

Sentenças



**REINTEGRAÇÃO/MANUTENÇÃO DE POSSE
PROCEDIMENTO ESPECIAL DE JURISDIÇÃO CONTENCIOSA
000035-46.1992.4.03.6005**

Autores: CONSTÂNCIO DE ALMEIDA MORAES E OUTROS
Rés: UNIÃO E OUTRAS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE PONTA PORÃ - MS
Juíza Federal: CAROLLINE SCOFIELD AMARAL
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 16/10/2019

SENTENÇA

1 – RELATÓRIO

CONSTÂNCIO DE ALMEIDA MORAES, MARIA CLARA DOS SANTOS MORAES, DELPILAR DE ALMEIDA MORAES, RAMONA DE ALMEIDA MORAES, JOSÉ SOARES DE MORAIS e MARIA ALMEIDA DE MORAIS ajuizaram a presente ação de manutenção de posse cumulada com ação declaratória de inexistência da relação jurídica decorrente dos efeitos da Portaria n. 516, de 11/10/1991, em face da UNIÃO, FUNAI e COMUNIDADE INDÍGENA JAGUARI.

Alegaram, em síntese, que: a) são os legítimos proprietários das áreas de 269,3535 has (duzentos e sessenta e nove hectares, três mil quinhentos e trinta e cinco metros quadrados), denominadas Fazendas São Bento, Glebas II, V e X, registradas sob as matrículas n. 11.004, 11.006 e 11.018 do Registro de Imóveis de Amambai/MS; b) as suas famílias encontram-se na área há quase um século; c) todos nasceram na Fazenda São Bento; d) foi instituído pelo Decreto nº 94.945/87, um grupo de trabalho interministerial (GTI), com a finalidade de proceder a identificação das terras indígenas denominadas Guasuti, Jaguari, Sete Cerros, Jaguapiré, Jarará e Piracuí; e) o referido GTI esteve *in loco* na Fazenda São Bento, procedendo levantamento minucioso, detalhado e específico, posteriormente concluindo que aquele imóvel não seria terra de ocupação permanente indígena; f) a despeito disso, na data de 06/11/1991, foram turbados na posse que exercem sobre os imóveis constantes da inicial, ocasião em que diversos funcionários da FUNAI, acompanhados de policiais federais, adentraram o imóvel, informando que ali estavam por ordem do Ministro da Justiça e por força exclusiva da Portaria Ministerial n. 516 de 11 de outubro de 1991, com a finalidade de demarcarem área que consideram indígena, denominada Jaguari; g) o processo administrativo é nulo e todos os atos processuais ali praticados, como a Portaria n. 516 de 11/10/1991, vez que não participaram do processo, ofendendo o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

Juntaram procurações e documentos (f. 38-179).

Determinada a citação das requeridas (f. 180-verso).

A União apresentou contestação e documentos (f. 184-225), alegando, em suma, que nada legitima mais a condição de terras silvícolas do que a comprovação de posse imemorial do espaço geográfico que constitui o habitat das nações primitivas que dominaram terras da América; quanto à Portaria Ministerial não há que sofrer reprimendas pois está formalmente adequada aos fins que se destina e emana de autoridade competente; no seu aspecto meritório, também não merece qualquer reparo, posto que embasada em fundamentos de fato que foram lastreados em substancial estudo antropológico.

Por sua vez, a Funai apresentou contestação pugnando preliminarmente pela impossibilidade jurídica do pedido e, no mérito, pela improcedência da ação, aduzindo, em resumo, que a presença indígena na área do Jaguari é inconteste e antecede aos primórdios de 1600; em 1991, um novo grupo técnico, sob a direção do antropólogo Alceu Cutia Mariz, realizou novos estudos relativos à área indígena sub judice, tendo concluído se tratar de terra imemorial tradicional indígena. Protestou, ainda, pela produção de todas as provas permitidas em Direito, especialmente perícia Histórico-Antropológica (f. 244-284). Juntou procuração e documentos (f. 285-297).

Réplica às f. 299-303.

Determinada às partes que especificassem as provas (f. 304).

Os autores requereram a produção de prova pericial (f. 305) e a Funai também indicou que pretendia produzir prova pericial, além de inquirição de testemunhas e depoimento pessoal dos autores (f. 306).

Determinado aos herdeiros de Maria de Almeida Moraes que procedessem a habilitação nos autos em razão de seu falecimento (f. 346), feita às f. 347-348.

Despacho saneando o processo, no qual foi afastada a preliminar de impossibilidade jurídica aventada pela FUNAI; indeferido pedido de desentranhamento dos documentos de f. 302-306 e 309-313; e deferida a produção de prova oral e pericial, esta última consubstanciada em perícia histórico-antropológica, nomeando-se o perito Gilson Rodolfo Martins (f. 366-368).

A FUNAI e os autores indicaram assistente técnico para a perícia e apresentaram os quesitos (f. 369-370 e 372-374).

Por sua vez, a União informou que não pretendia apontar outros quesitos além dos já formulados pela Funai (f. 376).

À f. 380, o perito apresentou proposta de honorários.

Arbitrados os honorários pelo juízo, em valor inferior ao pedido (f. 390), tendo o perito pugnado pelo seu “desligamento” do processo (f. 391).

Determinada a expedição de ofício ao Departamento de Antropologia da USP, para que fornecesse relação de antropólogos para realizar a perícia determinada (f. 392).

Nomeada perita judicial, Dra. Roseli Aparecida de Arruda (f. 398), tendo esta apresentado proposta de honorários (f. 399-400).

A FUNAI e os autores impugnaram o valor às f. 402 e 404-405, e a União requereu que os honorários fossem novamente arbitrados em R\$ 4.000,00 (f. 407).

Instada, a perita não concordou com a redução dos honorários (f. 409).

À f. 411, foi arbitrado o valor dos honorários em R\$ 6.000,00 (seis mil reais)

A parte autora juntou comprovante do depósito referente a 50% do montante para início dos trabalhos (f. 412), cujo valor foi levantado pela perita por meio do alvará de f. 416.

Determinado o início dos trabalhos da perícia para o dia 18/11/1994 (f. 419).

Revogado o despacho de f. 419, na parte em que foi fixado o termo inicial para o início dos trabalhos periciais, bem como deferidos os quesitos apresentados pela Funai; indeferido alguns quesitos apresentados pelos autores; estabelecidos quesitos do Juízo; e deferido o pedido de depósito da segunda parcela dos honorários periciais (f. 428-429).

Depósito da segunda parcela dos honorários periciais (f. 432-433).

Solicitação da perita para que o início dos trabalhos periciais, marcado para 19/05/1997, fossem acompanhados por segurança policial, diante do clima de animosidade existente entre ela e funcionários da FUNAI (f. 451).

Determinação de suspensão dos trabalhos periciais (f. 452).

Após manifestação do MPF, este juízo reagendou o início da perícia para 23/07/1997, com acompanhamento da força policial (f. 453).

Laudo pericial juntado aos autos (f. 458-526), tendo concluído, em síntese que: (a) oficialmente, a Comunidade Jaguari ingressou na área em agosto de 1994; (b) inexistem elementos objetivos que permitam responder se os índios deixaram espontaneamente, foram transferidos ou expulsos da área em litígio; (c) os informes colhidos não permitem estabelecer, com a precisão técnica necessária, o local de habitação indígena anterior a agosto de 1994; (d) a falta de subsídios fatuais inviabiliza o juízo inexorável de que os índios Guarani/Kaiowá ocuparam a área em litígio.

Manifestação dos autores sobre o laudo pericial, tendo juntado aos autos laudo assinado por engenheiros civis, que atestaram, após vistoria da área, que a Fazenda São Bento não é área de ocupação tradicional e imemorial indígena (f. 530-557).

A Funai apresentou sua manifestação sobre a prova pericial produzida (f. 558-569).

Às f. 570-610, a parte autora apresentou nova manifestação acompanhada do parecer analítico e crítico elaborado pelo antropólogo Hilário Rosa.

A União ratificou a manifestação da Funai de f. 558-569 (f. 612).

Manifestação do MPF, pontuando que a perita do juízo aparentemente não possuía qualificação técnica para o trabalho de análise histórica que lhe foi confiado, requereu a designação de perito para a realização de perícia histórica da área e, em um momento posterior, se fosse o caso, a designação de perito para perícia de matiz arqueológica (f. 614-616).

Designado o dia 29/07/1998 para a realização de audiência de conciliação, instrução e julgamento, na qual deveria comparecer a perita, para prestar os esclarecimentos necessários (f. 629).

Realizada a audiência designada, ocasião em que foi rejeitada proposta de conciliação e a perita judicial prestou esclarecimentos sobre o laudo pericial (f. 642-644).

Reiteração do pedido de nova perícia pelo MPF (f. 646-647).

Deferida a realização de nova perícia, nomeando-se para o ato o perito Gilson Rodolfo Martins (f. 653).

A Funai e os autores apresentaram quesitos e indicaram assistente técnico (f. 654-655 e 656-658).

À f. 660, a União informou que não indicaria assistente técnico e apresentou quesitos.

Proposta de honorários apresentada pelo perito à f. 662-663.

Após a manifestação das partes, foi arbitrado o valor de R\$ 22.000,00 a título de honorários periciais (f. 674).

Determinado ao MPF que antecipasse os honorários para a realização de nova perícia (f. 717-718).

Laudo pericial encartado às f. 769-801, tendo afirmado que *“A presença de índios na área em litígio é visível, pelo menos desde a década de oitenta do século passado, antes disso as fontes disponíveis limitam-se aos depoimentos orais dos próprios índios. No ano de 1987,*

após a presença do GTI/FUNAI na área, a qual tinha como objetivo identificar o local como sendo Terra Indígena, os índios foram forçados a abandonar a área pelos proprietários da Fazenda São Bento (fls. a. 305 do proc. 91.11262-3, apensado ao presente proc.). Ainda segundo a mesma fonte, alguns meses depois algumas famílias de índios retornaram para a área em litígio. Em 1991, os índios são novamente pressionados a deixarem involuntariamente a área em litígio (...). Em 1994, os índios retornaram voluntariamente para a área em litígio onde permanecem até o presente.”.

Manifestação dos autores acerca do novo laudo (f. 808-814).

A União e Funai ratificaram os termos da manifestação anterior sobre o tema, informando que não apresentariam laudo divergente (f. 863-864).

O MPF pugnou que o perito: (a) refizesse o trabalho; ou (b) em caso de não se considerar apto a realizá-lo, devolvesse os valores recebidos a título de honorários, nomeando-se outro profissional para a perícia. Juntou, ainda, laudo antropológico produzido por seu assistente técnico (f. 867-884).

Às f. 892-895, o perito pronunciou-se sobre a manifestação do MPF.

Manifestação do MPF insistindo no refazimento do trabalho (f. 897-900).

Decisão de declínio de competência para processar e julgar o feito em favor da Vara Federal de Dourados/MS (f. 904-906).

Os autores apresentaram manifestação com documentos formulando diversos pedidos, entre eles: (a) prioridade de tramitação, em razão de um dos autores ser idoso; e (b) concessão de tutela antecipada, para o fim de imediata evacuação dos imóveis que compõem o objeto da lide (f. 917-1136).

Decisão de declínio de competência para processar e julgar o feito, em favor da Subseção Judiciária de Ponta Porã/MS (f. 1146-1150).

Determinada às partes que apresentassem suas alegações finais (f. 1160).

A parte autora ofereceu suas alegações finais com documentos às f. 1164-1216.

Por sua vez, a Funai e a União apresentaram seus memoriais (f. 1227-1231 e 1232-1246).

O MPF deixou de apresentar memoriais por considerar que o encerramento da fase instrutória teria sido prematuro, principalmente porque a perícia realizada pelo expert Gilson Rodolfo Martins foi do tipo histórico-arqueológica, ao invés de ser do tipo histórico-antropológica. Por conta disso, postulou que o perito refizesse o trabalho ou, em caso de inaptidão, que restituísse o valor recebido a título de honorários. Requereu, ainda, a oitiva de testemunhas (f. 1253-1259).

Designada audiência para o dia 10/10/2007 para oitiva de testemunhas arroladas pelo MPF e para o perito prestar esclarecimentos (f. 1260).

Decisão cancelando a audiência designada e indeferindo o pedido de antecipação dos efeitos da tutela formulado pelos autores. Determinou-se, ainda, que fosse promovida a citação da Comunidade Indígena Jaguary para integrar o polo passivo do feito. Por fim, foi ordenada a realização de perícia histórico- antropológica, a ser realizada pelo perito Levi Marques Pereira (f. 1274-1276).

A Funai apresentou quesitos e indicou assistente técnico (f. 1279-1282).

Por sua vez, a União informou que não possui assistente técnico e ratificou os quesitos apresentados pela Funai (f. 1283).

Às f. 1307-1312, os autores promoveram a inclusão da comunidade indígena afetada no polo passivo da demanda e apresentaram quesitos para a perícia.

Interposição de agravo retido contra a decisão que determinou a realização de perícia histórico-antropológica (f. 1314-1322).

Apresentada proposta de honorários pelo perito nomeado (f. 1341-1356).

Juntada de documentos pela Funai (f. 1357-1376).

A Comunidade Indígena Jaguary apresentou contestação com documento, alegando, preliminarmente, a nulidade de sua citação. No mérito pugnou pela improcedência da ação, vez que tratam-se de meros atos administrativos amparados pelo Decreto n. 1.775/96; que é indubitável ser a área em apreço habitat tradicional indígena, devendo ser aplicado o art. 231 da Constituição Federal. Protestou pela produção de prova pericial de cunho histórico-antropológico (f. 1398-1424).

O Estado do Mato Grosso do Sul requereu o ingresso na presente ação, na qualidade de assistente litisconsorcial dos autores. Postulou, ainda, (a) caso acolhido o ingresso do Estado do MS no polo ativo, que o feito fosse remetido ao Supremo Tribunal Federal, em razão da configuração de conflito federativo; (b) reconsideração da decisão que deferiu a terceira perícia judicial nestes autos; (c) total procedência dos pedidos formulados na inicial; (d) intimação do Estado do Mato Grosso para, querendo, defender-se nos autos (f. 1432-1461).

Às f. 1478-1479, foi juntada cópia da decisão proferida em exceção de suspeição apresentada pelos autores em face do perito Levi Marques Pereira, nomeado para atuar nestes autos, que acolheu a suspeição e desconstituiu o referido perito.

Determinada a autuação em apartado de todos os documentos existentes nos autos relativos ao pedido de ingresso do Estado de Mato Grosso do Sul no polo ativo da demanda (f. 1481).

A Funai/União, Comunidade Indígena Jaguary e MPF manifestaram-se desfavoravelmente ao pleito do Estado de Mato Grosso do Sul (f. 1487-1495, 1498-1500 e 1508-1512)

Às f. 1529-1531, foi encartada decisão proferida nos autos n. 0003711-69.2010.403.6005 declinando da competência para analisar o pedido de ingresso do Estado do Mato Grosso do Sul ao Supremo Tribunal Federal.

Impugnação à defesa da Comunidade Indígena Jaguary (f. 1541-1543).

Os autores apresentaram manifestação favorável ao ingresso do Estado do Mato Grosso do Sul no polo ativo (f. 1544-1549).

Decisão monocrática do Relator Dias Toffoli reconhecendo a incompetência do STF para apreciação desta ação tendo em vista a inexistência de risco potencial de conflito federativo na espécie (f. 1600-1609).

Interposição de agravo regimental pelo Estado de Mato Grosso do Sul contra a referida decisão (f. 1616-1627), sendo negado provimento (f. 1651-1652).

Dando continuidade ao feito, foi proferida decisão que (a) recebeu o agravo retido de f. 1314/1322, interposto pelos autores em janeiro de 2009; (b) determinou a intimação das partes para manifestar se remanesceria interesse na produção de prova oral; (c) admitiu a intervenção do Estado do Mato Grosso do Sul sob a modalidade anômala (f. 1696-1704).

O MPF manifestou desinteresse na produção de prova oral (f. 1723) e apresentou contrarrazões de agravo retido (f. 1724-1732).

Às f. 1736-1765, o Estado de Mato Grosso do Sul informou a interposição de agravo de instrumento contra a decisão que admitiu sua intervenção anômala no feito, instruindo com cópia do recurso.

Os autores informaram que ainda possuem interesse na oitiva das testemunhas que arrolaram (f. 1766).

Às f. 1775-1781, foi informado o falecimento do autor José Soares de Moraes e requerida sua substituição pelo espólio.

Decisão acolhendo a tese de nulidade da citação da comunidade indígena e determinando a realização de nova citação; decretando a prioridade de tramitação dos autos; designando data para prosseguimento da audiência suspensa; e nomeando Cláudio Badaró para proceder à realização de perícia antropológica no imóvel em litígio (f. 1782-1783).

Apresentada proposta de honorários e de plano de trabalho pelo perito (f. 1790-1797).

Proferida decisão às f. 1806-1809, cancelando a audiência designada para o dia 16/12/2015; realizando juízo de retratação relativo à matéria debatida no agravo retido de f. 1314-1322, para o fim de reconsiderar a decisão que determinou a realização de nova perícia nos autos, tornando sem efeito a nomeação do perito Cláudio Badaró; e designando nova data para a audiência (10/03/2016).

A comunidade indígena Jaguarly apresentou nova contestação, após regularização de sua citação, arguindo, preliminarmente, a impossibilidade jurídica do pedido e, no mérito, que seja declarada a prescrição, ou caso não seja este o entendimento, que sejam julgados improcedentes os pedidos aduzidos na inicial (f. 1827-1868).

A Funai e a Comunidade Indígena Jaguari informaram interposição de agravo de instrumento contra a decisão que negou a realização de nova perícia antropológica nestes autos (f. 1872-1883).

Decisão do E. TRF da 3ª Região negando seguimento ao recurso (f. 1886-1890).

Interposição de agravo retido pelo MPF contra a mesma decisão (f. 1896-1898).

Realizada audiência de inquirição de testemunhas (f. 1907-1910).

Réplica à defesa apresentada pela Comunidade Indígena Jaguari (f. 1913-1929).

Os autores apresentaram contrarrazões ao agravo retido do MPF (f. 1930-1937).

Determinada a realização de audiência para os fins do art. 357, §3º, do CPC (f. 1939).

Em 20/07/2016, realizou-se audiência na qual foram fixados os pontos controvertidos da demanda, quais sejam: (a) nulidade do processo administrativo de demarcação, por suposta ofensa ao princípio do contraditório; (b) posse tradicional indígena e esbulho renitente em 05/10/1988. Como as partes não pretenderam a produção de novas provas, foi declarada finda a instrução, saindo as partes intimadas para apresentação de alegações escritas (f. 1949).

Alegações finais e documentos juntados pela parte autora às f. 2006-2058.

Às f. 2060-2067, a Funai apresentou seus memoriais.

Manifestação do MPF pugnando pela reabertura da instrução processual, com a realização da perícia histórico-antropológica (f. 2080-2096).

Acórdão do E. TRF da 3ª Região negando provimento ao Agravo de Instrumento interposto pela Funai e a Comunidade Indígena Jaguari contra a decisão que negou a realização de nova perícia antropológica (f. 2100-2104).

A União reiterou o teor das alegações finais apresentadas pela Funai (f. 2105).

Às f. 2107-2113, a Comunidade Indígena Jaguari requereu a reabertura da produção probatória.

Proferida decisão determinando a expedição de ofício à Associação Brasileira de Antropologia, solicitando que: (a) indicasse profissional com formação e experiência voltadas, preferencialmente, à comunidade indígena Guarani-Kayowá, ou que mais se aproxime do objeto do processo, e que submeta a esse profissional cópias da petição inicial, contestação, laudos periciais e pareceres técnicos já produzidos nos autos judiciais e administrativos, a fim de que informe ao juízo, fundamentadamente, se eventual estudo histórico-antropológico terá possibilidade de resultados concretos e, neste caso, informasse quais seriam os honorários pretendidos para o trabalho, justificando-os; e (b) indicasse ainda outros quatro profissionais, caso o primeiro venha a ter a imparcialidade impugnada pelas partes (f. 2117-2122).

A parte autora opôs embargos de declaração em face da referida decisão (f. 2131-2137), que foi negado provimento (f. 2138-2140).

Resposta do ofício pela Associação Brasileira de Antropologia à f. 2152.

Reconsiderada a decisão de f. 2117-2122 para indeferir a realização de prova pericial antropológica (f. 2153).

A Funai apresentou manifestação com documentos pugnando pela improcedência do pleito autoral e a intimação da Comunidade Indígena por meio da PFE-Funai (f. 2156-2169).

Vieram os autos para sentença (f. 2171).

2 – FUNDAMENTAÇÃO

2.1 – Preliminar de mérito

A Comunidade Indígena Jaguari suscitou a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, tendo em vista que o art. 19, §2º, do Estatuto do Índio, veda expressamente a utilização de interditos possessórios contra a demarcação das terras indígenas.

No entanto, considerando que a presente ação é cumulada com declaratória de inexistência da relação jurídica decorrente dos efeitos da Portaria n. 516, de 11/10/1991, e, por conseguinte, a eventual procedência enseja a possibilidade de deferimento do pedido possessório, não vislumbro a impossibilidade jurídica do pedido neste momento.

No mais, com relação ao pedido da Funai de f. 2156-2169, entendo desnecessária a intimação da Comunidade Indígena por meio da PFE-Funai, vez que ela, a Funai e a União são representadas pela Advocacia Geral da União e, conforme certidão de f. 2155, a intimação foi direcionada tanto para a Funai quanto para a Comunidade Indígena.

Há que se esclarecer que a Procuradoria-Geral Federal possui competência para defesa dos interesses da Funai, tutora legal dos índios não aculturados, não importando em nulidade a ausência de intimação da Procuradoria Federal Especializada, pois não há competência exclusiva desta para atuação no feito. Necessário observar que a Funai foi devidamente intimada da decisão de f. 2153, conforme verifica-se do carimbo e da manifestação do procurador federal às f. 2155-2157.

Acrescento, ainda, a inviabilidade de intimação da Procuradoria Federal Especializada da Funai, que ora localizava-se em Dourados/MS, em Ponta Porã/MS, e em Campo Grande e, atualmente, o Procurador Federal responsável pela atuação nesta Subseção Judiciária encontra-se lotado em Palmas/TO (conforme se verifica do processo n. 5001099-58.2019.4.03.6005 que versa sobre fatos absolutamente diversos, citado aqui para fim de ilustração).

Assim, eventual divisão interna estabelecida pela Procuradoria-Geral Federal não macula o ato de intimação da audiência de saneamento.

Nesse sentido, cumpre colacionar julgado do E. TRF da 3ª Região:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA DE DIREITOS INDÍGENAS. COMUNIDADE INDÍGENA DE PILAD REBUÁ ALDEIA MOREIRA. LIMINAR DEFERIDA. PRÉVIA AUDIÊNCIA DA FUNAI E UNIÃO FEDERAL. ART. 63 DA LEI Nº 6.001/73. ART. 928, PARÁGRAFO ÚNICO, CPC. NULIDADE. AUSENTE. AGRAVO DESPROVIDO.

1. O art. 63 do Estatuto do Índio ordena a prévia ouvida da União e do “órgão de proteção ao índio”, ou seja, da FUNAI. Todavia, não está o juiz, evidentemente, vinculado ao conteúdo das manifestações dessas entidades. No presente caso, ambas foram de fato intimadas a se manifestar, assim como o Ministério Público Federal. Percorrendo os autos, seguem-se as manifestações da FUNAI, da União Federal e do Ministério Público Federal.

2. Não há, no conteúdo do art. 63 do Estatuto do Índio, a obrigação de citação da União Federal ou da FUNAI, para ingressarem como partes no feito. O que há é a exigência de sua prévia oitiva, ou seja, que o magistrado dê a elas ciência do feito e delas requeira um posicionamento (ou, ao menos, uma manifestação quanto ao conteúdo dos autos). Foi exatamente o que se deu no presente caso. Precedente do C. STJ.

3. O termo “oitiva”, repisado nos precedentes citados, bem mostra em que termos deve ser entendida a expressão “prévia audiência”, contida no art. 63 da Lei 6.001/73. “Prévia audiência” deve ser compreendida como “prévia oitiva”, ou seja, manifestação prévia, não revestida das formalidades do ato de citação. Diga-se que, se fosse necessária a citação da União para responder à ação, ingressaria ela como litisconsorte passiva em demanda na qual não é ré. Não é a União quem pode estar esbulhando a posse dos agravados, mas sim os indígenas. Pode o ente político federal, sem dúvidas, ser assistente, se entender oportuno para a proteção dos silvícolas. Contudo, a representação indígena não é feita pela União, mas sim pela FUNAI, tutora legal dos índios não aculturados (Lei 6.001/73, art. 7º, § 2º). Preenchida a exigência de prévia manifestação da União e da FUNAI no feito. Precedente desta Corte.

4. Ausente ferimento ao direito de defesa dos índios por não ter havido citação prévia da comunidade. As entidades a serem ouvidas previamente estão previstas, taxativamente, nos regramentos legal e constitucional. A União e a FUNAI se manifestaram, nos termos do art. 63 do Estatuto do Índio. Além disso, interveio no feito o Ministério Público Federal, em atenção ao art. 232 da Constituição da República, bem como devido ao interesse público envolvido (art. 82, III, do Código de Processo Civil).

5. Inaplicabilidade do art. 928, par. único, do CPC, mas apenas a regra específica do art. 63 do Estatuto do Índio - o qual, diga-se, traz exatamente a mesma proteção da regra processual, mas para o caso especial de conflitos com silvícolas.

6. Agravo de instrumento conhecido e desprovido

(TRF 3ª Região, DÉCIMA PRIMEIRA TURMA, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 483613 - 0024071-27.2012.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI, julgado em 24/05/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:07/06/2016) - Grifei.

Deste modo, indefiro o pedido formulado pela Funai.

2.2 – Mérito

2.2.1 – Da inexistência da relação jurídica decorrente dos efeitos da Portaria n. 516, de 11/10/1991

Consoante se extrai da exordial, pretendem os autores a declaração da inexistência da relação jurídica decorrente dos efeitos da portaria n. 516, de 11/10/1991, diante da nulidade do processo administrativo, pois não teriam participado deste, ofendendo, assim, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

Acerca da ação declaratória, dispõem os artigos 19 e 20 do CPC:

“Art. 19. O interesse do autor pode limitar-se à declaração:

I - da existência, da inexistência ou do modo de ser de uma relação jurídica;

II - da autenticidade ou da falsidade de documento.

Art. 20. É admissível a ação meramente declaratória, ainda que tenha ocorrido a violação do direito.”

Segundo Daniel Amorim Assumpção Neves:

“Para que exista interesse processual na obtenção de uma sentença meramente declaratória é necessária a existência de uma crise de incerteza que, se não resolvida, poderá acarretar algum dano ao autor. É necessário que a dúvida seja objetiva e real, não se limitando a um isolado estado de incerteza subjetiva do autor.”¹

“Não se confundindo com o conteúdo da sentença, seu efeito é a certeza jurídica gerada pela declaração contida na sentença.”²

Para DINAMARCO (apud NEVES, 2008, p. 496) “Os efeitos da sentença declaratória são *ex tunc*, considerando-se que a declaração somente confirma jurisdicionalmente o que já existia; nada criando de novo a não ser a certeza jurídica que foi objeto da demanda.”³.

Feito tal esclarecimento, passo à análise das alegações da parte autora.

Cumpre esclarecer que o procedimento de demarcação de terras indígenas em questão foi regrado à época pelo Decreto nº 22/1991, que regulamentava a Lei nº 6.001/73, de modo que, *uma vez fixadas tais regras, devem ser elas estritamente observadas pela Administração Pública, passando-se, então, a falar-se em ato administrativo discricionário, sendo, a partir disso e da existência de provocação, possível ao Poder Judiciário o exercício somente do controle de legalidade do ato (art.5º, inciso XXXV da CF/88).*

Assim, cabe ao Poder Judiciário apenas zelar pela observância da legalidade na condução de tal procedimento, não competindo o exame do mérito dos atos administrativos discricionários.

Sobre o conceito de ato discricionário, basilar a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.” (in Discricionariedade e Controle Jurisdicional. 2.ed. 8ª tiragem. SP: Malheiros, 2007. p.48.)

Assim, cabe a este Juízo somente averiguar o cumprimento fiel das regras estatuídas para o procedimento de demarcação (*Decreto nº 22/1991*), sendo defeso imiscuir-se em seara que

1 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Ações probatórias autônomas. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 477-482.

2 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011, p. 494.

3 Ibid., p. 496.

envolva qualquer tipo de avaliação subjetiva, afeta a campo da conveniência e oportunidade administrativas.

Sobre a questão, transcrevo julgado do C. Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO – TEORIA DA ASSERTÇÃO – NECESSIDADE DE ANÁLISE DO CASO CONCRETO PARA AFERIR O GRAU DE DISCRICIONARIEDADE CONFERIDO AO ADMINISTRADOR PÚBLICO – POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. 1. Não viola o artigo 535 do CPC quando o julgado decide de modo claro e objetivo na medida da pretensão deduzida, contudo de forma contrária à pretensão do recorrente. 2. Nos termos da teoria da asserção, o momento de verificação das condições da ação se dá no primeiro contato que o julgador tem com a petição inicial, ou seja, no instante da prolação do juízo de admissibilidade inicial do procedimento. 3. Para que se reconheça a impossibilidade jurídica do pedido, é preciso que o julgador, no primeiro olhar, perceba que o petitum jamais poderá ser atendido, independentemente do fato e das circunstâncias do caso concreto. 4. A discricionariedade administrativa é um dever posto ao administrador para que, na multiplicidade das situações fáticas seja encontrada, dentre as diversas soluções possíveis, a que melhor atenda à finalidade legal. 5. O grau de liberdade inicialmente conferido em abstrato pela norma pode afunilar-se diante do caso concreto, ou até mesmo desaparecer, de modo que o ato administrativo, que inicialmente demandaria um juízo discricionário, pode se reverter em ato cuja atuação do administrador esteja vinculada. Neste caso, a interferência do Poder Judiciário não resultará em ofensa ao princípio da separação dos Poderes, mas restauração da ordem jurídica. 6. Para se chegar ao mérito do ato administrativo, não basta a análise *in abstrato* da norma jurídica, é preciso o confronto desta com as situações fáticas para se aferir se a prática do ato enseja dúvida sobre qual a melhor decisão possível. É na dúvida que compete ao administrador, e somente a ele, escolher a melhor forma de agir. 7. Em face da teoria da asserção no exame das condições da ação e da necessidade de dilação probatória para a análise dos fatos que circundam o caso concreto, a ação que visa a um controle de atividade discricionária da administração pública não contém pedido juridicamente impossível. 8. A influência que uma decisão liminar concedida em processo conexo pode gerar no caso dos autos pode recair sobre o julgamento do mérito da causa, mas em nada modifica a presença das condições da ação quando do oferecimento da petição inicial. Recurso especial improvido.

(REsp 879188 / RS RECURSO ESPECIAL2006/0186323-6, r. Ministro HUMBERTO MARTINS (1130), DJe 02/06/2009) – Grifei.

Consigno, ainda, que o processo demarcatório constitui ato administrativo e, portanto, goza de presunção de legalidade e de veracidade, ou seja, julga-se que foi produzido em obediência às determinações legais e encerra fatos efetivamente ocorridos.

Isso acarreta o dever daquele que impugna tal ato de provar que ele possui vício ou de que os fatos não ocorreram conforme afirmação da Administração. Nesse ponto, registro que a parte autora impugna o processo demarcatório, arguindo ofensa ao devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, no entanto, sequer trouxe aos autos a sua cópia integral, inviabilizando a análise de alegada nulidade.

Por outro lado, da documentação carreada aos autos pelas partes, é possível constatar que houve o devido cumprimento do procedimento previsto no Decreto nº 22/1991, sendo vedado o exame de mérito, em respeito ao princípio da separação dos poderes.

O Decreto nº 22/1991 regravava o procedimento de demarcação de terras indígenas à época, *in verbis*:

Art. 2º A demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios será precedida de identificação por Grupo Técnico, que procederá aos estudos e levantamentos, a fim de atender ao disposto no § 1º do art. 231 da Constituição.

§ 1º O Grupo Técnico será designado pelo órgão federal de assistência ao índio e será composto por técnicos especializados desse órgão que, sob a coordenação de antropólogo, realizará estudos etnohistóricos, sociológicos, cartográficos e fundiários necessários.

§ 2º O levantamento fundiário de que trata o § 1º, caso seja necessário, será realizado conjuntamente com o órgão federal ou estadual específico.

§ 3º O grupo indígena envolvido participará do processo em todas as suas fases.

§ 4º Outros órgãos públicos, membros da comunidade científica ou especialistas sobre o grupo indígena envolvido, poderão ser convidados, por solicitação do Grupo Técnico, a participar dos trabalhos.

§ 5º Os órgãos públicos federais, estaduais e municipais devem, no âmbito de suas competências, e às entidades civis é facultado, prestar, perante o Grupo Técnico, informações sobre a área objeto de estudo, no prazo de trinta dias contados a partir da publicação do ato que constituir o referido grupo.

§ 6º Concluídos os trabalhos de identificação, o Grupo Técnico apresentará relatório circunstanciado ao órgão federal de assistência ao índio, caracterizando a terra indígena a ser demarcada.

§ 7º Aprovado o relatório pelo titular do órgão federal de assistência ao índio, este o fará publicar no Diário Oficial da União, incluindo as informações recebidas de acordo com o § 5º.

§ 8º Após a publicação de que trata o parágrafo anterior, o órgão federal de assistência ao índio encaminhará o respectivo processo de demarcação ao Ministro da Justiça que, caso julgue necessárias informações adicionais, as solicitará aos órgãos mencionados no § 5º para que sejam prestadas no prazo de trinta dias.

§ 9º Aprovando o processo, o Ministro da Justiça declarará, mediante portaria, os limites da terra indígena, determinando a sua demarcação.

§ 10. Não sendo aprovado o processo demarcatório, o Ministro da Justiça devolvê-lo-á para reexame, no prazo de trinta dias.

(...)

Art. 9º A demarcação das terras indígenas, obedecido o processo administrativo deste Decreto, será submetida à homologação do Presidente da República.

Art. 10. Após a homologação, o órgão federal de assistência ao índio promoverá o seu registro em cartório imobiliário da comarca correspondente e no Departamento do Patrimônio da União.

Conforme se extrai da f. 287, a Funai editou a Portaria n. 032/1991 que constituiu Grupo Técnico para realizar os trabalhos de identificação e delimitação, bem como fixou o prazo de 45 (quarenta e cinco) dias para a entrega do relatório (art. 2º, § 1º, Decreto nº 22/1991):

PORTARIA PP/Nº 032/91 Brasília-DF, 23 de janeiro de 1991

O Presidente da Fundação Nacional do Índio, no uso das atribuições que lhe são conferidas pelo Estatuto,

- Considerando a extrema gravidade do problema das terras dos índios Guaraní Kaiowá e Nandeva;
- Considerando o estado de saturação demográfica das áreas Guaraní hoje demarcadas;
- Considerando o grande número de famílias despossuídas de suas terras, habitando assim, áreas de outras comunidades Guaraní ou mesmo as periferias urbanas;
- Considerando o extremo estado de carência alimentar e geral que os obriga a vender sua força de trabalho fora de suas terras, em fazendas e destilarias da região;
- Considerando os efeitos de desagregação cultural, familiar e psico-social que tal situação provoca;
- Considerando o alto número de suicídios e outros distúrbios comportamentais verificados, e
- Considerando o resultado da reunião interinstitucional efetuada na cidade de Dourados-MS em 15 de janeiro de 1991.

R E S O L V E :

I - Constituir Grupo de Trabalho composto pelos técnicos ALCEU COTIA MARIZ, Antropólogo/FUNAI; GILMAR CAMPOS SOEIRO, Topógrafo/FUNAI; TÂNIA MARQUES DA SILVA, Engenheira Florestal/IBAMA; JORGE NEW, Advogado/PEN; MAUCIR FACLETTI, Advogado/CIMI; SANDRA HELENA DE SOUZA, Engenheira Cartógrafa/TERRASUL-Gov.MS e sob a presidência e coordenação do primeiro, com o objetivo de atualizar os dados antropológicos, jurídicos, fundiários, de preservação e levantamento da situação das comunidades Guaraní Kaiowá e Nandeva do Estado do Mato Grosso do Sul com relação a terra, oferecendo alternativas de solução para o problema.

II - Determinar o prazo de 45 (quarenta e cinco) para a elaboração dos trabalhos, devendo ser apresentado relatório conclusivo.

III - Esta portaria entra em vigor a partir da data de sua publicação.


 CASSIO GUERREIRO GUIMARÃES
 Presidente

Às f. 212-220 e 289-295, após a finalização dos trabalhos de identificação e delimitação, o grupo técnico apresentou relatório circunstanciado, caracterizando a terra indígena a ser demarcada (art. 2º, § 6º, Decreto nº 22/1991).

Por meio do Despacho nº 13, de 04/09/1991 (f. 222), o Presidente da FUNAI aprovou o relatório apresentado pelo grupo técnico (art. 2º, § 7º, Decreto nº 22/1991):

DESPACHO Nº 13, DE 04 DE SETEMBRO DE 1991

Assunto: Processos FUNAI/BSB/443/87 e FUNAI/BSB/068/88. Referência: Área Indígena JAGUARI. Interessado: Grupo Indígena Kaiová. EMENTA: Aprova o relatório de delimitação da Área Indígena em que se refere, com fulcro no Decreto nº 22, de 04 de fevereiro de 1991.

O PRESIDENTE DA FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI, tendo em vista o que consta nos Processos FUNAI/BSB/443/87 e FUNAI/BSB/068/88, e considerando o Parecer nº 013/CEA/91 de autoria do Antropólogo ALCEU COSTA MARIZ aprovado pela Resolução nº 013/CEA/91, que acolhe, face as razões e justificativas apresentadas, DECIDE:

1 - Aprovar as conclusões objeto da citada Resolução, para a afinal, reconhecer os estudos e adequações à delimitação da Área Indígena na JAGUARI, de ocupação do respectivo grupo tribal Kaiová, com a superfície e perímetro aproximados de 338 ha e 10 km respectivamente, localizada no Município de Amambai, Estado de Mato Grosso do Sul.

2 - Determinar a publicação no D.O.U. do Parecer, Resolução, Memorial Descritivo e Despacho, na conformidade do Art. 29, § 7º do Decreto 22/91.

3 - Encaminhar o respectivo processo de demarcação ao Ministério da Justiça, acompanhado da Minuta de Portaria Declaratória, para aprovação.

SYDNEY FERREIRA POSSUELO

O Ministro de Estado da Justiça expediu a Portaria nº 516 (f. 140), declarando os limites da terra indígena e determinando a sua demarcação (art. 2º, § 9º, Decreto nº 22/1991):

CONSIDERANDO que a Área Indígena JAGUARI, localizada no Município de Amambai, Estado do Mato Grosso do Sul, ficou caracterizada como de ocupação tradicional e permanente indígena, nos termos do artigo 231 da Constituição Federal e do artigo 17 da Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973;

CONSIDERANDO os termos do Parecer nº 013/CEA de 04 de setembro de 1991, da Resolução nº 013/CEA de 04 de setembro de 1991 e do Despacho do Presidente nº 013/PRES/CEA/91 de 04 de setembro de 1991, publicados no D.O.U de 03 de outubro de 1991;

CONSIDERANDO que a declaração de ocupação indígena e a definição dos limites propostos visam assegurar apoio e proteção ao Grupo Indígena KAIONÁ, conforme determinações legais, resolve:

I - Declarar como de posse permanente indígena, para efeito de demarcação, a Área Indígena JAGUARI, com a superfície aproximada de 338 ha (trezentos e trinta e oito hectares) e perímetro também aproximado de 10 km (dez quilômetros), assim delimitada: NORTE: Partindo do Ponto 01 de coordenadas geográficas aproximadas 23°02'20"S e 54°55'10"Wgr., localizado na confluência do Rio Jaguari com o Córrego Cratinga, segue por este a montante, margem esquerda, com a distância aproximada de 1.500,00 metros, até o Ponto 02 de coordenadas geográficas aproximadas 23°02'40"S e 54°54'45"Wgr. LESTE: Deste ponto segue por uma linha reta com distância e azimute aproximados de 194°30'10" e 3.008,40 metros, até o Ponto 03 de coordenadas geográficas aproximadas 23°04'15"S e 54°55'10"Wgr. SUL: Deste ponto segue por uma linha reta com azimute e distância aproximados de 270°48'55" e 284,70 metros, até o Ponto 04 de coordenadas geográficas aproximadas 23°04'15"S e 54°55'20"Wgr., localizado na margem direita do Córrego Panchita. OESTE: Deste ponto segue pelo Córrego Panchita, a jusante, até o Ponto 05 de coordenadas geográficas aproximadas 23°02'50"S e 54°55'35"Wgr., localizado na confluência com o Rio Jaguari; daí, segue por este, a jusante, margem direita, até o Ponto 01, início deste memorial.

II - Determinar que a FUNAI promova a demarcação administrativa da Área Indígena ora declarada, para posterior homologação pelo Presidente da República, nos termos do Artigo 19, § 1º, da Lei nº 6.001/73 e Artigo 9º do Decreto nº 22/91.

III - Proibir o ingresso, o trânsito ou permanência de pessoas ou grupos de não-índios dentro do perímetro ora especificado, salvo quando autorizados pela FUNAI, e desde que sua atividade não seja nociva, inconveniente ou danosa à vida, bens e ao processo de assistência ao índio.

IV - Esta Portaria entra em vigor a partir de sua publicação.

JARBAS PASSARINHO

Pelo Decreto de 21/05/1992 (f. 286), o Presidente da República homologou a demarcação administrativa (art. 9º, Decreto nº 22/1991):

DECRETO DE 21 DE MAIO DE 1992

Homologa a demarcação administrativa da Área Indígena JAGUARI, no Estado do Mato Grosso do Sul.

O Presidente da República, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição, e tendo em vista o disposto no art. 19, § 1º, da Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973,

DECRETA:

Art. 1º Fica homologada, para os efeitos do art. 231 da Constituição Federal, a demarcação administrativa promovida pela Fundação Nacional do Índio - FUNAI, da Área Indígena JAGUARI, localizada no Município de Amambai, Estado do Mato Grosso do Sul, caracterizada como de ocupação tradicional e permanente indígena, com superfície de 404,7055 ha (quatrocentos e quatro hectares, setenta ares e cinquenta e cinco centiares) e perímetro de 9.106,80 m (nove mil, cento e seis metros e oitenta centímetros).

Art. 2º A Área Indígena de que trata este Decreto tem a seguinte delimitação: NORTE: Partindo do Marco "01", de coordenadas geográficas aproximadas 23°02'15"S e 54°55'08"Wgr., localizado na confluência do Rio Jaguaru com o Córrego Cristiano, que segue por este a montante, margem esquerda, até o Marco "02", de coordenadas geográficas aproximadas 23°02'46"S e 54°54'30"Wgr. LESTE: Deste ponto, segue por uma linha reta, com azimute verdadeiro de 196°59'36,79" e distância de 2.890,98 metros, até o Marco "03", de coordenadas geográficas aproximadas 23°04'17"S e 54°54'58"Wgr. SUL: daí, segue por uma linha reta, com azimute de 274°56'21,86" e distância de 524,42 metros, até o Marco "04", de coordenadas geográficas aproximadas 23°04'15"S e 54°55'17"Wgr, localizado na margem direita do Córrego Panchita; OESTE: daí, segue pelo Córrego Panchita, a jusante margem direita, até o Marco "05", de coordenadas geográficas aproximadas 23°02'50"S e 54°55'35"Wgr., localizado na confluência com o Rio Jaguaru; daí, segue por este, a jusante, margem direita, até o Marco "01", início deste memorial.

Art. 3º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 21 de maio de 1992; 171ª de Independência e 104ª da República.

FERNANDO COLLOR
Célio Borja

Por fim, em 17/01/1994, houve o registro no Departamento do Patrimônio da União (f. 1869), e no Cartório de Imóveis de Amambai sob a matrícula n. 12.571, conforme informação de f. 2161 (art. 10, Decreto nº 22/1991).

Assim, consoante demonstrado, concluo que, durante a tramitação do processo administrativo de demarcação, *foram observadas todas as fases previstas no Decreto nº 22/1991.*

Os autores alegam a nulidade do procedimento por ferir os princípios do *devido processo legal, contraditório e da ampla defesa, vez que não participaram do processo administrativo.*

Ocorre que, os autores não se desincumbiram de seu ônus de comprovar a alegada ofensa, já que sequer trouxeram aos autos cópia integral do processo administrativo. Friso que uma vez ausentes tais documentos, não há como proceder à análise se, de fato, foi tolhido eventual direito da parte autora.

Ademais, apenas para prosseguir na fundamentação, cumpre consignar que, em nenhum momento o Decreto nº 22/1991 previa a participação de interessados durante o processo administrativo.

Após a conclusão do processo demarcatório (1994), houve a edição do *Decreto nº 1.775/1996, que revogou o Decreto nº 22/1991, e trouxe a previsão da possibilidade de o interessado se manifestar durante todo o curso do procedimento (art. 2º, § 8º).*

Nesse contexto, cumpre registrar o julgado proferido pelo Plenário do C. Supremo Tribunal Federal, em 13/04/2011, na Ação Cível Originária 462, aplicável ao presente caso, que deixou de declarar a nulidade do Decreto nº 22/1991, para reconhecer a perda do objeto da ação, diante da homologação do processo demarcatório com posterior registro imobiliário, conforme ementa e voto da eminente Rel. Min. Ellen Gracie:

DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS. DECRETO
HOMOLOGATÓRIO. DECRETOS N.ºS 22/91. REGISTRO IMOBILIÁRIO.
DECRETO 1.775/96 - PERDA DE OBJETO.

Processo Administrativo de Demarcação. Atos
administrativos homologatórios decorrentes do Decreto 22/91. Efeitos
declaratórios que qualificaram as terras demarcadas. Posterior registro
imobiliário. Conclusão do processo administrativo de demarcação. Perda
de objeto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Ayres Britto, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, preliminarmente, por unanimidade, em indeferir o pedido de desistência do Estado do Pará. Prosseguindo o julgamento, no mérito, também acordam, por maioria, em julgar prejudicado o pedido, nos termos do voto da relatora

Brasília, 13 de abril de 2011.

Ministra ELLEN GRACIE
Relatora



VOTO

A Senhora Ministra Ellen Gracie - (Relatora): 1. Análise, preliminarmente, o pedido de desistência formulado pelo Estado do Pará, autor da presente ação cível originária.

Considero que o pedido de desistência formulado pelo autor, por representar verdadeiro reconhecimento de provimento contrário àquele pleiteado no pedido inicial (fls. 10/12), encontra inevitável repercussão no campo do direito material objeto da presente demanda, razão pela qual não pode ser acolhido pelo fundamento do inc. VIII do art. 267 do Código de Processo Civil.

Ademais, há nos autos pluralidade de partes no pólo ativo (fl. 212), indicando, ao menos em tese, a formação de relação jurídico-material cujas esferas jurídicas poderão ser afetadas pelo provimento a ser emitido nestes autos.

Razão pela qual, **indefiro** o pedido de desistência da ação, formulado pelo Estado do Pará, nos termos da petição de fls. 354/355.

2. No mérito, verifico que o Estado do Pará propôs ação cível originária objetivando a declaração de nulidade do Decreto Presidencial 22, de 04.02.1991, que dispunha sobre o processo administrativo de demarcação de terras indígenas, e de todos os atos homologatórios decorrentes do referido decreto.

O procedimento administrativo demarcatório previsto no art. 19 do Estatuto do Índio, Lei 6.001, de 19.12.1973, está assim disposto:

“(…)

Art. 19. As terras indígenas, por iniciativa e sob orientação do órgão federal de assistência ao índio, serão administrativamente demarcadas, de acordo com o processo estabelecido em decreto do Poder Executivo.

§ 1º A demarcação promovida nos termos deste artigo, homologada pelo Presidente da República, será registrada em livro próprio do Serviço do Patrimônio da União (SPU) e do registro imobiliário da comarca da situação das terras.

(…)”(Grifei)

Por essa razão, o Poder Executivo editou o Decreto 22, de 04.02.1991, dispondo sobre o referido processo administrativo de demarcação.

3. Esta Corte, por ocasião do julgamento do MS 21.649-2/MS, rel. Min. Moreira Alves, DJ 15.12.2000, entendeu prejudicada a declaração de inconstitucionalidade do Decreto Presidencial 22, em decisão assim ementada:

“Tendo sido editado o Decreto n.º 1775/96, que garantiu o contraditório e a ampla defesa também aos proprietários que já estavam com seus imóveis demarcados como terras indígenas desde que o decreto homologatório não tenha sido objeto de registro em cartório imobiliário ou na Secretaria do Patrimônio da União, do Ministério da Fazenda, e, portanto, estando ainda em curso a demarcação, ficaram prejudicados o incidente de inconstitucionalidade relativamente ao Decreto n.º 22/91 e a alegação de cerceamento de defesa. (...)” (Grifei)

4. O art. 2º do Decreto 22, de 04.02.1991, estabeleceu que o procedimento demarcatório envolve a realização de estudos prévios etno-históricos, sociológicos, cartográficos e fundiários, inclusive com a participação do grupo indígena envolvido, de órgãos públicos e de membros da comunidade científica ou especialistas, para que, após a apresentação de relatório e sua aprovação pelo órgão federal de assistência ao índio, seja o processo de demarcação encaminhado ao Ministro de Estado da Justiça, para que este declare, mediante portaria, os limites da terra indígena, determinando a realização de sua demarcação (§§ 1.º a 8.º do art. 2.º do Decreto 22/91).

Concluídos os atos físicos de demarcação, ao Presidente da República cumpre expedir decreto homologatório, nos termos do § 9.º do art. 2.º do Decreto 22. É dizer, o processo administrativo de demarcação de terras indígenas é ato administrativo que se inicia com a identificação da área por grupo técnico e se encerra com a expedição de decreto de homologação pelo Chefe do Poder Executivo.

5. Logo, é pelo decreto homologatório que a Administração Pública formalmente expressa sua aprovação ao ato jurídico-administrativo correlato, pondo termo ao procedimento físico da demarcação. O registro imobiliário, por sua vez, tem o efeito de tornar público, certificar os objetos registrados, sem, contudo, cancelar, como consequência, eventual transcrição existente, visto que é ato subsequente e realizado sob a determinação do estatuído no § 1.º do art. 19 do Estatuto do Índio.

6. O pedido formulado nesta demanda, proposta em 15 de março de 1994, ataca o Decreto 22, de 04.02.1991, e todos os atos homologatórios dele decorrentes, tendo em vista sua dissonância entre os princípios do contraditório e da ampla defesa.

7. Diante da revogação do Decreto 22/91 pelo Decreto 1.775, de 08.01.1996, determinou-se a manifestação do Autor sobre a situação dos imóveis perante o Cartório de Registro de Imóveis (fl. 83), tendo informado que, *in verbis*:

"(...) as terras indígenas homologadas pelo Decreto de 19 de agosto de 1993 foram matriculadas em 26 de junho de 1995, no Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de São Feliz do Xingu - PA., à fl. 195, do livro 2-F, sob o n.º 1.209; e em 05 de fevereiro de 1996, no Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Altamira, à fl. 197, do livro 2, sob o n.º 22.341". (Grifei)

8. Da documentação trazida nas informações apresentadas pelo Excelentíssimo Senhor Ministro de Estado da Justiça (fl. 297), constata-se que:

" (...) consolidado o procedimento de regularização fundiária da Terra Indígena Menkragnotti, através de seus registros nos Cartórios de Registro de Imóveis (fls. 24/47, deste dossiê), a área indígena não estava subordinada ao disposto no parágrafo único do art. 9.º, do Decreto 1.775, expedido em 08 de janeiro de 1996." (Grifei)

9. Verifica-se, portanto, que parte das terras objeto do decreto de homologação foram levadas a registro imobiliário em 26.06.1995. Para essas terras, a presente demanda ficou prejudicada diante da evidente perda de seu objeto, uma vez que a homologação do decreto, com o posterior registro imobiliário, pôs fim ao procedimento administrativo demarcatório impugnado.

10. Dessa forma, apresentam-se superadas as questões formuladas em torno das garantias ao contraditório e à ampla defesa, porquanto eventual confronto entre o decreto de homologação da demarcação e o título de domínio ou posse das terras encontra solução no § 2.º do art. 19 da Lei 6.001, de 1973, que estabelece:

"(...)

Art. 19. As terras indígenas, por iniciativa e sob orientação do órgão federal de assistência ao índio, serão administrativamente demarcadas, de acordo com o processo estabelecido em decreto do Poder Executivo.

§ 1º (...)

§ 2º Contra demarcação processada nos termos deste artigo não caberá a concessão de interdito possessório, facultado aos interessados contra ela recorrer à ação petítória ou à demarcatória.

(...)"

11. Nesse aspecto, esta Corte, nos autos do MS 21.892-4/MS, rel. Min. Néri da Silveira, DJ 29.08.2003, firmou o entendimento unânime de que *"o procedimento administrativo é o da demarcação das terras indígenas, que se efetua em cumprimento de regra maior do art. 231 da Lei Magna de 1988, onde se estipula:*

"Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

(...)"

O aresto está assim ementado:

"Mandado de segurança com pedido de liminar, contra ato do Presidente da República, consubstanciado em Decreto de 1.º de outubro de 1993, pelo qual foi homologada a "demarcação administrativa da área indígena Sete Cerros, localizada no Estado do Mato Grosso do Sul".

2. *Liminar concedida, tão-só para impedir o registro da homologação da demarcação administrativa no Cartório de Registro de Imóveis da comarca de Amambai-MS.*

3. *Suscitado o incidente de inconstitucionalidade do Decreto n.º 22/1991, antes do pronunciamento do MPF, sobreveio o Decreto n.º 1775/1996, cujo art. 11 revogou expressamente o Decreto n.º 22, de 4.2.1991, passando a regular a matéria do art. 9.º e parágrafo único.*

4. *Incidente de inconstitucionalidade do Decreto n.º 22/1991 prejudicado, conforme decisão do Plenário no Mandado de Segurança n.º 21.649-2-MS.*

5. *Situação da impetrante enquadrada no referido artigo e parágrafo único. O decreto homologatório da demarcação não estava registrado em cartório imobiliário ou na Secretaria do Patrimônio da União, do Ministério da Fazenda, por força da liminar concedida. Incidiu, pois, no processo administrativo o disposto no art. 9.º do Decreto n.º 1775/1996, que revogou, de expresso, o Decreto n.º 22/1991.*

6. (...)

7. (...)

8. *Mandado de Segurança prejudicado, ressalvadas as vias adequadas contra a decisão com base no Decreto n. 1775/1996, art. 9.º*
(Grifei)

12. Melhor sorte não assiste ao autor quanto à parcela das terras homologadas pelo Decreto de 19.08.1993, levadas a registro em 05.02.1996. É que as questões formuladas em torno das garantias ao contraditório e à ampla defesa ficaram superadas com a edição do Decreto 1.775/96, que permitiu a manifestação dos proprietários de imóveis que já estavam com seus imóveis demarcados como terras indígenas, desde que o decreto homologatório não tenha sido objeto de registro em cartório imobiliário, conforme dispôs o parágrafo único do art. 9º, *in verbis*:

"(...)

Art. 9º Nas demarcações em curso, cujo decreto homologatório não tenha sido objeto de registro em cartório imobiliário ou na Secretaria do Patrimônio da União do Ministério da Fazenda, os interessados poderão manifestar-se, nos termos do § 8º, do art. 2º, no prazo de noventa dias, contados da data de publicação deste Decreto.

Parágrafo único. Caso a manifestação verse demarcação homologada, o Ministério de Estado da Justiça examinará e proporá ao Presidente da República as providências cabíveis.

(...)"(Grifei)

13. Diante dessas conclusões, diante dos estritos limites de sua propositura, tenho como inevitável a perda de objeto da presente demanda, uma vez que os atos administrativos homologatórios decorrentes do Decreto 22, de 04.02.1991, pelos efeitos declaratórios que qualificaram as terras demarcadas, seguidos do posterior registro imobiliário, colocaram termo ao processo administrativo de demarcação.

14. Assim, nos termos dos arts. 267, VI, do CPC e 21, IX, do RISTF, **julgo prejudicado** o pedido formulado nesta ação, pela perda de seu objeto, deixando de condenar Autor e litisconsortes em honorários advocatícios, tendo em vista que *“a privação de seu interesse processual decorreu de fato superveniente à propositura da ação”* (AO 869, rel. Min. Carlos Britto, DJ 31.10.03).

Deste modo, ponderando-se os interesses envolvidos, que engloba fatores de ordem social, econômica, territorial e política, deve prevalecer a garantia da segurança nas relações sociais e na confiança que todos devem ter na atuação estatal, especialmente diante de situações consolidadas e pacificadas pela jurisprudência da Corte Suprema brasileira, como no caso dos autos. Neste sentido leciona Marinoni:

“Ao se ter presente que, na estrutura do Poder Judiciário, Juízes, Tribunais e Cortes Supremas têm funções distintas, sem que qualquer delas interfira na outra, torna-se natural e racional o respeito de um órgão jurisdicional pelas funções dos outros. Como é óbvio, não há motivo para os Tribunais de Justiça, por exemplo, sentirem-se sem autoridade ou liberdade para julgar, por terem que observar um precedente do STJ, quando têm consciência de que não lhes cabe atribuir sentido ao direito, mas apenas resolver os casos conflitivos de acordo com o direito, inclusive com o direito pronunciado pelas Cortes Supremas.

Do mesmo modo, nenhum juiz de primeiro grau, ainda que premido por um ambiente diverso, deixará de observar os precedentes ao ter claro que a legitimidade do exercício da sua função pressupõe o respeito às funções das Cortes Supremas. Lembre-se, aliás, que as Cortes Supremas e os Tribunais de Justiça e Regionais Federais também devem respeito às funções dos juízes, não podendo nelas imiscuírem-se.

Enfim, a compreensão de que as Cortes Supremas têm funções de definição da interpretação e da validade das leis gera aos tribunais e aos juízes o sentimento de que, ao aplicarem precedentes, estão compartilhando funções para o exercício da jurisdição.

Portanto, as ideias de unidade do direito e de precedentes obrigatórios colaboram para o fortalecimento do Poder Judiciário enquanto instituição. O juiz mostra-se consciente de que a jurisdição, para ser adequadamente prestada, depende da conjugação de várias funções.

É o que não acontece quando ele, em nome de uma mítica e ilusória “liberdade” para julgar em desacordo com as Cortes Supremas, dá à lei o sentido que lhe parece adequado.” (in MARINONI, Luiz Guilherme. A ética dos precedentes – justificativa do novo CPC. SP: RT, 2014. p. 107/108.)

Assim, considerando: i) que foi observado o regramento específico para o processo de demarcação (Decreto nº 22/1991); ii) a ausência da íntegra do processo administrativo impugnado; iii) a inexistência de regramento legal determinando a participação dos interessados; e iv) o reconhecimento pelo Plenário do C. Supremo Tribunal Federal, na Ação Cível Originária 462, julgada em 13/04/2011, da perda do objeto da ação, diante da homologação do processo demarcatório com posterior registro imobiliário, deixando de declarar a nulidade do Decreto nº 22/1991; não há que se falar em nulidade do processo administrativo por ofensa aos princípios do *devido processo legal, contraditório e da ampla defesa*.

Portanto, rechaço as alegações dos autores, reconhecendo a legalidade da tramitação do processo administrativo, conforme *Decreto nº 22/1991*.

2.2.2 – Do pedido possessório

No caso em tela, os autores ingressaram originariamente com interdito proibitório e, posteriormente, alegaram que houve a consumação da violência.

Ocorre que, uma vez reconhecida a legalidade do procedimento administrativo demarcatório, este já definitivamente concluído, resta prejudicado o pedido possessório.

Sabe-se que para propor ou contestar ação exige-se interesse e legitimidade. É o que dispõe o artigo 17 do CPC, *in verbis*:

“Art. 17. Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade”.

Observação pertinente, no entanto, é a de que a presença das condições da ação é necessária não somente no momento de propô-la ou contestá-la, mas também para se ter direito à obtenção de sentença de mérito.

Se faltante qualquer das condições quando da propositura da ação, mas completada no curso do processo, o juiz deve defini-lo. Já se estiverem presentes de início, mas se tornarem ausentes posteriormente, dá-se a carência.

O que se quer dizer é que a carência da ação, mesmo quando superveniente, enseja a extinção do processo sem a resolução de seu mérito. Segue lição de Nelson Nery Junior sobre o tema:

“Já no exame da peça vestibular deve o juiz verificar a existência das condições da ação. (...) Caso existentes quando da propositura da ação, mas faltante uma delas durante o procedimento, há carência superveniente ensejando a extinção do processo sem julgamento do mérito. (...)”

(Código de Processo Civil Comentado, 4.^a ed., p. 729)

Desta feita, no caso concreto, diante da(o): a) conclusão do processo de demarcação reconhecendo que a área objeto do litígio em questão caracteriza-se como de ocupação tradicional e permanente indígena, sendo a demarcação devidamente homologada pelo Decreto de 21/05/1992

e registrada no Departamento do Patrimônio da União (f. 1869), e no Cartório de Imóveis de Amambai sob a matrícula n. 12.571, conforme informação de f. 2161; b) reconhecimento da regularidade do processo administrativo impugnado pelos autores, conforme tópico anterior; e c) vedação ao interdito possessório contra a demarcação constante no art. 19, § 2º, da Lei nº 6.001/1973⁴, não há dúvida de que este pedido perdeu sua finalidade.

Nesse sentido, colaciona-se julgado do E. TRF da 3ª Região, no sentido de que a utilização do interdito possessório somente é possível enquanto não houver a conclusão do procedimento demarcatório, o que não é o caso dos autos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERDITO PROIBITÓRIO. INDÍGENAS. LIMINAR. PRESENÇA DOS REQUISITOS. POSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

1. Não há como acolher a alegação de impossibilidade jurídica do pedido, pois, em que pese o artigo 19, §2º, da Lei nº 6.001/73 vedar a utilização do interdito possessório como forma de impugnar demarcação administrativa das terras originariamente ocupadas pelos indígenas, *in casu*, o procedimento demarcatório ainda não foi concluído.

2. Demonstrado o justo receio de esbulho ou ameaça à posse dos agravados.

3. Desse modo, nada legitimamente autorizando afastar a manutenção da posse dos recorridos, não sendo permitido ao Judiciário convalidar invasões de terras de particulares por indígenas ao simples argumento de se tratar de supostas terras tradicionalmente ocupadas por eles.

4. Como se percebe, não havendo uma demarcação definitiva, a estabelecer que a propriedade rural esteja inserida na Reserva Indígena, não há que se amparar eventual turbação e/ou esbulho, pelos índios, da propriedade rural dos autores, devidamente registrada.

5. Agravo de instrumento não provido.

(TRF 3ª Região, PRIMEIRA TURMA, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 582190 - 0009472-44.2016.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA, julgado em 06/02/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/02/2018) – Grifei.

Por tais motivos, de rigor o reconhecimento da carência da ação no que se refere ao pleito possessório.

3 – DO DISPOSITIVO

Diante do exposto, extingo o processo sem resolução do mérito, no tocante ao pedido possessório, fazendo-o com fundamento no art. 485, VI, do Código de Processo Civil, e julgo IMPROCEDENTE os demais pedidos, na forma do art. 487, I do Código de Processo Civil.

Condeno a parte autora ao pagamento de custas, despesas e honorários advocatícios, que fixo no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para a FUNAI/Comunidade Indígena e R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para a União, conforme § 8º do art. 85 do Código de Processo Civil.

Interposto recurso, dê-se vista à parte contrária para contrarrazões. Em seguida, nos termos do art. 3º da Resolução Pres nº 142/2017 do TRF3, intime-se o apelante para retirar os autos em carga a fim de promover sua virtualização e inserção no sistema PJe, no prazo de 10 (dez) dias. Decorrido *in albis* o prazo, intime-se a parte apelada para os mesmos fins (art. 5º). Digitalizados os autos por uma das partes, intime-se a parte contrária para conferência

4 Art. 19. As terras indígenas, por iniciativa e sob orientação do órgão federal de assistência ao índio, serão administrativamente demarcadas, de acordo com o processo estabelecido em decreto do Poder Executivo.

(...)

§ 2º Contra a demarcação processada nos termos deste artigo não caberá a concessão de interdito possessório, facultado aos interessados contra ela recorrer à ação petítória ou à demarcatória.

Revista do TRF3 - Ano XXX - n. 143 - Out./Dez. 2019

dos documentos digitalizados, devendo apontar ao juízo, no prazo de 05 (dias), eventuais equívocos, facultando-se corrigi-los incontinenti (art. 4º, I, “b”). Em seguida, remetam-se os autos ao Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, com as nossas homenagens. Não havendo digitalização dos autos pelas partes, cumpra-se o disposto no art. 6º, parágrafo único, da referida Resolução.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Cumpra-se.

Ponta Porã/MS.

Juíza Federal CAROLLINE SCOFIELD AMARAL

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL

0031443-66.2016.403.6182

Embargante: NEIDE DE CARVALHO DA SILVA AFONSO

Embargada: FAZENDA NACIONAL

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 10ª VARA DE EXECUÇÕES FISCAIS DE SÃO PAULO-SP

Juiz Federal: RENATO LOPES BECHO

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 12/09/2019

SENTENÇA

Vistos, etc.

Trata-se de embargos opostos à execução nº 0051052-74.2012.403.6182, que é movida contra a embargante e outros pela Fazenda Nacional, em decorrência de cobrança de crédito tributário (contribuição previdenciária do período 04/1998 a 01/2000).

A embargante alega, em síntese, que é parte ilegítima para figurar no polo passivo da demanda e que não restou demonstrada pela Fazenda Nacional qualquer das hipóteses que caracterizariam a ocorrência de grupo econômico ou justificasse a desconsideração da personalidade jurídica na forma do artigo 50 do Código Civil.

Sustenta que o débito em cobro é oriundo de confissão do devedor principal (OSEC) realizada em 2000 por ocasião da adesão ao programa de parcelamento de débito que deixou de ser cumprido e resultou na sua exclusão em 2010 e subsequente constituição do crédito em favor da Fazenda Nacional.

Segue sua linha de defesa argumentando que o fato de o devedor principal (OSEC) não ter sido localizado para citação, penhora e avaliação de bens, não é suficiente para se alcançar o reconhecimento da desconsideração da personalidade jurídica na forma do artigo 50 do CC e muito menos a responsabilização da embargante na forma do artigo 135, III, do CTN.

Assim, defende que a sua inclusão no polo passivo da execução fiscal se deu de forma indevida, uma vez que o devedor principal (OSEC) além de permanecer em atividade, no mesmo endereço cadastrado perante a Receita Federal da Brasil, nomeou bens à penhora, o que por si só afastaria o redirecionamento da ação. Alega, ainda, que a Fazenda Nacional não comprovou a ocorrência de abuso de personalidade jurídica, uma vez que não houve a prática de desvio de finalidade ou confusão patrimonial para a formação do crédito tributário. Refuta a tese da Fazenda Nacional de que a confusão patrimonial estaria configurada pelo simples fato de as empresas AP AREAL e HSL serem sócias da devedora principal OSEC e aduz que o simples fato de a embargante, pessoa física, ser sócia de outras pessoas jurídicas, além da devedora principal, não implica em automática confusão patrimonial. Sustenta que a empresa HSL, da qual a embargante é sócia, foi constituída em 11/09/2007, fato que por si só esvaziaria o argumento de confusão patrimonial, pois à época do inadimplemento da obrigação fiscal (período de 1998, 1999 e 2000), a empresa não existia.

Quanto à possível ocorrência de desvio de finalidade, alega que é impossível que acontecimentos e operações que datam de 2005 em diante possam ter sido a causa dos créditos tributários verificados entre 1998 e 2000. A embargante informa que deixou os quadros da Associação OSEC em 06/1997, ou seja, muito antes da ocorrência dos fatos geradores e que não

fazendo mais parte do quadro societário não poderia deliberar acerca dos negócios realizados ou influenciar nos atos de gestão praticados pelos associados do devedor principal, reiterando o argumento de que quaisquer atos realizados após 2005, pelas empresas da qual a embargante é sócia, não poderiam influenciar na formação dos créditos de 1998, 1999 e 2000, que estariam vinculados apenas ao devedor principal/OSEC.

Quanto à suposta responsabilidade tributária atribuída à embargante nos termos do artigo 135, III, do CTN, sustenta que a questão demandaria a comprovação de que houve um ilícito tributário (e não apenas o inadimplemento obrigacional) para dar lugar à responsabilização patrimonial da pessoa física, no lugar da pessoa jurídica.

Assim, entende que não tendo sido apresentado nenhum documento ou elemento concreto, pela Fazenda Nacional, que justificasse a desconsideração da personalidade jurídica da devedora OSEC, nos termos do artigo 50 do Código Civil e tampouco a responsabilização tributária da embargante, nos termos do artigo 135, III, do Código Tributário Nacional, deve ser reconhecida a sua ilegitimidade passiva e determinada a sua exclusão da execução fiscal em apenso.

Os embargos foram recebidos sem a suspensão da execução (fls. 270).

A Fazenda Nacional, impugnando os embargos, sustenta que os embargos não estariam integralmente garantidos e defende a regularidade da cobrança e a manutenção da embargante para figurar no polo passivo da execução fiscal. (fls. 278/281).

A embargante junta novos documentos às fls. 287/589 e réplica às fls. 590/602.

A embargada, intimada a se manifestar acerca dos novos documentos (fls. 603), reitera os termos da sua impugnação, informa a adesão do devedor principal (OSEC) a um novo programa de parcelamento e requer a intimação da embargada para que desista da ação (fls. 605/607).

À vista da notícia de parcelamento do débito, a embargante foi intimada a se manifestar, ocasião em que informa que a confissão da dívida foi realizada pelo devedor principal (OSEC), subsistindo seu interesse na análise da demanda para que ao final seja reconhecida a sua ilegitimidade passiva (fls. 612).

Nestes termos, vieram os autos conclusos para sentença.

É o relatório. Decido.

Conheço diretamente do pedido, ante a desnecessidade de produção de qualquer prova em audiência, a teor do parágrafo único do artigo 17 da Lei nº 6.830/80.

I - Da garantia parcial do juízo

Registro, inicialmente, que o valor histórico da execução fiscal é de R\$ 56.363.243,24, sendo certo que a penhora recaiu sobre o valor de R\$ 1.940,04, bloqueado por meio do sistema Bacenjud (fls. 230).

Em que pese o valor penhorado ser insuficiente para a garantia integral do juízo, a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça e do egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região tem admitido o processamento de embargos à execução, havendo garantia parcial, em prestígio à ampla garantia de acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal).

Cite-se, a propósito:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS A EXECUÇÃO. ADMISSIBILIDADE. GARANTIA PARCIAL DA EXECUÇÃO. 1. A exigência de garantia como requisito para admissibilidade de embargos à execução fiscal encontra previsão na Lei n. 6.830/80, em seu artigo 16, *in verbis*: “Art.

16 - O executado oferecerá embargos, no prazo de 30 (trinta) dias, contados: I - do depósito; II - da juntada da prova da fiança bancária; III - da intimação da penhora. § 1º - Não são admissíveis embargos do executado antes de garantida a execução. [...]” 2. Todavia, referido dispositivo não exige que mencionada garantia seja integral, tendo a jurisprudência pátria consagrado entendimento no sentido de que, ainda que parcialmente garantida a execução fiscal, é possível o recebimento de embargos do devedor, desde que a constrição alcance valor relevante. Precedentes: STJ, 2ª Turma, REsp 80.723/PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 16.06.2000, DJU 1º.08.2000, p. 218; STJ, 2ª Turma, REsp 899.457/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 07.08.2008, DJe 26.08.2008. 3. Examinando os autos, entretanto, verifico existir grande discrepância entre o valor representado pelas penhoras na conta corrente (R\$ 806,31e R\$ 350,45 - fls. 28/30) e o valor consolidado do débito na CDA (R\$ 5.776,58 - fls. 19/24), o que, por óbvio, indica a total irrelevância dos bens penhorados para a garantia da execução. Dessa forma, parece-me necessário o reforço da penhora para o recebimento dos embargos do executado. 4. Agravo de instrumento improvido. (AI 00204135820134030000, DESEMBARGADORA FEDERAL CECÍLIA MARCONDES, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/12/2013 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Portanto, apesar da execução fiscal estar parcialmente garantida é possível o recebimento e a tramitação dos embargos à execução, que ressaltado, foram recebidos sem a suspensão da execução fiscal (fls. 270).

II – Da caracterização de grupo econômico

Na salutar busca dos credores fiscais por maior efetividade na cobrança de tributos, um dos assuntos que passou a ser abordado é o da responsabilidade tributária de empresas pertencentes a um mesmo grupo econômico. Quando caracterizada essa entidade, espera o sujeito ativo da relação jurídica tributária ampliar o rol de executados, abrangendo outras pessoas que não apenas o sujeito passivo da referida relação e, assim, facilitando ou garantindo a satisfação do erário.

Mas a cobrança generalizada desorganiza o sistema tributário nacional, distorcendo o fato gerador (ou a hipótese de incidência ou, ainda, a regra matriz constitucional) dos tributos, cujo desenvolvimento acadêmico demonstra os grandes avanços da doutrina do direito tributário brasileiro. Com a ampla responsabilização, passamos a ter pessoas físicas respondendo por COFINS, lojas respondendo por ITR, empresas financeiras respondendo por IPI e outras hipóteses que tais. Há que se redobrar as cautelas, por isso, na ampla responsabilização ou caracterização de grupo econômico.

Ao que parece, existem três situações jurídicas autorizativas para a caracterização de grupo econômico, na legislação de regência. A primeira delas está na Lei das S.A.; a segunda é a apontada disposição da lei previdenciária; e a terceira estaria no Código Tributário Nacional.

a. Grupo econômico na Lei das Sociedades por Ações

A Lei nº 6.404/76, que dispõe sobre as Sociedades por Ações, em seu artigo 265, estabelece que a sociedade controladora e suas controladas podem, mediante convenção pela qual se obriguem a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns, formar um grupo de sociedades, o que daria origem a um grupo econômico.

Extrai-se que, o grupo econômico estabelecido em conformidade com o estabelecido no artigo 265, da Lei nº 6.404/76, dependeria de comum acordo entre as sociedades envolvidas, bem como deveria sua constituição estar devidamente formalizada perante os registros públicos, em consonância ao disposto no artigo 271, Lei nº 6.404/76.

Contudo, caso as sociedades ajam, no plano fático, sem que tenham formalizado sua constituição perante os órgãos competentes, de maneira integrada, de modo a se obrigarem a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns, restaria configurada a existência de grupo econômico de fato.

Nesse sentido, decidiu o Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região que o grupo econômico de fato se manifesta, exemplificadamente, da seguinte forma:

“TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. REDIRECIONAMENTO. GRUPO ECONÔMICO. SUCESSÃO EMPRESARIAL. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA SOLIDÁRIA. CONFUSÃO PATRIMONIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO PARCIALMENTE PROVIDO.

(...)

- Quando a sucessão ou grupo ocorre sem que exista manifestação expressa nesse sentido, ela é identificável por algumas características, como, por exemplo: a criação de sociedades com mesma estrutura, mesmo ramo de atuação, mesmo endereço de atuação; os sócios gerentes de tais sociedades são as mesmas pessoas; os patrimônios das sociedades se confundem; ocorrem negócios jurídicos simulados entre as sociedades; algumas pessoas jurídicas sequer possuem empregados ou desenvolvem atividade ou mantêm algum patrimônio, servindo apenas como receptoras de recursos, muitas vezes não declarados em balanços financeiros. Precedentes.

(...)

(AI 0006069-09.2012.4.03.0000, DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE, TRF3 - 4º Turma, data do julgamento: 16/05/2019, Data da Publicação/Fonte: e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/06/2019)

Dessa forma, diante da análise do contexto probatório trazido aos autos, é que se verificará se houve ou não configuração de grupo econômico, mesmo que sem manifestação expressa acerca de sua existência.

b. Caracterização de grupo econômico para a cobrança de contribuição previdenciária

A responsabilização previdenciária ou securitária de grupo econômico está positivada no art. 30 da Lei n. 8.212/1991, conhecida como Lei de Custeio da Seguridade Social. Considerando que, de nossa parte, reconhecemos a natureza tributária de ditas contribuições, especificamos que o dispositivo legal indicado compõe a legislação tributária. Ele possui a seguinte redação:

Art. 30. A arrecadação e o recolhimento das contribuições ou de outras importâncias devidas à Seguridade Social obedecem às seguintes normas: (redação dada pela Lei n. 8.620/1993)

[..]

IX – as empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza respondem entre si, solidariamente, pelas obrigações decorrentes desta Lei.

Pela redação dada, o primeiro aspecto a ser considerado é se a dívida fiscal cobrada está fundada na Lei de Custeio da Seguridade Social. Para tanto, nos casos concretos, deve-se consultar a Certidão de Dívida Ativa que fundamenta a execução fiscal. Para que o dispositivo legal seja utilizado, é necessário que a cobrança se refira a um dos pressupostos estabelecidos na indicada lei. É o caso destes autos (cobrança de contribuição previdenciária).

A verificação da execução se basear na Lei de Custeio da Seguridade Social é imprescindível, já que o legislador restringiu o texto legal a apenas alguns dos diversos

tributos de nosso ordenamento jurídico. Assim, em uma ação de cobrança de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica, o comando autorizativo da responsabilização de grupo econômico não poderá ser usado. Lembramos, a propósito, que o Código Tributário Nacional impede que a interpretação por analogia resulte em tributo não previsto em lei (art. 108, I e § 1º).

Reconhecida a pertinência da referência legal, o próximo aspecto a ser considerado é a dimensão do comando inserido no inciso IX do art. 30, citado. Em que dimensão as empresas que integram um determinado grupo econômico responderão, solidariamente, pelas obrigações tributárias para com a Seguridade Social? Bastará que se identifique (i) a existência do tributo não pago e (ii) a participação em grupo econômico para que a subsunção esteja presente? Em outros termos, dado que há contribuição previdenciária não recolhida e exista mais de uma empresa é o suficiente para caracterizar grupo econômico? O Estado pode cobrar de qualquer dessas empresas? Se a resposta for positiva, teremos que o legislador brasileiro passou a desconsiderar, para fins de cobrança previdenciária, a personalidade jurídica que caracteriza cada uma das sociedades que compõem um grupo econômico.

Parte da dogmática de referência indica que caberá à doutrina e à jurisprudência fixar os limites de aplicação do texto legal. Assim, é o entendimento de Wladimir Novaes Martinez (Comentários à lei básica da previdência social, tomo I, 7 ed. São Paulo, LTr, 2010, p.446):

Trata-se de dispositivo de grande alcance e justifica descrição mais pormenorizada da intenção do legislador (realizar a receita previdenciária), incluindo a concepção de grupo econômico, a natureza do vínculo fiscal, o benefício da ordem e as condições deflagradoras.

Em seu art. 45, o RCPS preferiu reeditar o texto legal, sem maiores esclarecimentos quanto à aplicação da norma. Abriu, com isso, espaço à jurisprudência e, em particular, à doutrina, obrigadas a examinar o assunto como direito excepcional.

Assim, resta evidente a necessidade de procedermos à ampla interpretação do texto legal, que não admite simples subsunção, sob pena de descaracterizar, para fins de cobrança de tributos destinados à Seguridade Social, a personalidade jurídica das empresas pertencentes a um grupo econômico. Por sinal, são úteis as palavras do autor para a caracterização empresarial analisada (Wladimir Novaes Martinez, Comentários à lei básica da previdência social, tomo I, 7. ed. São Paulo, LTr, 2010, p.446):

Grupo econômico pressupõe a existência de duas ou mais pessoas jurídicas de direito privado, pertencentes às mesmas pessoas, não necessariamente em partes iguais ou coincidindo os proprietários, compondo um conjunto de interesses econômicos subordinados ao controle do capital. [...] O importante, na caracterização da reunião dessas empresas, é o comando único, a posse de ações ou quotas capazes de controlar a administração, a convergência de políticas mercantis, a padronização de procedimentos e, se for o caso, mas sem ser exigência, o objetivo comum.

Ilustra bem o aspecto do controle unificado de decisões Marcus Orione Gonçalves Correia (Legislação previdenciária comentada, 2. ed. rev. e at. São Paulo: DPJ, 2009, p. 181), aduzindo:

Controle é a possibilidade conferida à empresa dirigente de reger os rumos das empresas dirigidas, inclusive a partir da disposição de seus meios de produção (capital, bens e trabalho) para o melhor sucesso das finalidades a serem alcançadas pelo grupo econômico. A maneira mais imediata de se verificar o controle é a preponderância acionária. Todavia, não é a única,

sendo que esta deve ser extraída de todos os indícios possíveis de ingerência na destinação dos fatores de produção, tais como a identidade de sócios entre as empresas componentes do grupo; diversas empresas instaladas no mesmo local e com uma mesma finalidade etc. Direção confunde-se com a efetivação ou materialização do controle (poder diretivo em sentido estrito, poder fiscalizatório e poder disciplinar). Administração é a complexidade de órgãos que compõem a empresa e seus encargos administrativos; assim, dizer que uma empresa é administrada por outra significa reconhecer que é subordinada aos órgãos dessa outra.

A origem do dispositivo legal parece ser o Direito do Trabalho. Na Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT, art. 2º, parágrafos 2º e 3º, consta que:

§ 2º Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico, serão responsáveis solidariamente pelas obrigações decorrentes da relação de emprego. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017) (Vigência)

§ 3º Não caracteriza grupo econômico a mera identidade de sócios, sendo necessárias, para a configuração do grupo, a demonstração do interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas dele integrantes.

Extrai-se da definição contida na lei trabalhista, que para a configuração do grupo econômico deva haver a demonstração do interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas dele integrantes, não caracterizando grupo econômico a mera identidade de sócios.

No tocante ao parágrafo segundo, do artigo 2º, da CLT, na parte em que dispõe que mesmo as empresas guardando cada uma sua autonomia, pelo fato de integrarem grupo econômico, seriam responsáveis solidariamente pelas obrigações decorrentes da relação de emprego, não há que se ampliar a interpretação de modo a responsabilizar solidariamente as empresas sobre as dívidas tributárias assumidas umas pelas outras, pois culminaríamos em inconstitucionalidade por afronta ao artigo 146, inciso III, alínea “a” da Constituição Federal, pois, além de não ser expressa com relação a tributos, ainda é veiculada por lei ordinária e não lei complementar.

De todo o exposto até o momento, verifica-se que a caracterização de eventual grupo econômico, nunca poderá ser integrado por pessoas físicas, pois o fundamento para a formação de grupo econômico pressupõe sociedades empresárias, portanto, pessoas jurídicas.

Seja qual for a modalidade de grupo econômico, de fato ou formal, o mero reconhecimento de que há entre as empresas formação de grupo econômico, por si só, não gera presunção de responsabilidade solidária com as dívidas umas das outras.

Nesse sentido, convém mencionar julgado do Egrégio Tribunal Federal da 3º Região:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INOMINADO. ARTIGO 557, CPC. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. GRUPO ECONÔMICO. ART. 135 III DO CTN. INDÍCIOS DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

(...)

6. No tocante à formação de grupo econômico, cumpre destacar que a sua mera existência, por si só, não autoriza o redirecionamento, dada a ausência de solidariedade passiva entre as empresas. Porém, o Superior Tribunal de Justiça admite redirecionamento de executivo fiscal em caso de abuso da personalidade jurídica por desvio de finalidade, confusão patrimonial ou fraudes entre empresas e administradores integrantes de grupo econômico, com estrutura meramente formal, a teor do que dispõe o artigo 50 do Código Civil de 2002.

(...)

(AI 00041943320144030000, DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, TRF3 – TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:23/10/2014)

A fonte legal primeira para o grupo econômico é indicada por Marcus Orione Gonçalves Correia (Legislação previdenciária comentada, 2. ed. rev. e at. São Paulo: DPJ, 2009, p. 180-181), que comenta:

Do conceito legal extraem-se alguns requisitos essenciais à caracterização da idéia de grupo econômico: a) existência de vários participantes; b) personalidade jurídica própria de cada participante; c) existência de relação de dominação entre as empresas; d) natureza econômica da atividade.

A respeito dos dois primeiros requisitos apontados, vale dizer que, apesar de se verificar que cada membro do grupo econômico contrata seu pessoal, sendo o sujeito aparente da relação de emprego, em verdade o empregador real é o próprio grupo econômico – teoria da desconsideração da personalidade jurídica dos membros do grupo econômico para fins de satisfação dos direitos trabalhistas, sendo de se destacar que a disregard doctrine encontra-se, hoje, positivada no art. 50 do Código Civil vigente.

A origem trabalhista da caracterização de grupo econômico parece vir somar a outras medidas de cobrança do crédito fiscal, sendo a maior delas o BACENJUD. Tais eventos indicam que o credor tributário se equipara ao credor trabalhista, vendo-se como hipossuficiente na relação tributária. Naquele ramo da didática jurídica, ante a considerada desproporção de forças entre patrões e empregados, a hipossuficiência desse é compensada por um tratamento jurídico que lhe favoreça.

A mera transposição de meios de cobrança trabalhistas para a relação tributária se ressentem dessa caracterização de hipossuficiência pois, a toda prova, o Estado não é hipossuficiente em relação ao devedor tributário (ainda que o tributo seja destinado à seguridade social). A administração tributária tem todo o arcabouço normativo e estrutural disponível para bem identificar os sujeitos das relações econômicas, bem como a dimensão fática de suas ações.

Além disso, acreditamos que a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica das empresas que componham um grupo econômico, em se tratando da cobrança de créditos de natureza tributária, como é o caso das contribuições para a Seguridade Social, passa pelos dispositivos do Código Tributário Nacional, nos termos como disposto na Constituição Federal (art. 146, III, a). Segundo nosso ponto de vista, desgarrados que estamos da simples interpretação gramatical, quando o constituinte referiu-se a contribuinte no texto indicado, devemos considerar o sujeito passivo.

Assim, a sujeição passiva tributária é matéria reservada à lei complementar, que veicule as normas gerais em matéria de legislação tributária (CF, art. 146, III, a). No mesmo sentido é a interpretação do egrégio Supremo Tribunal Federal, como será visto.

Nesse sentido, lançando-nos no Código Tributário Nacional, desde logo vem à lembrança o art. 121, cujo parágrafo único distingue as duas classes de sujeitos passivos expressamente referidos pelo legislador (uma terceira classe, reconhecida na doutrina como substituição tributária, é referida como responsabilidade nos textos legais). Confira-se:

Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.

Assim, temos a distinção, no nível da legislação complementar, de contribuinte e responsável. O primeiro realiza o fato imponível (fato gerador concreto), enquanto o segundo é indicado pela lei sem que tenha realizado o acontecimento no mundo físico ou no mundo jurídico que fez nascer a obrigação tributária. Seria o caso do art. 30, IX, da Lei n. 8.212/1991.

Considerando que o primeiro embasamento para a caracterização de grupo econômico está no art. 30 da Lei de Custeio da Seguridade Social, *prima facie* o referido comando cumpre o previsto pela lei de normas gerais de legislação tributária (inciso II do parágrafo único do art. 121 do CTN). Em outros termos, conforme vimos, a Constituição Federal exige a disciplina dos sujeitos passivos mediante normas gerais de legislação tributária, veiculada por lei complementar. Assim, considerando que o CTN (que tem força de lei complementar) estabelece, como norma geral, que são responsáveis “as pessoas expressamente designadas por lei”, o art. 30 da Lei n. 8.212/1991 encontraria respaldo hierárquico suficiente.

Todavia, se o legislador ordinário puder considerar qualquer pessoa como responsável tributário, ele terá suplantado outras construções constitucionais, notadamente a regra matriz de incidência dos tributos. Em outras palavras, se a Constituição indica que a atividade desenvolvida por “a” possa ser tributada, e a lei ordinária estabelece que “b” deverá recolher tal tributo, a disciplina constitucional terá sido vazia de significado.

Assim, se a Constituição autoriza a instituição de tributo sobre operações de circulação de mercadoria, imagina-se que a cobrança recairá sobre quem realizou a operação indicada. Por exemplo, uma pessoa jurídica. Mas, se a lei ordinária estabelecer que o imposto sobre operações de circulação de mercadoria puder ser exigido do sócio da empresa (e não da pessoa jurídica), teremos a hipótese de a Constituição autorizar a tributação sobre “a” e a lei estabelecer a cobrança sobre “b”. Isso porque o sócio não se confunde com a sociedade. Aceita essa transmutação, talvez também fosse possível exigir tributo de um vizinho, de um parente, de outra empresa próxima.... Imaginamos a desorganização econômica que adviria se um banco fosse levado a recolher ICMS devido pelas operações de uma loja pelo fato de que ambos têm um sócio em comum. Não é esse quadro fático que vislumbramos dentro do sistema constitucional tributário brasileiro.

Para que tal arbitrariedade não possa ser cometida, estabeleceu o legislador, no Código Tributário Nacional, um dispositivo de caráter geral, típico das já referidas normas gerais de legislação tributária. Senão vejamos. Estabelece o CTN que:

Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da

respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.

Submetendo o art. 30, IX, da Lei n. 8.212/1991 ao artigo 128 do CTN, devemos destacar, como núcleo do comando, a expressão “[pessoa] vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação”. Para não tergiversarmos de nosso tema central, apresentamos – desde logo – uma situação que, a nosso sentir, bem exemplifica a autorização indicada. O tradicional diferimento do tributo, notadamente sobre a produção agrícola, indica pessoas vinculadas ao fato gerador da obrigação. Assim, o fazendeiro não recolhe o ICMS ao entregar sua produção para a indústria ou para o atacadista. Estes recolherão o tributo devido na operação anterior através do diferimento, justamente porque ambos participam, estão vinculados ao fato impositivo.

Destacamos que nesse exemplo, não há vinculação direta ou pessoal entre o fazendeiro e a indústria ou o comércio atacadista. A vinculação não se dá entre tais pessoas, mas sim quanto ao objeto das relações econômicas indicadas.

O dispositivo legal citado (art. 128 do CTN) autoriza, a nosso sentir, também a tributação na fonte, que vincula o pagador e o receptor de valores. Assim, o trabalhador e seu patrão têm vínculo no fato gerador, o comprador e o vendedor da mesma forma, o mesmo acontecendo entre a instituição financeira e o tomador de crédito etc.

A vinculação entre pessoas que realizam o fato gerador é uma importante distinção entre a caracterização de grupo econômico para fins trabalhistas e para fins fiscais. Como vimos na legislação (CLT) citada anteriormente, parece que, para fins trabalhistas, caracteriza grupo econômico a direção, controle ou administração comum de mais de uma pessoa jurídica. A doutrina, segundo interpretamos, não exige a igualdade de participação societária. A legislação tributária, exigindo a vinculação entre o fato gerador, é mais restritiva.

Imaginemos, nesse contexto, três empresas distintas, todas sociedades anônimas com capital em bolsa de valores, mas que tenham um mesmo sócio controlador, que participe da administração de todas e que elas tenham a presidência no mesmo prédio. Consideremos, para fins ilustrativos, que uma seja petroleira, outra mineradora e a terceira uma operadora de portos. Para fins trabalhistas, talvez a Justiça do Trabalho possa aceitar uma ação de cobrança de horas extras de quaisquer das empresas. Contudo, para fins tributários, provavelmente não seja possível. Será necessário pensarmos em uma relação econômica específica.

Para deixarmos nosso exemplo mais atraente, vamos supor que a empresa petroleira esteja à beira da ruína, devendo bilhões de reais, a empresa mineradora esteja em situação equilibrada e a operadora de portos seja superavitária, mas seu superávit seja proporcional ao seu valor (na casa de milhões de reais, não de bilhões). Poderá o fisco exigir da operadora de portos o pagamento de qualquer parte ou de toda a dívida tributária da petroleira? Parece que não. Todavia, sob uma operação específica, por exemplo, uma taxa incidente sobre a exportação de petróleo por via portuária, devida antes do embarque do produto, talvez seja possível o fisco exigir a taxa de exportação do vendedor ou do operador do porto.

Agora, se o fisco puder exigir o ISS eventualmente devido pelo porto da mineradora, não teremos mais um sistema tributário, mas uma desorganização tributária. Não é isso que vemos em nossa ordem constitucional.

O destaque dado, até aqui, restringiu-se à responsabilidade tributária. Ela admite, segundo entendemos, três tipos distintos: a solidariedade, a subsidiariedade e a pessoalidade, cada qual com efeitos distintos. Conforme vimos, a responsabilidade estipulada no art. 30, IX,

da Lei n. 8.212/1991, é na modalidade solidariedade. Ela também é, genericamente, autorizada no Código Tributário Nacional que estipula:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I – as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

II – as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.

O efeito, quando da caracterização da responsabilidade do grupo econômico, pela solidariedade, é justamente a ausência de benefício de ordem. Por ele, em casos que tais, o credor poderá direcionar a execução fiscal contra qualquer das pessoas jurídicas de determinado grupo.

b.1. A submissão das disposições de natureza tributária na Lei n. 8.212/1991 ao Código Tributário Nacional

No terreno de caracterização de grupo econômico, para fins de cobrança de tributo, é imperioso considerar a submissão da Lei de Custeio da Seguridade Social com os comandos do Código Tributário Nacional, conforme já estipulado pelo egrégio Supremo Tribunal Federal. De fato, no Recurso Extraordinário n. 562.276-PR, Pleno, rel. Min. Ellen Gracie, restou pacificado que:

2. O Código Tributário Nacional estabelece algumas regras matrizes de responsabilidade tributária, como a do art. 135, III, bem como diretrizes para que o legislador de cada ente político estabeleça outras regras específicas de responsabilidade tributária relativamente aos tributos da sua competência, conforme seu art. 128.

3. O preceito do art. 124, II, no sentido de que são solidariamente obrigadas “as pessoas expressamente designadas por lei”, não autoriza o legislador a criar novos casos de responsabilidade tributária sem a observância dos requisitos exigidos pelo art. 128 do CTN, tampouco a desconsiderar as regras matrizes de responsabilidade de terceiros estabelecidas em caráter geral pelos arts. 134 e 135 do mesmo diploma. A previsão legal de solidariedade entre devedores – de modo que o pagamento efetuado por um aproveite aos demais, que a interrupção da prescrição, em favor ou contra um dos obrigados, também lhes tenha efeitos comuns e que a isenção ou remissão de crédito exonere a todos os obrigados quando não seja pessoal (art. 125 do CTN) – pressupõe que a própria condição de devedor tenha sido estabelecida validamente (Votação unânime, j. 3.11.2010, DJe n. 27, publ. 10.02.2011).

A propósito, há que se registrar o teor da Súmula Vinculante n. 8, da jurisprudência do egrégio Supremo Tribunal Federal, exarada nos seguintes termos:

São inconstitucionais o parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei n. 1.569/1977 e os arts. 45 e 46 da Lei n. 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.

A inconstitucionalidade dos referidos artigos da Lei de Custeio da Seguridade Social advém de suas incompatibilidades com o Código Tributário Nacional que, conforme assentado, tem força de lei complementar (CF, art. 146, III).

Pelo que se depreende das considerações acima apresentadas, não nos parece ser o caso, desde logo, de consideração da inconstitucionalidade do art. 30, IX, da Lei n. 8.212/1991.

Basta que o dispositivo legal receba a interpretação sistemática que o compatibilize com o ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, parece ser imprescindível, em nosso sistema tributário, que, para a aplicação do art. 30, IX, da Lei de Custeio da Seguridade Social, as empresas envolvidas do mesmo grupo econômico tenham atuado conjuntamente, de alguma forma, para permitir que o fato gerador em concreto tenha sido realizado.

O caminho aqui trilhado parece estar em consonância com o decidido pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. ISS. LEGITIMIDADE PASSIVA. GRUPO ECONÔMICO. SOLIDARIEDADE. INEXISTÊNCIA. SÚMULA 7/STJ.

1. A jurisprudência do STJ entende que existe responsabilidade tributária solidária entre empresas de um mesmo grupo econômico, apenas quando ambas realizem conjuntamente a situação configuradora do fato gerador, não bastando o mero interesse econômico na consecução de referida situação.

2. A pretensão da recorrente em ver reconhecido o interesse comum entre o Banco Bradesco S/A e a empresa de *leasing* na ocorrência do fato gerador do crédito tributário encontra óbice na Súmula 7 desta Corte.

Agravo regimental improvido (Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 21.073 – RS, rel. Min. Humberto Martins, 2. T., u., j. 18/10/2011).

Pelo exposto, a Corte exige – corretamente – que seja verificado o fato (gerador) imponível que fez surgir o crédito tributário. Não basta a mera participação em grupo econômico para autorizar o redirecionamento da execução fiscal ou a propositura da ação em face de outra pessoa jurídica que não o sujeito passivo contribuinte.

b. 2. Grupo econômico implícito no Código Tributário Nacional

A segunda hipótese para a caracterização de grupo econômico para fins de responsabilidade tributária parece ser mais abrangente, sob o aspecto do tributo cobrado. Sua autorização, supomos, está implícita do CTN.

A fundamentação aparente já foi indicada, de passagem: o CTN, art. 124, I. Por esse texto, já citado, também aqueles que possuam *interesse comum* no fato gerador responderão na qualidade de responsável tributário, ainda que não estejam registrados como contribuintes. Relembremos o texto legal (CTN):

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I – as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

II – as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.

O que é *interesse comum* no fato imponível? Conforme já respondemos alhures, vendedor e comprador não têm interesse comum, pois um quer o preço, enquanto o outro quer o produto, por exemplo.

Interesse comum, para nós, é quando mais de uma pessoa ocupa o mesmo polo da relação econômica que faz surgir a obrigação tributária. Assim, no imóvel em que haja vários proprietários, haverá *interesse comum*. Pensemos na hipótese de um edifício de diversos

pavimentos, com diversas unidades autônomas, cada qual com um dono. Em relação ao terreno edificado, todos eles terão *interesse comum*, pois todos são proprietários, cada qual de sua unidade, construída do mesmo terreno.

No caso de grupo econômico, *salvo melhor juízo*, não está presente o interesse comum indicado no inciso I. A visão que temos da existência de mais de uma pessoa jurídica, sujeita a um mesmo comando, mas que possam ter sócios distintos, nos termos como aceito atualmente em nosso ordenamento jurídico, não permite que vislumbremos, sempre e em tese, o interesse comum em todas as atividades de um grupo econômico.

Na busca por exemplos que possam aclarar nosso pensamento, lembramo-nos de algumas grandes concentrações de empresas em ramos industriais, como de cervejas e chocolates, autorizadas pelo CADE posto que partícipes do mercado global, que permanecem com pessoas jurídicas distintas dentro do território nacional, ainda que componentes do mesmo grupo econômico. Assim, tratando do assunto *em tese*, temos dúvida se dois produtores que localmente *concorrem entre si*, ainda que partícipes do mesmo grupo econômico, possuam o “interesse comum” indicado pelo legislador complementar. Se assim o for, os tributos devidos por uma empresa poderão ser exigidos de outra, sendo que, como vimos, não se exige da administração tributária verificar a composição societária de cada uma das empresas que componham o referido *grupo econômico*. Se assim o for, salta aos olhos a evidente injustiça na cobrança dos tributos, ao arrepio do Texto Constitucional (art. 170, IV, *in exemplis*).

Nos termos como apresentado acima, deixamos consignado que a aplicação do art. 30, IX, da Lei n. 8.212/1991 (Lei de Custeio da Seguridade Social), para fins de cobrança de contribuição previdenciária, precisa estar fundada também no art. 128 do Código Tributário Nacional, que exige sejam o contribuinte e o responsável *vinculados quanto ao fato gerador do tributo*, e não apenas vinculados em relação societária.

Não há, *prima facie*, interesse comum em toda e qualquer empresa componente de um mesmo grupo econômico. Elas podem ter interesses antagônicos (concorrentes entre si). Para que haja o *interesse comum* previsto no art. 124, I, do CTN, tais empresas precisam ocupar o mesmo polo da relação jurídica que fez surgir a obrigação tributária, nos termos como decidido pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça (sociedades envolvidas na ocorrência do fato gerador).

c. Da desconsideração da personalidade jurídica

A desconsideração da personalidade jurídica, simplesmente por comodidade do fisco, de pessoas jurídicas distintas, mas partícipes do mesmo grupo econômico, viola a própria personificação das sociedades, estabelecida e autorizada pelo legislador civil. Há que se recordar que quando o legislador excepcionou, no art. 50 do Código Civil, a despersonalização, ele – por imperativo lógico – está garantindo a referida personalização. Em outras palavras, só pode haver um incidente de despersonalização em um ordenamento jurídico em que a personalização seja a regra. Com isso, temos que rememorar outro comando inserto no CTN:

Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

Nesses termos, a regra é a distinção entre pessoas jurídicas, ainda que componentes de grupo econômico, afastando-se a incidência do art. 124, I, do CTN para tais hipóteses. Haverá os agentes da administração tributária que comprovar, nos autos da execução fiscal em que se

buscar a responsabilização de outras empresas que não a contribuinte, a ocorrência do abuso da personalidade jurídica, nos termos como exigido a partir do art. 50 do Código Civil.

Desse modo, destaca-se, na origem da caracterização de grupo econômico, a presença da desconsideração da personalidade jurídica, positivada no art. 50 do Código Civil, como um dos elementos legais a serem considerados pelo intérprete/aplicador do art. 30, IX, da Lei n. 8.212/1991. Na indicada legislação civil consta:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

O primeiro pressuposto legal é essencial para a desconsideração da personalidade jurídica: o abuso da personalidade jurídica. Sem a presença desse abuso, o comando legal confirma como regra do ordenamento jurídico brasileiro a personificação jurídica de cada sociedade. Mas, quando houver desvio de finalidade (a pessoa jurídica foi criada para o fim de desenvolver certa atividade econômica e não o faz) ou confusão patrimonial (a personalidade jurídica ser usada apenas para lesar os credores, sem que, de fato, exista diferença patrimonial entre a pessoa jurídica e seus sócios).

Nesses termos, os credores fiscais, ao requererem o redirecionamento da execução fiscal de um devedor para outro ou outros do mesmo grupo econômico, devem indicar a ocorrência de abuso da personalidade jurídica.

Assim, a caracterização de grupo econômico, ainda que para fins fiscais, está sujeita à identificação de abuso da personalidade jurídica, critério do art. 50 do Código Civil, que tem aplicação nas relações tributárias, nos termos como estipulado no art. 110 do CTN. Mas, para tanto, há que ser instaurado o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, nos termos como preconizado pelo Código de Processo Civil.

c. 1. Do incidente de desconsideração da personalidade jurídica

No indigitado incidente, o apontado como responsável “será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias”, conforme a dicção do art. 135. Como se percebe, esse incidente faz com que seja superada a doutrina que indicava não haver a possibilidade de contraditório no processo executivo fiscal. Agora haverá, com todas as implicações daí decorrentes. Haverá a suspensão da execução (art. 134, § 3º) e uma fase probatória (art. 135), que poderá incluir audiências, com depoimento pessoal e oitiva de testemunhas etc.

De nossa parte, acreditamos que o legislador, no novo CPC, foi positivamente criativo. Referido incidente visa melhorar o sistema de defesa dos apontados como responsáveis tributários. Portanto, sua aplicação melhorará a prática atual nas execuções fiscais, no que tange à responsabilização tributária. Explicamos.

Nosso incômodo com o processamento de execuções fiscais sem título já foi externado em nossa tese de doutorado (PUC/SP, 2000), como consta de nosso livro (esgotado) *Sujeição passiva e responsabilidade tributária* (São Paulo: Dialética, 2000, p. 162-163), *in verbis*:

“Seguindo aquela linha de rememorarmos o óbvio, vale lembrar que o processo de execução foi construído partindo-se da ideia central de que existe um título, judicial ou extrajudicial, líquido, certo e exigível. Por isso, o rito executivo é tão distinto do rito cognitivo ou cautelar. Como o Estado executa o responsável tributário, ele deve ter um título hábil, já que na verdade se executa o título, não a pessoa do responsável. Disso decorre que a responsabilidade precisa ser averiguada antes da execução fiscal, para que seja transformada em linguagem válida, ou por outro giro verbal, para que seja incluída no título executivo. Como se sabe, em um processo de execução não há fase probatória e, para seu início, é necessário que o credor demonstre possuir um título executivo em condições de dar ao Estado-Jurisdição segurança para violar o patrimônio do devedor, sem seu consentimento ou até contra a sua vontade, e satisfazer o direito do credor.

Se o credor não apresenta o referido título, ou seja, a prova inequívoca da dívida, ou se o título não espelha uma obrigação, transformou-se o processo executivo em uma violação do devido processo legal (undue process of law).

Com isso, podemos afirmar que um processo de execução sem título executivo ou com título executivo que não seja a expressão de dados seguros e confiáveis (ou seja, líquidos, certos e exigíveis) afasta o devido processo legal e retira o país do rol dos Estados Democráticos de Direito.”

A solução que vislumbrávamos, naquela oportunidade (15 anos antes do atual CPC), era a suspensão da execução fiscal e a apuração da responsabilidade em processo administrativo. Após a tramitação desse se confirmada a premissa da responsabilização, extrair-se-ia nova CDA, que seria executável. À evidência, a solução do legislador processual, em 2015, foi muito mais criativa do que a pensada por nós, atendendo à imperativa necessidade de obtenção de um título executivo de maneira mais apropriada, qual seja, pela instauração de um incidente à parte da execução fiscal.

Isso porque, à evidência, os apontados como corresponsáveis não participaram do processo administrativo, não tendo tido oportunidade para se defenderem.

Anotamos que o referido incidente preenche o requisito de atenção ao devido processo legal, insculpido constitucionalmente e já reconhecido pelo egrégio Supremo Tribunal Federal em matéria de responsabilidade tributária. De fato, no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 608.426-PR, relatado pelo eminente Ministro Joaquim Barbosa (2ª T., un., j. 04.10.2011, DJe n. 204, de 21.10.2011), a mais alta Corte do país decidiu que:

“Os princípios do contraditório e da ampla defesa aplicam-se plenamente à constituição do crédito tributário em desfavor de qualquer espécie de sujeito passivo, irrelevante sua nomenclatura legal (contribuintes, responsáveis, substitutos, devedores solidários etc).”

Assim, o STF reconheceu que a constituição do crédito tributário é um procedimento administrativo (o que, a propósito, foi escrito pelo legislador no art. 142 do CTN), sobre o qual repousam as garantias constitucionais que o princípio do devido processo legal alberga (Constituição Federal, artigo 5º, incisos LIV e LV).

Como é sabido, a sistemática que temos na constituição do crédito tributário começa pelo lançamento (CTN, art. 142) ou pela declaração do contribuinte (CTN, art. 150, § 4º). Após a notificação da parte contrária, ou o recebimento da declaração, abre-se prazo para a impugnação administrativa e seus respectivos recursos, além das defesas judiciais das mais variadas disponíveis em nosso ordenamento processual. Há, aqui, grande gama de oportunidades de defesa. Em outras palavras, somente após ampla possibilidade de defesa

administrativa ou judicial prévia se inscreve o débito em dívida ativa, com nova notificação do devedor (com mais oportunidades de defesa) e se ajuíza a execução fiscal. Assim, para o contribuinte, antes da execução fiscal, diversas oportunidades de defesa se apresentam.

E na responsabilidade tributária? À evidência, não há (ou não havia, antes do CPC/2015) nenhuma possibilidade de defesa prévia, o que desafiava o princípio do devido processo legal. Era o antigo pague ou tenha bens penhorados e depois discuta. Sem que o sistema jurídico desse oportunidade para o apontado como responsável oferecer defesa prévia, repita-se, ao contrário da cobrança em face do contribuinte.

O Código de Processo Civil de 2015 corrige, ao menos em parte, esse estado de coisas. Dá oportunidade de defesa antes da penhora. Sendo que as astreintes (meios indiretos de constrição, como inscrição no CADIN, expedição de certidões positivas fiscais e processuais) já estarão presentes e surtindo plenos efeitos.

Todavia, a Procuradoria da Fazenda Nacional, em alguns casos, tem se insurgido sobre a aplicabilidade do incidente de descon sideração da personalidade jurídica no redirecionamento da execução fiscal em face dos apontados como responsáveis tributários. Sua posição é compreensível, pois ela quer ver, de preferência, a penhora em dinheiro, o que permite melhorar a sua “produtividade” e suplant ar os históricos 1% de recuperação do crédito público, cujos motivos não são as barreiras constitucionais à execução sem defesa, (ou seja, as proteções do Estado de Direito) mas a demora no ajuizamento dos feitos (é dizer, a dificuldade de aplicação do princípio da eficiência administrativa à cobrança do crédito tributário). Ela quer receber com ônus diminutos, bastando uma petição com documentos que nem sempre provam mais do que um extrato da junta comercial.

Os argumentos da Fazenda Nacional já foram bem acolhidos no egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Refiro-me ao Agravo de Instrumento n. 0011835-04.2016.4.03.0000/SP, rel. Desembargador Federal Johonson Di Salvo, decisão de 05/07/2016. Nesta decisão, Sua Excelência afirmou que:

“Pretendeu a exequente, com fundamento no artigo 135, III, do Código Tributário Nacional, o redirecionamento da execução fiscal ao sócio, sob o argumento de restar configurada hipótese de dissolução irregular da sociedade.

Juiz, *ex officio*, instaurou o incidente previsto no art. 133 do CPC/15.

Esse dispositivo é de clareza solar: o incidente depende de iniciativa da parte ou do Ministério Público quando lhe couber intervir nos autos.

Não pode ser instaurado de ofício pelo Juiz.”

Ademais, o referido tema (instauração do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica no âmbito das execuções fiscais) está submetido ao TRF 3ª Região como Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas sob o nº 0017610-97.2016.403.0000/SP, conforme decisão proferida pelo Desembargador Federal Baptista Pereira:

“Nestes termos, com fundamento no Art. 982, I do CPC, determino a suspensão dos Incidentes de Desconsideração da Personalidade Jurídica em tramitação na Justiça Federal da 3ª Região, todavia, sem prejuízo do exercício do direito de defesa nos próprios autos da execução, seja pela via dos embargos à execução, seja pela via da exceção de pré-executividade, conforme o caso, bem como mantidos os atos de pesquisa e constrição de bens necessários à garantia da efetividade da execução”.

Portanto, por força da supramencionada decisão proferida pelo E. TRF da 3ª Região, não é possível a instauração do referido incidente para apurar a responsabilidade da embargante, razão pela qual, ressaltando entendimento pessoal, passo à análise das alegações das partes nos autos dos presentes embargos à execução fiscal.

Aplicando o entendimento aqui exposto, passo à análise do caso sub judice.

A embargante NEIDE CARVALHO DA SILVA AFONSO defende que a sua inclusão no polo passivo da execução fiscal se deu de forma indevida, sob o argumento de que não teria qualquer vínculo ou responsabilidade pelos débitos constituídos pelo executado OSEC.

Vale lembrar que a execução fiscal visa o recebimento de valores de contribuição previdenciária do período de 04/1998 a 01/2000, constituídos em 31/08/2000, por meio de confissão do débito, decorrente da adesão do executado/OSEC ao programa de parcelamento.

Por sua vez, este juízo de forma clara e fundamentada demonstra que para o reconhecimento de grupo econômico é exigido como requisito primordial que os fatos geradores tenham sido praticados por outra pessoa jurídica. Assim, o simples fato da embargante ser uma pessoa física esvazia a pretensão da Fazenda Nacional e inviabiliza a manutenção da embargante no polo passivo da ação, para responder pelo débito do executado, sob a tese de grupo econômico.

Tampouco se sustenta a pretensão da embargada de tentar alcançar a embargante sob o fundamento de que é sócia das empresas AP Areal Participações Ltda e HSL Participações Ltda., pessoas jurídicas cujo patrimônio, em tese, se confundiria com o da OSEC e que a alienação dos imóveis correspondentes aos campi II e III da UNISA à AP Areal ocorreu à revelia de autorização por parte da OSEC, pois a documentação apresentada pela embargada demonstra que os negócios relatados foram realizados entre 2005 e 2006 sem qualquer interferência da embargante que, inclusive, não mais figurava na condição de associada da OSEC, posto que se retirou em 02/06/1997 (fls. 292).

A mesma situação é constatada em relação a empresa HSL, da qual a embargante é sócia, uma vez que a empresa foi constituída em 11/09/2007 (fls. 373/390), o que demonstra que as mencionadas empresas não poderiam estar vinculadas e/ou ter interesse comum em relação aos fatos geradores (ocorridos em 1998, 1999 e 2000 e atribuídos ao devedor principal -OSEC).

Situação semelhante é constatada em relação à tese de que a embargante deve ser responsabilizada pela transferência da manutenção da UNISA da OSEC para a OSEL, ocorrida em 07/12/2007 (fls. 351/359). O ato/negócio jurídico ocorreu depois que a embargante deixou de figurar como associada da OSEC e não restou comprovado que a embargante tenha participado do negócio jurídico realizado entre os envolvidos.

Com relação à alegação da Fazenda Nacional de que a OSEC e a APREP pertencem a um mesmo grupo econômico e que, portanto, seriam solidariamente responsáveis pelo débito, o fato é que, de acordo com a documentação acostada aos autos se depreende que a APREP era associada da OSEC (fls. 150/155), fato que, por si só, inviabiliza a caracterização de grupo econômico.

Por sua vez, não se pode perder de vista que o crédito em tela foi constituído em nome da ORGANIZAÇÃO SANTAMARENSE DE EDUCAÇÃO E CULTURA – OSEC, associação que até hoje permanece ativa e que, inclusive, procedeu ao parcelamento de seu débito junto ao fisco (fls. 2430/2435-ef).

Pelo exposto, não se sustenta a tese de configuração de grupo econômico em relação a embargante NEIDE CARVALHO DA SILVA AFONSO.

III. Do redirecionamento da execução fiscal

A inclusão de sócios de empresa executada no polo passivo sem a devida comprovação de que contra eles deve, realmente, prosseguir a execução é medida extremamente perigosa, uma vez que atenta contra o patrimônio das pessoas. Muitas vezes sequer tiveram contato com a empresa executada, ou se faziam parte dela, não tinham participação em decisões.

Há duas fontes, no regramento atual, para o pedido do exequente de inclusão do responsável no polo passivo da execução: o Código Tributário Nacional e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Senão vejamos.

a. Da dissolução irregular (Súmula 435 do STJ)

A jurisprudência estabeleceu como fundamento para o redirecionamento do feito contra o responsável a Súmula 435 do egrégio STJ. Ela pressupõe a dissolução irregular da sociedade (“deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes”), sendo que tal súmula é aplicável apesar de não possuir fundamento legal. Contudo, para sua aplicação, é insuficiente o mero retorno da carta de citação sem localização do executado.

A matéria é pacificada pelos nossos Tribunais:

“...

2. A existência de indícios que atestem o provável encerramento irregular das atividades da empresa autoriza o redirecionamento do executivo fiscal contra os sócios-gerentes.” (STJ - RESP 857370, Proc. 200601331628-SC, Relator Min. Castro Meira, Segunda Turma, data da decisão: 19/09/2006)

“-”

“...

3. É legítima a inclusão de sócio-gerente no polo passivo de execução fiscal movida em face de empresa, quando verificada sua dissolução irregular, sem que tenha sido localizada.” (TRF 3ª Região, AG 264041, Proc. 200603000226312-SP, Relator Des. Federal Nery Junior, Terceira Turma, data da decisão: 06/09/2006).

“...

4. No caso vertente, não foi possível efetivar a penhora de bens da empresa executada, a fim de garantir o crédito fiscal, uma vez que a sede da mesma não foi localizada, e esta não atualizou seus dados cadastrais perante a Receita Federal.

5. Afigura-se legítima a inclusão do representante legal da empresa devedora no polo passivo da execução. ...” (TRF 3ª Região, AG 245298, Proc. 200503000699982-SP, Relatora Des. Federal Consuelo Yoshida, Sexta Turma, data da decisão: 28/06/2006).

Diante do exposto, uma vez que esteja configurada a dissolução irregular, cabe a inclusão dos sócios gerentes no polo passivo da execução fiscal.

b. Da responsabilidade tributária (art. 134 e 135 do CTN)

A aplicação do art. 135, *caput*, do CTN determina que, para fins de redirecionamento da cobrança, o tributo não pago tenha origem em atos ilícitos praticados pelo responsável contra o contribuinte que ensejaram o surgimento do fato gerador que estiver sendo cobrado. Este é o sentido para a expressão “pelas obrigações tributárias resultantes de”, contida no texto legal. Sua aplicação pressupõe a exclusão do sujeito passivo originário da lide, pois o legislador estipulou, nesse caso, a responsabilidade “pessoal”. Para aplicarmos esse comando legal, o exequente tem que comprovar o fato econômico e sua infração às normas de regência.

A constituição do crédito tributário é um procedimento administrativo, nos termos em que

fixados pelo legislador (art. 142 do CTN), sobre o qual repousam as garantias constitucionais que o princípio do devido processo legal alberga (Constituição Federal, art. 5º, incs. LIV e LV).

Vale dizer: a exigência de impossibilidade de inadimplemento do crédito tributário será identificada na execução fiscal, mas a culpa do apontado como responsável pelo estado de insolvência do contribuinte ou do substituto tributário terá que ser averiguada em processo de conhecimento.

Assim, no caso do art. 134 do CTN, deve ser aberto um procedimento administrativo para apurar a atuação culposa do responsável (terceiro), que tenha levado o contribuinte à insolvência em relação a um específico crédito tributário.

No caso do art. 135 do CTN, há de ser instaurado um procedimento administrativo típico. Ao seu término, deverá ser constituído (ou revisto) o crédito tributário, em nome do responsável tributário (responsabilidade pessoal), se os fatos alegados ficarem provados, ou do contribuinte, acaso se julgue pela inaplicabilidade do art. 135 mencionado.

À evidência, o apontado como responsável não participou do processo administrativo em que se baseia a execução fiscal, não tendo a possibilidade de se defender da responsabilização. Além disso, a oneração potencial de todo o patrimônio da pessoa física por dívida da pessoa jurídica, da qual teria sido sócia, equivale à desconsideração da personalidade jurídica, regida pelo artigo 50 do Código Civil.

Assim, para a apuração da responsabilidade tributária e eventual inclusão do suposto sócio mencionado pela exequente no polo passivo da execução fiscal como coexecutado, entendo que se faz necessária a instauração do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica.

Conforme já mencionado no tópico anterior “*Do incidente de desconsideração da personalidade jurídica*”, no indigitado incidente, o apontado como responsável “será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias”, conforme a dicção do art. 135. Como se percebe, esse incidente faz com que seja superada a doutrina que indicava não haver a possibilidade de contraditório no processo executivo fiscal. Agora haverá, com todas as implicações daí decorrentes. Haverá a suspensão da execução (art. 134, § 3º) e uma fase probatória (art. 135), que poderá incluir audiências, com depoimento pessoal e oitiva de testemunhas etc.

O CPC/2015, corretamente, não entra na questão de direito material, que é o sentido que se deve dar aos “pressupostos previstos em lei” (art. 133, § 1º). Assim, para a inclusão de responsáveis tributários à luz dos artigos 134 e 135 do CTN, os pressupostos para referida responsabilização devem estar presentes e serem apontados pelos exequentes. Instaurado o incidente, estabelecer-se-á o contraditório a respeito de tais fatos, com todas as implicações próprias, quer processuais e procedimentais, quer materiais.

Todavia, conforme já exposto anteriormente nesta decisão, a possibilidade de instauração do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica em Execução Fiscal está submetida ao TRF 3ª Região como Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas sob o nº 0017610-97.2016.403.0000/SP, conforme decisão proferida pelo Desembargador Federal Baptista Pereira:

“Nestes termos, com fundamento no Art. 982, I do CPC, determino a suspensão dos Incidentes de Desconsideração da Personalidade Jurídica em tramitação na Justiça Federal da 3ª Região, todavia, sem prejuízo do exercício do direito de defesa nos próprios autos da execução, seja pela via dos embargos à execução, seja pela via da exceção de pré-executividade, conforme o caso, bem como mantidos os atos de pesquisa e constrição de bens necessários à garantia da efetividade da execução”.

Portanto, por força da supramencionada decisão proferida pelo E. TRF da 3ª Região, não é possível a instauração do referido incidente para apurar a responsabilidade da embargante.

Aplicando o entendimento aqui exposto, passo à análise do caso sub judice.

De acordo com a documentação acostada aos autos verifico que a executada OSEC, apesar de não ter sido localizada no endereço constante nos autos por ocasião do cumprimento do mandado de citação, penhora e avaliação (conforme certificado pelo senhor oficial de justiça às fls. 34-ef), posteriormente ingressou nos autos (fls. 770-ef), ofereceu bens à penhora (fls. 1962/1965-ef) e informou sua adesão ao programa de parcelamento do débito, o que resultou no pedido de suspensão da execução fiscal pela Fazenda Nacional (fls. 2430/2431-ef).

Esses fatos afastam a presunção de dissolução irregular da sociedade que autorizaria o redirecionamento do feito contra os sócios, nos termos da súmula 435 do STJ.

Ademais, não consta dos autos qualquer elemento concreto que comprove a instauração do procedimento administrativo para apuração das hipóteses dos artigos 134 e 135 do CTN.

Por fim, não se pode perder de vista que à época do fato gerador (1998, 1999 e 2000), a embargante não figurava como associada da devedora principal (OSEC), o que esvazia a pretensão da Fazenda Nacional de responsabilidade na forma do artigo 134 e 135 do CTN.

IV - Da fraude tributária

A exequente sustenta a responsabilidade da embargante NEIDE CARVALHO DA SILVA AFONSO pelo débito cobrado na execução fiscal embargada ao argumento de que ela (juntamente com outros membros de sua família) teria cometido fraude em prejuízo do Fisco, valendo-se das mais variadas artimanhas societárias e contábeis para promover confusão e blindagem patrimoniais.

Tratando-se de embargos à execução fiscal opostos apenas pela coexecutada NEIDE CARVALHO DA SILVA AFONSO, o juízo deve analisar se as alegações de fraude envolvem especificamente a ora embargante.

O artigo 72 da Lei nº 4.502/64 traz o conceito do que seja a fraude tributária:

“Art. 72 - Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido, ou a evitar ou diferir o seu pagamento”.

Acrescente-se ainda que a fraude tributária é tratada em diversos artigos do Código Tributário Nacional (a exemplo dos artigos 116, 149 e 185 do CTN) e na própria legislação criminal (art. 1º, II e art. 2º, I da Lei nº 8.137/90).

Todavia, seria inadmissível autorizar que a autoridade fiscal desconsiderasse atos e negócios jurídicos, sob o argumento de fraude, que não possuíssem qualquer tipo de vício, ou, ainda, sem a devida prova. A fraude tributária é típico fenômeno da evasão de tributos por meio, quase sempre, de comportamentos criminosos. Assim, a fraude tributária prevista na legislação criminal não será objeto de análise por este juízo, ante a sua incompetência para processar e julgar os crimes contra a ordem tributária. As condutas tipificadas na Lei nº 8.137/90 não se referem apenas ao não pagamento do tributo, mas aos atos praticados pelo contribuinte com a finalidade da prática de sonegação fiscal, materializada em fraude e realizada mediante a omissão de informações ou a declaração falsa às autoridades fazendárias.

No presente caso, a embargada pleiteia o reconhecimento de fraude contra o fisco, sem, contudo, apresentar quais dispositivos legais pretende ver aplicados à espécie. Não o fazendo, delegou a este juízo a tarefa de buscar a fundamentação legal, conforme segue.

a. O artigo 149 do CTN

No Código Tributário Nacional, observamos que o artigo 149, inciso VII, estipula o dever de a administração tributária efetuar ou rever de ofício a declaração feita “quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação”. Nesse caso, a revisão de ofício faz parte das prerrogativas do Fisco, não sendo necessária ordem judicial prévia.

Todavia, a revisão de ofício autorizada pelo artigo 149 do CTN há que ser realizada dentro do prazo decadencial, o que é inviabilizado pelo comportamento da própria administração tributária. Senão vejamos.

Ao que parece, tais fraudes poderiam ser desfeitas pelo Fisco sem a necessidade de buscar-se o artigo 50 do Código Civil, que atrai para si o incidente de descon sideração da personalidade jurídica, previsto no CPC de 2015, pois a Fazenda Nacional estaria laborando sobre o comando do artigo 149, VII, do CTN, *in verbis*:

Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

(...)

VII - quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação;

Desse modo, apesar de a regra ser a imutabilidade do lançamento, nos termos do artigo 145, conjugado com o artigo 149 do CTN, é viável que a autoridade administrativa revise, inclusive de ofício, o lançamento já realizado, desde que não esteja extinto pela decadência e reste comprovado que o sujeito passivo, ou terceiro, agiu com dolo, fraude ou simulação. Caracterizada a simulação de atos ou negócios jurídicos que ensejem o reconhecimento da evasão fiscal, não é necessária a anulação judicial dos atos praticados pelo contribuinte, podendo o fisco efetuar o competente lançamento com amparo no que dispõe o art. 149, VII, do CTN, por meio de procedimento administrativo, respeitado o contraditório e a ampla defesa.

Assim, a revisão do lançamento possui amparo no poder de autotutela, sem que isso configure ilegalidade. Vale dizer que se a autoridade fiscal constatar omissão ou inexatidão do sujeito passivo no cumprimento do dever de efetuar o pagamento do tributo, deve lançá-lo de ofício, desde que o faça antes do término do prazo de 05 (cinco) anos a contar do fato gerador.

Ademais, a Receita Federal do Brasil dispõe de 90 (noventa) dias para encaminhar os processos administrativos à Procuradoria da Fazenda Nacional, para efeito de inscrição e cobrança amigável ou judicial das dívidas deles originadas, após a apuração de sua liquidez e certeza, conforme se depreende do artigo 22, do Decreto-lei nº 147/67, alterado pelo Decreto-Lei nº 1687/79:

Art. 22. Dentro de noventa dias da data em que se tornarem findos os processos ou outros expedientes administrativos, pelo transcurso do prazo fixado em lei, regulamento, portaria, intimação ou notificação, para o recolhimento do débito para com a União, de natureza tributária ou não tributária, as repartições públicas competentes, sob pena de responsabilidade

dos seus dirigentes, são obrigadas a encaminhá-los à Procuradoria da Fazenda Nacional da respectiva unidade federativa, para efeito de inscrição e cobrança amigável ou judicial das dívidas deles originadas, após a apuração de sua liquidez e certeza.

O prazo original, fixado em 1967, era de trinta dias. A alteração levada a cabo em 1979 triplicou o tempo conferido à Receita Federal para cumprir sua obrigação.

Não restou comprovado que o fisco tenha apurado administrativamente que as empresas, da qual a embargante é ou foi sócia, agiram com dolo, fraude ou simulação, com a finalidade de favorecer e/ou beneficiar o devedor principal (OSEC).

Portanto, se a autoridade administrativa não cumpriu com seu dever de rever de ofício o lançamento no prazo de 05 anos a contar do fato gerador, não pode pretender alcançar a revisão do lançamento neste momento processual, pois atingido pela decadência.

Nem se alegue que o fisco somente tomou conhecimento dos supostos atos “fraudulentos” praticados pelo contribuinte, no curso da ação, pois se a RFB observasse o prazo de 90 (noventa) dias que dispõe para mandar processo administrativo para a PGFN e esta por sua vez providenciasse o ajuizamento da execução no mesmo prazo de 90 (noventa) dias, na forma do Decreto Lei nº 147/1967, c.c. Decreto Lei nº 1687/1979, teria tempo hábil para tomar conhecimento de eventuais irregularidades cometidas pelo devedor/executado ou terceiros em benefício deste, com a finalidade de fraudar o fisco, proceder a revisão, efetuar o competente lançamento com amparo no que dispõe o art. 149, VII, do CTN e obter a satisfação do seu crédito.

Registre-se, por oportuno, que o simples fato de NEIDE CARVALHO DA SILVA AFONSO ser filha e irmã de pessoas possivelmente envolvidas com os fatos narrados pela Fazenda Nacional como fraudulentos não implica na responsabilização da embargante.

Cabe, mais uma vez, destacar que não houve a apuração da responsabilidade de terceiros pelo crédito tributário em tela por meio de procedimento administrativo próprio e em momento oportuno, uma vez que estão sendo discutidos créditos cujos fatos geradores remontam há dezenove anos

b. O artigo 116, parágrafo único, do CTN

Há, ainda, a previsão de aplicação da chamada norma geral antielisiva ou antissimulação, que consta do § único do art. 116 do CTN.

Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

...

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001).

Contudo, a sua aplicação encontra-se pendente pela ausência, até hoje, da legislação ordinária disciplinadora.

c. O artigo 185 do CTN

Por fim, cabe a análise da fraude à execução, que não se confunde com a fraude geral.

Dispõe o art. 185 do Código Tributário Nacional:

Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa. (Redação dada pela Lcp nº 118, de 2005)

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados, pelo devedor, bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida inscrita. (Redação dada pela Lcp nº 118, de 2005)

No caso da execução fiscal, o art. 185, do Código Tributário Nacional, após alteração promovida pela Lei Complementar nº 118, de 2005, estabelece a presunção de fraude havendo alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa. O parágrafo único ressalva a hipótese de terem sido reservados, pelo devedor, bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida inscrita, como consta da legislação.

Os atos e negócios jurídicos descritos pela Fazenda Nacional nos autos da execução como fraudulentos foram:

- 20/03/2006 - transferência de imóveis da OSEC (Campus II da UNISA) para a AP Areal Participações Ltda (fls. 588/592 – ef);
- 01/04/2006 - locação do Campus II da UNISA entre a AP Areal Participações e a OSEC (fls. 594/598 – ef);
- 01/04/2006 - locação do Campus III entre a AP Areal e a OSEC (fls. 674/676 – ef);
- 2006 - venda do Campus III pela OSEC para a AP Areal S.A (fls. 611, 614/666 e 670/672 – ef).;
- 24/12/2007 - locação da AP Areal para a OSEL (fls. 690/696 – ef);
- 20/05/2008 - transferência da manutenção da UNISA para a OSEL (fls. 76/77 – ef);
- 14/09/2010 - aquisição de imóvel pela empresa HSL PARTICIPAÇÕES LTDA (fls. 698/702 – ef);
- 17/02/2012 - cessão e transferência das marcas UNISA, TV UNISA e UNISA DIGITAL da OSEC para a OSEL (fls. 446/447 e 449/450 – ef).

Da análise da documentação apresentada pela Fazenda Nacional, denota-se que não restou comprovado que os negócios jurídicos realizados influenciaram na formação dos fatos geradores, pois todos se deram em data posterior a sua ocorrência (1998, 1999 e 2000) e tampouco que houve a participação direta da embargante.

Por outro lado, conforme consta na execução fiscal, a executada ofereceu vultoso bem à penhora (fls. 1962/1980 da EF) e está parcelando o débito, que já está em montante muito inferior do que o inicial (fls. 1979 e 1980 da EF), fator que atrai a aplicação do parágrafo único do art. 185 do CTN.

A conclusão a que se chega é que não restou comprovada nenhuma das hipóteses legais ou jurisprudências que autorizam o redirecionamento do feito à embargante.

Decisão

Posto isso, e considerando o que mais dos autos consta, JULGO PROCEDENTES os embargos, para reconhecer a ilegitimidade passiva da embargante.

Declaro insubsistente a penhora e extinto este processo.

Condeno a embargada ao pagamento dos honorários advocatícios do patrono da embargante, os quais fixo em R\$ 194,00 (cento e noventa e quatro reais), tendo por base de cálculo o valor de R\$ 1.940,04, correspondente ao proveito econômico obtido pela parte, consistente nos valores de sua titularidade bloqueados via sistema BACENJUD e que serviram de garantia parcial do juízo (fls. 230), bem como aplicando os percentuais mínimos indicados no § 3º, do artigo 85, do Código de Processo Civil.

Determino o traslado de cópia desta sentença para os autos da execução fiscal.

Publique-se. Registre-se. Intime-se.

Juiz Federal RENATO LOPES BECHO

AÇÃO CIVIL PÚBLICA **5025868-10.2017.4.03.6100**

Autora: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SECÇÃO DE SÃO PAULO
Ré: OC ASSESSORIA DE CRÉDITO LTDA.
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 26ª VARA DE CÍVEL DE SÃO PAULO- SP
Juíza Federal: SÍLVIA FIGUEIREDO MARQUES
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 19/06/2019

SENTENÇA

Vistos etc.

A Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de São Paulo propôs a presente Ação Civil Pública contra Platinum Assessoria de Crédito Ltda. – EPP, pelas razões a seguir expostas:

Afirma, a autora, ter tomado conhecimento de que a ré exerce ilegalmente a advocacia e capta clientela oferecendo serviços jurídicos pelo site www.platinumassessoria.com.br e por meio de publicidade, em especial, anúncios em rede de televisão – Rede Bandeirantes.

Informa ter tido ciência, em razão de representação feita ao Tribunal de Ética e Disciplina da OAB/SP, de que a ré era contratada por consumidores para promover a discussão judicial de abusividades de contratos de financiamento de veículos. Afirma que, da leitura do contrato de prestação de serviços, verifica-se ser nítido o caráter de captação de clientela. E que a ré indica os advogados para o ajuizamento da ação, bem como que estes advogados são, de fato, contratados pela Platinum e a ela se subordinam.

Salienta, a autora, que a orientação jurídica é atividade privativa da advocacia. Contudo, a ré, além de promover a captação de clientela, pratica diversos atos privativos de advogado.

Pede que a ação seja julgada procedente para suspender a divulgação de qualquer material de mídia televisiva, falada ou impressa, por meio eletrônico ou qualquer outro; cessar suas atividades ou encerrar a prestação das atividades jurídicas; pagar R\$ 500.000,00 a título de danos morais coletivos; devolver aos usuários que a contrataram os valores pagos a título de honorários advocatícios, contratuais e sucumbenciais, ou taxa de manutenção e informar os dados dos advogados que já lhe prestaram serviços.

Pela decisão de id 3780521, foi deferida em parte a tutela para determinar que a ré suspendesse, imediatamente, a divulgação de serviços de consultoria ou suporte jurídico realizada em qualquer mídia ou meio.

A ré, OC ASSESSORIA DE CRÉDITO LTDA, com nome fantasia Platinum, contestou o feito. Em sua contestação alega a prescrição da pretensão de reparação. Alega, preliminarmente, ilegitimidade passiva, bem como a ilegitimidade ativa da ré quanto ao pedido de devolução de valores recebidos a título de honorários advocatícios, bem como quanto ao pedido de cessação de suas atividades. No mérito, afirma atuar no ramo administrativo da cobrança, informações cadastrais e serviços combinados de escritório e apoio administrativo quanto a negociações de dívidas e protestos.

Esclarece, a ré, que diante da decisão liminar, foi retirada do site a expressão “suporte jurídico” e, também, foi excluída do contrato de prestação de serviço a cláusula “com indicação de profissional”. Afirma que, na época dos fatos, de boa fé, indicou profissionais para a esfera judicial. Pede que a ação seja julgada improcedente.

O Ministério Público Federal manifestou-se, no id 4700309, pela procedência da ação. Foi apresentada réplica pela autora (id 4951931).

As partes foram intimadas a especificar provas. A autora pediu a intimação da ré para trazer aos autos os nomes dos clientes atendidos nos últimos 3 anos, para apresentar cópia de contrato padrão firmado com seus clientes no mesmo período, para apresentar a relação dos advogados que lhe prestaram serviços no mesmo período e o depoimento pessoal do representante da ré. A ré não requereu nenhuma prova.

Pela decisão de id 5746136, foram afastadas as preliminares de ilegitimidade passiva e de ilegitimidade ativa quanto ao pedido de cessação das atividades. Foi acolhida a preliminar de ilegitimidade ativa em relação ao pedido de devolução de valores. Ainda, foi rejeitada a alegação de prescrição e deferido o depoimento pessoal do representante da ré.

A autora juntou documentos e pediu a oitiva de testemunhas.

Foi deferida a prova testemunhal.

Foi realizada audiência de instrução (id 8795921 e seg.).

Foi homologada a desistência da testemunha arrolada pela OAB e determinado às partes que apresentassem alegações finais.

A OAB apresentou suas alegações finais no id 17305940. A ré apresentou as suas no id 17756344.

O Ministério Público Federal manifestou-se no id 18115839. Opinou pela procedência parcial da ação para que a ré suspenda a prestação de atividade jurídica e seja condenada por danos morais coletivos.

É o relatório. Decido.

Tendo em vista que as preliminares já foram analisadas, passo ao exame do mérito.

Afirma, a autora, que a ré capta clientela e presta serviços de advocacia sem estar habilitada para tanto.

Como salientado pelo *Parquet* Federal, consta do CNPJ da ré que suas principais atividades são “atividades de cobranças e informações cadastrais” e as secundárias são “serviços combinados de escritório e apoio administrativo.”

Da análise dos autos, verifico que a empresa ré se qualifica como uma empresa especializada em reabilitação de crédito, oferecendo consultoria jurídica ou suporte jurídico. É o que consta no seu sítio eletrônico, cujas imagens foram acostadas pela autora (Id 3710223 – p. 1).

Desse modo, é possível afirmar que a ré tem realizado a captação de clientela, o que é vedado pelo artigo 7º do Código de Ética e Disciplina da OAB (Resolução 02/2015 CFOAB), constituindo infração disciplinar, nos termos do artigo 34 da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da OAB).

De acordo com a cláusula 8ª de seu contrato de prestação de serviços, a empresa ré poderá indicar profissional competente para propositura de ação judicial, cujo valor deverá ser tratado com o profissional indicado. Consta, ainda, que o contratante não está obrigado a aceitar a indicação do profissional, ficando a seu critério a utilização de outro (Id 3710218 – p. 2).

Constam, ainda, dos autos ações judiciais distribuídas com o logotipo de PLATINUM (ID 7540385) e contratos de prestação de serviços da ré oferecendo serviços jurídicos de funcionários de seus quadros (id 3710218, 3710227, 7540370, 7540369, 7540367, 7540361)

O representante legal da ré, ouvido em depoimento pessoal (id 8795924), afirmou que

a empresa possui advogados que lhe prestam serviços. Reconheceu o logo da empresa nos documentos juntados aos autos nos ids 7540361 e 7540365.

Ficou, portanto, também comprovado que a ré oferece serviços de advocacia, por meio de profissionais que lhe prestam serviços. Com efeito, conforme procuração de id 7540380, o endereço indicado é o da própria sede da empresa.

Assim, os pedidos da autora, de que a ré cesse a captação de clientela bem como a prestação de serviços de advocacia, procedem.

No entanto, não se faz necessária a suspensão de toda a divulgação dos serviços prestados pela ré, eis que as renegociações de dívidas e retirada administrativa do nome do consumidor dos órgãos de proteção ao crédito não são atos privativos de advogado, não sendo vedados por lei.

Foi formulado, ainda, pedido de aplicação de multa por danos morais coletivos. Contudo, a autora, na inicial, não chega a especificar quais seriam esses danos. Limita-se a dizer que: “a ré presta serviço essencial à administração da justiça, sem regulamentação obrigatória, sendo, como acima demonstrado, o suficiente para a condenação ora pretendida, até porque a ilegalidade traz graves consequências e o provimento terá igualmente por finalidade coibir a conduta pretendida.”

Ora, a meu ver, não há dano coletivo. Pode ter havido dano a pessoas que contrataram os serviços e não obtiveram resultado satisfatório em razão de os serviços prestados terem sido ruins. Nestes casos, o dano terá que ser verificado caso a caso. Não procede, portanto, tal pedido.

Diante do exposto, julgo **PARCIALMENTE PROCEDENTE** a presente ação para determinar que a ré se abstenha da captação de clientela para prestação de serviço jurídico, por meio de propaganda, em qualquer meio, ou por qualquer outra forma, bem como de fornecer tais serviços, ainda que pela simples indicação de profissional a ela vinculado.

Sem condenação em honorários, nos termos do previsto no artigo 18 da Lei n. 7.347/85.
Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

São Paulo, 17 de junho de 2019.

Juíza Federal **SÍLVIA FIGUEIREDO MARQUES**

PROCEDIMENTO DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL 0003126-25.2018.4.03.6332

Autora: MARIA DO CARMO DA SILVA DE OLIVEIRA
Réu: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUIZADO ESPECIAL FEDERAL CÍVEL DE GUARULHOS - SP
Juiz Federal: PAULO MARCOS RODRIGUES DE ALMEIDA
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 12/09/2019

SENTENÇA

VISTOS, em sentença.

Trata-se de ação proposta em face do *INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS*, em que pretende a parte autora o restabelecimento do benefício previdenciário de aposentadoria por invalidez (NB 605.024.297-0, DCB em 11/05/2018), concedida judicialmente em 2013 e cassada administrativamente pelo INSS em maio de 2018 dentro da política de revisão de benefícios por incapacidade levada a efeito pelo Governo Federal (evento 2, fl. 9).

À parte autora foram deferidos os benefícios da justiça gratuita.

A decisão lançada no evento 13 deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, determinando o restabelecimento do benefício de aposentadoria por invalidez da parte autora.

O INSS comunicou o cumprimento da decisão que deferiu a antecipação dos efeitos da tutela, tendo comprovado o restabelecimento do benefício de aposentadoria por invalidez desde 01/08/2018 (DIP) (evento 17).

A parte autora foi submetida a exame pericial.

É o relatório necessário. *DECIDO.*

1. Preliminarmente

Não há prova de que o valor da causa supera o limite de alçada dos Juizados Especiais Federais, nem de que o benefício seja decorrente de acidente do trabalho.

Houve prévio requerimento administrativo, restando caracterizado o interesse processual.

Por fim, eventual prescrição atingirá apenas a pretensão ao recebimento de eventuais parcelas devidas no período anterior ao quinquênio que precede o ajuizamento da ação, o que será oportunamente observado na resolução do mérito.

2. No mérito

Superadas as questões preliminares, passo ao exame do mérito da causa. E, ao fazê-lo, constato a *procedência* do pedido.

2.1. Como já consignado na medida liminar, era já pública e notória a campanha então deflagrada pelo Governo Federal para “revisão” de benefícios previdenciários concedidos indevidamente, com vistas em identificar fraudes em aposentadorias por invalidez e na manutenção indevida de auxílios-doença e benefícios assistenciais.

Não obstante a boa intenção da meritória campanha governamental, *é evidente que a revisão administrativa de benefícios previdenciários e assistenciais não pode ser feita de maneira irrefletida e atabalhoada, sem planejamento cuidadoso, sob pena de, ao invés de preservar-se os cofres públicos, sobrecarregá-los ainda mais, uma vez que, recorrendo ao*

Poder Judiciário os titulares de benefícios legítimos indevidamente suspensos na “revisão administrativa”, ver-se-á o INSS não só *obrigado a restabelecer esses benefícios* (pagando os atrasados com juros e correção monetária), como também *condenado aos ônus da sucumbência* (nos Juizados, ao ressarcimento dos honorários do perito judicial).

E isso sem mencionar a sobrecarga do próprio Poder Judiciário Federal, chamado a socorrer um número gigantesco de beneficiários atingidos por uma revisão sem critérios do INSS.

Desnecessário lembrar, no ponto, que a indispensável preservação dos recursos públicos (sobretudo na área previdenciária) há de ser buscada com *inteligência e método*, evitando-se que aparentes “boas idéias” revelem-se, quando de sua execução prática, mais danosas que benfazejas ao erário.

Essa – como já vislumbrado na decisão liminar - é exatamente a situação do caso trazido a julgamento.

No caso concreto, vê-se que a demandante, demais de já *interditada judicialmente na esfera estadual própria* (evento 2, fl. 04) – circunstância que, de plano, já aponta para possível incapacidade para o trabalho – teve sua *aposentadoria por invalidez concedida não pelo INSS, administrativamente, mas sim por ordem do Poder Judiciário*, após julgamento de procedência do pedido formulado pela ora autora em ação movida contra o INSS perante o Juizado Especial Federal de São Paulo (autos 0055455-20.2012.4.03.6301, cópia da sentença no evento 14).

Nesse cenário, afigura-se *inadmissível* que o Poder Executivo federal, por sua autarquia previdenciária, possa revisar e “suspender”, *sponte propria, benefício concedido por ordem judicial*, providência que configura *indevida e inconstitucional desconsideração da garantia da coisa julgada* (CF, art. 5º, inciso XXXVI).

Não se ignora a previsão constante do novo §4º do art. 43 da Lei 8.213/91, inserido pela Lei 11.347, de 26 de junho de 2017 (“*O segurado aposentado por invalidez poderá ser convocado a qualquer momento para avaliação das condições que ensejaram o afastamento ou a aposentadoria, concedida judicial ou administrativamente, observado o disposto no art. 101 desta Lei*” - grifei).

Todavia, *a nova disposição legal deve ser lida em consonância com a garantia constitucional da coisa julgada*, sob pena de inconstitucionalidade manifesta no ponto em que autoriza a *revisão, pelo Poder Executivo, de benefício concedido por força de decisão judicial revestida da autoridade da coisa julgada*.

Cumprе recordar, por oportuno, que o sistema jurídico-processual prevê mecanismos próprios (recursos, ação rescisória, ação de revisão, etc.) para que o INSS busque – oportunamente - a reversão de decisões judiciais que entenda equivocadas, evitando a incidência dos efeitos – de outro modo inafastáveis – da *res judicata*.

Aliás, chama atenção também, no caso de que se cuida, que sequer houve apelação da sentença de procedência, o que indica que o INSS então considerou acertada a conclusão da perícia judicial e a concessão da aposentadoria por invalidez à ora demandante.

Não se pode perder de perspectiva, por relevante, que *não se trata, na hipótese dos autos, de auxílio-doença ou de benefício assistencial*, benefícios temporários essencialmente sujeitos à modificação ao longo do tempo das condições fáticas que os justificaram (incapacidade temporária ou situação de miserabilidade momentânea).

Muito diversamente, *cuida-se, no caso, de aposentadoria por invalidez, concedida*

judicialmente após constatação, pelo perito judicial, da presença de incapacidade total e *permanente* para o trabalho.

Emerge daí, também, já do próprio caráter *permanente* da *incapacidade constatada em juízo*, a inviabilidade de sua “cassação” pura e simples pelo INSS, *sem que se apontem em juízo* indícios minimamente razoáveis de fraude, equívoco ou desaparecimento da incapacidade permanente e *se obtenha, também pela via judicial, a reversão do anteriormente decidido*, nos precisos termos do art. 505, inciso I do Código de Processo Civil.

Note-se que a situação é rigorosamente análoga aos casos civis de pensão alimentícia concedida pelo Poder Judiciário, condenando o pai ao sustento do filho. Ainda que a relação seja *rebus sic stantibus* (isto é, possivelmente modificável ao longo do tempo), *o pai não pode exercer arbitrariamente suas razões e reduzir, sponte propria, o valor da pensão antes fixado judicialmente*, sob o argumento de que, *em sua avaliação*, a situação de necessidade do filho (ou a sua capacidade financeira) se modificou. Ele precisará, *necessariamente*, ingressar em juízo pedindo a revisão do anteriormente decidido (ação revisional).

Mutatis mutandis, a situação previdenciária debatida nesta demanda é rigorosamente a mesma: o INSS pode, porque autorizado pela lei, reavaliar por nova perícia administrativa as situações de incapacidade total e permanente reconhecidas judicialmente; todavia, para cessar o benefício de *aposentadoria por invalidez*, deverá, *necessariamente*, ingressar em juízo (com o equivalente da “ação revisional”).

Trata-se, em realidade, de decidir *quem deve arcar com os ônus da iniciativa processual e do tempo de duração do processo*, o INSS ou o segurado. E isso porque admitir que o INSS “casse administrativamente” mesmo as aposentadorias por invalidez concedidas judicialmente significa *impor ao segurado* (parte claramente hipossuficiente) o ônus de ingressar em juízo para contestar a decisão que desconsidera a coisa julgada, quando o correto (assim nos parece) seria que o INSS, entendendo por cessada a invalidez, ingressasse em juízo pedindo a cessação do benefício (que seguiria ativo até nova decisão judicial). Paralelismo das formas, se se preferir ver a questão sob esse prisma.

Na hipótese dos autos, portanto, não se trata de uma demanda comum de incapacidade, envolvente de matéria de fato e dependente de perícia (“o segurado está ou não incapaz?”); trata-se, muito diversamente, de uma *ação diversa, envolvente de matéria exclusivamente de direito*: “pode o INSS cassar *administrativamente* aposentadorias *por invalidez* concedidas *judicialmente*, independentemente do ajuizamento de ação revisional pela autarquia?”.

Como pisado e repisado, *a resposta é negativa*, sendo exigível do INSS (via Procuradoria Federal) o ajuizamento de ação (revisional) nos casos em que se pretenda a cessação de aposentadorias por invalidez concedidas judicialmente. E nessas ações a serem ajuizadas pelo INSS, aí sim poderia ter lugar nova perícia judicial, permanecendo o benefício ativo e o segurado hipossuficiente protegido até nova decisão do Poder Judiciário.

Postas estas considerações, constata-se que ações como a presente independem de nova prova pericial, resolvendo-se estritamente no campo do direito: o caso é de procedência do pedido, para que o INSS seja condenado a restabelecer o benefício de aposentadoria por invalidez concedido judicialmente em ação anterior à parte ora autora (que somente poderá vir a ser novamente cessado por força de nova decisão judicial em eventual e futura demanda do INSS amparada em nova prova).

2.2. Ainda que assim não fosse – o que se admite por mero favor dialético - vê-se que ainda que se admitisse a possibilidade de cassação administrativa pelo INSS, a decisão administrativa

estaria equivocada, sendo mesmo caso de procedência do pedido de restabelecimento da aposentadoria por invalidez.

E isso porque a análise dos documentos médicos carreados aos autos revela que não houve a remissão da doença da parte autora, estando ela *acometida dos mesmos sintomas que então ensejaram a concessão judicial da aposentadoria por invalidez* (em que pese a divergência de entendimentos dos médicos quanto à CID aplicável).

A esse respeito, a título de exemplo, observe-se que a consulta realizada em 04/04/2018 relata sintomas de ansiedade; a consulta realizada em 29/06/2018 relata que a parte autora “voltou a apresentar ansiedade, crises de choro”; em 26/09/2018 há descrição de sintomas de insônia, ansiedade e *delírio* (evento 44, fls. 26/27).

Ainda que a perita deste processo (evento 49) tenha concluído que o transtorno mental da parte autora apresenta sintomas sazonais e que não foram esgotadas todas as possibilidades terapêuticas - motivo pelo qual opinou que há incapacidade total e *temporária - o longo tempo de evolução* da patologia (quase 14 anos de evolução, sendo mais de 5 em aposentadoria por invalidez), em cotejo com o histórico médico apresentado nos autos, *leva à conclusão de que a demandante se encontra mesmo incapacitada de forma total e permanente* para o trabalho, e não apenas temporária.

Veja-se que, mesmo sendo os sintomas “sazonais” – como afirmado pela perita judicial – afigura-se pouco eficaz após tanto tempo (podendo mesmo agravar a condição clínico-psiquiátrica da autora) submeter a demandante a novas e sucessivas perícias administrativas a cada poucos meses, impondo-se-lhe uma situação de incerteza e angústia que absolutamente não condiz com o quadro de afastamento por longos anos.

2.3. Sendo assim, sob qualquer ângulo que se examine a questão *faz jus a parte autora ao restabelecimento do benefício de aposentadoria por invalidez* (NB 605.024.297-0) desde a data da sua cessação indevida (11/05/2018, evento 2, fl. 9).

Tendo sido concedida a antecipação dos efeitos da tutela, a data de início do pagamento da aposentadoria por invalidez (DIP – data a partir da qual os valores vencidos serão pagos administrativamente pelo INSS) será aquela já utilizada pelo INSS, 01/08/2018 (DIP) (evento 17), *devendo a autarquia, evidentemente, cumprir fielmente a decisão antecipatória da tutela*, pagando integralmente (ainda que em complemento positivo ao próximo pagamento) as parcelas devidas desde a DIP.

3. Do reembolso dos honorários periciais

Sendo a parte autora beneficiária da assistência judiciária gratuita, o custo da perícia judicial realizada (i.é., os honorários periciais) foi suportado pelo Poder Judiciário (Sistema AJG), devendo ser objeto de reembolso pela autarquia federal sucumbente na causa, nos termos do art. 82, §2º do Código de Processo Civil.

Com efeito, o art. 32 da Resolução CJF 305/2014 (que dispõe sobre o pagamento de honorários a advogados dativos, curadores, peritos, tradutores e intérpretes, em casos de assistência judiciária gratuita, no âmbito da Justiça Federal) estabelece que:

“Os pagamentos efetuados de acordo com esta Resolução não eximem o sucumbente de reembolsá-los ao erário, salvo se beneficiário da assistência judiciária gratuita.

§1º Se a sucumbência recair sobre entidade com prerrogativa de pagar suas dívidas na forma do art. 100 da Constituição da República, será expedida requisição de pagamento, em favor da Justiça Federal, no valor das despesas antecipadas no curso do processo, nos termos do art. 12, § 1º, da Lei nº 10.259/2001”.

Sendo assim, é caso de condenação do INSS também *ao reembolso dos honorários periciais*, que deverão ser oportunamente atualizados e incluídos na conta de liquidação do julgado, para expedição de RPV específica (cfr. Lei 10.259/01, art. 12, §1º).

DISPOSITIVO

Diante de todo o exposto, *JULGO PROCEDENTE O PEDIDO*, nos termos do art. 487, I do Código de Processo Civil, e:

a) *condeno o INSS a restabelecer em favor da parte autora o benefício de aposentadoria por invalidez*, fixando como data de início do benefício (DIB) a data da cessação do NB 605.024.297-0 (11/05/2018), e como data de início de pagamento (DIP) o dia 01/08/2018;

b) *confirmo a antecipação dos efeitos da tutela concedida no evento 13*, devendo ser oficiada a EADJ/INSS para que *comprove o estrito cumprimento da decisão antecipatória*, no prazo de 20 dias (com o pagamento da integralidade do benefício, e não de mensalidades de recuperação), devendo eventual saldo devedor por falha no cumprimento ser pago em complemento positivo junto ao próximo pagamento;

c) *condeno o INSS a pagar à parte autora, após o trânsito em julgado, os atrasados a partir da data da cessação do NB 605.024.297-0 (11/05/2018)* - descontados os valores já pagos a título de aposentadoria por invalidez/mensalidade de recuperação no período, bem como a título de antecipação dos efeitos da tutela ou de benefício concedido administrativamente - devidamente atualizados desde o momento em que deveriam ter sido pagos e acrescidos de juros de mora desde a citação, segundo os critérios do Manual de Cálculos da Justiça Federal atualmente em vigor, consignando-se que a sentença contendo os critérios para a elaboração dos cálculos de liquidação atende ao disposto no art. 38, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95;

d) *condeno o INSS, ainda, ao reembolso dos honorários periciais*, que deverão ser oportunamente atualizados e incluídos na conta de liquidação do julgado, para expedição de RPV específica.

Sem condenação em custas e honorários advocatícios nesta instância, nos termos do art. 55 da Lei nº 9.099/95.

Independentemente da intimação das parte, OFICIE-SE à EADJ/INSS, como determinado no item 'b' do dispositivo.

Sentença registrada eletronicamente. Publique-se e intimem-se. #>

Juiz Federal PAULO MARCOS RODRIGUES DE ALMEIDA

SÚMULA

PROCESSO: 0003126-25.2018.4.03.6332

AUTOR: MARIA DO CARMO DA SILVA DE OLIVEIRA

ASSUNTO: 040101 - APOSENTADORIA POR INVALIDEZ (ART.42/7)

CPF: 19612207844

NOME DA MÃE: MARIA DE MOURA DA SILVA

Nº do PIS/PASEP:

Revista do TRF3 - Ano XXX - n. 143 - Out./Dez. 2019

ENDEREÇO: RUA MARIA DE MENESES COSTA LACERDA, 24 - JARDIM BETEL -
GUARULHOS/SP - CEP 7083300

DATA DO AJUIZAMENTO: 23/05/2018

DATA DA CITAÇÃO: 23/05/2018

ESPÉCIE DO NB: *RESTABELECIMENTO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ*

RMI: *R\$ A APURAR*

RMA: *R\$ A APURAR*

DIB: *11/05/2018*

DIP: *01/08/2018*

ATRASADOS: *R\$ A APURAR*

CUMPRIMENTO DE SENTENÇA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA**5000866-08.2018.4.03.6131**

Impugnante/Executada:UNIÃO FEDERAL, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS

Impugnada/Exequente: SARA RODRIGUES DIAS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE BOTUCATU - SP

Juiz Federal: MAURO SALLES FERREIRA LEITE

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/10/2019

SENTENÇA

Vistos, em sentença.

Trata-se de impugnação à conta de liquidação, calcada em alegação de excesso com relação ao cálculo do *quantum debeatur*. Apresentada a conta de liquidação, os executados oferecem impugnação, alegando em síntese, ausência de interesse de agir, decadência e prescrição da pretensão, e, quanto ao mérito, que o valor do reajuste nos proventos de inatividade da exequente foram absorvidos e/ ou superados pela complementação de aposentadoria paga administrativamente, devendo, na eventualidade de ser acatado o pedido deduzido em execução, serem abatidos os valores já pagos à impugnada a esse mesmo título.

Consta manifestação da exequente (doc. sob id n. 17689570) em que se bate pela validade e higidez do cálculo de liquidação por ela apresentado, pugnano pela improcedência total do incidente.

Vieram os autos com conclusão.

É o relatório.

Decido.

Preliminarmente, insta salientar que não há se falar em inépcia da impugnação pelo fato de que os impugnantes não teriam explicitado o valor que entendem correto. Simples inteleção do texto inicial da impugnação dá conta de que os executados entendem que nada é devido à ora executada, razão pela qual a impugnação é total. Está cumprido o requisito legal para a admissão do incidente, razão pela qual *rejeito* a preliminar.

As objeções prejudiciais de decadência/ prescrição somente se propõem em caso de rejeição do incidente, a merecer apreciação própria após a apreciação do mérito.

A preliminar de ausência de interesse de agir se entrosa com o mérito, e como tal deverá ser enfrentada.

A impugnação apresentada pelos executados, de fato, *procede*.

Está bem consolidado em jurisprudência o entendimento de que, naquilo que se refere ao regime de aposentadorias e pensões concedidas a ex-ferroviários pertencentes aos quadros da extinta RFFSA (sucessora, como nesse caso, do espólio da FEPASA), divisam-se duas grandes categorias de beneficiários, *a saber*, aqueles que ostentam direito à complementação dos proventos de inatividade, e os que não fazem jus a essa *benesse* de responsabilidade da União Federal. *Aos primeiros*, aplica-se genericamente o Regime Geral de Previdência Social e a legislação que o regulamenta; *aos segundos*, o total pago a título de benefício

de inatividade é composto por duas parcelas: uma calculada de acordo com as normas previdenciárias concernentes à aposentadoria ou vigentes à data do óbito do instituidor e, a outra, correspondente à complementação, perfazendo 100% (cem por cento) da remuneração que teria direito o trabalhador caso ainda estivesse em atividade. Para essa segunda categoria de segurados, portanto, há que observar as derrogações específicas do regime geral previdenciário, sendo que a diminuição da parcela aportada pelo INSS implica, *automaticamente*, o respectivo e incremento da parcela aportada pela entidade política federal.

Nessa persuasão, outra não pode ser a conclusão senão a de que os reajustes específicos eventualmente incidentes sobre o cálculo do salário de benefício que devem ser observados para fins de determinação da renda mensal inicial das pensões e aposentadorias do primeiro grupo de ferroviários (RGPS exclusivamente) não se estendem, necessariamente, ao segundo grupo de porque o parâmetro de remuneração, nesse caso, é diferenciado, tendo por base – não a média dos salários de contribuição anteriores, como na sistemática do Regime Geral – mas a remuneração dos servidores ainda em atividade.

E essa é a razão básica pela qual não há como equiparar os reajustes concedidos aos benefícios deferidos exclusivamente sob a égide do RGPS àqueles em que a complementação é devida, nomeadamente naquilo que concerne à incidência, sobre o cálculo do salário-de-benefício do IRSM de fevereiro de 1994, até porque, diferença que houvesse, daí adveniente, teria sido complementada pela União até a integralidade dos vencimentos percebidos pelos servidores da ativa.

Nesse sentido, é bastante esclarecedor o precedente arrolado na sequência que deixa clara a conclusão no sentido de que à sistemática de reajustes própria dos benefícios concedidos no âmbito do RGPS não se equiparam os benefícios pagos aos ferroviários com direito à complementação de vencimentos. Senão vejamos:

PREVIDENCIÁRIO. EX-FERROVIÁRIO APOSENTADO. CRITÉRIOS LEGAIS DE REAJUSTE. PRESERVAÇÃO DO VALOR REAL. PRETENSÃO DE EQUIPARAÇÃO DOS REAJUSTES NOS MESMOS ÍNDICES APLICADOS AOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS. IMPOSSIBILIDADE DE EQUIPARAÇÃO. IRSM DE FEVEREIRO/94. 39,67%. SENTENÇA REFORMADA.

“1. A Lei 10.999/04 - conversão da Medida Provisória 201/04 - autorizou a revisão dos benefícios previdenciários concedidos com data de início posterior a fevereiro de 1994. Com isso, em relação a esses benefícios, não haverá decadência a ser decretada. Precedente desta Corte.

2. Conforme assentado nesta Corte, a complementação feita pela União serve para que os benefícios dos ex-ferroviários, e seus pensionistas, preenchidos os requisitos legais específicos, não sejam pagos em valores inferiores aos servidores em atividade. (AC 0004936-42.2006.4.01.3800/MG, Rel. Desembargadora Federal Ângela Catão, Primeira Turma, e-DJF1 p.60 de 05/11/2013).

3. A aposentadoria dos ex-ferroviários da RFFSA e suas subsidiárias é composta por duas parcelas distintas, sendo a primeira relativa ao valor do benefício pago pela previdência social e a segunda referente à complementação paga pela União, correspondente à diferença entre aquela e a remuneração dos servidores em atividade. Vale notar que no momento em que a parcela do INSS sofre redução, a parcela paga pela União aumenta em igual valor, ficando inalterada a quantia total, de modo a ser mantida a paridade dos proventos com os valores recebidos por seus pares em atividade. Igualmente, é mantida apenas a parcela do INSS se esta superar o valor recebido pelos servidores da ativa ou se o beneficiário não recebeu o complemento custeado pela União.

4. A orientação jurisprudencial dos nossos tribunais é no sentido de que a preservação da irredutibilidade do valor dos benefícios previdenciários se faz com a observância dos critérios e índices estabelecidos em lei, não competindo ao Poder Judiciário determinar a aplicação de parâmetros de reajuste diferenciados.
 5. Inexistindo prova de que os reajustes aplicados ao benefício da autora se deram em desconformidade com os índices determinados pelas sucessivas legislações (CPC, art. 333, I), deve ser reconhecida a improcedência do pedido.
 6. Honorários advocatícios devidos em 10% sobre o valor da condenação, de acordo com o enunciado da Súmula 111 do STJ.
 7. Apelação da parte autora não provida.
 8. Apelação do INSS e Remessa oficial parcialmente providas para, reformando a sentença, julgar improcedente o pedido” (g.n.).
- [AC 0000045-22.2012.4.01.3200, DESEMBARGADORA FEDERAL GILDA SIGMARINGA SEIXAS, TRF1 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF1 30/01/2019].

No voto condutor do v. acórdão indicado como paradigma, a Exma. Sra. Desembargadora Federal Relatora Dr^a. GILDA SIGMARINGA SEIXAS, assim expõe a controvérsia enaltecendo a diversidade entre os regimes jurídicos de aposentadoria/ pensão dos ferroviários:

“(…)

A complementação de aposentadoria foi disciplinada inicialmente pelo Decreto-Lei n. 956, de 13 de outubro de 1969, que dispõe sobre a aposentadoria dos servidores públicos e autárquicos cedidos à Rede Ferroviária Federal S.A. – RFFSA, bem como dos seus empregados em regime especial, e somente tinham direito aqueles que já se encontravam em gozo do benefício de aposentadoria quando da sua edição.

A complementação de aposentadoria, instituída pela Lei 3.769/41, não era devida aos ferroviários que se aposentassem na vigência do Decreto-Lei 956/69.

A Lei n. 8.186/91, alterando o regime anterior, pelo qual somente era reconhecido o direito à complementação àqueles já aposentados quando da edição do Decreto-Lei n. 956/69, estendeu o benefício de complementação da aposentadoria aos ferroviários admitidos até 31 de outubro de 1969, bem como aos beneficiários da Lei n. 6.184/74, nos seguintes termos:

Art. 1º. É garantida a complementação da aposentadoria paga na forma da Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS) aos ferroviários admitidos até 31 de outubro de 1969, na Rede Ferroviária Federal S.A. (RFFSA), constituída ex-vi da Lei n. 3.115, de 16 de março de 1957, suas estradas de ferro, unidades operacionais e subsidiárias.

Art. 2º. Observadas as normas de concessão de benefícios da Lei Previdenciária, a complementação da aposentadoria devida pela União é constituída pela diferença entre o valor da aposentadoria paga pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e o da remuneração do cargo correspondente ao do pessoal em atividade na RFFSA e suas subsidiárias, com a respectiva gratificação adicional por tempo de serviço.

Parágrafo único. O reajustamento do valor da aposentadoria complementada obedecerá aos mesmos prazos e condições em que for reajustada a remuneração do ferroviário em atividade, de forma a assegurar a permanente igualdade entre eles.

Art. 3º. Os efeitos desta lei alcançam também os ferroviários, ex-servidores públicos ou autárquicos que, com base na Lei n. 6.184, de 11 de dezembro de 1974, e no Decreto-Lei n. 5, de 4 de abril de 1966, optaram pela integração nos quadros da RFFSA sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho, inclusive os tornados inativos no período de 17 de março de 1975 a 19 de maio de 1980.

Art. 4º. Constitui condição essencial para a concessão da complementação de que trata esta lei a detenção, pelo beneficiário, da condição de ferroviário, na data imediatamente anterior ao início da aposentadoria previdenciária.

Art. 5º. A complementação da pensão de beneficiário do ferroviário abrangido por esta lei é igualmente devida pela União e continuará a ser paga pelo INSS, observadas as normas de concessão de benefícios da Lei Previdenciária e as disposições do parágrafo único do art. 2º desta lei.

Parágrafo único. Em nenhuma hipótese, a pensão previdenciária complementada poderá ser paga cumulativamente com as pensões especiais previstas nas Leis ns. 3.738, de 3 de abril de 1960, e 6.782, de 20 de maio de 1980, ou quaisquer outros benefícios pagos pelo Tesouro Nacional.

Art. 6º. O Tesouro Nacional manterá à disposição do INSS, à conta de dotações próprias consignadas no Orçamento da União, os recursos necessários ao pagamento da complementação de que trata esta lei.

Art. 7º. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Posteriormente, a Lei n. 10.478/2002 estendeu para os ferroviários admitidos até 21/05/1991 o direito à complementação de aposentadoria, na forma do disposto na Lei 8.186/91.

O art. 1º da Lei 8.186/91 autoriza a concessão da complementação da aposentadoria aos ferroviários admitidos na Rede Ferroviária Federal S/A, suas estradas de ferro, unidades operacionais e subsidiárias, até 31.10.1969.

Na forma do art. 2º do aludido diploma legal, a complementação da aposentadoria é devida pela União e constituída pela diferença entre o valor da aposentadoria paga pelo INSS e o valor da remuneração do cargo correspondente ao do pessoal em atividade na RFFSA e suas subsidiárias, com a respectiva gratificação adicional por tempo de serviço, ou seja, apenas as parcelas permanentes diretamente relacionadas com o cargo (e não com a situação pessoal de cada ex-ferroviário quando ainda estava em atividade) que compreendem a respectiva remuneração, acrescida somente da gratificação adicional por tempo de serviço (art. 2º, *caput*, da Lei nº 8.186/91).

A despeito de o art. 2º tratar de complementação de aposentadoria, as regras ali constantes aplicam-se também às complementações de pensões, em razão do disposto no art. 5º da mesma lei acima transcrito.

Há aposentados e pensionistas de ex-ferroviários sem direito à complementação e outros com direito a complementação. Aos primeiros aplica-se genericamente o RGPS e sua legislação. Aos beneficiários de ferroviários com direito à complementação, o total pago pelo instituto previdenciário a título de pensão/aposentadoria é composto por duas parcelas: uma calculada de acordo com as normas previdenciárias concernentes à aposentadoria ou vigentes à data do óbito do instituidor e, a outra, correspondente à complementação, perfazendo 100% (cem por cento) da remuneração que teria direito o trabalhador caso ainda estivesse em atividade. Entretanto, no tocante a parcela de complementação, cumpre consignar o já citado art. 5º da Lei n. 8.186/91. Transcrevo novamente:

“Art. 5º - A complementação da pensão de beneficiário do ferroviário abrangido por esta lei é igualmente devida pela União e continuará a ser paga pelo INSS, observadas as normas de concessão de benefícios da Lei Previdenciária e as disposições do parágrafo único do art. 2º desta lei”.

Conclui-se que cabe à União a complementação do valor de aposentadoria até atingir a integralidade dos vencimentos percebidos pelos servidores ativos, permanecendo o INSS responsável pelo pagamento do benefício, de acordo com as normas de concessão de benefícios da Lei Previdenciária vigente à época.

Nesse sentido, transcrevo os seguintes precedentes deste Tribunal:

ADMINISTRATIVO. PREVIDENCIARIO. EX-FERROVIARIO. COMPLEMENTAÇÃO DE PENSIONISTAS. LEI 8.186/91. PARIDADE COM O PESSOAL DA ATIVA. PRECEDENTE DO STJ DE EFEITO REPETITIVO. BENEFÍCIO DEVIDO.

“1. A preliminar de ilegitimidade enfrenta jurisprudência pacífica desta Corte, no sentido de que, em se tratando de complementação de benefício de Ferroviários, tanto o INSS como gestor,

como a União, como responsável orçamentária, devem figurar no pólo passivo (0010526-92.2009.4.01.3800; AC 2009.38.00.010930-6/MG; Primeira Turma, Rel. Des. Federal Kassio Nunes Marques, e-DJF1 de 12/06/2003).

2. Também não há que se falar em nulidade por julgamento ultra ou extra petita, tendo em vista que a sentença monocrática guardou a devida correlação com o pedido inicial, nos termos do art. 460, do CPC.

3. “Nas ações ajuizadas com o objetivo de obter revisão de benefício previdenciário, relação de trato sucessivo e de natureza alimentar, a prescrição incide apenas sobre as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação, não ocorrendo a chamada prescrição do fundo de direito, nos termos da Súmula 85/STJ. Precedentes do STJ” (Processo AgRg no REsp 1.096.216/RS; Sexta Turma, Rel. Ministra Assusete Magalhães; Data do Julgamento 24/10/2013; Data da Publicação/Fonte DJe 02/12/2013).

4. É devido ao inativo da RFFSA, a título de complementação, a diferença entre o valor da aposentadoria paga pelo INSS e o valor da remuneração do cargo correspondente ao do pessoal em atividade na RFFSA e suas subsidiárias. Precedentes do STJ e desta Corte.

5. A correção monetária e os juros moratórios incidentes sobre as parcelas atrasadas, nas ações condenatórias, tanto em sede previdenciária quanto na seara administrativa, sendo o devedor a Fazenda Pública, devem observar as orientações do Manual de Cálculos da Justiça Federal ora em vigor.

6. Honorários advocatícios corretamente fixados, em atendimento ao disposto no art. 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil e conforme reiterados precedentes desta Corte.

7. Remessa oficial e recursos de apelações da União e do INSS a que se nega provimento” (g.n.). [AC 0016647-39.2009.4.01.3800/MG, Rel. Desembargador Federal Ney Bello, Primeira Turma, e-DJF1 p.296 de 05/06/2014].

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. REDE FERROVIÁRIA FEDERAL S/A - RFFSA. FERROVIÁRIOS INATIVOS E PENSIONISTAS. COMPLEMENTAÇÃO DE PENSÃO (LEI N. 8.186/91). VALOR CORRESPONDENTE À TOTALIDADE DOS VENCIMENTOS DO PESSOAL DA ATIVA. PRELIMINARES. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS MORATÓRIOS.

“1. A Justiça Federal é competente para processar e julgar as ações que visem ao reajustamento de benefícios concedidos a ferroviários aposentados e/ou pensionistas, tendo em vista que o eventual pagamento advindo da procedência do pedido será pago com recursos provenientes da União. Precedentes deste Tribunal.

2. A União e o INSS devem figurar no pólo passivo da ação em que se pretende a revisão de aposentadoria e/ou pensão de ex-ferroviário, pois, com a extinção da RFFSA pela Lei 11.483, de 31.05.2007, a União passou a suceder-lhe em todos os direitos e obrigações.

3. A prescrição atinge somente as parcelas vencidas anteriormente a cinco anos do ajuizamento da ação, conforme Súmula 85 do STJ.

4. O benefício previdenciário de pensão por morte deve ser regido pela lei vigente à época do óbito de seu instituidor.

5. Aos ferroviários com direito à complementação, o total pago pelo instituto previdenciário a título de pensão é composto por duas parcelas: uma calculada de acordo com as normas previdenciárias vigentes à época do óbito do instituidor e, a outra, correspondente à complementação, perfazendo 100% (cem por cento) do quanto faria jus o trabalhador caso estivesse em atividade.

6. Por ocasião do julgamento dos Recursos Extraordinários nºs. 416827 e 415454, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que a concessão do benefício integral às pensões deferidas anteriormente à edição da Lei nº 9.032/95 constitui violação frontal ao princípio constitucional do ato jurídico perfeito.

7. Nos termos da Lei n. 8.186/91, cabe à União a complementação do valor da pensão por morte até atingir a integralidade dos vencimentos percebidos pelos servidores ativos.

8. É legítima a pretensão da parte autora de majorar a renda mensal do benefício mediante aplicação do percentual de 100% do *quantum* devido ao instituidor, se ainda estivesse em atividade, no tocante à parcela da complementação de pensão de responsabilidade da União.
9. A correção monetária incide sobre o débito previdenciário a partir do vencimento de cada prestação, nos termos da Lei nº 6.899, de 8 de abril de 1981, conforme Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal.
10. Os juros moratórios são devidos no percentual de 1% a.m., até a edição da Lei 11.960/2009, quando então serão devidos no percentual de 0,5% a.m., conforme são aplicados nas cadernetas de poupança. Contam-se, da citação, para as parcelas eventualmente vencidas anteriormente a ela, e do respectivo vencimento, para as que lhe são posteriores.
11. Reconhecida a sucumbência recíproca, nos termos do art. 21 do CPC.
12. Sem condenação em custas.
13. Isenta a autora por litigar sob o amparo da justiça gratuita.
14. Apelações e reexame providos em parte” (g.n.).

[AC 0043790-81.2001.4.01.3800/MG, Rel. Desembargador Federal Néviton Guedes, Primeira Turma, e-DJF1 p.83 de 25/04/2014].

APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. PENSÃO POR MORTE DE EX-FERROVIÁRIO (SERVIDOR PÚBLICO) DA RFFSA. REAJUSTE DE 47,68%. ISONOMIA COM OUTROS FERROVIÁRIOS BENEFICIÁRIOS DE DECISÃO JUDICIAL. COISA JULGADA. LIMITES. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. COMPLEMENTAÇÃO DE PENSÃO (LEI 8.186/91). VALOR CORRESPONDENTE À TOTALIDADE DOS PROVENTOS DO SERVIDOR FALECIDO. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. VERBA HONORÁRIA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. POSSIBILIDADE. REQUISITOS PREENCHIDOS. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.

“1. A antecipação de tutela é concedida quando, existindo prova inequívoca, se convença o Juiz da verossimilhança da alegação e ocorrer fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou ficar caracterizado abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu (art. 273, I e II, do CPC).

2. É competente a Justiça Federal para o processo e julgamento do feito em que se pleiteia a concessão de reajuste de aposentadorias de ex-ferroviários ou a seus pensionistas, com recursos financeiros provenientes da União.

3. Considerando que a pretensão da autora visa à revisão de pensão por morte de ex-ferroviário, tanto a União quanto o INSS devem integrar o pólo passivo da lide, na forma do Decreto-Lei 956/69 e Lei 8.186/91. Preliminar rejeitada.

4. Em se tratando de prestação de trato sucessivo, prescrevem apenas as parcelas antecedentes ao quinquênio anterior à propositura da ação (Súmula 85 do STJ). Prescrição do fundo do direito rejeitada.

5. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros (art. 472/CPC).

6. Os efeitos de uma decisão judicial alcançam somente as partes envolvidas no processo, não cabendo àqueles que não participaram da relação jurídica processual pretender a extensão dos benefícios nela deferidos, ainda que sob o fundamento de isonomia.

7. Ademais, não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar o valor dos proventos de aposentadorias e pensões estatutárias ou previdenciárias, sob o fundamento de isonomia.

8. Preenchidos os requisitos da Lei 8.186/91, faz jus a parte autora à complementação de sua pensão que será constituída da diferença entre o valor da aposentadoria paga pelo INSS e o valor da remuneração que o instituidor da pensão receberia se estivesse em atividade na RFFSA, com a gratificação adicional por tempo de serviço.

9. O valor da pensão da parte autora deve ser complementado com recursos financeiros postos à disposição do INSS pelo Tesouro Nacional, nos termos do art. 6º da Lei 8.186/91.

10. Com a extinção da RFFSA (MP 353, de 22.01.2007, posteriormente convertida na Lei 11.483, de 31.05.2007), a União passou a suceder-lhe em direitos e obrigações.

11. A correção monetária e os juros devem incidir na forma do Manual de Cálculos da Justiça Federal.

12. A verba honorária é devida em 5% (cinco por cento) sobre o valor da condenação, em conformidade com o artigo 20, § 4º, do CPC, a ser dividida proporcionalmente entre os réus, devendo ser observada a Súmula 111/STJ.

13. Apelação da parte autora e remessa oficial parcialmente providas. Apelações da UNIÃO FEDERAL e do INSS não providas” (g.n.).

[AC 0002922-55.2006.4.01.3810/MG, Rel. Desembargadora Federal Ângela Catão, Primeira Turma, e-DJF1 p.65 de 09/04/2014].

Do cálculo das parcelas - Complementação X RGPS

Cumprе ressaltar que a aposentadoria dos ex-ferroviários da RFFSA e suas subsidiárias é composta por duas parcelas distintas, sendo a primeira relativa ao valor do benefício pago pela previdência social e a segunda referente à complementação paga pela União correspondente à diferença entre aquela e a remuneração dos servidores em atividade.

Vale notar que no momento em que a parcela do INSS sofre redução, a parcela paga pela União aumenta em igual valor, ficando inalterada a quantia total, de modo a ser mantida a paridade dos proventos com os valores recebidos por seus pares em atividade.

Neste sentido:

PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. EX-FERROVIÁRIO. APOSENTADORIA. PROVENTOS PAGOS PELO INSS E COMPLEMENTADOS PELA UNIÃO. ACÓRDÃO TRANSITADO EM JULGADO, DETERMINANDO REAJUSTE DOS BENEFÍCIOS PAGOS PELO INSS. EXECUÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE PAGAR. IMPOSSIBILIDADE. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. EXECUÇÃO RESTRITA À OBRIGAÇÃO DE FAZER.

“1. O benefício percebido pelo ex-ferroviário equivale à remuneração dos empregados da ativa, sendo composta de duas partes: a primeira relativa ao benefício pago pelo INSS; e a segunda paga pela União, a título de complementação de aposentadoria, de modo que o montante pago por este último seja apenas o suficiente para que o total dos proventos alcance a remuneração paga aos empregados da ativa.

2. A pretensão da embargada, deduzida na inicial da ação de conhecimento, mostra-se legítima enquanto visar tão somente fixar o montante a ser pago pelo INSS e pela União, isto é, determinar a obrigação de fazer de cada um daqueles entes. Não poderia tal acórdão, no entanto, condenar o INSS em obrigação de pagar, já que percebeu na integralidade os proventos idênticos aos pagos aos empregados da ativa. Eventual defasagem na parcela paga pelo INSS é suportada pela União, e não pelo beneficiário, que tem o déficit compensado pela complementação deste último.

3. Carece de interesse de agir a parte autora na execução contra o INSS de obrigação de pagar, já que o reconhecimento da existência de débito do INSS não levaria ao pagamento judicial de qualquer diferença, pois, se de um lado receberia da Autarquia Previdenciária tais valores, de outro teria que restituir à União a complementação da aposentadoria recebida em excesso, não se vislumbrando qualquer resultado útil em tal condenação.

4. Apelação provida. Execução extinta” (g.n.).

[AC 0002638-49.2011.4.01.3300 / BA, Rel. JUIZ FEDERAL CRISTIANO MIRANDA DE SANTANA, 1ª CÂMARA REGIONAL PREVIDENCIÁRIA DA BAHIA, e-DJF1 de 24/11/2015].

Igualmente, é mantida apenas a parcela do INSS se esta superar o valor recebido pelos servidores da ativa. Neste sentido:

PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. CÁLCULO DA RMI. ORTN. ART. 26 DA LEI 8870/94. CONTADORIA JUDICIAL. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. PARCIAL PROVIMENTO.

“1. Nos moldes do entendimento jurisprudencial dominante, é prescindível a provocação administrativa antes do manejo da via judicial nas ações em que se pleiteia benefício previdenciário. Ressalva do entendimento pessoal do relator.

2. A situação dos autos abrange relação de trato sucessivo, de forma que, subsistindo o próprio direito de fundo, a inércia do titular macula com a prescrição as prestações anteriores ao quinquênio que precede à propositura da ação. Nesse sentido, a Súmula nº. 85 do Superior Tribunal de Justiça.

3. Quanto aos litisconsortes JOSE INACIO E ADILSON COSTA E ADILSON ALVES DE SOUZA há ausência de interesse de agir quanto a Contadoria Judicial aponta a ausência de valores a receber caso seja revisada a RMI de acordo com os critérios estipulados pela legislação.

4. Quanto ao autor MANOEL BARBOSA há direito à revisão da RMI.

5. A garantia legal da correção dos 24 salários-de-contribuição, anteriores aos 12 últimos, considerados no cálculo do valor mensal do benefício de prestação continuada, previsto nos incisos II e III do art. 3º Lei 5.890, de 08.06.1976, contemplavam a aposentadoria por idade, tempo de contribuição e especial, além do abono de permanência em serviço. Com o advento da Lei 6.423, de 17 de junho de 1977, a ORTN passou a corrigir os salários-de-contribuição considerados no período básico de cálculo, na forma do seu art. 1º, que estabeleceu referido índice como parâmetro de expressão monetária da obrigação monetária pecuniária.

4. Sendo ex-ferroviário os créditos em favor do autor serão apurados em execução de sentença e somente implicará retroativos se o valor decorrente da revisão da RMI a ser pago pelo INSS for superior ao valor paradigma para complementação pela União, porque do contrário a diferença apenas demandará alteração do complemento paga pela União no período, que será menor.

5. As disposições do art. 26 da Lei n. 8.870/94 possuem caráter temporário e se aplicam aos benefícios previdenciários concedidos nos termos da Lei n. 8.213/91, com data de início entre 05/04/1991 e 31/12/1993, cuja RMI tenha sido calculada sobre salário-de-benefício inferior à média dos últimos 36 (trinta e seis) salários-de-contribuição.

6. Não sofrendo o salário-de-benefício pertinente à aposentadoria por tempo de serviço de titularidade do apelado a limitação imposta pelo § 2º do art. 29 e pelo art. 33, ambos da Lei n. 8.213/91, porquanto de valor inferior ao teto do salário-de-contribuição, não lhe aproveita a revisão administrativa tratada pelo art. 26 do mesmo diploma normativo.

7. Consectários legais: a) correção monetária pelo MCJF; b) juros de mora de 1% até Lei 11.960/09 e índices caderneta de poupança à partir dela; c) honorários compensados diante da sucumbência recíproca. 8. Apelação da parte autora desprovida e remessa oficial parcialmente providas nos termos dos itens 4 e 7” (g.n.).

[TRF-1 - AC: 16693820064013808 MG 0001669-38.2006.4.01.3808, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO DE ASSIS BETTI, Data de Julgamento: 25/11/2013, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: e-DJF1 p.216 de 09/12/2013].

Dessa forma, o benefício previdenciário, ou seja, a parcela a cargo do INSS, de ex-ferroviários e seus dependentes deve ser reajustado pelos índices previstos na legislação. A orientação jurisprudencial dos nossos tribunais é no sentido de que a preservação da irredutibilidade do valor dos benefícios previdenciários se faz com a observância dos critérios e índices estabelecidos em lei, não competindo ao Poder Judiciário determinar a aplicação de parâmetros de reajuste diferenciados.

No entanto, a autora não comprova que seu benefício não foi reajustado corretamente, apenas faz alegações genéricas e apresenta valores que supostamente entende devidos na petição inicial.

Inexistindo prova de que os reajustes aplicados ao benefício da autora se deram em desconformidade com os índices determinados pelas sucessivas legislações (CPC, art. 333, I), deve ser reconhecida a improcedência do pedido.

No tocante aos honorários advocatícios, esta Corte estabilizou o entendimento de que eles são devidos no percentual de 10% sobre o valor da condenação, correspondente às parcelas

vencidas até o momento da prolação da sentença, ou do acórdão que a reformou, no caso de improcedência, de acordo com o enunciado da Súmula 111 do Superior Tribunal de Justiça. Caso a sentença tenha fixado valor inferior ao entendimento jurisprudencial, deve ela prevalecer na ausência de recurso da parte autora no ponto.

Em face do exposto, nego provimento à apelação da parte autora e dou parcial provimento à apelação do INSS e à remessa oficial para, reformando a sentença, julgar improcedente o pedido.

É como voto” (grifei).

Conclui-se, portanto, com base no substancial precedente que ora se arrola como paradigma, que o caso da requerente não se enquadra na determinação contida no dispositivo da ação civil pública aqui em questão, que determina o reajuste do salário de benefício relativo à competência 02/94 com base no IRSM, apenas para aqueles segurados/ pensionistas sujeitos ao Regime Geral de Previdência Social – RGPS, e não para aqueles que – como visto – têm o direito à complementação do benefício que é paga pela União Federal.

Até porque, na linha daquilo que bem observa a impugnante – nesse ponto sem qualquer resistência por parte da impugnada/ exequente, o que faz presumir a veracidade do alegado (*art. 344 do CPC*) – o valor dos reajustes aplicados aos proventos previdenciários pagos administrativamente à exequente foi absorvido e/ ou superado pela complementação de aposentadoria paga pela impugnante (cf. doc. sob id n. 17539937), particularidade que *converge* e *confirma* a conclusão que ora se anuncia, no sentido de que diferença que houvesse, disso decorrente, foi complementada pela União até a integralidade dos vencimentos percebidos pelos servidores da ativa, em observância ao regime legal de pagamento dos proventos de inatividade aos ferroviários aposentados com direito à complementação.

Com tais considerações, conclui-se que – por não ser a hipótese da situação jurídica disciplinada pelo título executivo judicial de que aqui se cuida – é *procedente* a impugnação ao cálculo de liquidação interposto pela impugnante, devendo-se reconhecer que nada é devido à impugnada em sede de execução.

DISPOSITIVO

Do exposto, e considerando o mais que dos autos consta ACOLHO a presente impugnação ao cálculo de liquidação, e o faço para JULGAR EXTINTA a presente execução por título judicial, com fundamento no que dispõe o art. 783 c.c. art. 803, I, ambos do CPC.

Tendo em vista sucumbência integral da exequente/ impugnada, vencida, arcará com honorários de advogado incidentes sobre este incidente (*art. 85, § 1º do CPC*), que estipulo, com base no que prevê o *art. 85, §§ 2º e 3º do CPC*, em 10% sobre o valor atualizado da impugnação aqui em apreço.

P.I.

Juiz Federal MAURO SALLES FERREIRA LEITE

MANDADO DE SEGURANÇA 5002923-95.2019.4.03.6120

Impetrante: JOSÉ RENATO GIGLIO
Impetrados: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF E GERENTE CAIXA ECONÔMICA FEDERAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE ARARAQUARA - SP
Juiz Federal: MÁRCIO CRISTIANO EBERT
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/10/2019

SENTENÇA

I – RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por José Renato Giglio contra ato do Gerente Geral de Atendimento da Caixa Econômica Federal em Araraquara por meio do qual o impetrante pretende o levantamento de sua conta no FGTS, inclusive os depósitos mensais, com o propósito de custear adaptações em sua residência necessárias em decorrência do agravamento de doença grave que o aflige.

Em resumo, a inicial articula que o autor padece de espondilite anquilosante, moléstia reumática inflamatória crônica, moléstia sem perspectiva de cura e com potencial risco de sequelas permanentes com limitação para atividades diárias cujo quadro clínico se alterou e influenciou em sua rotina. Alega que a CAIXA apresenta resistência ao pedido unicamente em razão de exigir autorização judicial para tanto.

O pedido de liminar foi parcialmente acolhido (20308822), expedindo-se alvará em favor do impetrante para levantamento de 50% dos valores depositados na conta vinculada ao FGTS (20485137).

A CAIXA se manifestou pleiteando a denegação da segurança, sob o fundamento de que o saque nos termos em que proposto escapa das hipóteses previstas pela legislação (20914134).

O Ministério Público Federal informou que o caso dispensa sua intervenção (22299313).

Vieram os autos conclusos.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Começo pela transcrição dos fundamentos expostos na decisão que deferiu a liminar, adotando-os como razão de decidir:

No caso dos autos, os documentos que acompanham a inicial comprovam que o impetrante é portador de espondilite anquilosante, doença grave, de caráter progressivo, sem cura e com potencial risco de sequelas permanentes, estando atualmente submetido a tratamento com medicamento (vide o relatório médico anexado no num. 20239345). Em consulta ao site do médico Drauzio Varella, insuspeita fonte de divulgação de informações médicas, verifiquei que a doença que aflige o impetrante é ainda mais tihosa que a descrição contida no relatório médico apresentado¹. Além do comprometimento progressivo das articulações, nos quadros mais graves a espondilite anquilosante pode causar lesões nos olhos, coração pulmões, intestino e pele. O tratamento se destina a evitar ou retardar a progressão da doença

¹ <https://drauziovarella.uol.com.br/doencas-e-sintomas/espondilite-anquilosante/>

e aliviar os sintomas dolorosos, por meio de medicamentos, fisioterapia e, dependendo do caso, cirurgia. Recomenda-se também o controle do peso, dieta balanceada e a adoção de colchão firme, de boa qualidade.

O art. 20 da Lei 8.036/1990 estabelece hipóteses para o levantamento do FGTS por motivo de saúde do trabalhador ou de seu dependente, nos casos de neoplasia maligna (inciso XI), condição de portador de vírus HIV (inciso XIII) ou estágio terminal, em razão de doença grave (inciso XIV). Felizmente nenhuma dessas hipóteses se aplica ao impetrante, mas isso não afasta o direito de levantar o saldo do FGTS para o tratamento de sua doença. É pacífica a jurisprudência no sentido de que o rol do art. 20 da Lei 8.036/1990 não é taxativo, de modo que admite extensão para abarcar outros casos que não estão previstos de forma expressa, mas que seguem a inteligência do dispositivo. E dentre as situações em que a jurisprudência tem chancelado uma interpretação elástica ao art. 20 da Lei 8.036/1990, inclui-se o tratamento de doença grave do trabalhador, conforme demonstram os precedentes que seguem:

FGTS. LEVANTAMENTO DOS SALDOS. TRATAMENTO DE MOLÉSTIA GRAVE, NÃO ELENCADE NO ART. 20, XI, DA LEI Nº 8.036/90. POSSIBILIDADE. 1. A controvérsia dos autos diz respeito à possibilidade de liberação do saldo existente na conta vinculada do FGTS para tratamento de doença grave, qual seja, esquizofrenia, da qual é portador o filho do autor, sendo o tratamento de elevado custo, e não tendo o autor meios para arcar com o mesmo. 2. A enumeração do art. 20, da Lei 8.036/90, não é taxativa, admitindo-se, em casos excepcionais, o deferimento da liberação dos saldos do FGTS em situação não elencada no mencionado preceito legal, como no caso dos autos. Precedentes. 3. Ao aplicar a lei, o julgador se restringe à subsunção do fato à norma. Deve atentar para princípios maiores que regem o ordenamento jurídico e aos fins sociais a que a lei se destina (art. 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil). 4. Liberação do saldo do FGTS para tratamento de doença grave não elencada na lei de regência, mas que se justifica, figurar a saúde como garantia constitucional, direito de todos e dever do Estado. 5. Recurso especial improvido. (REsp 671.795/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/02/2005, DJ 21/03/2005, p. 282)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. FGTS. LEVANTAMENTO DO SALDO. CÔNJUGE ACOMETIDO DE DOENÇAS CRÔNICAS. POSSIBILIDADE. I - Cuida-se de pedido de levantamento do saldo da conta vinculada de FGTS para custear as despesas decorrentes do tratamento de saúde do esposo da autora, portador de diabetes mellitus, cardiopatia isquêmica e hepatite crônica viral tipo "C". II - A questão merece ser analisada à luz dos princípios constitucionais do direito à saúde e à vida e à luz do artigo 196 da Constituição Federal que assegura que a saúde é direito de todos e dever do estado. III - Restou comprovado nos autos, através de atestados médicos e receituários, que o esposo da autora é portador de doenças crônicas que implicam em tratamento dispendioso. IV - Consolidou-se o entendimento jurisprudencial no sentido de que o artigo 20 da Lei nº 8036/90 não é taxativo, podendo o levantamento do saldo do FGTS ser deferido diante da existência de outras doenças graves acometendo o fundista ou qualquer de seus dependentes. V - A CEF está isenta do pagamento de honorários advocatícios, a teor do disposto no art. 29-C da Lei nº 8036/90. VI - Recurso da CEF parcialmente provido. (TRF 3ª Região, SEGUNDA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1228116 - 0002932-62.2006.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO, julgado em 13/11/2007, DJU DATA:30/11/2007 PÁGINA: 617).

Assim, tenho por demonstrada a plausibilidade do direito invocado.

O perigo na demora também é manifesto. Os documentos que acompanham a inicial revelam que a doença foi diagnosticada recentemente, bem como que a remuneração líquida do impetrante não chega a dois salários mínimos. Considerada a modesta renda do autor, é presumível a dificuldade em fazer frente ao tratamento, que está apenas iniciando e lamentavelmente tende a se estender pelo resto da vida. Arrisco dizer que ganhando menos de dois salários mínimos, até adquirir um colchão novo se mostra um desafio.

Registro que em três ou quatro casos que chegaram às minhas mãos este ano autorizei o levantamento do saldo de FGTS para a quitação de prestações de financiamento habitacional em atraso, inclusive para purgar os efeitos da mora e evitar a realização de leilão. Assim o fiz porque entendi que garantir que uma família permaneça na posse do imóvel financiado é importante. Pois a saúde do impetrante é ainda mais.

Cumpra observar que a vedação prevista no art. 29-B da Lei nº 8.036/1990 (*Art. 29-B. Não será cabível medida liminar em mandado de segurança, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, nem a tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil que impliquem saque ou movimentação da conta vinculada do trabalhador no FGTS.*) deve ser mitigada em situações excepcionais, quando o risco decorrente da liberação do saldo do FGTS em sede cautelar é superado com folga pelos prováveis danos causados pelo indeferimento da medida, como me parece ser o caso dos autos. A propósito do tema, o precedente que segue:

PROCESSUAL. CIVIL. LEVANTAMENTO DO SALDO DO FGTS. PARCELAS EM ATRASO. PROCEDENTE. RECURSO DA PARTE AUTORA PROVISÓRIO. RECURSO DA CEF DESPROVIDO.

- A Lei nº 8.036/90, no art. 20, V, bem como seu regulamento, Decreto nº 99.680/90, no art. 35, V, dispõem sobre a possibilidade de utilização do FGTS para se amortizar valores referentes a parcelas de financiamento habitacional concedido sob a égide do SFH. - A jurisprudência tem permitido o saque para pagamento de prestações de financiamento para aquisição de casa própria, ainda que a margem do Sistema Financeiro de Habitação, inclusive, para prestações que estejam em atraso, desde que preenchidos os requisitos e condições estabelecidos pela Lei nº 8.036 /90. - *A proibição de concessão de medidas de urgência que implique saque ou movimentação da conta vinculada do trabalhador no FGTS, prevista no art. 29-B da Lei 8.036/90, esbarra no princípio constitucional do livre acesso do cidadão ao Poder Judiciário, devendo ser afastada quando evidenciada a urgência da medida.* - Recurso das partes autoras provido. - Recurso da CEF desprovido. (TRF 3ª Região, SEGUNDA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2273860 - 0002979-51.2016.4.03.6111, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA RIBEIRO, julgado em 06/02/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:15/02/2018). Ademais, é possível conjugar o escopo de proteção da norma com a realidade do caso concreto, minorando os danos que podem ser causados ao FGTS, caso esta decisão seja reformada logo adiante. E a solução para isso consiste em não liberar a integralidade do saldo de FGTS neste momento, mas uma parte dos depósitos, para que o impetrante possa ter um respiro financeiro até o julgamento do feito. Ainda a propósito disso, anoto que o saldo do impetrante é dos mais modestos, mal passa de R\$ 20 mil. Uma ninharia para o FGTS, mas que pode fazer muita diferença no momento de emergência econômica pelo qual o impetrante vem passando. Por conseguinte, entendo razoável a liberação de metade do saldo em sede de antecipação dos efeitos da tutela”.

Penso hoje como pensava ontem, sendo que de lá para cá não foram trazidos aos autos novos elementos que infirmassem a conclusão acima exposta.

Logo, a segurança deve ser concedida.

III – DISPOSITIVO

Diante do exposto, confirmo a liminar e *CONCEDO A SEGURANÇA*, extinguindo o feito com resolução de mérito, nos termos do art. 487, I, do CPC, a fim de determinar à autoridade coatora que libere em favor do impetrante a totalidade do saldo ainda existente em sua conta vinculada ao FGTS.

Sem honorários. Custas de lei.

Sentença sujeita a reexame necessário.

Registro que o levantamento do restante do saldo deverá ocorrer após o trânsito em julgado.

Publique-se. Intime-se. *Comunique-se a prolação desta sentença ao Relator do AI n. 5022222-85.2019.4.03.0000.*

Araraquara, 11 de outubro de 2019.

Juiz Federal MÁRCIO CRISTIANO EBERT