoluta, que *ressignificam* o *status* protetivo, reconhecendo-se a especial condição de crianças e adolescentes enquanto pessoas em desenvolvimento.

3. Embora o *menor sob guarda* tenha sido excluído do rol de dependentes da legislação previdenciária pela alteração promovida pela Lei nº 9.528/1997, ele ainda figura no comando contido no art. 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/1990), que assegura que a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e direitos, inclusive previdenciários.

4. O deferimento judicial da guarda, seja nas hipóteses do art. 1.584, § 5º, do Código Civil (Lei n.º 10.406/2002); seja nos casos do art. 33, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/1990), deve observar as formalidades legais, inclusive a intervenção obrigatória do Ministério Público. A fiel observância dos requisitos legais evita a ocorrência de fraudes, que devem ser combatidas sem impedir o acesso de crianças e de adolescentes a seus direitos previdenciários.

5. A interpretação constitucionalmente adequada é a que assegura ao *menor sob guarda* o direito à proteção previdenciária, porque assim dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente e também porque direitos fundamentais devem observar o princípio da máxima eficácia. Prevalência do compromisso constitucional contido no art. 227, § 3º, VI, CRFB.

6. ADI 4878 julgada procedente e ADI 5083 julgada parcialmente procedente para conferir interpretação conforme ao § 2º do art. 16, da Lei n.º 8.213/1991, para contemplar, em seu âmbito de proteção, o menor sob

2 Supremo Tribunal Federal Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp> sob o código 26CB-7905-E02D-F33E e senha F0DE-EC9D-770B-979C Supremo Tribunal Federal ADI 5083 / DF 1. Julgamento conjunto da ADI nº 4.878 e da ADI nº 5.083, que impugnam o artigo 16, § 2º, da Lei nº 8.213/1991, na redação conferida pela Lei nº 9.528/1997, que retirou o menor sob guarda do rol de dependentes para fins de concessão de benefício previdenciário. 2. A Constituição de 1988, no art. 227, estabeleceu novos paradigmas para a disciplina dos direitos de crianças e de adolescentes, no

que foi em tudo complementada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/1990). Adotou-se a doutrina da proteção integral e o princípio da prioridade absoluta, que ressignificam o status protetivo, reconhecendo-se a especial condição de crianças e adolescentes enquanto pessoas em desenvolvimento. 3. Embora o menor sob guarda tenha sido excluído do rol de dependentes da legislação previdenciária pela alteração promovida pela Lei nº 9.528/1997, ele ainda figura no comando contido no art. 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/1990), que assegura que a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e direitos, inclusive previdenciários. 4. O deferimento judicial da guarda, seja nas hipóteses do art. 1.584, § 5º, do Código Civil (Lei n.º 10.406/2002); seja nos casos do art. 33, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/1990), deve observar as formalidades legais, inclusive a intervenção obrigatória do Ministério Público. A fiel observância dos requisitos legais evita a ocorrência de fraudes, que devem ser combatidas sem impedir o acesso de crianças e de adolescentes a seus direitos previdenciários. 5. A interpretação constitucionalmente adequada é a que assegura ao menor sob guarda o direito à proteção previdenciária, porque assim dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente e também porque direitos fundamentais devem observar o princípio da máxima eficácia. Prevalência do compromisso constitucional contido no art. 227, § 3º, VI, CRFB. 6. ADI 4878 julgada procedente e ADI 5083 julgada parcialmente procedente para conferir interpretação conforme ao § 2º do art. 16, da Lei n.º 8.213/1991, para contemplar, em seu âmbito de proteção, o *menor sob guarda*, na categoria de dependentes do Regime Geral de Previdência Social, em consonância com o princípio da proteção integral e da prioridade absoluta, nos termos do art. 227 da Constituição da República, desde que comprovada a dependência econômica, nos termos em que exige a legislação previdenciária (art. 16, § 2º, Lei 8.213/1991 e Decreto 3048/1999).

Em virtude do decidido, via concentrada, pelo E. STF e comprovado nos autos que o autor é menor que estava sob guarda judicial da bisavó falecida e que dela dependia economicamente, pois morava com ela desde seus dois anos de idade e até o seu óbito, faz jus o autor à pensão almejada, tendo em vista que na data do óbito era ele dependente da falecida segurada.

Posto isso, resolvendo o mérito, com fulcro no art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil, *julgo procedente o pedido* para condenar o INSS a *implantar* o benefício de pensão por morte em favor da parte autora desde a data do óbito - 17/07/22, e com renda mensal inicial a ser calculada na forma da lei.

Condeno o réu, ainda, a pagar, de uma única vez, as prestações vencidas desde a data de início do benefício fixada nesta sentença, descontando-se o período em que a parte autora tenha comprovadamente recebido benefício inacumulável, exceto auxílio emergencial, e/ou por força de antecipação de tutela, corrigidas monetariamente de acordo com a Lei nº 6.899/81 (*vide* enunciado nº 148 das Súmulas do E. STJ), enunciado nº 8 das súmulas do E. TRF3 e Manual de Cálculos na Justiça Federal – Resolução nº 267/13 do E. CJF e, ainda, com juros globalizados e decrescentes 0,5% (meio por cento) ao mês desde a citação (*vide* enunciado nº 204 das Súmulas do E. STJ) até a entrada em

vigor do novo Código Civil (10/01/2003 – art. 2.044) e, a partir de então, 1% (um por cento) ao mês (art. 406 do CC c/c o § 1º do art. 161 do CTN). Ressalto que a partir de 01/07/2009, data em que passou a vigor a Lei nº 11.960, de 29/06/2009, que alterou o art. 1.º-F da Lei nº 9.494/97, para fins de incidência somente dos juros, haverá a incidência dos índices oficiais de juros aplicados à caderneta de poupança, afastados, a partir de então, quaisquer outros índices de juros, haja vista que o E. STF, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 870.947, com repercussão geral e sob a relatoria do Min. Fux (DJE de 20/11/17), deixou assentado que o aludido art. 1º-F é constitucional no que tange aos juros aplicáveis em condenações contra a Fazenda Pública em ações não tributárias e, por outro lado, inconstitucional “(...) na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança (...)”. Nesse mesmo sentido o julgamento, pelo E. STJ, seguindo o disposto no art. 1036 e ss. do CPC, do REsp nº 1.495.146/MG (DJE de 02/03/18). Já a partir de 09/12/21, data da publicação da EC 113/21, os valores atrasados serão atualizados somente pela SELIC, nos termos do art. 3º da referida Emenda Constitucional.

Levando-se em consideração a procedência do pedido, o caráter alimentar do benefício previdenciário e o disposto no art. 4º da Lei nº 10.259/01 e enunciado nº 729 das súmulas do STF, *concedo a tutela de urgência* para determinar ao INSS que, *no prazo máximo de 15 (quinze) dias e sob pena de multa diária de R\$ 100,00 (cem reais), que fica desde já imposta em favor da Justiça Federal* e, ao menos por ora, limitada a R\$ 2.000,00 (dois mil reais), proceda à implantação do benefício concedido conforme parâmetros que se seguem e comunicando-se nos autos.

Comunique-se o INSS o aqui decidido, com vistas ao cumprimento do antes determinado, devendo, para tanto, servir cópia da presente sentença como ofício expedido.

Fica a parte autora expressamente advertida de que a eventual reforma desta sentença, em sede recursal, pode ocasionar a necessidade de devolução dos valores recebidos administrativamente e, por isso, pode optar pela não implantação e/ou pelo não recebimento/saque do benefício a ser implantado.

Sem honorários advocatícios e custas processuais (art. 55 da Lei nº 9.099/95). Em havendo recurso e condenação no pagamento de honorários advocatícios, estes, não dispondo em sentido em contrário decisão superior prolatada nestes autos, não incidirão sobre as parcelas vencidas após esta sentença, conforme o disposto no enunciado nº 111 das Súmulas do E. STJ.

Após o trânsito em julgado, promova-se a liquidação das parcelas vencidas e, não havendo impugnações, expeça-se RPV ou precatório para o pagamento dos atrasados.

Sentença registrada eletronicamente. Publique-se. Intimem-se, inclusive o MPF.

Osasco, 31 de maio de 2023.

Juiz Federal JOSÉ RENATO RODRIGUES

PROCEDIMENTO COMUM CÍVEL 5022912-45.2022.4.03.6100

Autor: REAL E BENEMERITA ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE BENEFICÊNCIA
Ré: UNIÃO FEDERAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 26ª VARA CÍVEL DE SÃO PAULO - SP
Juíza Federal: SILVIA FIGUEIREDO MARQUES
Disponibilização da Sentença: DJEN 03/02/2023

SENTENÇA

REAL E BENEMÉRITA ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE BENEFICÊNCIA, qualificada na inicial, propôs a presente ação *de cobrança* contra a União Federal, pelas razões a seguir expostas:

Afirma, a autora, que seu direito é proveniente de sentença proferida nos autos de n. 5001090-76.2020.4.02.5104, pelo juízo da 3ª Vara Federal de Volta Redonda.

Narra que, em 27.2.20, Vinicius Cipriano da Silva ajuizou a referida ação contra a União Federal. Portador de neoplasia maligna em estágio avançado, necessitava do medicamento de alto custo *Nivolumabe*, na dosagem de 3 mg/kg, quinzenalmente, bem como do tratamento de imunoterapia.

Tal medicamento, prossegue, embora aprovado pela ANVISA, não era disponibilizado pelo SUS para administração nas quimioterapias e radioterapias de tratamentos oncológicos, em razão de seu preço.

No decorrer de seu tratamento, Vinicius foi orientado a procurar a Beneficência Portuguesa, para atendimento particular. Verificou-se, na ocasião, que o medicamento cisplatina estava afetando a audição e os rins de Vinicius. Foi, então, indicado o *Nivolumabe*, a ser administrado em imunoterapia.

Diante disso, Vinicius ajuizou a ação contra a União Federal em Volta Redonda. Posteriormente, a inicial da ação foi emendada para incluir a Beneficência Portuguesa no polo passivo, e foi proferida decisão estendendo à mesma os efeitos da tutela antecipada, já deferida.

A autora esclarece que, apesar de atender pacientes em caráter particular, cumpriu a tutela e providenciou o tratamento.

Vinicius acabou falecendo e a ação foi extinta sem julgamento de mérito.

Pretende, a autora, o ressarcimento das despesas havidas com o tratamento de Vinicius, determinadas na tutela, sustentando que a obrigação era do Estado, no caso o Município ou a União Federal.

Pede que a ação seja julgada procedente e que a ré seja condenada ao pagamento de R\$ 50.628,06, valor correspondente à conta hospitalar que ficou em aberto. Pede, ainda, os benefícios da justiça gratuita.

Foram indeferidos os benefícios da justiça gratuita (id 262319476).

A autora recolheu as custas.

A União Federal contestou o feito no id 270118097. Em sua contestação, inicialmente chama o Município de São Paulo ao feito, a fim de que se esclareça como foi viabilizada a internação de Vinicius que não tinha domicílio em São Paulo. Afirma que, caso a autora tivesse entendido que era incorreta a sua inclusão no processo, com a extensão dos efeitos da tutela à mesma, *deveria ter apresentado recurso da decisão*. Mas não o fez. *Também não recorreu da sentença*, que não declarou sua ilegitimidade passiva, não julgou a ação improcedente contra ela nem determinou que fosse ressarcida pela União Federal.

Alega, também, a União Federal, que a decisão judicial não determinou a internação do paciente no Hospital BP Mirante e, por essa razão, o atendimento poderia ter sido prestado pelo hospital filantrópico, do qual a autora também é mantenedora, *e que atende pelo SUS*.

Sustenta não haver a comprovação das despesas, salientando que a União Federal não pode ser tratada como mera consumidora do serviço, como se fosse um paciente. E que os documentos juntados comprovam o valor que seria cobrado de um paciente.

Pede que a ação seja julgada improcedente.

Foi apresentada réplica e não foram requeridas outras provas.

O feito foi baixado em diligência para que a autora juntasse a decisão do juízo de Volta Redonda que estendeu a ela os efeitos da tutela, o que foi feito no id 273887463.

É o relatório. Decido.

Em primeiro lugar, não há razão para que o Município de São Paulo integre a lide. Isso porque a discussão, no presente feito, limita-se à existência ou não de dever de ressarcimento à autora por parte da União Federal.

Passo ao exame do mérito.

A autora sustenta que providenciou atendimento particular ao paciente, Vinicius Cipriano da Silva, em razão de decisão do juízo da 3ª Vara Federal de Volta Redonda.

A referida decisão afirma haver *litisconsórcio necessário* entre a União Federal e a Real e Benemérita Associação Portuguesa de Beneficência, *pessoa jurídica de direito privado que presta serviço pelo SUS*. E que ao nosocômio competia a administração do tratamento por ter, a indicação terapêutica, partido de profissional a ele vinculado. *“Estendo os efeitos da liminar em questão ao*

hospital, ao qual competirá o seu cumprimento, no exercício da sua competência administrativa de delegatária de serviço público na área de saúde” (id 273887463).

Ora, se a autora não prestava serviços pelo SUS, como alega, caberia à mesma ter *recorrido da decisão*.

Com efeito, a decisão determinou sua *citação e intimação*.

Não foi o que fez a autora. Preferiu cumprir a decisão e alegar sua ilegitimidade em contestação.

Contudo, Vinicius Cipriano terminou por falecer.

O juízo de Volta Redonda, então, julgou extinto o feito, nos seguintes termos:

“Ante o exposto, com base nos incisos IV e VI do artigo 485 do CPC, JULGO EXTINTO O PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, considerando a falta de interesse processual superveniente (na modalidade utilidade) e a falta de desenvolvimento válido e regular do processo (existência de parte).

...

Com o falecimento da parte autora, a liminar deferida perde sua eficácia a partir de referido evento, *ressaltando-se sua eficácia ultrativa durante o período de sua vigência* e seu caráter imperativo, importando em impossibilidade de cobrança do espólio e dos sucessores das despesas decorrentes do comando judicial, ressaltando-se a possibilidade da Real e Benemérita Associação Portuguesa de Beneficência cobrar, em via própria, da União, os valores concernentes ao serviço público prestado.

...”

(id 262048684)

Esta sentença transitou em julgado.

No início do relatório dessa sentença, há menção a uma petição da União Federal na qual afirmava não ter o dever de ressarcir os gastos do Hospital Beneficência Portuguesa. Consta, também, do relatório, que a Real e Benemérita Associação Portuguesa de Beneficência afirmara ter cobrado as despesas do espólio, por equívoco, e pedia para se determinar à União Federal o pagamento dos valores despendidos com o tratamento de Vinicius Cipriano.

Não houve julgamento do mérito em razão do falecimento do autor Vinicius Cipriano.

Constato, assim, que a decisão que deferiu a tutela e estendeu seus efeitos à ora autora, determinou que a ora autora promovesse o tratamento de Vinicius Cipriano. E, como já afirmado, determinou a citação e intimação do mesmo. *Não houve recurso*.

Se a autora não se insurgiu quanto à referida decisão que lhe atribuiu uma obrigação que, agora, afirma não ter, não pode se aproveitar disso para

simplesmente cobrar seus serviços da União Federal, como se lhe tivesse prestado um serviço.

A sentença também transitou em julgado.

A única conclusão possível é a de que o juízo de Volta Redonda, ao estender os efeitos da tutela, entendeu que tanto a União Federal como a ora autora eram parte legítima para figurar no pólo passivo da ação e a ambas competia a responsabilidade pelo tratamento de Vinicius Cipriano.

Assim, se a autora entende que tal conclusão foi equivocada, não pode, simplesmente, como está fazendo, *cobrar os gastos incorridos com o cumprimento da tutela* da União Federal. Cabe a ela, se assim entender, ajuizar ação para pleitear eventual indenização da União Federal por ter prestado um serviço que não lhe competia *em razão da decisão judicial. Não se trata de mera ação de cobrança como ajuizada.*

Diante do exposto, julgo *improcedente a presente ação.*

Condeno a autora a pagar à ré honorários advocatícios que arbitro em 10% sobre o valor atualizado da causa, conforme o disposto no Provimento nº 01/2020 da Corregedoria Geral da Justiça Federal da 3ª Região, nos termos do artigo 85, § 4º, inciso III do Novo Código de Processo Civil, bem como ao pagamento das despesas processuais.

Transitada esta em julgado, arquivem-se os autos, observadas as formalidades legais.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

São Paulo, 31 de janeiro de 2023.

Juíza Federal SÍLVIA FIGUEIREDO MARQUES

PROCEDIMENTO COMUM CÍVEL 5000377-40.2023.4.03.6116

Autor: MUNICÍPIO DE ASSIS

Ré: UNIÃO FEDERAL

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA FEDERAL DE ASSIS - SP

Juiz Federal: CAIO CEZAR MAIA DE OLIVEIRA

Disponibilização da Sentença: DJEN 12/04/2023

SENTENÇA

RELATÓRIO

Cuida-se de ação de procedimento comum, com pedido de tutela de urgência, proposta pelo MUNICÍPIO DE ASSIS em face da UNIÃO, pleiteando a declaração de nulidade das Portarias 67/2022, de 04 de fevereiro de 2022, e 17/2023, de 16 de janeiro de 2023, do Ministro de Estado da Educação, que fixaram reajuste do piso nacional do magistério alegadamente sem base legal.

Em síntese, alega o Município autor que as Portarias do MEC nº 67/2022 e nº Portaria nº 17/2023 trataram da aplicação do Piso Salarial Nacional dos Profissionais do Magistério da Educação Básica Pública para os anos de 2022 e 2023, sem respaldo legal, alicerçada somente nos pareceres nºs 02/2022 e 01/2023 do MEC – Ministério da Educação e Cultura.

Aduz que a exigência constitucional (introduzida pela EC nº 108/2020) de edição de lei específica fixadora do piso para os professores não pode ser suprida pela Lei nº 11.738/2008, a qual estava alicerçada na Lei 11.494/2007, revogada pela Lei 14.113/2020. Portanto, as portarias que instituíram o piso nacional com reajustes de 33,24% e 15% para os anos de 2022 e 2023, respectivamente, não teriam amparo legal.

Requer tutela de urgência consistente na imediata suspensão de vigência das Portarias 67/2022 e 17/2023, da Secretaria de Educação Básica do Ministério da Educação, até o julgamento final da presente demanda.

Atribuiu à causa o valor de R\$10.000,00 (dez mil reais).

Com a inicial vieram procuração e outros documentos (IDs. 281150074 ao 281152319).

Vieram os autos conclusos para apreciação do pleito de tutela de urgência.

É o relatório. Passo a fundamentar e decidir.

A petição inicial não pode ser recebida.

Como visto, a parte autora pretende a “imediata suspensão da vigência e validade” de dois atos normativos federais - as portarias 67/2022 e 17/2023, ambas editadas pelo Ministro de Estado da Educação.

A pretensão inicial está bem resumida na seguinte passagem:

A presente demanda visa a declaração de nulidade das PORTARIAS Nº 67/22 E Nº 17/23 do MINISTRO DE ESTADO DA EDUCAÇÃO, que promoveu aumento salarial sobre o piso nacional para o profissional do magistério público da educação básica, sem lei específica autorizativa.

Postula o ente municipal que seja reconhecido como inexistente os atos administrativos exarados pelo Ministério da Educação, cuja base legal restou vinculada à norma revogada expressamente, como se verá a seguir. Portanto, não há como ser aplicada as referidas portarias nºs 67/22 e 17/2023 (anexas), que apenas homologa um parecer exarado pela Consultoria Jurídica do MEC (anexo), cujo conteúdo inicial de outro documento elaborado pela CONJUR recomenda ao contrário.

Assim, diante deste cenário que contraria frontalmente a normajurídica e a norma constitucional, alternativa outra não resta senão o ajuizamento da presente ação declaratória de nulidade das Portarias nºs 67/2022 e 17/2023, sem lei específica, pois alicerçada no mero parecer 02/2022 e 01/2023 do MEC, sem qualquer base legal como inequivocamente comprovado nesta peça inaugural.

No segundo parágrafo acima, a parte autora chega a postular a inexistência dos atos normativos atacados. Algo aparentemente inviável à luz da teoria da escada pontean. Atenhamo-nos, porém, à pretensão de declaração de nulidade dos atos normativos federais.

O argumento central da parte autora é o de que os atos normativos impugnados carecem de base legal. Base que não pode ser oferecida pela Lei nº 11.738/2008, a qual estava por sua vez alicerçada na Lei 11.494/2007, revogada pela Lei nº 14.113/2020. Base que seria exigível já em razão do disposto no artigo 5º, inciso II, da CRFB. E cuja necessidade foi enfatizada no artigo 212-A, inciso XII, da CRFB, introduzido pela Emenda Constitucional nº 108/2020:

Art. 212-A. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios destinarão parte dos recursos a que se refere o *caput* do art. 212 desta Constituição à manutenção e ao desenvolvimento do ensino na educação básica e à remuneração condigna de seus profissionais, respeitadas as seguintes disposições:

(...)

XII - lei específica disporá sobre o piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério da educação básica pública; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 108, de 2020)

O controle judicial de legalidade dos atos administrativos é plenamente possível à luz do ordenamento jurídico brasileiro, desde que se atenha efetivamente a questões de legalidade, sem adentrar questões atinentes à conveniência e à oportunidade, as quais são de apreciação exclusiva pela

autoridade administrativa. Pode ter por objeto inclusive atos administrativos de caráter normativo, desde que o parâmetro de controle seja a legislação infraconstitucional e não diretamente a Constituição da República.

O que pretende a parte autora nestes autos não é, porém, instaurar controle de legalidade de atos administrativos. Pretende que este Juízo exerça controle de constitucionalidade. Seu argumento não é o de que as portarias ministeriais impugnadas constituem violação a dispositivos legais específicos. Ao contrário: argumenta-se que a edição das portarias se deu sem base legal e em violação à norma constitucional acima referida.

Como se sabe, coexistem no ordenamento jurídico brasileiro pelo menos três sistemas de controle de constitucionalidade. Um deles preventivo, que se exerce durante a tramitação do processo legislativo e cabe tanto ao Poder Legislativo como ao Poder Judiciário. Os outros dois têm caráter repressivo e são exercidos pelo Poder Judiciário após a promulgação do ato normativo.

O primeiro desses outros dois sistemas é de caráter difuso, concreto, incidental e com eficácia *inter partes*. Por ser difuso, é exercido por qualquer Juízo ou Tribunal a pedido de qualquer pessoa física ou jurídica. Por ser concreto e incidental, dá-se no bojo de um caso específico, com suas nuances fáticas, cujo objeto não é a declaração de inconstitucionalidade do ato normativo e sim um bem da vida cuja obtenção depende da declaração de inconstitucionalidade do ato normativo impugnado. Por isso mesmo, sua eficácia se dá *inter partes*. A declaração de inconstitucionalidade compõe a fundamentação e não o dispositivo da decisão final e gera efeitos unicamente entre as partes que compuseram os polos ativo e passivo da ação. É a hipótese da declaração incidental de inconstitucionalidade de um ato normativo tributário: o provimento jurisdicional pretendido não pode ser a declaração de inconstitucionalidade do ato normativo em que se baseia o lançamento fiscal e sim a nulidade do próprio lançamento fiscal com base na inconstitucionalidade do ato normativo - cuja declaração de inconstitucionalidade, frise-se novamente, compõe apenas a fundamentação e não o dispositivo do julgado.

O segundo sistema repressivo é de caráter concentrado, abstrato, principal e com eficácia *erga omnes*. Quando tem por objeto ato normativo federal, é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, conforme norma do artigo 102, inciso I, alínea a), da CRFB:

Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

É exercido apenas a pedido de uma das autoridades ou entidades mencionadas no artigo 103 da CRFB. É de caráter abstrato, ou seja, comporta

unicamente o cotejo entre a(s) norma(s) que lhe serve(m) de parâmetro (extraídas do texto constitucional). Não comporta questões fáticas, seu rito não prevê fase probatória. O pedido de declaração de inconstitucionalidade é formulado de modo principal e não incidental. O dispositivo do julgado é a própria declaração de inconstitucionalidade do ato normativo atacado. E tem eficácia *erga omnes*.

No presente caso, pretende a parte autora, apesar de não o admitir, que este Juízo exerça controle de caráter principal e abstrato de ato normativo federal. Esse controle, como visto, cabe unicamente ao Supremo Tribunal Federal e não pode ter eficácia meramente *inter partes*, o que equivaleria a declarar que determinado ato normativo é constitucional para uns e inconstitucional para outros.

Fazer prosperar a pretensão formulada pela parte autora nestes autos seria igualmente usurpar a competência do Supremo Tribunal Federal, violar a regra sobre legitimidade ativa para a propositura de ação direta de constitucionalidade (que não prevê o Município como um dos legitimados) e violar de modo muito grave a segurança jurídica, pois o resultado da multiplicação de ações com idêntico pedido ao formulado nestes autos será a existência de diferentes pisos salariais para os professores, a depender de o Município ter ou não medida liminar concedida em seu favor para que os respectivos gestores possam descumprir as previsões constantes das portarias ministeriais atacadas.

Em termos processuais, a tutela jurisdicional pretendida nestes autos é inadequada e a parte autora é também ilegítima para formular pedido dessa tutela jurisdicional. Adequação é um dos elementos de que se compõe o interesse processual.

DISPOSITIVO

Por todo o exposto, *INDEFIRO A PETIÇÃO INICIAL* com base na norma do artigo 330, incisos II e III, do Código de Processo Civil.

Custas não devidas, por ser a parte autora isenta. Honorários advocatícios não devidos, uma vez que não formada a relação processual.

Em caso de interposição de recurso de apelação, adote-se o procedimento previsto no artigo 331, §1º, do CPC. Caso contrário, certifique-se o trânsito em julgado e remetam-se os autos ao arquivo.

Sentença registrada eletronicamente.

Publique-se. Intime-se. Cumpra-se.

Cópia desta sentença, assinada eletronicamente, poderá servir para as comunicações necessárias.

Assis/SP, data da assinatura eletrônica.

Juiz Federal Substituto CAIO CEZAR MAIA DE OLIVEIRA

MANDADO DE SEGURANÇA CÍVEL 5000447-12.2023.4.03.6131

Impetrante: VIVIAN WINCKLER LIAO LIMA

Criança Interessada: I. L. D. L.

Impetrados: CAIXA ECÔNOMICA FEDERAL - CEF, GERENTE DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

Origem: JUÍZO FEDERA DA 1ª VARA FEDERAL DE BOTUCATU - SP

Juiz Federal: MAURO SALLES FERREIRA LEITE

Disponibilização da Sentença: DJEN 28/04/2023

DECISÃO

Vistos, em decisão liminar.

Trata-se de ação de mandado de segurança impetrado, em caráter preventivo, por VIVIAN WINCKLER LIAO LIMA em face do GERENTE DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL e da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – CEF, visando obter ordem que lhe permita efetuar o saque de quantias depositadas junto à conta vinculada do FGTS. Em suma, aduz a vestibular que o filho da impetrante é portador de moléstia diagnosticada como Transtorno do Espectro Autista (TEA), nível moderado (CID-10: F84.0/ CID-11: 6A02.3), carecendo do tratamento médico especializado, custoso, e para o qual não existe previsão expressa de levantamento de valores das quotas fundiárias. Sustenta, na impetração, seu direito líquido e certo ao levantamento dos valores respectivos, com base na legislação e na jurisprudência que, hodiernamente, trata desta questão. Junta documentação.

Vieram os autos para análise do pleito liminar.

É o relatório.

Decido.

Concedo à parte ora impetrante os benefícios da Assistência Judiciária, em face da declaração de hipossuficiência e da documentação juntada aos autos. Anote-se.

Ao menos a satisfazer os rigores desse momento prefacial de cognição, entendo presentes os requisitos que autorizam a concessão da medida liminar invocada na inicial da impetração.

Não é de hoje que a jurisprudência de nossas Cortes Regionais vem firmando o entendimento de que as hipóteses de saque previstas no art. 20 da Lei n. 8.036/90 não são taxativas, sendo factível cogitar da liberação do saldo da conta vinculada em situações excepcionais, entre tais o custeio de enfermidades que demandam o tratamento médico contínuo, medicação específica e acompanhamento constante. No caso específico da terapêutica da moléstia aqui

em questão (Transtorno do Espectro do Autismo – TEA) há diversos precedentes que reconhecem a excepcionalidade das circunstâncias a autorizar o levantamento dos saldos respectivos, cabendo indicar o seguinte precedente do E. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO:

REMESSA OFICIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. FGTS. LEVANTAMENTO DO SALDO DA CONTA VINCULADA. CABIMENTO. CASO ANÁLOGO À HIPÓTESE DO ARTIGO 20, XIV, DA LEI Nº 8.036/90. SENTENÇA MANTIDA. REMESSA OFICIAL DESPROVIDA.

“1. Embora o caso concreto não se amolde a uma das hipóteses de movimentação da conta vinculada do FGTS previstas pelo dispositivo legal, é cabível a concessão da ordem para permitir a liberação do saldo da conta vinculada do FGTS.

2. *O filho da autora foi diagnosticado com Transtorno do Espectro do Autismo (TEA), não sendo razoável exigir-se que o filho da impetrante esteja em estado grave de saúde (estágio terminal), para, só então, com base no artigo 20, inciso XIV, da Lei nº 8.036/90, exsurgir o direito ao saque.*

3. As hipóteses do artigo 20 da Lei nº 8.036/90 não são taxativas, cabendo a liberação do saldo da conta vinculada do FGTS em situações excepcionais, como o caso do Transtorno do Espectro do Autismo (TEA), já que tal enfermidade demanda tratamento médico contínuo, medicação específica e acompanhamento constante.

4. Os recursos depositados nas contas vinculadas do FGTS são de titularidade do trabalhador, sendo evidente seu direito ao saque quando contemplado pelas hipóteses legais ou em situações excepcionalíssimas.

5. Portanto, a recorrida faz jus ao levantamento do saldo da conta vinculada no FGTS em seu nome, conforme constou da sentença recorrida.

6. Remessa oficial desprovida” (g.n.).

[REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL/ RemNecCiv 5000349-60.2022.4.03.6002; Desembargador Federal WILSON ZAUHY FILHO, TRF3 - 1ª Turma, Intimação via sistema DATA: 04/11/2022].

Mesmo dentre aqueles que entendem devam ser interpretadas *restritivamente* as hipóteses de saque da conta-vinculada, é consenso o cabimento do levantamento dos montantes depositados na conta vinculada, figurada a necessidade de tratamento médico de moléstia grave. Indico precedente:

ADMINISTRATIVO. FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO. LEVANTAMENTO DE SALDO DE CONTA VINCULADA. DOENÇA GRAVE NÃO ELENCADE EXPRESSAMENTE NO ART. 20 DA LEI Nº 8.036/1990. POSSIBILIDADE.

“- O FGTS tem múltiplas finalidades sociais, especialmente dar amparo financeiro ao trabalhador (em situações tais como desemprego involuntário) e criar volume de recursos para financiar políticas públicas em diversas áreas (p. ex., financiamentos habitacionais, saneamento e infraestrutura socioeconômica). Em razão disso, o ordenamento jurídico tem delimitado a movimentação do FGTS mediante listas positivadas em atos normativos.

- As hipóteses tratadas no art. 20 da Lei nº 8.036/1990 devem ser interpretadas restritivamente (vale dizer, trata-se de lista taxativa), devendo ser cumpridas pela CEF. Porque essas hipóteses de saque foram abstratamente positivadas, pelo titular da competência normativa, dentro de limites da discricionariedade concedidos pela ordem jurídica, o Poder Judiciário também deve respeitá-las, contudo, *harmonizando aspectos particulares que os autos revelem, podendo avaliar, no caso concreto, se há justificativas jurídicas igualmente protegidas pelo Estado de Direito que permitam saques pelo trabalhador.*

- O caso sub judice cuida de situação concreta na qual é *juridicamente legítimo o saque do FGTS, porque o motivo do pleito emerge como motivo equivalente àqueles descritos no art. 20 da Lei nº 8.036/1990, conciliando os mesmos propósitos individuais e públicos. Nessas circunstâncias, é presumível que o levantamento pelo trabalhador atenda aos melhores propósitos do FGTS.*

- Pela documentação acostada aos autos, em consulta ao sistema de acompanhamento processual da Justiça Federal de Primeiro Grau em São Paulo/SP, verifica-se que o autor/agravado é titular de conta vinculada ao FGTS em relação a qual pede levantamento, *bem como comprova que seu filho é portador de Transtorno do Espectro Autista (DSM-5: 299.00, CID-10: F84.0).* Destaque-se que, conforme documento médico acostado aos autos, “A não realização das terapias de forma imediata pode causar prejuízos e impactos na qualidade de vida do paciente. As suspensões, interrupções e início tardio das intervenções compromete a perspectiva de um melhor prognóstico para o paciente”.

- Agravo de Instrumento desprovido” (g.n.).

[AGRAVO DE INSTRUMENTO/ AI n. 5024602-13.2021.4.03.0000; Desembargador Federal JOSE CARLOS FRANCISCO, TRF3 - 2ª Turma, DJEN DATA: 23/03/2022].

Nem mesmo a eventual opção do titular-cotista pelo saque-aniversário impede a efetivação do saque na hipótese adversada nos autos, porque, como bem explicita a jurisprudência, a alienação ou cessão fiduciária do saque-aniversário pelo titular da conta não impede a movimentação do saldo fundiário nos casos previstos nos incisos XI, XIII e XIV do *art. 20 da Lei n. 8.036/90*, nos termos do *art. 7º, caput e §2º, da Resolução nº 958/20 do Conselho Curador do FGTS*. Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. LIBERAÇÃO DE SALDO DO FGTS. DEPENDENTE DO TITULAR PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. POSSIBILIDADE. SAQUE-ANIVERSÁRIO E ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DOS VALORES DEPOSITADOS NÃO IMPEDEM O LEVANTAMENTO DO SALDO. RESOLUÇÃO Nº 958, DE 24 DE ABRIL DE 2020 DO CONSELHO CURADOR DO FGTS. AGRAVO INTERNO PREJUDICADO. AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO PROVIDO.

“1. A jurisprudência tem firmado entendimento no sentido de que, em se tratando de doença grave e havendo necessidade da importância depositada no FGTS, o trabalhador tem direito ao levantamento do saldo, ainda que não se trate de doença expressamente prevista na legislação. Precedentes.

2. Na hipótese, o filho do titular da conta fundiária é portador de doença denominada “Transtorno do Espectro do Autismo”, surgindo, assim, o direito ao levantamento do saldo do FGTS, a fim de que seja assegurado acesso ao valor depositado para fazer frente às despesas com o tratamento e à aquisição dos medicamentos.

3. *A opção pela sistemática saque-aniversário não impede o levantamento do saldo do FGTS na hipótese de doença grave do titular da conta ou de seu dependente, nos termos do art. 20-A, §2º, II, da Lei n. 8.036/90.* Igualmente, a aventada alienação ou cessão fiduciária do saque-aniversário pelo titular da conta não impede a movimentação do saldo fundiário nos casos previstos nos incisos XI, XIII e XIV do art. 20 da Lei nº 8.036, de 1990, nos termos do art. 7º, caput e §2º, da Resolução nº 958, de 24 de abril de 2020 do Conselho Curador do FGTS.

4. Negado provimento ao agravo de instrumento e julgado prejudicado o agravo interno interposto pela agravante” (g.n.).

[AGRAVO DE INSTRUMENTO/ AI n. 5015059-49.2022.4.03.0000; Juiz Federal Convocado ALEXANDRE BERZOSA SALIBA, TRF3 - 1ª Turma, DJEN DATA: 07/11/2022].

Pois bem. No caso dos autos, está perfeitamente bem documentado, mediante laudo médico expedido por Centro de Atendimento Multiprofissional Especializado (*id n. 284414380, pp. 1-2*), que o filho da requerente apresenta diagnóstico de *Transtorno do Espectro Autista (TEA)*, nível moderado (CID-10: F84.0/ CID-11: 6A02.3), carecendo do tratamento médico preconizado, sendo de se presumir, nessas circunstâncias, inegável prejuízo e impacto negativo na qualidade de vida do paciente, acaso sobrevenham suspensões, interrupções ou mesmo início tardio das intervenções correspondentes.

Por tais razões, considero presentes os requisitos que autorizam a concessão do pleito liminar, a determinar à autoridade impetrada que proceda à imediata liberação do saldo existente na conta vinculada do *FGTS* da ora impetrante [PIS/ PASEP n. 125.93981.15-8; Carteira de Trabalho n. 91262/168; Número da conta (Cód. Estabelecimento/ Conta: 9971600766662/ 1075603 – BU), cf. *id n. 284414382*], bem como o das demais que ali vierem a ser depositadas.

É, para o momento, o suficiente.

DISPOSITIVO

*Do exposto, com fundamento no que dispõe o art. 7º, III da LMS (Lei n. 12.016/09), DEFIRO a medida liminar aqui postulada, e o faço para, até a solução definitiva da lide, ou determinação expressa em contrário, determinar à autoridade impetrada que proceda à imediata liberação do saldo existente na conta vinculada do FGTS da ora impetrante [PIS/ PASEP n. 125.93981.15-8; Carteira de Trabalho n. 91262/168; Número da conta (Cód. Estabelecimento/ Conta: 9971600766662/ 1075603 – BU), cf. *id n. 284414382*], bem como o das demais que ali vierem a ser depositadas.*

Notifique-se a autoridade impetrada para que, querendo, preste as informações que julgar pertinentes nos termos e prazo a que alude o art. 7º, I da LMS.

Intime-se a litisconsorte passiva.

Após, com ou sem a prestação das informações, *abra-se vista dos autos à Douta Procuradoria da República*, para parecer, volvendo os autos em sequência, com conclusão.

P.I.

Juiz Federal MAURO SALLES FERREIRA LEITE



Súmulas

SÚMULAS DO TRF DA 3ª REGIÃO¹

SÚMULA Nº 01

Em matéria fiscal é cabível medida cautelar de depósito, inclusive quando a ação principal for declaratória de inexistência de obrigação tributária.

SÚMULA Nº 02

É direito do contribuinte, em ação cautelar, fazer o depósito integral de quantia em dinheiro para suspender a exigibilidade de crédito tributário.

SÚMULA Nº 03

É ilegal a exigência da comprovação do prévio recolhimento do Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços como condição para a liberação de mercadorias importadas.

SÚMULA Nº 04 (REVISADA)

A Fazenda Pública – nesta expressão incluídas as autarquias – nas execuções fiscais, não está sujeita ao prévio pagamento de despesas para custear diligência de oficial de justiça.

- *Vide* IUJ Ag nº 90.03.020242-7, publicado na RTRF3R 24/268 e Incidente de Revisão de Súmula no Ag nº 95.03.023526-0, publicado na RTRF3R 36/306.
- O Pleno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, na sessão ordinária de 01 de julho de 1997, acolheu a Revisão da Súmula nº 04, a que se atribuiu o nº 11, tendo sido publicada nos DJU de 20/02/98, Seção II, págs. 151 e 152; DJU de 25/02/98, Seção II, pág. 215 e DJU de 26/02/98, Seção II, pág. 381.

SÚMULA Nº 05

O preceito contido no artigo 201, parágrafo 5º, da Constituição da República consubstancia norma de eficácia imediata, independentemente sua aplicabilidade da edição de lei regulamentadora ou instituidora da fonte de custeio.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108046-7, publicado na RTRF3R 92/500.

¹ N.E. - Enunciados de acordo com a publicação no Diário Oficial.

SÚMULA Nº 06

O reajuste dos proventos resultantes de benefícios previdenciários deve obedecer às prescrições legais, afastadas as normas administrativas que disponham de maneira diversa.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108040-8, publicado na RTRF3R 92/478.

SÚMULA Nº 07

Para a apuração da renda mensal inicial dos benefícios previdenciários concedidos antes da Constituição Federal de 1988, a correção dos 24 (vinte e quatro) salários-de-contribuição, anteriores aos últimos 12 (doze), deve ser feita em conformidade com o que prevê o artigo 1º da Lei 6.423/77.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108041-6, publicado na RTRF3R 92/481.

SÚMULA Nº 08

Em se tratando de matéria previdenciária, incide a correção monetária a partir do vencimento de cada prestação do benefício, procedendo-se à atualização em consonância com os índices legalmente estabelecidos, tendo em vista o período compreendido entre o mês em que deveria ter sido pago, e o mês do referido pagamento.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108042-4, publicado na RTRF3R 92/485.

SÚMULA Nº 09

Em matéria previdenciária, torna-se desnecessário o prévio 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 beneficiários 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 JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS DA 3ª REGIÃO²

SÚMULA Nº 1

Na hipótese de direito adquirido ao pecúlio, o prazo prescricional começa a fluir a partir do afastamento do trabalho. (Origem: Enunciado 02 do JEFSP; Súmula nº 02 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 2

Com a implantação do Plano de Benefício da Previdência Social, oriundo da Lei nº 8.213/91, o benefício previdenciário de prestação continuada não mais está mais vinculado ao número de salários mínimos existentes quando de sua concessão. (Origem: Enunciado 03 do JEFSP; Súmula nº 03 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 3

É devida a revisão da renda mensal inicial do benefício previdenciário cujo período básico de cálculo considerou o salário de contribuição de fevereiro de 1994, a ser corrigido pelo índice de 39,67% (trinta e nove vírgula sessenta e sete por cento), relativo ao IRSM daquela competência. (Origem: Enunciado 04 do JEFSP; Súmula nº 04 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 4

A renda mensal "per capita" correspondente a 1/4 (um quarto) do salário mínimo não constitui critério absoluto de aferição da miserabilidade para fins de concessão de benefício assistencial. (Origem: Enunciado 01 do JEFSP; Súmula nº 05 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

² **Súmulas 1 a 19** aprovadas pelos membros da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região em Sessão realizada nos dias 30 e 31 de março de 2015, renumeradas em Sessão de 03 de junho de 2015, conforme publicação no Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3ª Região, Edição nº 109/2015, Publicações Judiciais II – JEF, disponibilizado em 17 de junho de 2015. **Súmulas 20 a 23** aprovadas pelos membros da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região em Sessão realizada no dia 28 de agosto de 2015, numeradas em Sessão de 22 de outubro de 2015, conforme publicação no Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3ª Região, Edição nº 198/2015, Publicações Judiciais II – JEF, disponibilizado em 26 de outubro de 2015.

SÚMULA Nº 5

A comprovação de tempo de serviço rural ou urbano depende de início de prova material da prestação de serviço, nos termos do artigo 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91. (Origem: Enunciado 07 do JEFSP; Súmula nº 07 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 6

Nos benefícios concedidos a partir de 01.03.94, na hipótese do salário de benefício exceder ao limite previsto no artigo 29, § 2º, da Lei nº 8.213/91, aplica-se o disposto no artigo 21, § 3º, da Lei nº 8.880/94. (Origem: Enunciado 12 do JEFSP; Súmula nº 10 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 7

Em caso de morte de filho segurado, os pais têm direito à pensão por morte, se provada a dependência econômica, ainda que não seja exclusiva. (Origem: Enunciado 14 do JEFSP; Súmula nº 11 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 8

Para a concessão de aposentadoria por idade, desde que preenchidos os requisitos legais, é irrelevante o fato de o requerente, ao atingir a idade mínima, não mais ostentar a qualidade de segurado. (Origem: Enunciado 16 do JEFSP; Súmula nº 12 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 9

Em matéria de comprovação de tempo de serviço especial, aplica-se a legislação vigente à época da prestação de serviço. (Origem: Enunciado 17 do JEFSP; Súmula nº 13 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 10

É possível a expedição de precatório no Juizado Especial Federal, nos termos do artigo 17, § 4º, da Lei nº 10.259/2001, quando o valor da condenação exceder 60 (sessenta) salários mínimos. (Origem: Enunciado 20 do JEFSP; Súmula nº 16 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 11

A qualidade de segurado, para fins de concessão de auxílio-doença e de aposentadoria por invalidez, deve ser verificada quando do início da incapacidade. (Origem: Enunciado 23 do JEFSP; Súmula nº 18 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 12

Incide a contribuição previdenciária sobre o 13º salário nos termos do § 2º do artigo 7º da Lei nº 8.620/93. (Origem: Enunciado 33 do JEFSP; Súmula nº 27 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 13

Os requisitos para concessão do benefício de aposentadoria por idade não precisam ser cumpridos simultaneamente. (Origem: Súmula 05, do JEFMS; Súmula nº 28 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 14

O valor do benefício equivalente a um salário mínimo, concedida a idoso, a partir de 65 anos, também não é computado para fins do cálculo da renda familiar a que se refere o artigo 20, § 3º da Lei nº 8.742/93. (Origem: Súmula 12 do JEFMS; Súmula nº 30 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 15

O recolhimento de 1/3 (um terço) do número de contribuições, relativo à carência do benefício pretendido, permite a contagem de todas as contribuições anteriores, ainda que correspondentes a períodos descontínuos. (Origem: Súmula 15 do JEFMS; Súmula nº 31 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 16

É devida a correção monetária nos pagamentos administrativos de valores em atraso desde a data do início do benefício e a partir do vencimento de cada parcela. (Origem: Súmula 01 do JEFAME; Súmula nº 32 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 17

É quinquenal a prescrição para pleitear a correção do saldo de contas vinculadas de PIS-PASEP. (Origem: Súmula 02 do JEFAME; Súmula nº 33 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 18

A garantia constitucional de reajustamento dos benefícios para preservá-los, 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 ½ salário mínimo gerando presunção relativa de miserabilidade, a qual poderá ser infirmada por critérios subjetivos em caso de renda superior ou inferior a ½ salário mínimo. (Origem: processos 0000147-18.2015.4.03.9300, 0000148-03.2015.4.03.9300, 0000149-85.2015.4.03.9300, 0000150-70.2015.4.03.9300, 0000151-55.2015.4.03.9300, 0000152-40.2015.4.03.9300; processos 0000920-19.2014.4.03.6319, 0001666-45.2014.4.03.6331, 0006066-92.2014.4.03.6302, 0010812-03.2014.4.03.6302, 0063790-91.2013.4.03.6301, 0092610-33.2007.4.03.6301)

SÚMULA Nº 22

Apenas os benefícios previdenciários e assistenciais no valor de um salário mínimo recebidos por qualquer membro do núcleo familiar devem ser excluídos para fins de apuração da renda mensal *per capita* objetivando a concessão de benefício de prestação continuada. (Origem: processos 0000147-18.2015.4.03.9300, 0000148-03.2015.4.03.9300, 0000149-85.2015.4.03.9300, 0000150-70.2015.4.03.9300, 0000151-55.2015.4.03.9300, 0000152-40.2015.4.03.9300; processos 0000920-19.2014.4.03.6319, 0001666-45.2014.4.03.6331, 0006066-92.2014.4.03.6302, 0010812-03.2014.4.03.6302, 0063790-91.2013.4.03.6301, 0092610-33.2007.4.03.6301)

SÚMULA Nº 23

O benefício de prestação continuada (LOAS) é subsidiário e para sua concessão não se prescinde da análise do dever legal de prestar alimentos previsto no Código Civil. (Origem: processos 0000147-18.2015.4.03.9300, 0000148-03.2015.4.03.9300, 0000149-85.2015.4.03.9300, 0000150-70.2015.4.03.9300, 0000151-55.2015.4.03.9300, 0000152-40.2015.4.03.9300; processos 0000920-19.2014.4.03.6319, 0001666-45.2014.4.03.6331, 0006066-92.2014.4.03.6302, 0010812-03.2014.4.03.6302, 0063790-91.2013.4.03.6301, 0092610-33.2007.4.03.6301)



JUSTIÇA FEDERAL
Tribunal Regional Federal da 3ª Região