REVISTA

do TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

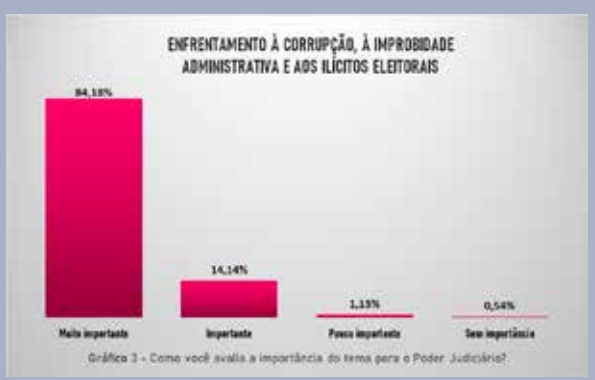
ANO XXXII - N. 151 - OUTUBRO/DEZEMBRO DE 2021 - ISSN 1982-1506



Questão federativa e as medidas para enfrentamento da pandemia da Covid-19
Ricardo de Castro Nascimento



A busca da verdade e o sistema de prova no processo penal
Fernando França Magri



O avanço legislativo no combate à improbidade administrativa: autorização de termo de ajustamento de conduta e ampliação da tutela da moralidade administrativa no ordenamento jurídico
Emanuelle Cristine Souza e Silva

Impugnação à estabilização da tutela antecipada antecedente
Aline Spina Salgado

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO

REVISTA

Diretor da Revista
Desembargador Federal Baptista Pereira

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

ISSN 1982-1506

Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região	São Paulo	Ano XXXII	n. 151	p. 1-425	Out./Dez.2021

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

Expediente

DIRETOR DA REVISTA: Desembargador Federal Baptista Pereira

ASSESSORA: Simone de Alcantara Savazzoni

EQUIPE:

Renata Bataglia Garcia / Silvio Pires de Queiroz

Capa: Paulo Polimeno

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

Bimestral a partir de 2001.
Trimestral a partir de julho de 2012.
Repositório Oficial de Jurisprudência do TRF 3ª Região.

n. 1 (jan./mar. 1990) a n. 86 (nov./dez. 2007) [publicação impressa] - ISSN 1414-0586.
Continuada por: Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região [publicação eletrônica] - n. 87 (jan./fev. 2008) a - ISSN 1982-1506.
Separata, publicação impressa parcial a partir do n. 107 (maio/jun. 2011) - nº 119 (out./dez. 2013).

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

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

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

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

DESEMBARGADORES FEDERAIS[1]

MAIRAN Gonçalves MAIA Júnior - 27/1/99 - Presidente[2]
CONSUELO Yatsuda Moromizato YOSHIDA - 12/7/2002 - Vice-Presidente[3]
MARISA Ferreira dos SANTOS - 13/9/2002 - Corregedora-Regional [4]
DIVA Prestes Marcondes MALERBI - 30/3/89
Paulo Octavio BAPTISTA PEREIRA - 04/8/95
ANDRÉ NABARRETE Neto - 04/8/95
MARLI Marques FERREIRA - 04/8/95
NEWTON DE LUCCA - 27/6/96
Otavio PEIXOTO JUNIOR - 21/5/97
THEREZINHA Astolphi CAZERTA - 02/10/98
NERY da Costa JÚNIOR - 17/6/99
Luís CARLOS Hiroki MUTA - 13/6/2002
Luís Antonio JOHONSOM DI SALVO - 13/9/2002
NELTON Agnaldo Moraes DOS SANTOS - 07/1/2003
SÉRGIO do NASCIMENTO - 02/4/2003
ANDRÉ Custódio NEKATSCHALOW - 21/5/2003
LUIZ de Lima STEFANINI - 06/10/2003
Luís Paulo COTRIM GUIMARÃES - 06/10/2003
ANTONIO Carlos CEDENHO - 15/6/2004
Maria LUCIA Lencastre URSAIA - 01/7/2010
JOSÉ Marcos LUNARDELLI - 01/7/2010
DALDICE Maria SANTANA de Almeida - 22/12/2010
FAUSTO Martin DE SANCTIS - 28/1/2011
PAULO Gustavo Guedes FONTES - 24/2/2012
NINO Oliveira TOLDO - 24/4/2013
MÔNICA Autran Machado NOBRE - 24/4/2013
TORU YAMAMOTO - 04/10/2013
MARCELO Mesquita SARAIVA - 04/10/2013
Luiz Alberto de SOUZA RIBEIRO - 04/10/2013 [5]
DAVID Diniz DANTAS - 04/10/2013
MAURÍCIO Yukikazu KATO - 11/12/2014
GILBERTO Rodrigues JORDAN - 11/12/2014
HÉLIO Egydio de Matos NOGUEIRA - 11/12/2014
PAULO Sérgio DOMINGUES - 11/12/2014
WILSON ZAUHY Filho - 16/02/2016
NELSON de Freitas PORFÍRIO Junior - 16/02/2016
VALDECI DOS SANTOS - 16/02/2016
CARLOS Eduardo DELGADO - 16/02/2016
INÊS VIRGÍNIA Prado Soares - 16/03/2018
José CARLOS FRANCISCO - 06/02/2020

[1] Composição do TRF 3ª Região atualizada até 08/11/2021.
[2] Não integra as Turmas. Preside a Sessão Plenária e a do Órgão Especial.
[3] Não integra as Turmas. Preside as Seções.
[4] Não integra as Turmas.
[5] Ouvidor-Geral da 3ª Região.

PRIMEIRA SEÇÃO

PRIMEIRA TURMA:

HÉLIO NOGUEIRA
WILSON ZAUHY
VALDECI DOS SANTOS - Presidente

SEGUNDA TURMA:

PEIXOTO JUNIOR
COTRIM GUIMARÃES - Presidente
CARLOS FRANCISCO

SEGUNDA SEÇÃO

TERCEIRA TURMA:

NERY JÚNIOR
CARLOS MUTA
NELTON DOS SANTOS
ANTONIO CEDENHO - Presidente

QUARTA TURMA:

ANDRÉ NABARRETE
MARLI FERREIRA - Presidente
MÔNICA NOBRE
MARCELO SARAIVA

SEXTA TURMA:

DIVA MALERBI
JOHONSOM DI SALVO - Presidente
SOUZA RIBEIRO
PAULO DOMINGUES

TERCEIRA SEÇÃO

SÉTIMA TURMA:

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

OITAVA TURMA:

NEWTON DE LUCCA
THEREZINHA CAZERTA
LUIZ STEFANINI
DAVID DANTAS - Presidente

NONA TURMA:

DALDICE SANTANA - Presidente
GILBERTO JORDAN
LEILA PAIVA - Juíza Federal
MONICA BONAVINA - Juíza Federal

DÉCIMA TURMA:

BAPTISTA PEREIRA - Presidente
SÉRGIO NASCIMENTO
LUCIA URSAIA
NELSON PORFÍRIO

QUARTA SEÇÃO

QUINTA TURMA:

ANDRÉ NEKATSCHALOW
PAULO FONTES
MAURÍCIO KATO - Presidente

DÉCIMA PRIMEIRA TURMA:

JOSÉ LUNARDELLI - Presidente
FAUSTO DE SANCTIS
NINO TOLDO

EX-DIRETORES DA REVISTA

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

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

Sumário

ARTIGOS DOUTRINÁRIOS

Questão federativa e as medidas para enfrentamento da pandemia da Covid-19
Ricardo de Castro Nascimento 15

A busca da verdade e o sistema de prova no processo penal
Fernando França Magri 25

Impugnação à estabilização da tutela antecipada antecedente
Aline Spina Salgado 41

O avanço legislativo no combate à improbidade administrativa: autorização de termo de ajustamento de conduta e ampliação da tutela da moralidade administrativa no ordenamento jurídico
Emanuelle Cristine Souza e Silva 59

JURISPRUDÊNCIA

DIREITO ADMINISTRATIVO

ANAC. Auto de infração. Extravio de bagagem de passageiro. Lei nº 7.565/1986. Decadência não verificada. Multa. Legalidade.
ApCiv 0011416-56.2012.4.03.6100
Desembargador Federal André Nabarrete 79

Ação Civil Pública. Acessibilidade. 2ª Vara da Justiça do Trabalho em Lençóis Paulista/SP. Portadores de deficiência ou mobilidade reduzida.
RemNecCiv 0005499-27.2015.4.03.6108
Desembargador Federal Carlos Muta 84

Duplicidade de cadastro de pessoas físicas (CPF). Homônimo. Responsabilidade da União. Danos morais. Indenização.
ApCiv 5003454-75.2018.4.03.6102
Desembargadora Federal Mônica Nobre 89

Fornecimento de medicamento. Alfagalsidase (Replagal). Autora portadora de doença de Fabry. Fármaco registrado na ANVISA. Imprescindibilidade para vida e saúde do postulante. Não comprovação. Indispensabilidade do tratamento afastado por perícia médica.
ApCiv 5003740-96.2018.4.03.6120
Desembargador Federal Souza Ribeiro 93

Regularização migratória. Não refugiado.
Ag ApCiv 5004985-08.2018.4.03.6100
Desembargadora Federal Diva Malerbi 106

Ensino superior. Débito perante instituição de ensino. Forma de pagamento exigida somente por meio de cartão de crédito. Ilegalidade da conduta.
ApelRemNec 5002573-70.2019.4.03.6100
Desembargador Federal Marcelo Saraiva.....111

Recurso Administrativo. Legitimidade passiva. Lei nº 9.784/1999. Instrução Normativa nº 77/2015. Trinta dias. Duração razoável do processo. Observância do princípio da eficiência da administração pública. Demora injustificada.
ApelRemNec 5025736-45.2020.4.03.6100
Desembargador Federal Paulo Domingues 116

Conselho Regional de Medicina. Restrição ao exercício profissional. Médico do trabalho. Conclusão de especialização em instituição de ensino reconhecida pelo MEC, durante a vigência da portaria DSST nº 11/1990. Direito adquirido
AI 5010492-09.2021.4.03.0000
Juíza Federal Convocada Denise Avelar 120

DIREITO CONSTITUCIONAL

Arguição de Inconstitucionalidade. Ação Civil Pública. Plano de assistência social (Lei nº 4.870/1965). Lei nº 12.865/2013. Direito adquirido. Vedação do retrocesso social. Igualdade. Ofensa reflexa.
ArgIncCiv 0000663-18.2005.4.03.6122
Desembargador Federal Nino Toldo 139

Servidor público. "Abate-teto". Artigo 37, XI, da CF. Aposentadoria e remuneração. Somatório. Impossibilidade.
ApCiv 0023012-66.2014.4.03.6100
Desembargador Federal Peixoto Junior 156

DIREITO PENAL

Tráfico internacional de armas, acessórios e munições. Crime consumado. Unidade de desígnios e vínculo subjetivo. Dosimetria das penas. Circunstâncias do crime deletérias, em razão da grande quantidade de munições importadas (1.000 cápsulas de calibre nominal .22 e 1.000 cápsulas do calibre nominal .38). Maus antecedentes
ApCrim 0007671-19.2008.4.03.6000
Desembargador Federal Fausto De Sanctis..... 165

Crime de redução a condição análoga à de escravo. Materialidade. Denúncia. Justa causa.
ReSe 0000067-49.2018.4.03.6002
Desembargador Federal Maurício Kato 175

Falsificação de documento particular. Código Penal, artigo 298. Objeto material do delito.
ApCrim 0000181-22.2018.4.03.6120
Desembargador Federal André Nekatschalow 179

Usurpação de bens da União. Plantação agrícola que ultrapassa os limites da fazenda e atinge trecho da faixa de domínio das rodovias BR 463/MS - pertencente à União. Ausência de subsunção da conduta narrada na denúncia com aquela prevista no referido tipo penal.
ReSe 0000798-45.2018.4.03.6002
Desembargador Federal José Lunardelli 186

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

Revisão de benefício. Decadência. Ocorrência. Tema 975 do STJ. Omissão quanto ao termo inicial.
EDcl ApCiv 0000230-49.2012.4.03.6128
Desembargador Federal Luiz Stefanini 197

Devolução de descontos no benefício. Legitimidade da pensionista configurada. Ausência de má-fé. Tema 979 do STF. Erro da administração.
ApCiv 0002410-33.2013.4.03.6183
Desembargadora Federal Inês Virgínia 201

Concessão de benefício. Atividade rural. Atividade especial. Trabalhador agropecuário. Ruído. Motorista de caminhão. Atividades não previstas nos decretos regulamentares. Requisitos não preenchidos para a concessão da aposentadoria.
ApCiv 0000867-62.2015.4.03.6138
Desembargadora Federal Daldice Santana 210

Pensão por morte. Renda mensal vitalícia concedida indevidadamente. Exercício de atividade rural à época da incapacidade. Requisitos para aposentadoria por invalidez. Qualidade de segurado comprovada.
ApCiv 0000696-76.2016.4.03.6007
Juíza Federal Convocada Leila Paiva 218

Aposentadoria por idade. Pedido de desistência. REsp 1.267.995/PB. Não consentimento do réu. Sentença anulada.
ApCiv 0006609-91.2016.4.03.9999
Juíza Federal Convocada Monica Bonavina 224

Aposentadoria especial. Reconhecimento de atividade especial. Uso de equipamento de proteção individual. Não comprovação.
Ag ApCiv 5004984-42.2017.4.03.6105
Desembargadora Federal Lucia Ursaia 227

Auxílio-doença. Aposentadoria por invalidez. Sentença não sujeita à remessa necessária. Qualidade de segurado demonstrada. Situação de desemprego. Cumprimento da carência legal. Incapacidade total e temporária para o trabalho. Laudo médico.
ApelRemNec 5081550-53.2018.4.03.9999
Desembargador Federal Carlos Delgado 230

Atividade especial. Exposição a agentes nocivos. Ruído. Metodologia prevista pela Fundacentro. Agravo Interno. Artigo 1.021 do NCPC. Coisa julgada. Ocorrência.
Ag ApelRemNec 0005542-86.2019.4.03.9999
Desembargador Federal Sérgio Nascimento 236

Pensão por morte. Ação de cancelamento de cota e indenização pelo INSS. Pedido de suspensão do pagamento da cota e depósito nos autos.
AI 5026092-41.2019.4.03.0000
Desembargadora Federal Therezinha Cazerta 241

Auxílio-doença. Habilitação dos herdeiros.
ApelRemNec 5648748-16.2019.4.03.9999
Desembargador Federal Baptista Pereira 243

Revisão de benefício. Inclusão dos valores do auxílio-alimentação nos salários-de-contribuição. Possibilidade.
ApCiv 5004070-79.2020.4.03.6102
Desembargador Federal David Dantas 245

Concessão de auxílio-doença/aposentadoria por invalidez. Necessidade de prévio requerimento administrativo.
ApCiv 5002742-29.2021.4.03.9999
Desembargador Federal Nelson Porfírio 249

Benefício assistencial ao deficiente. Requerimento administrativo. Imprescritível. Preenchidos requisitos. Termo inicial corrigido. Benefício concedido.
ApCiv 5022458-42.2021.4.03.9999
Desembargador Federal Toru Yamamoto 252

Auxílio-reclusão. Ação de cobrança. Prisões sucessivas entre 2007 e 2019. Filho absolutamente incapaz. Dependência econômica presumida. Período de graça. Perda da qualidade de segurado entre as prisões. Última prisão em 2019. Incidência da Lei nº 13.846/2019. Média salarial superior ao limite legal.
ApCiv 5131189-35.2021.4.03.9999
Desembargador Federal Gilberto Jordan 257

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Execução Fiscal. Exceção de pré-executividade. Prescrição intercorrente. Extinção do feito. Ausência de resistência por parte da exequente. Condenação da fazenda pública em honorários advocatícios. Impossibilidade. Incidente acolhido.
IRDR 0000453-43.2018.4.03.0000
Desembargador Federal Hélio Nogueira 267

Execução Fiscal. Conselho profissional. Despesas com citação da parte contrária. Intimação eletrônica. Efeitos de intimação pessoal.
ApCiv 5000273-21.2019.4.03.6138
Desembargador Federal Antonio Cedenho..... 291

Juízo de Retratação. Contribuição previdenciária sobre a receita bruta. E. STF, tema 1048. Tese firmada em sistema de precedentes. Unificação do Direito.
ApCiv 5000746-82.2019.4.03.6113
Desembargador Federal Carlos Francisco.....297

Agravo Interno. Negativa de seguimento. Artigo 1.030, I, do CPC. Julgado em consonância com entendimentos firmados em sede de recursos repetitivos. Temas 104, 212 e 636 do STJ.
AI 5003444-67.2019.4.03.0000
Desembargadora Federal Consuelo Yoshida 300

Agravo interno. Agravo de instrumento. Juros de mora. Coisa julgada.
AI 5003096-15.2020.4.03.0000
Desembargador Federal Newton De Lucca 303

Conflito Negativo de Competência entre Vara Previdenciária e Vara Cível. Ação de ressarcimento ao erário. Polo passivo. Segurado e servidora pública federal. Alegação de conduta ilícita de servidora responsável pela concessão de benefícios previdenciários. Afastamento da Súmula nº 37 do TRF3. Competência da Vara Cível.
CCCiv 5009360-48.2020.4.03.0000
Desembargadora Federal Marisa Santos..... 305

Mandado de Segurança. Justiça gratuita. Pessoa jurídica. Necessidade de comprovação da insuficiência de recursos. Custas iniciais. Ausência. Cancelamento da distribuição.
Ag MSCiv 5017909-47.2020.4.03.0000
Desembargadora Federal Marli Ferreira 312

Ação Rescisória contra ato judicial proferido no âmbito do Juizado Especial Federal. Incompetência do Tribunal Regional Federal.
Ag AR 5034017-54.2020.4.03.0000
Juiz Federal Convocado Marcelo Guerra..... 317

Mandado de Segurança. FGTS. Titular da conta vinculada. Divórcio. Partilha de bens. Levantamento do saldo pela divorcianda. Possibilidade. Desnecessidade de cumprimento dos requisitos do artigo 20 da Lei nº 8.036/90.
MSCiv 5002483-58.2021.4.03.0000
Desembargador Federal Valdeci dos Santos.....325

Conflito de competência. Ação de procedimento comum. Juizado Especial Federal. Exclusão do parcelamento. Cancelamento de ato administrativo. Exceção prevista no artigo 3º, § 1º, III, Lei nº 10.259/2001. Conflito procedente.
CCCiv 5016802-31.2021.4.03.0000
Desembargador Federal Nery Júnior..... 328

Conflito de Competência. Ação de indenização por prejuízos sofridos em razão de equacionamentos em plano de previdência complementar. "Nomen juris" atribuído pelo autor à demanda. Irrelevância. Prevalência da natureza da relação jurídica discutida e do objeto delineado na lide. Debate sobre relação contratual de trato sucessivo. Cumulação de pedidos. Não caracterização. Valor da causa. Soma de prestações vencidas e vincendas.
CCCiv 5018279-89.2021.4.03.0000
Desembargador Federal Wilson Zauhy 331

DIREITO PROCESSUAL PENAL

Denúncia anônima. Busca domiciliar. Ilegalidade. Ausência de flagrante. Ausência de indícios do cometimento do crime dentro da residência. Entrada dos policiais não autorizada. Provimento do recurso para absolver.
ApCrim 0001155-92.2014.4.03.6122
Desembargador Federal Paulo Fontes 339

DIREITO TRIBUTÁRIO

"Stock options plan". Natureza jurídica: mercantil. Exercício de opção de compra. Contribuição previdenciária. Não incidência.
AI 5012218-52.2020.4.03.0000
Desembargador Federal Cotrim Guimarães..... 351

Cautelar antecedente. Parcelamento. Simples nacional. Moratória. Pandemia de Covid 19. Ausente autorização legislativa ou do executivo para a postergação do pagamento de tributos federais. Inaplicabilidade da Resolução CGSN 154/20 e da Portaria MF 12/12.
Ag ApCiv 5000720-40.2021.4.03.6105
Desembargador Federal Johonsom Di Salvo.....362

SENTENÇAS

Ação Civil Pública. Antiga Estação Ferroviária do Ouro. Município de Araraquara. Contaminação por óleos minerais, vegetais e de bifenilas policloradas (PCBs). Risco à saúde. Descontaminação e desocupação de áreas potencialmente degradadas.
0003229-28.2014.4.03.6120
Juiz Federal Márcio Cristiano Ebert 369

Procedimento Comum Cível. Taxas de manutenção cobradas por associações de moradores em face dos não associados ou que a elas não anuíram. Despesas referentes à prestação de serviços de segurança, limpeza, conservação e manutenção de loteamento. Não obrigatoriedade do pagamento.
5004755-91.2019.4.03.6144
Juíza Federal Marilaine Almeida Santos.....379

Procedimento Comum Cível. Joias empenhadas. Garantia de contrato de mútuo. Furto à agência. Alegado valor sentimental inestimável. Pedido de indenização decorrente de danos materiais e morais.
5000505-20.2020.4.03.6131
Juiz Federal Mauro Salles Ferreira Leite 383

Procedimento Comum Cível. Distribuição dos "royalties" do petróleo. Criação de nova linha geodésica ortogonal e paralela. Interpretação por ato do IBGE. Critérios de partilha de "royalties" pela ANP entre os Municípios de São Sebastião/SP, Ilhabela/SP e Caraguatatuba/SP.
5000825-58.2020.4.03.6135
Juiz Federal Gustavo Catunda Mendes 390

Mandado de Segurança Cível. Imigrantes venezuelanos. Regularização migratória familiar. Covid-19. Termos de notificação para saída compulsória do Brasil. Garantia de prévio procedimento administrativo de reconhecimento da condição de pessoa refugiada e/ou autorização de residência provisória.
5000153-21.2021.4.03.6004
Juiz Federal Felipe Bittencourt Potrich 402

Mandado de Segurança Cível. Comércio de combustíveis, biocombustíveis, lubrificantes e derivados de petróleo. Plano Nacional de Biocombustíveis - Renovabio, surgido em decorrência do Acordo de Paris. Emissão dos gases de efeito estufa. Obrigatoriedade de aquisição de Certificados de Créditos de Descarbonização por Biocombustíveis – CBIOS.
5022555-02.2021.4.03.6100
Juíza Federal Denise Avelar 408

SÚMULAS

Súmulas do TRF da 3ª Região 417

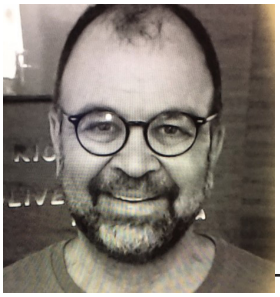
Súmulas da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região 423



Artigos Doutrinários

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA
Revista do TRF3 - Ano XXXII - n. 151 - Out./Dez. 2021

Questão federativa e as medidas para enfrentamento da pandemia da Covid-19



Ricardo de Castro Nascimento
Mestre e doutor em Direito. Juiz Federal em São Paulo. Foi Presidente da Associação dos Juízes Federais de São Paulo e Mato Grosso do Sul – AJUFESP e Coordenador do Seminário sobre Judicialização da Saúde da Escola de Magistrados da Justiça Federal da Terceira Região – EMAG.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Federalismo cooperativo brasileiro. 3 Competência constitucional em matéria de saúde. 4 Aspectos jurídicos da calamidade pública da Covid-19. 5 Julgamento da ADI 6.341 pelo STF. 6 Conclusões. Referências.

1 Introdução

A ampliação do papel do Judiciário na elaboração e execução das políticas públicas não é fenômeno isolado brasileiro. Também não se limita à política de saúde pública, pois tem abarcado a própria política institucional.

Diariamente assistimos à judicialização da política. As sessões do Supremo Tribunal Federal se tornaram mais relevantes do que as sessões do Congresso Nacional. Sabemos o nome e temos opinião a respeito de cada um dos ministros. Em outros tempos, era raro alguém que soubesse o nome do então presidente do Supremo Tribunal Federal.

A ampliação do papel do Judiciário ganhou força com o desenvolvimento do neoconstitucionalismo depois da segunda guerra mundial. A Constituição deixou de ser uma carta de princípios disciplinadora do poder político e passou a ter força normativa. O desenvolvimento do controle da constitucionalidade centralizado em uma corte constitucional tornou a força normativa da Constituição presente no dia a dia do cidadão. A partir de então, o que está escrito na Constituição é para valer e tem que ser cumprido.

No dia seguinte à publicação de uma lei, já temos sua constitucionalidade questionada perante o Supremo Tribunal Federal. É o terceiro tempo da política, cujo resultado depende da interpretação sobre a compatibilidade da norma aprovada no fórum político com a própria Constituição.

A pandemia da Covid-19 surge em meio a este cenário de intensa judicialização da política. Era previsível que as visões antagônicas de como tratá-la desaguariam no Judiciário, seja no juiz da comarca, seja no Supremo Tribunal Federal.

Poderíamos tratar a judicialização das políticas públicas de enfrentamento da Covid-19 sob várias óticas. Optamos por um enfoque centrado no conflito federativo decorrente da adoção de medidas de combate à calamidade sanitária nas várias esferas de poder. Este é o nosso tema.

2 Federalismo cooperativo brasileiro

Nosso país adotou o federalismo até no nome. Somos a *República Federativa do Brasil*. Trata-se de um dos pilares do nosso Estado Democrático de Direito, sendo vedada a apreciação de qualquer proposta de emenda constitucional tendente a abolir a forma federativa de Estado[1]. Nossa federação tem como originalidade a participação também dos municípios expressamente considerados como membros autônomos detentores de esfera independente de poder[2].

Não há hierarquia entre os entes federados. Cada um tem autonomia e independência para atuar na sua esfera de competência. A estrutura e as competências legislativas e administrativas estão expressamente consignadas na Constituição Federal, a quem todos devem obediência. No texto constitucional temos delineadas as competências administrativas[3] e legislativas[4] da União, Estados e Municípios. Os conflitos federativos são resolvidos com base na Constituição Federal da qual o Supremo Tribunal Federal é o principal guardião.

Em face da vinculação à Constituição, os entes federados não exercitam suas competências em total discricionariedade. Há o dever constitucional de cooperação entre eles, caso contrário, não haveria razão de ser da própria federação. É federalismo cooperativo, no qual cada ente exerce autonomamente as respectivas competências de forma coordenada com os demais entes federativos. Tal obrigação de coordenação fica ressaltada em situações de crise institucional.

1 Art. 60, § 4º, I, da CF.
2 Art. 1º da CF.
3 Artigos 21, 25 e 30, respectivamente, da CF.
4 Artigos 22, 25 e 30, respectivamente, da CF.



Fonte: www.sindsaude.com.br

Em ambiente de mútua cooperação, além das competências legislativas e administrativas de cada esfera de poder, temos a competência administrativa comum da União, Estados e Municípios[5] e a competência legislativa concorrente entre União e Estados[6]. Em algumas matérias, todos detêm competência, o que aumenta o risco de conflitos e, por consequência, há uma maior necessidade de cooperação.

Apesar do dispositivo constitucional referir-se à competência legislativa concorrente apenas da União e Estados, os Municípios sempre poderão suplementar a legislação estadual e federal quando houver relevante interesse local[7]. É constitucionalmente possível que as três esferas da federação legislem concorrentemente sobre o mesmo tema, cabendo à União editar normas gerais, aos Estados e Municípios, normas suplementares para atender aos interesses regional e local.

3 Competência constitucional em matéria de saúde

A competência constitucional desdobra-se em competência administrativa e legislativa. A primeira estabelece a quem incumbe a execução do serviço público. A segunda estabelece o ente competente para elaborar as normas abstratas e genéricas que regulam a prestação de serviço e limitam a atividade dos particulares.

Na Constituição de 1998, temos o poder compartilhado da União, Estado e Municípios para prestar o serviço público de saúde. É um caso típico de competência administrativa comum. Aqui, importante tornar expresso o dispositivo do artigo 23, II, da Constituição Federal:

> Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
> [...]
> II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

O dever-poder de cuidar da saúde é de todos os membros da federação. O serviço deve ser prestado por cada ente da federação de forma integrada e sistematizada. É o Sistema Único de Saúde – SUS, instituído pela Lei nº 8.080/90, uma lei federal de âmbito nacional, que inclui as regras de cooperação federativa na prestação coordenada do serviço público.

Cada ente tem sua autonomia, mas todos têm a obrigação constitucional de atuar coordenadamente. Pode-se afirmar a existência de uma cooperação e coordenação compulsórias entre os entes federados em matéria de saúde pública. No melhor exemplo de federalismo cooperativo, a Constituição estabelece que "*as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único*"[8].

No âmbito da respectiva competência, cada ente federado pode expedir atos con-

5 Art. 23 da CF.
6 Art. 24 da CF.
7 Art. 30, I e II, da CF.
8 Art. 198 da CF.

cretos, com base na supremacia do interesse público sobre o interesse privado, fundamento do poder de polícia, que limitem a liberdade e a propriedade dos indivíduos. Tais atos não precisam ser necessariamente veiculados em lei, mas são expedidos na forma da lei, ou seja, baseados na lei e na competência constitucional. Respaldada na Constituição, a lei fixa os parâmetros da atuação da administração pública que se materializa em atos concretos. São estes atos concretos que limitam a liberdade do indivíduo com base na prevalência do interesse público maior.

Adiantando a cadência da exposição, em matéria de saúde pública, pode o chefe de executivo federal, estadual ou municipal, com fundamento na supremacia do interesse público (cuidar da saúde coletiva) sobre o privado, expedir um decreto estabelecendo uma limitação compulsória à liberdade e propriedade do indivíduo. Tal medida deve ter fundamento fático que a justifique como, por exemplo, uma situação de emergência de saúde pública e ter os parâmetros estabelecidos na lei e na Constituição.

Diante de uma calamidade sanitária, o poder executivo de cada ente federativo, com base na mesma competência administrativa comum, pode emitir normas restringindo a liberdade dos indivíduos. A medida deve guardar a devida proporcionalidade entre a situação de fato e o comando normativo. Tal proporcionalidade evidentemente estará sujeita aos mecanismos de controle, inclusive o judicial.

Como todos os entes federativos têm a competência administrativa comum, há sempre o risco de comandos contraditórios frutos da mesma competência constitucional. Qual deve prevalecer?

A resposta não é simples, nem consensual. Tudo vai depender do conteúdo da norma e de uma análise constitucional. Algumas hipóteses são de fácil solução. Assim, por exemplo, o prefeito não pode suspender ou restringir o tráfico na rodovia estadual ou federal que atravessa o Município. Quando se tratar de atividade vinculada a serviço público federal ou estadual, os limites municipais são bastante estreitos. Já quanto à limitação do comércio, temos consenso em prol do exercício da competência municipal diante da prevalência do interesse local.

As medidas restritivas mais polêmicas de combate à pandemia têm vigência temporal limitada. Nem sempre os grupos de interesse contrários têm tempo hábil para um questionamento judicial da medida antes do esgotamento de seus efeitos.

Quanto à competência legislativa, a saúde é matéria da competência legislativa concorrente. Aqui também se faz necessário a transcrição do artigo 24, XII, do texto constitucional:

> Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:
> [...]
> XII - previdência social, proteção e defesa da saúde;
> [...]
> § 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.
> § 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

No exercício da competência legislativa concorrente, a União deve se limitar a normas gerais, expressão imprecisa, cuja delimitação do seu significado tem gerado rios de tinta da comunidade jurídica. Mas sem adentrar na complexidade do debate interpretativo, a União poderá estabelecer na lei apenas regras e princípios gerais, facultando aos Estados a promulgação de leis que complementam ou dão mais concretude às normas gerais federais.

Nos exatos termos do artigo 30, I e II, da Constituição, os Municípios também têm

competência para suplementar a legislação federal e a estadual no que couber, atendendo o interesse local. O Município tem o poder para emitir norma que dê maior concretude às normas federais ou estaduais.



Fonte: www.brasilescola.uol.com.br

4 Aspectos jurídicos da calamidade pública da Covid-19

A pandemia da Covid-19 passou a ser especificamente regulada pelo ordenamento jurídico nacional com a declaração de situação de emergência de saúde pública pela Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020, que dispôs *"sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus"*.

Em seu artigo 3º, a Lei nº 13.979/2020 elencou as medidas que poderiam ser tomadas, pelas autoridades competentes, para o enfrentamento da emergência de saúde pública, a saber: a) isolamento[9]; b) quarentena[10]; c) determinação de realização compulsória de exames médicos, testes laboratoriais, coleta de amostras clínicas, vacinação e outras medidas profiláticas e tratamentos médicos específicos; d) uso obrigatório de máscaras de proteção individual (incluída posteriormente pela Lei nº 14.019, de 02 de julho de 2020), e) estudo ou investigação epidemiológica; f) exumação, necropsia, cremação e manejo de cadáver; g) restrição excepcional e temporária de locomoção, inclusive entrada e saída do País, por rodovias, portos e aeroportos.

No exercício na sua competência legislativa concorrente em matéria de proteção e defesa da saúde, a União, considerando a situação de emergência, estabeleceu normas gerais, elencando as possíveis medidas a serem adotadas no combate à pandemia da Covid-19. Por enquanto, tudo de acordo com o figurino constitucional.

Nos termos da Constituição, caberia ao chefe do executivo de cada ente federativo, no exercício da sua competência administrativa, adotar uma ou várias das medidas previstas na lei federal geral. Assim, por exemplo, um prefeito teria respaldo legal para decretar medida de isolamento no Município.

Após a entrada em vigor da Lei nº 13.979/2020, a pandemia ganhou as proporções que conhecemos e os conflitos federativos em relação às medidas cresceram na mesma proporção. De um lado, o Presidente da República em uma postura negacionista e contrária à adoção de medidas mais rígidas e, do outro, boa parte dos governadores e prefeitos, seguindo as recomendações da Organização Mundial da Saúde – OMS, mais favoráveis a adoção de medidas de isolamento social.

Pouco mais de um mês de vigência da Lei nº 13.979/2020, mais exatamente no dia 20 março de 2020, o Presidente da República

9 Isolamento: "separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus" (art. 2º, I, da Lei nº 13.979/2020).

10 Quarentena: "restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus" (art. 2º, II, da Lei nº 13.979/2020).

editou a Medida Provisória nº 926, alterando e acrescentando dispositivos.

A Medida Provisória nº 926 continha vários dispositivos alterando as regras gerais do procedimento licitatório para aquisição de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da pandemia. Mas vamos focar em uma alteração específica no tocante aos limites das medidas a serem adotadas no enfrentamento da pandemia.

Ao introduzir, por meio da medida provisória, os parágrafos 8º e 9º ao artigo 3º da Lei nº 13.979/2020, o Presidente da República excluiu dos efeitos das medidas os serviços públicos e as atividades essenciais e reservou para si a fixação de quais serviços e atividades seriam excepcionados[11]. Por decreto do Presidente da República seria publicada a lista das exceções.

A medida provisória delegou ao chefe do executivo da União a definição, via decreto, de quais os serviços e atividades que estariam excluídos dos efeitos das medidas adotadas por Estados e Municípios, especificando, por exemplo, o conceito aberto de "atividades essenciais".

O Presidente da República tentou inverter a hierarquia das normas jurídicas, limitando a competência administrativa constitucional de Estados e Municípios. O seu decreto iria estabelecer os contornos das ações dos governadores e prefeitos, o que não encontra respaldo na Constituição.

Em um ambiente de intensa judicialização da política, a resposta não iria esperar muito.

5 Julgamento da ADI 6.341 pelo STF

Em 23 de março de 2020, três dias depois da publicação da Medida Provisória nº 926, o Partido Democrático Trabalhista – PDT ingressou com a ação direta de inconstitucionalidade – ADI nº 6.341/DF, questionando justamente a constitucionalidade das alterações introduzidas pela medida provisória que limitaram a competência de governadores e prefeitos na tomada de medidas de combate à pandemia, centralizando na figura do Presidente da República a definição dos serviços públicos e atividades essenciais para efeitos da adoção de medidas de enfrentamento da pandemia.

É justamente este processo que o atual presidente se refere de forma crítica ao Supremo Tribunal Federal, afirmando que a Corte o deixou de "mãos amarradas" para combater a pandemia, que, a partir da decisão, passou a ser de responsabilidade de governadores e prefeitos.

Os aspectos jurídicos do combate à pandemia da Covid-19 foram objeto de várias decisões do Supremo Tribuna Federal[12], mas foi na ADI nº 6.341/DF que o Tribunal fixou as balizas do seu entendimento sobre o conflito federativo envolvendo, de um lado, o Presidente da República e, do outro, governadores e prefeitos. Todas as decisões supervenientes derivaram do entendimento ali estabelecido.

Logo no dia seguinte após o ajuizamento da ação, o relator, Ministro Marco Aurélio, concedeu monocraticamente o pedido liminar deixando explícito que as alterações introduzidas pela medida provisória não poderiam limitar a competência constitucionalmente

11 "Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, dentre outras, as seguintes medidas:
[...]
§ 8º As medidas previstas neste artigo, quando adotadas, deverão resguardar o exercício e o funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais.
§ 9º O Presidente da República disporá, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais a que se referem o § 8º".

12 ADIs nº 6.362, 6387 e 6.625 e ADPFs nº 672, 690, 754 e 709, entre outras.

assegurada aos Estados e Municípios. As medidas a serem adotadas pelos governadores e prefeitos continuavam a não poder ser limitadas pelo Presidente da República.

Em 15 de abril de 2020, em sua primeira sessão por videoconferência, o pleno do Supremo Tribunal Federal referendou e explicitou a decisão liminar, dando uma interpretação conforme a Constituição e esclarecendo que o Presidente da República poderá dispor, por decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais, mas deve respeitar as competências asseguradas constitucionalmente aos Estados e Municípios[13].

Em síntese, a adoção das medidas legais de enfrentamento da pandemia e sua respectiva extensão devem respeitar o pacto federativo e não um decreto presidencial. Governadores e Prefeitos têm o dever-poder de atuarem no combate à pandemia, adotando, por decreto, medidas de isolamento social que o estágio da pandemia exigir no âmbito regional e local, inclusive com parâmetros

13 "REFERENDO EM MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DA INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. EMERGÊNCIA SANITÁRIA INTERNACIONAL. LEI 13.979 DE 2020. COMPETÊNCIA DOS ENTES FEDERADOS PARA LEGISLAR E ADOTAR MEDIDAS SANITÁRIAS DE COMBATE À EPIDEMIA INTERNACIONAL. HIERARQUIA DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. COMPETÊNCIA COMUM. MEDIDA CAUTELAR PARCIALMENTE DEFERIDA.

1. A emergência internacional, reconhecida pela Organização Mundial da Saúde, não implica nem muito menos autoriza a outorga de discricionariedade sem controle ou sem contrapesos típicos do Estado Democrático de Direito. As regras constitucionais não servem apenas para proteger a liberdade individual, mas também o exercício da racionalidade coletiva, isto é, da capacidade de coordenar as ações de forma eficiente. O Estado Democrático de Direito implica o direito de examinar as razões governamentais e o direito de criticá-las. Os agentes públicos agem melhor, mesmo durante emergências, quando são obrigados a justificar suas ações.

2. O exercício da competência constitucional para as ações na área da saúde deve seguir parâmetros materiais específicos, a serem observados, por primeiro, pelas autoridades políticas. Como esses agentes públicos devem sempre justificar suas ações, é à luz delas que o controle a ser exercido pelos demais poderes tem lugar.

3. O pior erro na formulação das políticas públicas é a omissão, sobretudo para as ações essenciais exigidas pelo art. 23 da Constituição Federal. É grave que, sob o manto da competência exclusiva ou privativa, premiem-se as inações do governo federal, impedindo que Estados e Municípios, no âmbito de suas respectivas competências, implementem as políticas públicas essenciais. O Estado garantidor dos direitos fundamentais não é apenas a União, mas também os Estados e os Municípios.

4. A diretriz constitucional da hierarquização, constante do *caput* do art. 198 não significou hierarquização entre os entes federados, mas comando único, dentro de cada um deles.

5. É preciso ler as normas que integram a Lei 13.979, de 2020, como decorrendo da competência própria da União para legislar sobre vigilância epidemiológica, nos termos da Lei Geral do SUS, Lei 8.080, de 1990. O exercício da competência da União em nenhum momento diminuiu a competência própria dos demais entes da federação na realização de serviços da saúde, nem poderia, afinal, a diretriz constitucional é a de municipalizar esses serviços.

6. O direito à saúde é garantido por meio da obrigação dos Estados Partes de adotar medidas necessárias para prevenir e tratar as doenças epidêmicas e os entes públicos devem aderir às diretrizes da Organização Mundial da Saúde, não apenas por serem elas obrigatórias nos termos do Artigo 22 da Constituição da Organização Mundial da Saúde (Decreto 26.042, de 17 de dezembro de 1948), mas sobretudo porque contam com a expertise necessária para dar plena eficácia ao direito à saúde.

7. Como a finalidade da atuação dos entes federativos é comum, a solução de conflitos sobre o exercício da competência deve pautar-se pela melhor realização do direito à saúde, amparada em evidências científicas e nas recomendações da Organização Mundial da Saúde.

8. Medida cautelar parcialmente concedida para dar interpretação conforme à Constituição ao § 9º do art. 3º da Lei 13.979, a fim de explicitar que, preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do artigo 198 da Constituição, o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais".

(STF, ADI 6.341/DF, Tribunal Pleno, referendo em medida cautelar, Relator designado Ministro Edson Fachin, julgado em 05/04/2020, publicação em 13/11/2020)

mais rígidos daqueles estabelecidos pelos outros entes federados.

Após a decisão, a Medida Provisória nº 926 foi apreciada pelo Congresso Nacional e convertida na Lei nº 14.035, de 11 de agosto de 2020, mas seus dispositivos devem ser interpretados de acordo com os parâmetros fixados pelo Supremo Tribunal Federal, que asseguraram a competência constitucional de Estados e Municípios.



Fonte: www.freepik

6 Conclusões

A separação de poderes na democracia representativa moderna passa também por uma partilha territorial dos centros de poder. Diante das nossas dimensões continentais, a adoção do federalismo como forma de Estado possibilita uma maior flexibilidade da ação estatal compatível com as diferenças regionais. O Estado federal é fator fundamental para unidade da nação, permitindo o partilhamento dos espaços de poder por meio de representantes eleitos em cada esfera autônoma de poder. É na Constituição que encontramos os parâmetros e regras do pacto federativo.

Ao Judiciário cabe zelar pela obediência às regras do jogo preestabelecidas. Ele não é vocacionado para a elaboração das políticas públicas, mas corrige seus rumos com base no pacto maior que é a Constituição.

Nos mais de trinta anos de vigência da Constituição Federal de 1988, os embates federativos envolvendo o enfrentamento da pandemia da Covid-19 acima sinteticamente narrados constituem o melhor e mais didático exemplo de que vivemos em uma federação e há indivíduos e instituições zelando por ela.

A omissão do poder central não inibe a ação dos demais entes federados, que têm espaço assegurado pela Constituição para tomar as medidas que entenderem necessárias. O resultado positivo de medidas adotadas serve de exemplo a ser seguido pelos demais gestores.

O Estado Democrático de Direito sofre ataques diários no Brasil, o que exige vigilância permanente. Em momentos de crise, como a que estamos passando, é bom saber que ainda há juízes em Brasília[14].

Nosso país é um exemplo a não ser seguido no enfrentamento da pandemia. Os números falam por si. Mas certamente a situação estaria ainda pior se não tivéssemos uma Federação e um Judiciário atuantes.

14 A frase "Ainda há juízes em Berlim" refere-se ao conto *O Moleiro de Sans-Souci*, de François Andrieux. Na Prússia, em 1745, um moleiro que se recusava a abandonar sua pequena propriedade pretendida pelo rei Frederico II. Chamado à presença do monarca para explicar a sua resistência, teria dito a célebre frase. O moleiro confiava que a Justiça não haveria de distingui-lo do rei.

Referências

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Direito sanitário*. São Paulo: Verbatim, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. *O sistema único de saúde e suas diretrizes constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 6.341/DF*. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765. Acesso em: 30 mar. 2020.

Revista do TRF3 - Ano XXXII - n. 151 - Out./Dez. 2021

A busca da verdade e o sistema de prova no processo penal[1]



Fernando França Magri
Mestrando em Direito Penal pela Universidade de São Paulo – USP, sob a orientação do Prof. Livre-Docente Vicente Greco Filho. Advogado criminalista e professor da Escola Paulista de Direito – EPD e da Escola Superior de Advocacia – ESA.

RESUMO: O presente artigo se direciona ao estudo da compreensão da verdade no contexto do Processo Penal, com a formulação de objeções e apontamento de contribuições de cada uma das vertentes teóricas, com o propósito de se estabelecer um quadro teleológico desta questão posta em debate. Para garantir uma coerência à conclusão final, o presente estudo descerra seu programa abordando os modelos constitucionais de Estado e a natureza jurídica do Processo Penal, trazendo também considerações conceituais e de desenvolvimento acerca dos sistemas processuais. Finalmente, tem-se formado um cenário propício para que sejam compulsadas as nuances de cada uma das propostas teóricas edificadoras da contextualização da gestão da prova, aferindo-se sobre a (in)adequação da ambição pela busca de uma dita verdade.

PALAVRAS-CHAVE: Estado Democrático de Direito. Natureza jurídica do Processo Penal. Sistemas processuais. Verdade. Gestão da prova. Iniciativa instrutória do magistrado.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Considerações sobre o modelo constitucional de Estado. 2.1 Concepção de Estado. 2.2 Estado de Direito e Estado Social de Direito. 2.3 Estado Democrático de Direito. 3 Natureza jurídica do processo penal e sistemas processuais. 3.1 Propostas teóricas acerca da natureza jurídica do processo penal. 3.2 Sistemas processuais penais. 4 A ambição da verdade e a gestão da prova no processo penal. 5 Considerações finais. Referências.

1 Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção da aprovação na disciplina "Teoria Fundamental dos Direitos Humanos", inserida na área de concentração Direitos Humanos (Mestrado Acadêmico), sendo docente responsável por tal disciplina a Profª Dra. Elza Antônia Pereira Cunha Boiteux.

1 Introdução

O presente artigo apresenta a proposta de fornecer elementos sólidos para um debate acerca da adequação, ou não, do conceito de verdade no âmbito da gestão da prova no Processo Penal, com uma exposição pormenorizada da essência caracterizadora de cada uma das vertentes teóricas, sem olvidar a colocação de considerações críticas acerca das objeções e contribuições depreendidas de cada uma dessas proposições.

Entretanto, antes de se alcançar o estudo das vertentes propriamente ditas, de rigor um aprofundamento determinista no que toca ao modelo de Estado constitucional e à natureza jurídica do Processo Penal, bem como aos sistemas processuais existentes, porquanto certo que qualquer definição a respeito da proposta teórica mais adequada deverá, necessariamente, guardar coerência com as cognições firmadas com relação a estas matérias, haja vista a correlação havida, mesmo porque somente assim se poderá adentrar no tema objetivamente proposto e até mesmo conferir a ele justificação e relevância.

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

Finalmente, colhidos todos estes elementos concretos, definir-se-á um quadro autorizador da investigação e da formulação de eventual filiação teórica no estudo da questão da verdade no contexto processual penal, em especial no que tange à iniciativa instrutória do juiz.

2 Considerações sobre o modelo constitucional de Estado

Para uma escorreita compreensão do tema ora proposto para debate, de rigor que sejam estabelecidas algumas premissas relevantes, em especial a demarcação do modelo constitucional de Estado vigente, porquanto toda e qualquer estruturação cognitiva formulada deverá, necessariamente, guardar relação de coerência com a assertiva democrática, para que tenha solidez científica.

2.1 Concepção de Estado

O Estado dotado de soberania corporifica-se na tutela do interesse público, com medidas sempre fundadas na observância do Direito, eis que a este deve sua existência. Este o encontro do poder político com o jurídico, notabilizado pela Revolução Francesa. Não obstante, a soberania como elemento integrador da figura estatal exsurgiu com a modernidade, problematizada, do ponto de vista filosófico hegeliano, e diz com o poder que uma comunidade política organizada possui de impor sua condição de independência, o que, por seu turno, carreia ao Estado a consideração de que o mesmo se trata de uma pessoa jurídica.

Com efeito, ao positivar as leis e reafirmar este Direito posto, o Estado apresenta sua soberania, eis que dita as normas – criminalização primária – e regula sua aplicação perante os casos concretos – criminalização secundária –, constituindo este múnus um poder indeclinável.

A pedra de toque para a concepção de Estado está na legitimação do exercício punitivo, haja vista ser a violência estatal o instrumento de sua consolidação. Com efeito, a legitimação do Estado no contexto deste poder-dever de punir está diretamente entrelaçada com o pacto avençado por ocasião do estabelecimento dos vínculos associativos propostos no contrato social.

2.2 Estado de Direito e Estado Social de Direito

A sociedade, de acordo com Tobias Barreto, é um "sistema de forças" que visa alcançar um "estado de equilíbrio", aperfei-

çoado no "Estado de Direito", sendo o Direito Penal um instrumento para tanto, sem olvidar a necessidade de imposição de limites à execução deste poder-dever de punir, mediante o estabelecimento de garantias individuais, a salvaguardar o indivíduo frente o corpo estatal[2].

Nesse passo, o Estado de Direito se caracteriza justamente pela contenção, pelo poder jurídico, deste poder punitivo, colocando todos os componentes do corpo social sob o mando da lei, sendo esta a contraposição ao Estado de Polícia.

A transmutação deste modelo de Estado para aquele traz consigo uma cognição dialética, porquanto inviável um Estado de Direito puro se sempre carrega em seu centro nuclear a figura do Estado policialesco, sendo certo que não disseca os conflitos sociais, mas apenas os crava com uma suspensão de incidência.

Não obstante, o Estado de Direito, por razões de técnica jurídica-política, não pode ter sua compreensão adstrita a esta limitação de poder, pelo contrário, este modelo de Estado não prescinde de uma estrutura de organização dos entes públicos multidirecional, ao passo que diz com um ordenamento jurídico positivado dotado de arcabouço normativo observador das liberdades públicas, com ampla tutoria do Poder Judiciário a salvaguardar tais direitos.

Ou, como bem sintetiza Jorge Miranda, para o ajuste de um Estado de Direito, alguns requisitos se apresentam indispensáveis, a saber, a separação dos poderes públicos, com preservação da independência de cada um deles; a fiscalização permanente da administração pública, com a observância da responsabilidade objetiva do Estado pelos danos causados por seus agentes; a reserva jurisdicional, com o resguardo da independência dos magistrados no ato da judicatura; o controle de constitucionalidade, tanto difuso como concentrado; a tutela das liberdades públicas; e, sobretudo, a afirmação do domínio legal[3].

Sem embargo, Hans Kelsen concebe Estado e Direito como conceitos uníssonos, de modo que esta confusão entre Estado e ordem jurídica implicaria dizer que todo Estado há de ser um Estado de Direito, inclusive os de regime ditatorial, pois, mesmo avesso às considerações sociais, políticas, econômicas e ideológicas, preocupado apenas e tão somente com o conteúdo formal da lei, este Estado Legal será convertido em um Estado de Direito[4].

O Estado de Direito tem uma concepção dicotômica, de maneira que não pode ser considerado apenas do seu ponto de realização formal, que diz com o modo de aperfeiçoamento da operosidade estatal, o qual deve ser conforme os ditames legais e constitucionais, eis que atento à imperiosidade da legalidade; há que se visualizá-lo também com base em seu aspecto material, que, por seu turno, compreende o plano político do Estado, orientado por padrões de legitimidade, e se preocupa com o teor deste movimento laborioso estatal.

De outra mão, o Estado Social de Direito propugna uma promoção mais abrangente da isonomia, da liberdade e da segurança, com interação entre as facetas jurídica e social de tais institutos, com notável albergue dos direitos da personalidade, sem olvidar a política intervencionista dos poderes públicos na gestão da estrutura econômica, sem abstrair-se da meta de redução das desigualdades sociais. Em breve síntese, o Estado So-

2 BARRETO, Tobias *apud* REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*: parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro, 2009, p. 20.

3 MIRANDA, Jorge *apud* PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 74.

4 KELSEN, Hans *apud* SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 114.

cial tem seu núcleo direcional voltado para o bem comum dos que integram o corpo social e político, assumindo a condição de Estado Material de Direito.

O Estado Social de Direito, de acordo com Elías Díaz, se materializa com a proposta de compatibilizar o modelo capitalista de modo de produção com o bem-estar da comunidade política, não tendo conseguido, contudo, aperfeiçoar este processo de democratização social e econômica[5].

2.3 Estado Democrático de Direito

Nesse emblema, a democracia chega, *pari passu*, para se incorporar ao Estado de Direito, chamado por Norberto Bobbio de "Estado dos cidadãos"[6], eis que nele o indivíduo passa a ter direitos públicos, e não apenas privados. Por democracia se entende, em um plano geral, a capacidade de participação popular na gerência dos planos políticos, notadamente por meio do sufrágio universal e da pluralidade partidária, sempre com vistas à consecução da paz e da justiça sociais.

Não obstante, a acepção de democracia que se encaixa com perfeição à empregada quando em pauta o modelo de Estado é aquela que corresponde à necessidade de respeito à desincumbência dos direitos fundamentais e das garantias individuais, perfazendo o ajuste de princípios liberais, humanos e sociais. Conforme averbado pelo Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, há que se ter integral observância, sob o aporte de valores supremos, dos direitos sociais e individuais, da liberdade, da segurança, do bem-estar, do desenvolvimento, da igualdade e da justiça.

Nessa ordem, a democracia, ao mesmo tempo em que se solidifica no cerne político, passa a alcançar também o cenário jurídico, formando, esta inserção setorial, o modelo de Estado ora vigorante, acrescido, ainda, da qualificação social, igualmente instada a compô-lo.



Fonte: www.redebrasilatual.com.br

O Estado de Direito encontra suas raízes cognitivas no Estado Liberal, sendo certo que o aporte democrático associado à concepção de Estado de Direito vem fazer uma contraposição ao Estado Liberal, eis que o liberalismo não se coaduna com a presença popular e igualitária nos desígnios da atuação estatal.

Em tempo, um Estado Liberal, com raízes fincadas no âmago das revoluções burguesas, em uma concepção formal e intrínseca, tem sua ordem constitucional baseada na irrestrita submissão estatal à ordem jurídica, a fim de proteger o indivíduo face eventual esboço de arbítrio do Estado, ao passo que em um Estado Democrático de Direito, agora sob o aspecto de uma conceituação material e extrínseca, esta se atrela e se organiza com vistas "aos dados econômico-sociais e às relações entre os cidadãos desenvolvidas no âmbito da sociedade civil", obstando a nociva alocação do Estado e da sociedade em espaços de inviabilidade interativa entre ambos.

Com efeito, o Estado de Direito se caracteriza pelo estabelecimento de óbices de cunho negativo (limites de atuação da admi-

5 DÍAZ, Elías *apud* SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 115.

6 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 78.

nistração estatal) e o Estado chancelado pela ideologia democrática carreia, paralelamente, prestações positivas (direções de conduta), isto é, o primeiro se norteia por critérios omissivos e o segundo acrescenta ao código das agências públicas padrões de ação, mantendo, frise-se, o caráter de contenção do poder estatal.

O Estado Democrático de Direito se situa na posição de sucessor do Estado Social de Direito, muito embora não seja uma passagem natural, mas marcada por óbices à instalação deste novo modelo de Estado, que chega com o anseio de materializar os ideais políticos, sociais e econômicos.

Aliás, uma compilação entre os modelos social e democrático de Estado surge como sendo a proposta de uma "terceira via", com o fim de congregar valores libertários e igualitários e democráticos e socialistas, junção até então impraticável, segundo as experiências históricas fornecidas[7].

Por outro lado, em visão contrária a este separatismo e propondo diferente interpretação para a expressão "socialismo", José Afonso da Silva coloca que o Estado Democrático de Direito materializa a realização democrática do socialismo. Contudo, não se deve conceber tal como um processo de transição para o modelo estadista de gestão econômica, ao contrário, cuida-se apenas de aceitar a compreensão de tal assertiva como aperfeiçoamento prático dos direitos sociais e dos postulados de cidadania, a consubstanciar a realização dos princípios da justiça social[8].

Nesse passo, um Estado Democrático de Direito pressupõe que o Estado serve o indivíduo, e não o contrário, de modo que seu aperfeiçoamento existencial em razão dele se justifica. O ser humano, individualmente considerado sob a vestimenta de cidadão de direitos e deveres, representa o escopo primário do Estado, jamais um mero instrumento da governança. Em outros termos, o Estado não é um fim em si mesmo, muito pelo contrário, ele serve o indivíduo e em razão deste existe; o ser humano é o escopo primário do Estado, e não um meio de exercício da atividade estatal.

Nessa ordem, Luigi Ferrajoli, precursor da filosofia que inaugura o garantismo penal, em confessa paráfrase, circunscrita ao manejo da expressão "*autopoiesis*", cunhada pelo sociólogo alemão Niklas Luhmann em discussão atinente aos sistemas políticos, polariza as doutrinas a respeito da posição estatal, donde se depreende o ajuste do nosso modelo de Estado adstrito à construção filosófica das doutrinas heteropoiéticas, que posiciona o Estado como um meio, que somente descerra sua legitimidade política diante da finalidade de proporcionar a garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos. E Ferrajoli prossegue, colocando a legitimação externa do Estado vinculada à tutela dos direitos fundamentais de cada unidade celular componente do corpo social (o indivíduo), com manifestação estruturada na edificação do Leviatã hobbesiano:

> O Estado, segundo o paradigma da justificação externa por esta sugerida,

7 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 205-208. A propósito, esta "terceira via" era também a proposta de José Joaquim Gomes Canotilho e de Vital Moreira quando discorreram comentários à Constituição da República Portuguesa, contudo, um aparte deve ser feito; o manifesto apresentado pelos constitucionalistas portugueses foi publicado em 1978 e novamente publicado na edição de 1984, sendo certo que ambas as datas antecederam a queda do Muro de Berlim, que ocasionou a unificação alemã, e a dissolução da extinta União Soviética, marcos históricos que derrubaram com eles as tentativas de consolidação do socialismo real, de maneira que, por se entremostrar, nos dias de hoje, insuperável o quadro de absoluta contrariedade havido entre socialismo e democracia, de rigor que se eleja a subsistência deste segundo.

8 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 120.

> não é nem um fim nem um valor: é, isto sim, um produto fabricado pelos homens, "porque pela arte" – são as palavras de Hobbes – "é criado aquele grande Leviatã a que se chama Estado, ou Cidade [em latim *Civitas*] que não é senão um homem artificial, embora de maior estatura e força do que o homem natural, para cuja proteção e defesa foi projetado"; de modo que vale tanto na medida em que serve aos "homens naturais", que de comum acordo o produziram, e nada vale nada e deve por isso ser transformado, remodelado e demolido quando se insurgem contra eles. Mais: ele é de per si um desvalor, isto é, um mal menor sujeito enquanto tal ao ônus da justificação externa e *a posteriori*. Isto quer dizer que os seus poderes não são concebidos como "justos" apenas por quem os detém, mas sobretudo segundo por que, quando e como são ou não são sempre exercitados[9].

No entanto, um aparte deve ser feito. De rigor que se compreenda a raiz cognitiva fundante da obra central de Ferrajoli, que, dentre outros aspectos, posiciona suas cognições em contraposição a resquícios fascistas, logo, a essência da obra literária em comento trespassa a mera análise jurídico-filosófica, galgando espaço em discussões mais longevas, inoportunas no contexto da presente incursão.

3 Natureza jurídica do processo penal e sistemas processuais

O processo/procedimento é um instrumento de tríplice dimensão, eis que assume o viés de ferramenta de proteção e realização dos direitos fundamentais ao mesmo tempo em que se afigura como mecanismo legítimo para eventual restrição dos mesmos, além de constituir o espaço apropriado para o efetivo exercício de tais direitos. O processo consubstancia-se, em si, como um direito fundamental, donde oportuna remissão à tríade proposta por Peter Haberle, a saber, a dignidade da pessoa humana, a democracia igualitária e o Estado de Direito Social, como base da teoria dos direitos fundamentais.

Com efeito, o processo é o instrumento garantidor e legitimador no trato dos direitos fundamentais, porquanto certo que somente se poderá reivindicar, de modo concreto, a observância de tais direitos por meio dele e somente se terá por legítima eventual limitação sobre eles incidente se realizada pela mesma via, com o respeito à estrutura procedimental preceituada.

Nesse passo, o procedimento é um sistema de regras e/ou princípios, que visam um resultado determinado, e sua observância conduz à presunção de que o resultado é adequado aos direitos fundamentais.

De fato, o procedimento, em linhas gerais, é forma, e forma, não sob uma consideração meramente semântica, mas constitucional, é garantia, donde se pode concluir que, desrespeitada a forma, ter-se-á por violada uma garantia em sua substância, qual seja, a do devido processo legal.

Sob essas premissas, é de se distinguir o direito à proteção jurídica do direito de defesa, de modo que o primeiro corresponde à tutela do Estado frente a violações promovidas por particulares e o segundo diz com a necessidade de abstenção de práticas lesivas por parte do próprio Estado, sendo certo que este assume a feição de direito fundamental. Nessa ordem, uma das questões reflexivas está centrada na existência, ou não, de um direito fundamental ao procedimento, donde este assumiria a condição de garantia de eficácia do direito material correlato.

O direito material, de per si, não ostenta eficácia autônoma, necessitando, para sua concretização, se valer do instrumento processual adequado. É o processo o responsável

9 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer Sica *et al.* 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 812-814.

pela operacionalização do direito material e o fará pela via do procedimento. Não obstante, considerando a natureza assecuratória, e não meramente declaratória, do procedimento, sob o prisma constitucional interno, à qual se subsome a contraposição clássica, assume ele feição de garantia individual, mas não de objeto de direito fundamental.

3.1 Propostas teóricas acerca da natureza jurídica do processo penal

Considerando a plena vigência do princípio da necessidade no âmbito do Processo Penal, que, por si, já finca o primeiro marco dissociador com relação ao Processo Civil, resta evidente o desacerto da edificação de uma Teoria Geral do Processo, de modo que devem ser observadas e respeitadas as categorias jurídicas próprias do Processo Penal, donde necessária a aferição, entre outros pontos, da sua própria natureza jurídica, a permitir uma melhor e mais escorreita compreensão acerca deste instituto.

Diversas as teorias que buscaram explicar a natureza jurídica do processo de um modo geral, mas três receberam maior proeminência por parte da doutrina, de modo que a presente abordagem se restringirá justamente a essas, em especial por encontrarem maior espaço de adequação junto ao Processo Penal.

Uma primeira proposta, apresentada, em 1868, por Oskar Von Bülow, em sua obra "*La Teoría de Las Ecepciones Dilatorias y Los Presupuestos Procesales*", foi responsável pela ruptura perceptível entre o direito material e o direito processual, que se tornaram dimensões absolutamente independentes, em que pese a estreita relação e a reciprocidade no tocante à efetividade. Bülow, além de propugnar o ajuste de pressupostos processuais (de existência e validade), sustentou que o processo se resumiria a uma relação jurídica construída entre os sujeitos (partes e juiz), de modo a se ter por formado um quadro de mútuos deveres e direitos processuais. A grande contribuição dessa vertente teórica diz com a passagem do réu da condição de mero objeto do processo para a de sujeito processual, assumindo papel de protagonismo, conquista relevante na evolução do processo penal, que, posteriormente, se arvoraria em primados democráticos[10].

Em franca contraposição crítica à obra de Bülow, James Goldschmidt, em publicação datada de 1925 (obra "*Prozess als Rechtslage*"), traçando uma analogia com a guerra[11], vem compreender o processo como uma situação jurídica, proposta teórica que parece ter melhor identificado a profunda fenomenologia do processo. Com efeito, para Goldschmidt, o processo se circunscreve ao desenvolvimento complexo de situações processuais, as quais as partes percorrem com vistas ao alcance de uma decisão final favorável. Goldschmidt compreende o processo como uma estrutura dinâmica, marcada por situações constantes de riscos e incertezas, diferentemente da concepção estática de Bülow, de modo que o encadeamento de atos oferece às partes algumas chances, que, bem aproveitadas, podem conduzir à obtenção da sentença desejada, contemplando, assim, a expectativa gerada. A acusação teria que se livrar de suas cargas – não distribuíveis, mas, sim, atribuíveis –, como, a título de exemplo, produzir provas no sentido de confirmar a autoria do crime, se almejasse uma sentença condenatória; ao passo que o réu teria que aproveitar suas oportunidades processuais para contrariar o quanto

10 BÜLOW, Oskar Von *apud* LOPES JR., Aury. *Direito processual penal.* 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 35-37.

11 Goldschmidt faz a seguinte comparação analógica: "Quando a guerra estoura, tudo se encontra na ponta da espada; os direitos mais intangíveis se convertem em expectativas, possibilidades e obrigações, e todo direito pode se aniquilar como consequência de não ter aproveitado uma ocasião ou descuidado de uma obrigação; como, pelo contrário, a guerra pode proporcionar ao vencedor o desfrute de um direito que não lhe corresponde". (GOLDSCHMIDT, James *apud* LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional.* 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, v. 1, p. 43.)

produzido pela acusação, sendo certo que, ao não o fazer, perdendo essa chance probatória, o réu assumiria um risco, precisamente o de não obter a sentença objetivada[12].

Nesse passo, Elio Fazzalari, dando prosseguimento aos estudos de Goldschmidt e à crítica à obra de Bülow, edifica a ideia de processo como desenvolvimento do procedimento através da interação entre os sujeitos, sob o crivo do contraditório, compreendido sob duas dimensões, a saber, informação e reação[13], de modo que oportuna sua leitura em concomitância com a obra de Goldschmidt.

3.2 Sistemas processuais penais

O sistema processual penal guarda estreita relação com o modelo constitucional de Estado vigente, sendo puro reflexo da evolução histórica deste. Com efeito, um Estado de cariz autoritária ou democrática encontrará em seu sistema processual penal correspondência direta[14].



Fonte: www.camara.leg.br

O sistema processual penal inquisitório começou a mostrar sua face a partir do século XII, consolidando-se como modelo prevalecente em meados do século XIV (no século XIII, formou-se o Tribunal da Inquisição ou Santo Ofício, com vistas a reprimir atos de suposta heresia, derivando daqui a nomenclatura), quando se sobrepôs ao modelo acusatório, até então vigorante. No tocante à temática probatória, adotava-se o sistema da tarifa legal, a prisão processual era a regra e as decisões não formavam coisa julgada. É característica marcante do sistema inquisitório a concentração das funções de acusar e julgar nas mãos da mesma pessoa, bem como sua participação na gestão da prova, inexistindo quaisquer vestígios de dialeticidade e de formação de contraditório. O próprio magistrado busca a prova e decide com base nela, donde se tem por evidente a quebra do princípio mais basilar e estruturante da jurisdição, a saber, a imparcialidade. Este modelo persistiu até o início do século XIX, sendo superado por influência do Iluminismo, movimento filosófico que inspirou a Revolução Francesa, momento histórico em que começou a tomar corpo o modelo misto.

Por outro lado, o sistema acusatório[15] tem como premissas básicas a distribuição das funções dentro do processo (acusar, defender e julgar) e a gestão da prova como atribuição exclusiva das partes, decidindo o juiz com base no livre convencimento motivado, preservando-se, com isso, a imparcialidade do julgador e garantindo-se a paridade de armas sob o manto do contraditório, além das insurgências da publicidade, da oralidade, da permeabilidade da insurgência recursal e também da constituição da coisa julgada.

Não obstante, os sistemas puros são meramente históricos, não se fazem mais presentes, pois o que se tem, na verdade, são

12 GOLDSCHMIDT, James *apud* LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 37-39.

13 FAZZALARI, Elio *apud* LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 37-39.

14 A esse respeito, ver: FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 5. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 18-20.

15 Para maior aprofundamento, ver: SILVA JÚNIOR, Walter Nunes. *Curso de direito processual penal*: teoria (constitucional) do processo penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 553-610.

sistemas mistos, de modo que, para se identificar o eixo fundante do Processo Penal, deve-se compreender o princípio unificador, ou seja, se o princípio fundante é o dispositivo, que funda a prevalência do sistema acusatório, deixando a gestão da prova exclusivamente sob a tutela das partes, ou o inquisitivo, que estabelece a preponderância do modelo inquisitório, permitindo a produção de provas por parte do magistrado. Todo sistema terá resquícios de outro sistema, mas o princípio unificador determinará a raiz fundante do sistema, que permitirá defini-lo como acusatório ou inquisitório, ou, como bem salienta Augusto Jobim do Amaral, um sistema processual de inspiração democrática somente pode ter como princípio unificador a "democraticidade", que, para ele, vai além do princípio dispositivo[16].

Por orientação constitucional, em especial pela titularidade da ação penal pública atribuída ao Ministério Público (artigo 129, I, da Constituição Federal) e pelas garantias processuais previstas sob o aporte de cláusula pétrea, tem-se que nosso sistema prevalente é o acusatório, assim definido pelo princípio dispositivo, muito embora nosso Código de Processo Penal traga previsões absolutamente inquisitoriais, as quais merecem ser havidas por não recepcionadas ou inconstitucionais, conforme o caso. Não bastasse, como bem ensina Jaime Guasp[17], o objeto do Processo Penal reside na pretensão acusatória, ao passo que a função do processo diz com a satisfação dessa pretensão ou da resistência a ela, projetada pelo acusado, sendo o processo um instrumento dotado de neutralidade.

16 AMARAL, Augusto Jobim do *apud* PRADO, Geraldo; CHOUKR, Ana Cláudia Ferigato; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (Orgs.). *Processo penal e garantias*: estudos em homenagem ao professor Fauzi Hassan Choukr. 2. ed. rev. e amp. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 169.

17 GUASP, Jaime *apud* LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, v. 1, p. 91-94.

4 A ambição da verdade e a gestão da prova no processo penal

Postas as premissas estruturais anteriores, necessárias à escorreita compreensão do tema em debate, adentra-se, agora, à discussão da adequação, ou não, dessa ambição pela verdade[18] no contexto do Direito Processual Penal.

Michele Taruffo, processualista civil italiano e defensor confesso da necessidade de se buscar a verdade no âmbito do desenvolvimento do processo, compreende o princípio da verdade como índice de eficácia do grau de democracia de um sistema político, razão pela qual o transporta para o âmbito da administração da justiça (paralelo verdade | justiça). Para Taruffo, os negadores da verdade no âmbito da administração da justiça teriam os seguintes perfis: *hard-nose practioner* (Twining) – americano de maxilar quadrado (Lynch) –, que tem como característica marcante o ceticismo, ou seja, não acredita na verdade e tampouco na justiça, e o absolutista desiludido, que acredita na verdade, mas não a crê alcançável[19].

18 O primeiro esboço de estudo da verdade no contexto do processo grego diz com a Ilíada, que retrata a contestação estabelecida ente Menelau e Antíloco por ocasião dos jogos realizados quando do falecimento de Pátroclo, sendo que Antíloco vence a corrida de carros, mas Menelau contesta perante o júri esse resultado, reclamando ser ele o vitorioso, em razão de Antíloco ter cometido uma irregularidade. Homero, que era a testemunha, não foi ouvido, tendo Menelau, então, desafiado Antíloco a colocar a mão direita na testa de seu cavalo, segurando o chicote com a mão esquerda, e jurar perante Zeus que não havia praticado irregularidade alguma, ao que Menelau se recusa e reconhece o erro. Assim, foi estabelecida uma verdade de maneira singular. (FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nau, 2003, p. 31-32.)

19 TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*: o juiz e a construção dos fatos. Trad. Vitor de Paula Ramos. Coleção Filosofia e Direito. Madri: Marcial Pons, 2012, p. 120-121.

Taruffo relata o caso do juiz Bridoye (narrado por Rabelais – predecessor de Niklas Luhmann), que tomava suas decisões com base no jogo de dados, de modo que seria inválida a omissão à forma, havendo prevalência das formalidades quanto aos aspectos materiais, bem como que se deveria postergar ao máximo a prolação da decisão, no que seria, segundo o juiz, um exercício honesto e recreativo. Desse relato, Taruffo conclui que o ato decisório é casual, substancialmente irrelevante, sendo imprescindível a aparência de que tal se deu de modo analítico e bem pormenorizado, pois isso o revestiria de maior aceitabilidade, inclusive pela parte vencida. A observância do procedimento determinaria a aceitação do ato decisório pelos sujeitos processuais e pelo círculo social circundante, sendo irrelevante a qualidade ou o conteúdo da decisão, no que John Rawls chama de justiça processual pura (loteria gerida corretamente). Critérios procedimentais de valoração determinariam a legitimidade do ato, isto é, um procedimento qualificável como justo (teatralidade do processo e comunicação simbólica) conduz à justiça da decisão (legitimação social)[20].

De acordo com Taruffo, sob a ideia de justiça procedimental, as partes tendem a um não compromisso com a verdade dos fatos no momento da produção e da articulação probatória (contraposição à ideia de justiça substancial), donde se extrai que a passividade do juiz assumiria um papel contraepistêmico, o que somente se evitaria com a atribuição de poderes instrutórios ao juiz; do contrário, citando Garapon, haverá uma redução do "bem julgar à conciliação entre realismo antropológico e exigências democráticas e a uma arte em que o rito é, para o juiz, um instrumento de crescimento através do qual ele se emancipa de si mesmo"[21]. Taruffo entende que se deve buscar um procedimento apto ao alcance de uma decisão adequadamente fundada, ao invés de um com aptidão para transmitir meras mensagens culturalmente confortantes.

Nesse passo, Taruffo defende a estruturação de um sistema processual que confira primazia ao princípio da legalidade estrita, de modo a vincular a qualificação positiva das decisões (há, aqui, uma noção de valoração) à conformidade ao direito, eis que a jurisdição deveria se projetar à apuração verdadeira dos fatos; em outras palavras, uma decisão somente será boa e havida como apta, do ponto de vista de uma correção jurídica, à solução da controvérsia se respeitar o postulado da legalidade estrita, e isso somente se fará possível mediante a aferição da verdade da dimensão fática (correspondência direta entre fato e norma – segundo Bentham, "a falsidade é a serva da injustiça"), de modo que a noção de justo processo deve passar, necessariamente, pelo respeito às garantias processuais, pela existência de uma decisão em conformidade ao direito e fundada em uma apuração verdadeira dos fatos[22].

Ainda, para Taruffo, a imparcialidade do juiz encontra reforço na busca objetiva da verdade dos fatos, elegendo esta como o único fundamento racional da decisão; não assume posição de equidistância em relação às partes. O processualista italiano fundamenta sua colocação no texto do artigo 10 do Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial, que dispõe:

> O juiz imparcial é aquele que persegue com objetividade e com fundamento na prova a verdade dos fatos[23].

A saudosa Professora Ada Pellegrini Grinover, adotando uma concepção publicista do processo e atribuindo a ele uma função eminentemente social, aquiescia com a necessidade de se buscar a verdade no

20 *Ibidem*, p. 122-126.
21 *Ibidem,* p. 127.
22 *Ibidem*, p. 138-143.
23 *Ibidem*, p. 143-146.

Processo Penal, e o fazia sustentando que a maior parte da doutrina costuma fazer confusão entre sistema acusatório e *adversarial system*, porquanto o primeiro diria respeito à distribuição de funções no processo, tendo como antagonista o sistema inquisitório, ao passo que o segundo se reportaria à gestão da prova, que, nesse caso, ficaria restrita às partes e teria como instituto oposto o denominado *inquisitorial system*, em que o juiz participaria da gestão probatória. Para ela, o Processo Penal brasileiro adota o sistema acusatório quanto à distribuição de funções e o *inquisitorial system* no tocante à gestão da prova[24].

O *adversarial system* compreenderia o processo como coisa privada das partes – *Sache der Parteien* –, uma ideologia fundada na concepção do individualismo competitivo e aquisitivo, característica arraigada da cultura social estadunidense, não havendo qualquer preocupação com a verdade dos fatos, porquanto essa aprofundaria o conflito entre as partes, tornando-se um desvalor. Tem como premissa a igualdade entre as partes, mas não observa, segundo Taruffo, a necessidade de uma igualdade substancial[25].

Nesse caminhar, Roscoe Pound delineia o que chama de *Sporting Theory of Justice*, teoria que remonta à ideia de respeito às regras do jogo, com o juiz na posição de figura passiva, não influenciadora do comportamento das partes e do resultado do processo; o êxito é definido pelo embate das partes (competidores). A razão está com aquele que vence, ao invés de ser vencedor aquele que tem a razão (transposição da ética do mercado para os tribunais, citada por Owen Fiss)[26].

No entanto, tomando por base a premissa lógica de que realidade e verdade não coexistem em mesmas circunstâncias de tempo e espaço[27], tem-se que o Processo Penal trabalha com a reconstrução histórica dos fatos, com vistas ao estabelecimento de probabilidades, uma vez que a verdade assume a condição de ser, por si, um excesso epistêmico, donde se tem que deve ser contingencial e não fundante.

Conforme coloca Foucault, dentro de um sistema de gestão de prova, pode-se citar como características a forma binária, ou seja, ou se admite a prova ou se renuncia a ela; a condição de condutora ao sucesso ou ao fracasso; o fato de ser desnecessária a intervenção do juiz, que funciona apenas como controlador da regularidade do procedimento; e, por fim, a prova não se presta à identificação da verdade, mas daquele que mostrou ter mais razão dentro do embate processual, donde a prova seria um operador do direito e não da verdade[28]. Essa construção foucaultiana se amolda com precisão à proposta teórica acerca da natureza jurídica do Processo Penal de Goldschmidt, que compreende o processo como uma situação.

Giuseppe Bettiol e Rodolfo Bettiol sustentam que o conhecer processual é de cariz normativa, se apresentando através de mecanismos processuais, de modo que a aferição da responsabilidade não passa por

24 GRINOVER, Ada Pellegrini. Verdade real e verdade formal? Um falso problema. *In*: PEREIRA, Flávio Cardoso (Coord.). *Verdade e prova no processo penal*: estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 1-13.

25 TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*: o juiz e a construção dos fatos. Trad. Vitor de Paula Ramos. Coleção Filosofia e Direito. Madri: Marcial Pons, 2012, p. 132.

26 POUND, Roscoe; FISS, Owen *apud* TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*: o juiz e a construção dos fatos. Trad. Vitor de Paula Ramos. Coleção Filosofia e Direito. Madri: Marcial Pons, 2012, p. 132.

27 Para maior aprofundamento, sobretudo no que toca à Teoria do Conhecimento, componente da Ontognoseologia, ver: SILVA, Danielle Souza de Andrade e. *A atuação do juiz no processo penal acusatório*: incongruências no sistema brasileiro em decorrência do modelo constitucional de 1988. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

28 FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nau, 2003, p. 61-62.

categorias naturalísticas ou morais, donde se tem que o processo não deve ser havido como ferramenta de cognição de uma verdade extraprocessual[29].



Fonte: www.freepik

Nesse passo, Luigi Ferrajoli também manifesta sua aquiescência à necessidade de que o juiz assuma a condição de espectador dentro do processo, sendo destinatário das provas produzidas pelas partes:

> Ao sistema acusatório lhe corresponde um juiz-espectador, dedicado, sobretudo, à objetiva e imparcial valoração dos fatos, e, por isso, mais sábio que experto; o rito inquisitório exige, sem embargo, um juiz-ator, representante do interesse punitivo e, por isso, um enxerido, versado no procedimento e dotado de capacidade de investigação[30].

Breve regresso às lições de John Locke igualmente reforçam a defesa do sistema acusatório e da necessidade correlata de se ter um juiz que se posicione como estranho à gestão da prova, sob pena de um retrocesso ao estado de natureza:

> Onde existam dois homens que não possuem uma regra permanente e um juiz comum para apelar na terra para que sejam dirimidas as controvérsias de direito entre eles, estes ainda estão no estado de natureza, e sujeitos a todas as suas inconveniências, com apenas esta lamentável diferença que distingue o súdito, ou antes, o escravo, do príncipe absoluto: aquele que, na condição ordinária de sua natureza, permanece livre para julgar seu direito e defendê-lo com o máximo de suas forças, sempre que sua propriedade for invadida pela vontade e por ordem de seu monarca, não somente ele não tem a quem apelar, como aqueles que vivem na sociedade devem ter, mas, se fosse degradado do estado comum das criaturas racionais, ser-lhe-ia negada liberdade de julgar ou defender seu direito; assim sendo, está exposto a toda a miséria e inconveniências que um homem pode temer daquele que, além de estar no desenfreado estado de natureza, está também corrompido pela lisonja e armado de poder[31].

O próprio Francesco Carnelutti, antes defensor confesso da verdade no contexto do processo, muda, sob a influência de Heidegger, sua opinião e começa a abandonar o conceito de verdade no âmbito do processo, giro conceptivo esse que fica bastante evidente em sua obra "*Verità, Dubbio, Certeza*", publicada no ano de 1965[32]. É bem verdade, frise-se, que Carnelutti, assim como outros autores, como Gimeno Sendra, Montero Aroca, Roxin, entre outros, embora tenham

29 BETTIOL, Giuseppe; BETTIOL, Rodolfo. *Instituições de direito e processo penal*. Trad. Amilcare Carletti. 1. ed. São Paulo: Pilares, 2008, p. 171.

30 FERRAJOLI, Luigi *apud* LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 48.

31 LOCKE, John *apud* DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 88.

32 CARNELUTTI, Francesco *apud* VILLA, Giovani Frazão Della. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da (Orgs.). *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil:* Anais do Congresso Internacional "Diálogos sobre Processo Penal entre Brasil e Itália". 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, v. 1, p. 181.

rechaçado a concepção da verdade, deslocam o núcleo da questão para o conceito de "certeza", o que, com o devido respeito, como bem pontua Salah H. Khaled Jr.[33], não passa de uma troca de etiquetas, pois a essência do problema remanesce.

5 Considerações finais

Em face de todo o exposto, tem-se que a ambição do alcance da verdade no âmbito do Processo Penal é por demais nociva à concepção democrática de processo, pois conduz o juiz a participar da gestão da prova, conferindo-lhe iniciativa instrutória, justificada precisamente nessa pseudonecessidade de se buscar uma dita verdade real.

Partindo das premissas postas, em especial o fato de termos vigente um modelo democrático de Estado, condutor, portanto, de um sistema prevalentemente acusatório de processo – cuja natureza jurídica diz com a de situação jurídica, permeada por riscos e incertezas, onde, aproveitadas as chances e, consequentemente, liberadas as cargas/eliminados os riscos, estar-se-á mais próximo do alcance de uma sentença favorável, conforme o aproveitamento de chances, que não perpassa pela compreensão da verdade –, o Processo Penal pode perfeitamente ser compreendido, de um ponto de vista análogo, como uma guerra, em que nem sempre o que se supõe ter o direito se sagrará vencedor. Esse o preço que se paga para viver sob a égide de uma democracia, que, embora não seja um modelo perfeito, certamente é o melhor!

Com efeito, reside no respeito e observância ao contraditório a pedra de toque da solução da questão da busca ou não da verdade no Processo Penal, pois a ponte entre a democracia e a filosofia da linguagem se encontra na dialética do contraditório, instrumento contra figuras solipsistas, logo monológicas e deficientes de validação intersubjetiva, próprias de modelos inquisitoriais, sendo certo que o abandono da verdade pela opção de uma razão comunicacional se mostra o caminho mais adequado para um processo penal democrático/acusatório[34].

Pode ficar a pergunta: poderia o juiz atuar na gestão da prova se for para provar a inocência do réu? A resposta é direta. Tomando por base que o princípio do estado de inocência funda estruturalmente o Processo Penal, igualmente não se legitima essa intervenção gestora do magistrado no tocante à produção probatória, eis que, se o magistrado vislumbra a necessidade de colher alguma prova a mais, não há outro motivo senão o de que não está convencido acerca da responsabilidade penal imputada pela acusação, de modo que, pairando dúvida, a solução decisória é a absolvição, nenhuma outra.

Finalmente, de rigor que se abandone a ambição da verdade no Processo Penal, trabalhando-se com uma reconstrução histórica dos fatos, a qual será edificada exclusivamente pelas partes, sendo o juiz um espectador, o destinatário da produção probatória, sem qualquer intervenção na gestão da prova, donde resguardada sua imparcialidade, garantia fundante da própria jurisdição.

Em tempo, como bem ensina Gherardo Colombo[35], "a cultura antecede a regra", de

33 KHALED JR., Salah H. O caráter alucinatório da evidência e o sentido da atividade probatória: rompendo com a herança inquisitória e a filosofia da consciência. *In*: PEREIRA, Flávio Cardoso (Coord.). *Verdade e prova no processo penal*: estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 314-315.

34 NUNES, Leandro Gornicki *apud* COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da (Orgs.). *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil*: Anais do Congresso Internacional "Diálogos sobre Processo Penal entre Brasil e Itália". 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, v. 1, p. 209-210.

35 COLOMBO, Gherardo *apud* LAMY, Anna Carolina Pereira Cesarino Faraco. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de

forma que não basta mudar a regra, é preciso que se mude também a mentalidade daqueles que aplicam o Direito.

Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da (Orgs.). *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil*: Anais do Congresso Internacional "Diálogos sobre Processo Penal entre Brasil e Itália". 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, v. 1, p. 181.

Referências

BETTIOL, Giuseppe; BETTIOL, Rodolfo. *Instituições de direito e processo penal*. Trad. Amilcare Carletti. 1. ed. São Paulo: Pilares, 2008.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da (Orgs.). *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil*: Anais do Congresso Internacional "Diálogos sobre Processo Penal entre Brasil e Itália". 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. v. 1.

DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 5. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer Sica *et al.* 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nau, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Verdade real e verdade formal? Um falso problema. *In*: PEREIRA, Flávio Cardoso (Coord.). *Verdade e prova no processo penal*: estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

KHALED JR., Salah H. *A busca da verdade no processo penal*: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013.

KHALED JR., Salah H. O caráter alucinatório da evidência e o sentido da atividade probatória: rompendo com a herança inquisitória e a filosofia da consciência. *In*: PEREIRA, Flávio Cardoso (Coord.). *Verdade e prova no processo penal*: estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v. 1.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

PRADO, Geraldo; CHOUKR, Ana Cláudia Ferigato; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (Orgs.). *Processo penal e garantias*: estudos em homenagem ao professor Fauzi Hassan Choukr. 2. ed. rev. e amp. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*: parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro, 2009.

SHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (Orgs.). *Estudos de direito penal, processual penal e filosofia do Direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

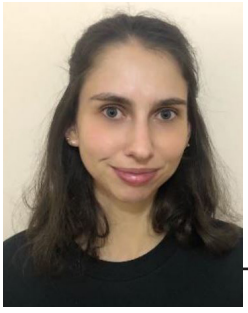
SILVA, Danielle Souza de Andrade e. *A atuação do juiz no processo penal acusatório*: incongruências no sistema brasileiro em decorrência do modelo constitucional de 1988. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes. *Curso de direito processual penal*: teoria (constitucional) do processo penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*: o juiz e a construção dos fatos. Trad. Vitor de Paula Ramos. Coleção Filosofia e Direito. Madri: Marcial Pons, 2012.

Impugnação à estabilização da tutela antecipada antecedente



Aline Spina Salgado
Pós-Graduada em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Técnica Judiciária na Subseção Judiciária de São Paulo/SP.

RESUMO: O Código de Processo Civil de 2015 inovou no direito processual e, notadamente, no que diz respeito às tutelas provisórias. Buscou proteger de forma mais célere e eficaz os direitos daqueles sem condições de aguardar um provimento final, obtido através de cognição exauriente. Ademais, trouxe ao mundo jurídico o instituto da estabilização dos efeitos da decisão concessiva da tutela provisória de urgência antecipada, requerida em caráter antecedente. Contudo, como tudo que é aplicado pela primeira vez no ordenamento, a estabilização provocou alguns questionamentos, dentre eles as possíveis formas para sua contestação. Assim, este artigo científico tem como finalidade compreender o gênero tutela provisória, aprofundando-se na espécie tutela antecipada para, então, abordar a divergência acerca da técnica da estabilização e os eventuais meios de sua impugnação. Para a verificação das questões essenciais ao tema, a metodologia utilizada será a pesquisa em doutrina e jurisprudência. Desta forma, a ideia é apresentar os fundamentos existentes em ambas as correntes, bem como o atual posicionamento jurisprudencial, a fim de que o leitor adquira a mais ampla e possível compreensão desta inovação processual e, ao final, compreenda a viabilidade e os benefícios de aceitar outros meios processuais como capazes de elidir a estabilização.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Processual Civil. Tutelas provisórias. Tutela antecipada antecedente. Estabilização. Impugnação.

ABSTRACT: The New Civil Procedure Code innovated the procedural law and, notably, the provisional reliefs. It sought to protect more quickly and effectively the rights of those unable to wait for a final decision, obtained through exhaustive cognition. In addition, it brought to the legal world the institute of the stabilization of the effects of concessive decision of provisional urgent anticipated relief, previously required. However, such as everything that is applied for the first time in the legal order, the stabilization provoked some questions, among them two possible ways for contestation. Thereby, this scientific article aims to understand

the provisional relief genre, going deeper into the anticipated relief to then explain the divergence about the stabilization technique and the possible ways of contesting it. To verify the essential questions on the theme, the methodology used will be to research for doctrine and jurisprudence. Therefore, the idea is to present the foundations existing in both opinions, as well as the current jurisprudential position, for the reader to acquire a complete understanding of this procedural novelty and, at the end, understand the feasibility and benefits of accepting other procedural ways to eliminate the stabilization.

KEYWORDS: Civil Procedure Law. Provisional reliefs. Early anticipated relief. Stabilization. Impugnation.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Tutelas provisórias. 2.1 Espécies. 2.1.1 Tutela de urgência. 2.1.2 Tutela de evidência. 3 Tutela antecipada. 3.1 Disposições gerais. 3.2 Tutela antecipada requerida em caráter antecedente. 3.2.1 Procedimento. 3.2.2 Estabilização. 4 Questionamentos sobre a estabilização e sua impugnação. 4.1 Interpretação restritiva. 4.2 Interpretação ampliativa. 4.3 Visão jurisprudencial. 5 Considerações finais. Referências.

1 Introdução

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015 (Lei Federal nº 13.105/2015), as tutelas provisórias ganharam novos contornos, com destaque em diversos estudos em razão das inovações trazidas.

Atualmente, as disposições gerais do instituto são regidas pelos artigos 294 a 299 do CPC/2015, além dos artigos 300 a 311 do mesmo diploma processual, que trazem as disposições específicas acerca das suas espécies.

A fim de simplificar o procedimento, a nova codificação processual eliminou o livro próprio que tratava do procedimento cautelar no CPC/1973, passando a tratar das tutelas conservativas dentro do Livro V, como uma das espécies de tutelas provisórias. Assim, o CPC/2015 adotou as seguintes espécies: tutelas de urgência, subdivididas em tutela antecipada e cautelar, e tutelas de evidência.

Dentre as espécies citadas, a tutela antecipada trouxe uma das grandes alterações do diploma processual: a possibilidade de sua estabilização quando requerida em caráter antecedente. Dentro deste ponto, há a necessidade de se investigar quais são as características da estabilização e, principalmente, quando ela ocorre.

Especificamente, o objeto deste estudo é analisar criticamente essa inovação e investigar qual ou quais instrumentos são hábeis a evitar a estabilização da tutela concedida. A controvérsia reside na possibilidade de apenas o recurso próprio obstar a estabilização da decisão concessiva da tutela, ou se haveria outros meios aptos para tanto. Trata-se de um conflito entre a interpretação literal do dispositivo legal e a análise sistemática.

A preocupação é relevante na medida em que se trata de um novo instituto e os seus efeitos, embora não geradores de coisa julgada material, podem se perpetuar no tempo, a ponto de não permitir mais alterações. Ademais, a questão possui divergentes posições doutrinárias e jurisprudenciais, justificando ainda mais a relevância do estudo.

Diante do exposto, feitas as considerações iniciais, será abordado o gênero tutela provisória, bem como suas espécies, destacadamente, a tutela antecipada antecedente e sua eventual estabilização.

2 Tutelas provisórias

Inicialmente, cumpre destacar que a antecipação dos efeitos da tutela foi criada pela Lei nº 8.952/1994, a qual deu nova redação ao artigo 273 do CPC/1973 para incluir tal instituto[1]. Assim, a reforma do Código, em 1994, introduziu no direito brasileiro, de forma ampla, abstrata e genérica, a possibilidade de concessão da tutela antecipada, distinguindo-a das medidas cautelares já existentes.

Foi colocado à disposição das partes um procedimento mais célere, baseado em cognição diversa e com o objetivo de amenizar os prejuízos causados pela inevitável longa duração do processo. Consoante salientado por Humberto Theodoro Júnior:

> [...] Criam-se, então, técnicas de sumarização, para que o custo da duração do processo seja melhor distribuído, e não mais continue a recair sobre quem aparenta, no momento, ser o merecedor da tutela da Justiça[2].

Com o CPC/2015, as tutelas passaram a ser identificadas sob o gênero de tutelas provisórias, tendo como espécies a tutela antecipada, a tutela cautelar e a tutela de evidência[3]. Inclusive, o artigo 297 conservou o antigo poder geral de cautela do magistrado, atribuindo-o não apenas às medidas cautelares, mas a todos os provimentos provisórios.

Cumpre destacar que a tutela jurisdicional oferecida pelo Estado-juiz pode ser de duas espécies: definitiva ou provisória, a depender da cognição exercida[4]. A primeira, é obtida com base em cognição exauriente, após completa instrução da demanda e com formação de coisa julgada material, "é espécie de tutela que prestigia, sobretudo, a segurança jurídica"[5].

A tutela provisória, por sua vez, é fundada em cognição sumária. Há um exame menos profundo da causa, com base em juízo de probabilidade e não de certeza, buscando, como o nome expressa, uma satisfação pro-

1 Sobre o tema Arruda Alvim afirma que: "Foi, justamente, a partir da constatação de que a pretensão jurisdicional, quando é entregue tardiamente, equivale à frustração, ao menos parcial, do direito da parte – e, por conseguinte, do próprio acesso à justiça, que se passou a reformar o CPC/1973 em busca de um sistema de Justiça mais célere e eficaz. Por isso a Lei 8.952/1994 modificou a redação do art. 273 do CPC/1973 e inseriu a possibilidade de que fossem antecipados os efeitos da tutela pretendida pelo autor, se cumpridos determinados requisitos. [...] até antes da edição da reforma de 1994 do CPC/1973, a antecipação, dentro do processo, do resultado final pretendido, fosse de forma integral ou apenas parcial, já era admitida no ordenamento pátrio, alavancada por jurisprudência pretoriana – a exemplo do que já ocorria na Itália – mediante a extensão do alcance e da finalidade das medidas cautelares, prática a que se convencionou denominar utilização 'anômala' das cautelares". (ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*: teoria do processo e processo de conhecimento. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 675.)

2 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil* – vol. I: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento. – 60. ed. 2. reimpr. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 640.

3 "De tal sorte que a antiga dicotomia do processo em principal (de cognição ou execução) e cautelar, existente no código revogado, não mais subsiste na nova lei, pelo menos como regra geral. Restando bastante simplificado o procedimento". (*Ibidem*, p. 640.)

4 "Já no plano vertical, analisa-se a cognição quanto ao grau de profundidade com que o juiz apreciará as matérias aventadas pelas partes. Se a análise for apenas superficial, com menor grau de certeza, diz-se que a cognição é sumária, já que baseada em juízo de verossimilhança e probabilidade. Por sua vez, quando a dedicação do juiz sobre as matérias arguíveis for maior, com um maior grau de profundidade, diz-se que a cognição é exauriente". (GAJARDONI, Fernando da Fonseca [*et. al.*]. *Teoria geral do processo*: comentários ao CPC 2015: parte geral. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 1125.)

5 DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 637.

visória da pretensão deduzida pelo demandante[6].

Na presença de determinados requisitos legais, que giram em torno da "urgência" ou da "evidência", a tutela provisória poderá ser concedida, sendo sempre marcada pelos traços comuns da sumariedade e provisoriedade[7]. E, destaque-se, justamente por causa desta última característica, pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo, não havendo preclusão para o órgão julgador.

Humberto Theodoro Júnior brilhantemente destaca que o objetivo principal dessas tutelas é minimizar o ônus provocado pela longa espera para o desate final do conflito. Assim,

> [...] representam provimentos imediatos que, de alguma forma, possam obviar ou minimizar os inconvenientes suportados pela parte que se acha numa situação de vantagem aparentemente tutelada pela ordem jurídica material[8].

Em geral, as tutelas provisórias podem ser requeridas de forma antecedente ou incidente. Contudo, a primeira opção é cabível apenas para as tutelas de urgência. Essa classificação "considera o momento em que o pedido de tutela provisória é feito, comparando-o com o momento em que se formula o pedido de tutela definitiva"[9]. A tutela incidental será endereçada ao próprio juízo ou tribunal da causa, enquanto a antecedente, ao juízo ou tribunal competente para conhecer do pedido principal, conforme determinação do artigo 299 do CPC/2015.

2.1 Espécies

2.1.1 Tutela de urgência

A literalidade do artigo 300, *caput*, do CPC/2015 determina que:

> Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Destarte, a tutela de urgência poderá ser cautelar ou satisfativa, esta última também conhecida como tutela antecipada.



Fonte: www.projuris.com.br

6 Nesse sentido Anselmo Prieto Alvarez: "A tutela provisória deve ser considerada como toda espécie de manifestação judicial proferida antes da resolução definitiva do conflito de interesses, que tenha como objetivo conceder prestação jurisdicional ao litigante, suscetível de gerar efeitos imediatos, ou de ser, de plano, executada ou cumprida". (ALVAREZ, Anselmo Prieto. Uma visão geral da tutela provisória no NCPC. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo,* n. 82, julho/dezembro 2015, p. 307.)

7 Sobre a provisoriedade: "É, pois, a avaliação superficial e não exauriente do suporte fático bem como a sua possível alteração ao longo do tempo de espera da tutela definitiva que conferem à decisão em torno das medidas da tutela de urgência e da evidência o seu caráter essencialmente provisório". (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil* – vol. I: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento. – 60. ed. 2. reimpr. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 669.)

8 *Ibidem*, p. 641.

9 DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 649.

O CPC/2015 igualou o grau de convencimento para a concessão de qualquer espécie de tutela de urgência. Para ambas as modalidades os requisitos necessários são: probabilidade do direito (*fumus boni iuris*) e perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*)[10-11].

Do mesmo modo que os requisitos, a cognição a ser desenvolvida pelo juiz, ao proferir a decisão sobre o requerimento de tutela de urgência, é sempre a mesma, seja a medida postulada de natureza cautelar ou satisfativa. A única distinção será o tipo de situação de perigo existente.

A modalidade cautelar é destinada a assegurar o resultado útil do processo, nos casos em que uma situação de perigo ponha em risco sua efetividade. Propõe-se a assegurar o direito a outra tutela de direito, em outras palavras, garantir a futura eficácia da tutela definitiva satisfativa.

Por seu turno, a tutela satisfativa é utilizada quando há ameaça do próprio direito subjetivo material da parte. Ela viabiliza a imediata realização prática do direito, "revelando-se adequada em casos nos quais se afigure presente uma situação de perigo iminente para o próprio direito substancial (perigo de morosidade)"[12]. Neste caso, o objeto se confunde, pelo menos em parte, com a tutela principal pleiteada.

Não obstante as tutelas de urgência apresentem os mesmos requisitos para concessão, saber a diferenciação entre elas é fundamental, uma vez que possuem regimes jurídicos distintos, principalmente quando requeridas de forma antecedente[13].

3.1.2 Tutela de evidência

Disciplinada pelo artigo 311 do CPC/2015, a tutela de evidência é requerida em situações em que o direito se mostra tão óbvio que não faz sentido privar o autor de uma proteção jurisdicional imediata, ainda que a necessidade da satisfação de seu direito ou de seu asseguramento não seja urgente. O intuito dessa medida é o prestígio do princípio constitucional da razoável duração do processo[14], visto que o tempo do processo não deve redundar em maior prejuízo para aquele que já demonstrou, satisfatoriamente, melhor direito no conflito.

Humberto Theodoro Júnior, de forma adequada e sintética, esclarece que o objetivo desta tutela

> [...] não é afastar o perigo de dano gerado pela demora do processo, é eliminar, de imediato, a injustiça de manter insatisfeito um direito subjetivo, que, a toda evidência, existe e, assim merece a tutela do Poder Judiciário[15].

10 "Demonstrados o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, ao juiz não é dado optar pela concessão ou não da tutela de urgência, pois tem o dever de concedê-la. É certo que existe certa dose de subjetividade na aferição da existência dos requisitos objetivos para a concessão. Mas não menos certo é que não se pode falar em poder discricionário do juiz nesses casos." (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 817.)

11 "Atualmente, o novo Código unificou o regime normativo instituído para as medidas conservativas e satisfativas, estabelecendo um gênero comum de tutela de urgência, que se submete a idênticos requisitos (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*)". (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil* – vol. I: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento. – 60. ed. 2. reimpr. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 669.)

12 CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 144.

13 *Vide* artigos 303 e 304 do CPC/2015 para a tutela antecipada e artigos 305 a 310 do CPC/2015 para a tutela cautelar.

14 BRASIL. Constituição Federal. Artigo 5º, inciso LXXVIII.

15 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil* – vol. I: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento. – 60. ed. 2. reimpr. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 641

É importante destacar que, embora o direito seja evidente, não se dispensa um juízo posterior cognitivo e exauriente. Ou seja, mesmo diante de um direito visível, permanecem as características da sumariedade e provisoriedade da tutela.

Suas hipóteses de cabimento são encontradas nos incisos do citado artigo 311. O rol não é taxativo, mas a tutela de evidência apenas será admitida quando expressamente prevista em lei. Ademais, essa técnica de sumarização não se confunde com a previsão legal do julgamento antecipado da lide, no qual o juiz julga o próprio mérito da causa, de forma definitiva, através de sentença de mérito[16].

Por fim, merece destaque a opção do legislador em conceder essa espécie de tutela provisória apenas na modalidade incidente. Nesse ponto, concordo com a crítica trazida por Daniel Amorim Assumpção Neves, no sentido de que não haveria qualquer óbice para o pleito antecedente, nas hipóteses dos incisos II e III do artigo 311. Ora, se o direito é tão evidente a ponto de antecipar a tutela, com mais razão seria a justificativa de pleiteá-lo antes mesmo da distribuição do processo, abrindo a possibilidade, inclusive, de o demandante se beneficiar dos efeitos da estabilização, instituto que a seguir será estudado[17].

3 Tutela antecipada

3.1 Disposições gerais

As disposições gerais das tutelas de urgência são encontradas nos artigos 300 a 302 do CPC/2015, sendo aplicadas tanto para as tutelas satisfativas quanto para as cautelares.

Como anteriormente explanado, para a concessão da tutela antecipada é imprescindível a presença dos requisitos *periculum in mora* e *fumus boni iuris*. Ademais, conforme disposição do § 1º do artigo 300 do CPC/2015, também pode ser exigida a prestação de caução – real ou fidejussória – a fim de proteger a parte contrária contra eventuais danos indevidos que venha a sofrer. Consoante salienta Alexandre Freitas Câmara:

> [...] Trata-se de medida destinada a acautelar contra o assim chamado *periculum in mora* inverso, isto é, o perigo de que o demandado sofra, em razão da demora do processo, um dano de difícil ou impossível reparação[18].

A imposição de caução não é obrigatória, tampouco automática, devendo ser analisada a situação concreta para constatar a real necessidade de sua exigência. A própria legislação prevê hipótese de dispensa da caução nos casos em que o demandante, por ser economicamente hipossuficiente, não puder oferecê-la. Tal previsão tem por finalidade evitar a criação de um obstáculo econômico ao acesso à justiça.

Conforme redação do artigo 300, § 2º, do CPC/2015, a tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

O deferimento liminar ocorre no início do processo, antes da oitiva da parte contrária (*inaudita altera parte*), tratando-se de exceção ao princípio constitucional do contraditório. No entanto, é situação totalmente compatível com a ordem constitucional[19], isso

16 BRASIL. Código de Processo Civil de 2015. Artigo 355.

17 "Na realidade, é plenamente justificável que um pedido de tutela de evidência se faça de forma antecedente, sem qualquer exigência de urgência, ainda mais pela possibilidade de estabilização da tutela provisória nos termos do art. 304 do Novo CPC". (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*: volume único. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 414.)

18 CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 145.

19 Nesse sentido, Câmara: "É importante frisar que esta possibilidade de concessão *inaudita altera parte* da tutela provisória de urgência é perfeitamente compatível

porque o contraditório não é extinto, mas apenas postergado para momento posterior. Já quando concedida após justificação prévia, significa dizer que a tutela foi deferida após audiência de oitiva do requerente, com finalidade de produção de provas para o convencimento do magistrado.

Seguindo a análise das disposições gerais, no § 3º do artigo 300, há mais um requisito para a concessão da tutela de urgência, ou melhor, um pressuposto negativo, comumente chamado de "*periculum in mora* inverso". Estabeleceu o legislador que a tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão[20].

Não é compatível com a decisão baseada em cognição sumária a impossibilidade de recomposição do quadro anterior, tornando praticamente definitivo o que deveria ser provisório. Melhor explicando:

> [...] Conceder uma tutela provisória satisfativa irreversível seria conceder a própria tutela definitiva – uma contradição em termos. Seria assegurar a própria vitória do autor, sem assegurar ao réu o devido processo legal e o contraditório[21].

Entretanto, não se trata de vedação absoluta. Casos há em que será necessário o sopesamento dos direitos em questão, de modo a permitir a concessão da tutela provisória urgente com efeitos irreversíveis[22-23-24], pois "não se pode sacrificar o provável pelo mero temor do irreversível"[25].

O artigo 302 dispõe sobre a responsabilidade do requerente. Esta se aplica para eventuais prejuízos que, indevidamente, o demandado tenha sofrido em razão da efetivação da tutela de urgência, independente da reparação por dano processual[26], caso se verifique alguma das hipóteses previstas no rol do citado dispositivo legal. Trata-se de responsabilidade objetiva com indenização a ser liquidada nos próprios autos em que a medida de urgência tiver sido concedida. É dever indenizatório que independe de pronunciamento judicial, a obrigação decorre da própria lei (*ex vi legis*)[27].

como o modelo constitucional de processo, já que o princípio constitucional do contraditório – como qualquer outro princípio – pode conhecer exceções que também tenham legitimidade constitucional, como se dá no caso em exame, em que a regra que autoriza a concessão liminar da tutela de urgência encontra guarida no princípio constitucional do acesso à justiça." (*Ibidem*, p. 146.)

20 Nesse sentido: "Juridicamente, toda decisão é reversível, isto é, apta a ser reformada ou rescinda nos termos da lei. O que pode não acontecer, contudo, é a reversibilidade fática, isto é, a impossibilidade de, após a efetivação do comando judicial, ser restabelecido o *status quo ante*". (GAJARDONI, Fernando da Fonseca [*et. al.*]. *Teoria geral do processo*: comentários ao CPC 2015: parte geral. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 1146.)

21 DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 680.

22 BRASIL. Enunciado nº 419 do Fórum Permanente de Processualista Civis: "Não é absoluta a regra que proíbe tutela provisória com efeitos irreversíveis".

23 BRASIL. Enunciado nº 25 da ENFAM: "A vedação da concessão de tutela de urgência cujos efeitos possam ser irreversíveis (art. 300, § 3º, do CPC/2015) pode ser afastada no caso concreto com base na garantia do acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, da CRFB)".

24 BRASIL. Enunciado nº 40 da I Jornada de Direito Processual Civil do CJF: "A irreversibilidade dos efeitos da tutela de urgência não impede sua concessão, em se tratando de direito provável, cuja lesão seja irreversível".

25 CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 542.

26 BRASIL. Código de Processo Civil de 2015. Artigos 79 a 81.

27 "A sentença de improcedência, quando revoga tutela antecipadamente concedida, constitui, como efeito secundário, título de certeza da obrigação de o autor indenizar o réu pelos danos eventualmente experimentados, cujo valor exato será posteriormente apurado em liquidação nos próprios autos". (STJ, Segunda Seção, REsp

Concluindo as disposições gerais relativas às tutelas de urgência, trago a característica da fungibilidade. Embora não conste de forma clara na legislação processual – há mera referência no capítulo relativo ao procedimento da tutela cautelar requerida em caráter antecedente[28] –, entendo que o dispositivo possa ser interpretado de forma ampla, capaz de englobar a situação inversa. Ou seja, a fungibilidade poderia ser aplicada a todas as espécies de tutelas provisórias, sempre que verificável o mero equívoco formal na escolha da técnica empregada[29].

3.2 Tutela antecipada requerida em caráter antecedente

3.2.1 Procedimento

Apresentadas as reflexões sobre as tutelas provisórias e suas espécies, foram abordadas com mais ênfase as disposições gerais das tutelas de urgência e, agora, será explorada a tutela antecipada requerida em caráter antecedente.

Consoante já exposto, o CPC/2015 igualou os requisitos para concessão das tutelas de urgência. Contudo, os modelos procedimentais – principalmente no caso de concessão antecedente – permanecem diversos a depender da espécie. No caso da tutela antecipada antecedente, o regime jurídico processual é o disposto nos artigos 303 e 304 do CPC/2015.

A possibilidade de requerimento antecedente é novidade legislativa, podendo trazer indagações acerca do momento em que o pedido é classificado como tal. Sendo imprescindível esclarecer que:

> [...] Considera-se antecedente toda medida urgente pleiteada antes da dedução em juízo do pedido principal, seja ela cautelar ou satisfativa. Em regra, ambas são programadas para dar seguimento a uma pretensão principal a ser aperfeiçoada nos próprios autos em que o provimento antecedente se consumou[30].

A tutela será requerida nessa modalidade sempre que verificável urgência contemporânea à propositura da ação, ou seja, quando:

> [...] a parte não dispõe de tempo hábil para levantar os elementos necessários para formular o pedido de tutela definitiva (e respectiva causa de pedir) de modo completo e acabado, reservando-se a fazê-lo posteriormente[31].

Apresentada a petição inicial com exposição sumária da lide e deferida a tutela postulada, caberá ao demandante o ônus de aditar a peça inicial, nos mesmos autos, com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em 15 dias ou prazo maior que o juiz fixar[32]. O aditamento da inicial é requisito de admissibilidade e, se não realizado, o processo será extinto sem resolução do mérito, afetando a tutela concedida[33].

O contraditório será estabelecido com a citação do requerido e intimação para audiência de conciliação ou de mediação[34], embora

1.548.749/RS, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, DJE 06/06/2016.)

28 BRASIL. Código de Processo Civil de 2015. Artigo 305, parágrafo único.

29 BRASIL. Enunciado nº 45 da I Jornada de Direito Processual Civil do CJF: "Aplica-se às tutelas provisórias o princípio da fungibilidade, devendo o juiz esclarecer as partes sobre o regime processual a ser observado".

30 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil* – vol. I: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento. – 60. ed. 2. reimpr. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 686.

31 DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 651.

32 BRASIL. Código de Processo Civil de 2015. Artigo 303, § 1º, inciso I.

33 *Ibidem*. Artigo 303, § 2º.

34 *Ibidem*. Artigo 303, § 1º, inciso II.

nada impeça, desde logo, a manifestação do réu nos autos, a fim de insurgir-se contra a medida liminar concedida.

Com o aditamento da inicial, a demanda provisória prosseguirá transformando-se em demanda final. Caso não haja impugnação por parte do demandado, o autor também poderá optar pela extinção do processo e a estabilização da tutela concedida.

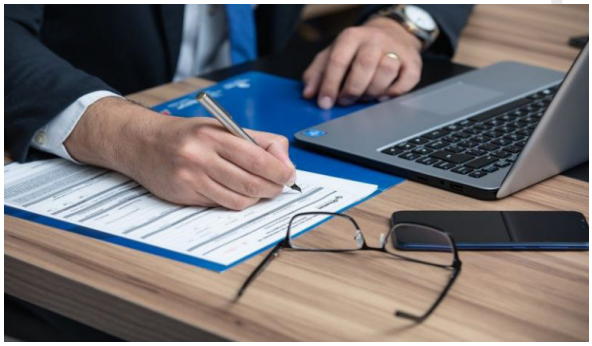
Por outro lado, se o magistrado não vislumbrar os requisitos para concessão da tutela, esta será indeferida. Sem prejuízo da interposição de recurso, a petição inicial deverá ser emendada no prazo de 05 (cinco) dias, sob pena de indeferimento e a consequente extinção do processo sem resolução do mérito[35].

3.2.2 Estabilização

Um dos temas mais inovadores advindos do CPC/2015 foi o fenômeno da estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, tendo em vista a ausência de previsão na codificação anterior e os dissensos gerados na doutrina e entre os operadores do Direito.

Por essa nova sistemática, para que a estabilização ocorra devem estar presentes três pressupostos: concessão de tutela provisória de urgência satisfativa antecedente, ausência de manifestação do autor pelo prosseguimento do processo em busca da tutela definitiva e inércia do réu após comunicado da decisão.

Outra possibilidade de estabilização, ausentes os requisitos acima indicados, é no caso de as partes firmarem negócio jurídico ajustando a estabilização de eventual tutela concedida, desde que dentro dos limites da cláusula geral de negociação previstos no artigo 190 do CPC/2015[36].



Fonte: https://blog.sajadv.com.br/

Está clara sua hipótese de ocorrência, mas o que é exatamente a estabilização da tutela?

Presentes aqueles pressupostos, a decisão concessiva da tutela antecipada se torna estável e o processo é extinto sem resolução do mérito, nos termos do artigo 304, § 1º, do CPC/2015. Logo, um dos seus objetivos é "eliminar a necessidade de discussão de uma questão que, diante da conduta do réu, não gera mais controvérsia"[37], permitindo que a decisão conserve sua eficácia, independentemente de confirmação por decisão posterior de mérito proferida em cognição exauriente.

Embora sejam fenômenos processuais semelhantes, não se confunde com a coisa julgada material e tampouco há formação desta. Na verdade:

> [...] trata-se apenas de uma opção legislativa por uma estabilidade de cognição sumária, prestigiando-se a probabilidade diante do comportamento omisso do réu[38].

35 *Ibidem*. Artigo 303, § 6º.

36 BRASIL. Enunciado nº 32 do Fórum Permanente de Processualista Civis: "Além da hipótese prevista no art. 304, é possível a estabilização expressamente negociada da tutela antecipada de urgência antecedente".

37 MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela de evidência*. 2. ed. rev. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 231-232.

38 CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 548.

Fredie Didier Júnior esclarece que apenas os efeitos da decisão são estabilizados, enquanto:

> [...] a coisa julgada, por sua vez, recai sobre o conteúdo da decisão, não sobre seus efeitos; é o conteúdo, não a eficácia, que se torna indiscutível com a coisa julgada[39].

Logo, diante da inexistência de coisa julgada material, é possível concluir pelo não cabimento de ação rescisória[40-41], mas nada impede o posterior ajuizamento de ação com o intuito de revisar, reformar ou invalidar a tutela antecipada[42]. Este novo processo deverá ser ajuizado dentro do prazo decadencial de 02 (dois) anos, e tramitar perante o mesmo juízo em que se desenvolveu a demanda na qual fora deferida a tutela antecipada estabilizada[43].

Não distribuída dentro do prazo, há estabilização definitiva da decisão sumária[44]. Todavia, este biênio

> [...] não afeta o direito de os interessados questionarem em juízo as razões pelas quais foi concedida a tutela antecipada e/ou consequências derivadas de sua concessão, isto é, o direito sobre o qual versou a tutela antecipada estabilizada[45].

Isto posto, cumpre acentuar a possibilidade de estabilização tão somente para as tutelas de urgência satisfativas, não se estendendo às demais espécies de tutelas provisórias. Nem mesmo se aplica às tutelas parcialmente concedidas pois,

> [...] nesses casos, a estabilização não é capaz de solucionar por completo conflito, que depende, ainda, de um pronunciamento definitivo sobre a parcela do pedido não antecipada[46].

4 Questionamentos sobre a estabilização e sua impugnação

Umas das grandes questões que permeiam o tema da estabilização são os meios de sua impugnação, mais precisamente, a interpretação para a palavra "recurso" no *caput* do artigo 304.

A estabilização somente pode ser evitada através do respectivo agravo? A contestação teria o poder de evitar a estabilização, mesmo quando não interposto qualquer recurso? Mera petição de pedido de reconsideração também poderia coibir a estabilização? Essas são algumas das indagações que surgem na análise do tema.

Inicialmente, cumpre informar, em linhas gerais, que há dois posicionamentos. O primeiro com interpretação *stricto sensu* do artigo 304, não permitindo outra forma de

39 DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 694.

40 BRASIL. Enunciado nº 33 do Fórum Permanente de Processualista Civis: "Não cabe ação rescisória nos casos de estabilização da tutela antecipada de urgência".

41 BRASIL. Enunciado nº 27 da ENFAM: "Não é cabível ação rescisória contra decisão estabilizada na forma do art. 304 do CPC/2015".

42 BRASIL. Código de Processo Civil de 2015. Artigo 304, § 2º.

43 *Ibidem*. Artigo 304, § 5º.

44 "Não há coisa julgada, mas apenas extinção do direito de reformar ou invalidar a tutela estabilizada, depois de exaurido o prazo de dois anos do § 5º art. 304". (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela de evidência*. 2. ed. rev. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 242.)

45 BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*: volume único. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 417.

46 GAJARDONI, Fernando da Fonseca [*et. al.*]. *Teoria geral do processo*: comentários ao CPC 2015: parte geral. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 1173.

impugnação senão através da interposição do respectivo agravo. E o segundo, com interpretação em sentido mais amplo, entendendo que "recurso" equivaleria a "meio de impugnação" e que, portanto, outras formas seriam aptas a impugnar a estabilização. Posicionamento no qual me filio, conforme será melhor explanado a seguir.

Veja-se, então, a pormenorização de cada um desses posicionamentos.

4.1 Interpretação restritiva

Os adeptos da interposição de recurso como único instrumento capaz de impugnar a estabilização defendem a interpretação literal da lei, sem qualquer visão ampliativa. Para eles, a redação do dispositivo é bastante clara ao prever que apenas a apresentação do "respectivo recurso" impedirá a estabilização. E, partindo-se deste pressuposto, a apresentação de contestação ou qualquer outra petição será inócua, justamente por não se tratar de recurso.

Seguindo este raciocínio, verifica-se que a legislação processual criou diversos mecanismos de defesa, cada qual com sua finalidade específica, seja a contestação para resistir ao pedido inicial do demandante, seja a apelação para discutir a sentença, por exemplo. Logo, a opção do legislador em restringir o meio de impugnação da estabilização deveria ser respeitada.

Ao analisar o dispositivo legal que trata da estabilização, Humberto Theodoro Júnior traça uma analogia com o procedimento monitório, inferindo que os efeitos gerados pela decisão passível de estabilização

> [...] só serão inibidos pelo demandado se empregada a medida específica prevista na lei, que não é a contestação e tampouco uma impugnação qualquer, sem forma nem figura de juízo[47].

Outro argumento destacado para esse entendimento foi levantado por Alexandre Freitas Câmara, ao analisar cautelosamente o dispositivo legal que trata da estabilização, salientando que:

> [...] o texto do art. 304 faz uso do verbo interpor ("se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso"), o qual é, no jargão do direito processual, empregado apenas quando se trata de recurso *stricto sensu*. Junte-se a isto o fato de que se faz alusão a recurso contra uma decisão, e tudo isso só pode indicar que a norma se vale do conceito estrito de recursos[48].

Então qual seria o "recurso adequado"? A resposta varia conforme a decisão que se quer impugnar.

O cenário mais comum é a interposição de agravo de instrumento em face da decisão concessiva de tutela proferida no 1º grau de jurisdição, mas nada impede a interposição de agravo interno, quando se tratar de decisão prolatada por relator nos tribunais. Poderia, ainda, cogitar a oposição dos embargos de declaração.

Para estes últimos, é importante observar que apenas terão o poder de evitar a estabilização quando opostos com o intuito de questionar a concessão da tutela, seja sob o fundamento de omissão, obscuridade ou contradição na decisão embargada.

Não raras as vezes, é preciso aclarar, complementar ou integrar a decisão que se quer reformar, posteriormente, com a interposição do recurso. Assim, posto que na sistemática do CPC/2015 os embargos de declaração também são classificados como recurso, a sua oposição – que tão somente está "corrigindo" a decisão

47 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil* – vol. I: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento. – 60. ed. 2. reimpr. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 712.

48 CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 149.

para futura interposição de agravo – também obsta a estabilização da tutela concedida.

Em síntese, a mera interposição de recurso seria capaz de evitar a estabilização da decisão concessiva da tutela antecipada. É indiferente o seu conhecimento ou provimento, exceto nos casos de intempestividade[49].

4.2 Interpretação ampliativa

Por outro lado, há quem entenda que qualquer meio é eficaz para impugnar a estabilização. Interpretar de maneira restritiva o dispositivo legal não é adequado, sendo que o termo "recurso" deve ser compreendido como "qualquer oposição ou impugnação".

Cássio Scarpinella Bueno questiona:

> [...] é possível interpretar ampliativamente o disposto no *caput* do art. 304 para afastar, diante desses acontecimentos, a estabilização da tutela provisória?[50]

Na sequência, ele mesmo responde, optando pela interpretação ampliativa do citado dispositivo:

> [...] qualquer manifestação expressa do réu em sentido contrário à tutela provisória antecipada em seu desfavor deve ser compreendida no sentido de inviabilizar a incidência do art. 304 [51].

Está muito claro que a estabilização decorre da conjunção de vontade das partes, sendo um comportamento comissivo do autor – em optar pela estabilização da tutela ao invés de prosseguir até o provimento final com cognição exauriente – e um comportamento omissivo do réu – inércia após intimação da decisão concessiva da tutela.

Seguindo esse raciocínio, mostra-se razoável aceitar que qualquer ato processual praticado pelo réu, que demonstre insurgência em face da decisão que antecipou a tutela satisfativa, o tiraria da inércia e, por consequência, seria apto a impedir a estabilização[52].

Neste mesmo sentido, entende Luiz Guilherme Marinoni. Para este doutrinador, qualquer forma de reação do demandado deve ser vista como sinal de inconformidade com a decisão concessiva,

> [...] capaz de determinar o prosseguimento do processo não apenas para a discussão do caso, mas para que o autor se desincumba do ônus de provar as alegações de fato que foram admitidas como prováveis[53].

Consentir com esse entendimento é também respeitar os princípios constitucionais da celeridade, economia processual, contraditório e ampla defesa. Ao ampliar os meios de irresignação do réu contra a tutela antecipada, há o desestímulo à interposição de recursos e ao ajuizamento da ação autônoma do artigo 304, § 2º, do CPC/2015, de

49 Nesse sentido: "considerado o ato como não praticado, estabiliza-se a tutela antecipada em vista da preclusão temporal. Não há prejuízo, por outro lado, para que o prejudicado, de imediato, já ajuíze a ação referida no artigo 304, § 2º, do CPC/2015, tudo em vista de buscar a cessação dos efeitos da tutela antecipada estabilizada". (GAJARDONI, Fernando da Fonseca [*et. al.*]. *Teoria geral do processo*: comentários ao CPC 2015: parte geral. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 1177.)

50 BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*: volume único. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 413.

51 *Ibidem*.

52 Sobre o comportamento das partes: "Conforme visto, tanto a vontade do autor como do réu são capazes de, isoladamente, afastar a aplicação do art. 304 do Novo CPC. Ao autor basta manifestação expressa nesse sentido e ao réu basta se insurgir contra a decisão concessiva de tutela antecipada". (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*: volume único. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 454.)

53 MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela de evidência*. 2. ed. rev. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 234.

modo a evitar sobrecarga desnecessária aos Tribunais e demais juízos.

A função do recurso nada mais é que refutar o direito antecipado e provisoriamente concedido. Entretanto, nada impede que o demandado não queira questionar a antecipação da tutela, mas ao mesmo tempo, não aceite a estabilidade da mesma e queira discutir o direito em cognição exauriente. Assim, por exemplo, poderia apresentar apenas contestação e prosseguir com a demanda para buscar a prestação jurisdicional de mérito definitiva.

Ademais, o artigo 304 exige tão somente a interposição do respectivo recurso, sendo desnecessário o seu provimento para obstar a estabilização. Logo, resta nítido que o recurso tem – em princípio – a única finalidade de demonstrar a irresignação do réu e o desejo de prosseguir com a demanda. Aceitar outras formas como capazes de impugnar a estabilização nos conduz à mesma finalidade.

Cabe levantar mais uma questão. Há situações em que a tutela antecipada é indeferida pelo Juízo de primeiro grau, o requerente apresenta recurso e a decisão é reformada pelo Tribunal. Como obstar a estabilização nestes casos?

Importante destacar que o entendimento da visão ampliativa é aplicável em qualquer instância. Logo, qualquer ato praticado pelo réu demonstrando sua contrariedade à decisão impedirá a estabilização da tutela, seja na primeira instância ou na segunda, seja através de agravo interno ou mera petição. O essencial é que, de alguma forma, demonstre sua insatisfação com o deferimento do pedido do autor.

Além de Cássio Scarpinella Bueno e Luiz Guilherme Marinoni[54], acima citados, outros também compartilham desse posicionamento como: Daniel Mitidiero[55], Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer[56], Fredie Didier Júnior[57], Fernando da Fonseca Gajardoni, Luiz Dellore, Andre Vasconcelos Roque e Zulmar Duarte de Olliveira Júnior[58] e Daniel Amorim Assumpção Neves[59].

4.3 Visão jurisprudencial

A fim de finalizar os estudos e ter a visão mais ampla possível sobre a questão, destaco que, assim como entre os doutrinadores, também não há consenso na jurisprudência.

Um dos recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça decidiu que:

> [...] a apresentação de contestação não tem o condão de afastar a preclusão decorrente da não utilização do instrumento processual adequado – o agravo de instrumento[60].

54 *Ibidem* , p. 234.

55 "Essa solução tem a vantagem de economizar o recurso de agravo e de emprestar a devida relevância à manifestação de vontade constante da contestação ou do intento de comparecimento à audiência". (MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 146.)

56 CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 547-551.

57 "Embora o art. 304 do CPC fale apenas em não interposição de recurso, a inércia que se exige para a estabilização da tutela antecipada vai além disso: é necessário que o réu não se tenha valido de recurso nem de nenhum outro meio de impugnação da decisão (ex.: suspensão de segurança ou pedido de reconsideração, desde que apresentados no prazo de que dispõe a parte para recorrer)". (DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 689-691.)

58 GAJARDONI, Fernando da Fonseca [*et. al.*]. *Teoria geral do processo*: comentários ao CPC 2015: parte geral. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 1175.

59 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*: volume único. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 449-458.

60 STJ, Primeira Turma, REsp 1.797.365/RS, Relatora para o Acórdão Ministra Regina Helena Costa, DJE 22/10/2019.



Fonte: https://unafisconacional.org.br/

O tema em debate no recurso especial era definir se a apresentação de contestação pelo réu seria capaz de coibir a estabilização.

No voto vencedor, a Senhora Ministra Regina Helena Costa argumentou que entender pela interpretação ampliativa do artigo 304 caracterizaria o alargamento da hipótese prevista para tal fim, acarretando o esvaziamento do instituto e a inobservância da preclusão determinada. Ademais, os meios de defesa possuem finalidade específica,

> [...] não se revelando coerente a utilização de meio processual diverso para evitar a estabilização, porque os institutos envolvidos – agravo de instrumento e contestação – são inconfundíveis.

Destacou, ainda, que essa seria a intenção do legislador pois, durante a tramitação legislativa do CPC/2015, optou-se por abandonar expressão mais ampla ("não havendo impugnação"[61]), por mais restrita ("não for interposto o respectivo recurso") para a ocorrência da estabilização. Desse modo, segundo a Senhora Ministra:

> [...] a interpretação ampliada do conceito, efetuada pelo tribunal de origem, caracterizaria indevida extrapolação da função jurisdicional[62].

Contudo, na análise deste julgado, também merecem destaque os argumentos trazidos pelo Senhor Ministro Relator Sérgio Kukina, em seu voto vencido. Para ele, aceitar a apresentação de contestação como meio de ilidir a estabilização estaria

> [...] em compasso com a aplicação dos princípios da economia, da celeridade e da efetividade processual[63].

A decisão acima mencionada contrariou o precedente firmado anteriormente pelo REsp nº 1.760.966/SP, em que a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu que:

> [...] a estabilização somente ocorrerá se não houver qualquer tipo de impugnação pela parte contrária[64].

A controvérsia discutida naquele feito consistia em saber se poderia o Juízo de primeiro grau, após analisar a contestação apresentada, reconsiderar a decisão concessiva de tutela antecipada, apesar da ausência de interposição de agravo de instrumento.

O Senhor Ministro Relator Marco Aurélio Bellizze votou pela leitura extensiva do artigo 304 do CPC/2015, tomando como base uma interpretação sistemática e teleológica do instituto da estabilização. Também frisou que entender o contrário não se revela razoável pois estimularia a interposição de inúmeros agravos, lotando desnecessariamente os Tribunais.

61 BRASIL. Anteprojeto do Código de Processo Civil de 2015. Artigo 288, § 2º.

62 STJ, Primeira Turma, REsp 1.797.365/RS, Relatora para o Acórdão Ministra Regina Helena Costa, DJE 22/10/2019.

63 *Ibidem*.

64 STJ, Terceira Turma, REsp 1.760.966/SP, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJE 07/12/2018.

Como visto, existem precedentes antagônicos em um mesmo órgão jurisdicional. Destarte, se o próprio Superior Tribunal de Justiça ainda não possui entendimento pacificado acerca da questão, o mesmo ocorre nas instâncias inferiores. Como exemplos, enquanto no Tribunal de Justiça de São Paulo os julgados mais recentes afirmam que "a estabilização da lide somente pode ocorrer se não houver qualquer tipo de impugnação pela parte contrária"[65], no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, por outro lado, aceita-se a estabilização da tutela apenas quando a parte ré tenha se insurgido pela via recursal adequada[66].

Então qual dos entendimentos deveria prevalecer?

Previamente, destaco que os julgados do Superior Tribunal de Justiça apresentados são apenas Recursos Especiais, proferidos em casos individuais e que, portanto, não integram nenhuma das hipóteses de precedentes elencadas no artigo 927 do CPC/2015. Todavia, enquanto não pacificada a matéria, mantenho o posicionamento já exposto neste estudo, de modo a aceitar qualquer ato processual do réu como capaz de impedir a estabilização da decisão concessiva da tutela antecipada.

Por conseguinte, nos resta aguardar a uniformização da jurisprudência, com a definição da interpretação mais apropriada ao artigo 304, de modo a torná-lo de acordo com a sistemática pregada pelo CPC/2015.

5 Considerações finais

O presente artigo teve por escopo a análise e estudo das tutelas provisórias e, mais especificamente, a concessão da tutela antecipada requerida em caráter antecedente e os meios de impugnação capazes de afastar sua eventual estabilização.

A partir da análise do regramento do gênero das tutelas provisórias no CPC/2015, foi possível concluir que o legislador, com a unificação dos procedimentos, buscou oferecer maior efetividade e celeridade às demandas. Outro exemplo foi a criação da forma de requerimento antecedente para as tutelas de urgência, ao passo que permitiu – através apenas de uma petição inicial com exposição sumária – pleitear a antecipação do provimento buscado.

O CPC/2015 também inovou na ordem jurídica ao trazer a possibilidade de estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente. Esse instituto jurídico, formado a partir da postura comissiva do autor e omissiva do réu, também trouxe questionamentos acerca da sua aplicação. O maior deles, sem dúvidas, diz respeito à postura do demandado.

O dispositivo legal que trata do tema parece claro, em um primeiro momento, mas possibilita mais de uma interpretação, principalmente ao se analisar sistematicamente o diploma processual.

Demonstrados os dois posicionamentos existentes, além de como os Tribunais têm se manifestado sobre a questão, foi possível concluir que a defesa de uma interpretação extensiva da legislação processual se mostra a mais adequada, uma vez que: (i) respeita o desejo do réu de que a marcha processual prossiga normalmente com a discussão do direito ali pleiteado; (ii) garante o cumprimento dos

65 TJ/SP, Câmara Especial, Apelação Cível 1016280-06.2019.8.26.0344, Relatora Daniela Maria Cilento Morsello, data do julgamento: 28/10/2020, data de registro: 28/10/2020; TJ/SP, 25ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível 1109156-67.2018.8.26.0100, Relator Almeida Sampaio, data do julgamento: 03/09/2020, data de registro: 08/09/2020.

66 TJ/MG, Primeira Câmara Cível, Apelação Cível 1.0372.17.000523-8/001, Relator Edgard Penna Amorim, data do julgamento: 12/03/2018, data de publicação: 16/03/2018; TJ/MG, 1ª Câmara Cível, Apelação Cível 1.0372.16.004022-9/001, Relator Alberto Vilas Boas, data do julgamento: 04/12/2018, data de publicação: 12/12/2018; TJ/MG, 1ª Câmara Cível, Apelação Cível 1.0372.17.001628-4/001, Relator Washington Ferreira, data do julgamento: 12/02/2019, data de publicação: 18/02/2019.

preceitos constitucionais da celeridade, economia processual, contraditório e ampla defesa; (iii) cumpre com a finalidade da norma, e; (iv) evita o acúmulo de recursos nos Tribunais de Justiça de todo o país, os quais já se encontram demasiadamente sobrecarregados.

Contudo, considerando que ainda não há consenso sobre o tema, a melhor postura a ser adotada é a interposição do recurso cabível contra a decisão. Isto enseja maior segurança jurídica, bem como evita depender de interpretação favorável do Juízo competente.

Referências

ALVAREZ, Anselmo Prieto. Uma visão geral da tutela provisória no NCPC. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 82, julho/dezembro 2015.

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*: teoria do processo e processo de conhecimento. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*: volume único. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca [*et. al.*]. *Teoria geral do processo*: comentários ao CPC 2015: parte geral. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela de evidência*. 2. ed. rev. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*: volume único. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Tutela antecipada antecedente*: estabilização. *In*: BUENO, Cassio Scarpinella; OLIVEIRA NETO, Olavo de (Coord. de tomo). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Tomo: Processo Civil. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/192/edicao-1/tutela-antecipada-antecedente:-estabilizacao. Acesso em: 28 nov. 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil* – vol. I: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento. – 60. ed. 2. reimpr. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

VALIM, Pedro Losa Loureiro. Référé francês e o instituto da estabilização da tutela antecipada. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5216, 12 out. 2017. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/60593. Acesso em: 9 jan. 2021.

O avanço legislativo no combate à improbidade administrativa: autorização de termo de ajustamento de conduta e ampliação da tutela da moralidade administrativa no ordenamento jurídico



Emanuelle Cristine Souza e Silva

Técnica Judiciária da Justiça Federal de São Paulo, lotada na Subseção Judiciária de São Vicente. Foi advogada integrante do Programa de Apoio ao Recém-Formado no Escritório Escola da Universidade Federal de Juiz de Fora (Minas Gerais). Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (Minas Gerais).

RESUMO: O presente artigo discorre sobre a evolução da tutela dos direitos metaindividuais, principalmente a moralidade administrativa, a partir da promulgação da Lei nº 8.429/1992. Pondera, ainda, a criação de um microssistema de tutela de direitos coletivos e as alterações advindas da Lei nº 13.964/2019. Analisa, sobretudo, a modificação do § 1º do antigo artigo 17 da Lei nº 8.429/1992, a qual passou a viabilizar a celebração de acordo de não persecução civil no âmbito da improbidade administrativa, inclusive apresentando as recentes alterações introduzidas pela Lei nº 14.230/2021[1] nesse aspecto. Demonstra, assim, como a compatibilidade da referida celebração de acordo com a evolução do ordenamento jurídico brasileiro significou um avanço na proteção da probidade administrativa, vez que os meios alternativos de solução de conflitos se mostram como meios propícios para a satisfação do interesse público.

PALAVRAS-CHAVE: Tutela de Direitos Metaindividuais. Improbidade administrativa. Meios alternativos de solução de conflitos. Interesse público.

1 A Lei nº 14.230/2021, sancionada no dia 25 de outubro de 2021, revogou o artigo 17, § 1º, da Lei nº 8.429/1992, mas inseriu o artigo 17-B, o qual manteve a previsão do acordo de não persecução civil, continuando com a possibilidade de termo de ajustamento de conduta nas ações de improbidade administrativa.

ABSTRACT: This article intends to discuss the evolution of the protection of meta-individual rights, especially administrative morality, since the emergence of Law No. 8.429/1992. It also considers the creation of a microsystem for the protection of collective rights and the changes resulting from Law No. 13.964/2019. Especially, the amendment to § 1º of art. 17 of Law No. 8.429/1992, recently revoked by law No. 14.230/2021, which made the execution of a civil non-prosecution agreement feasible within the scope of improbity. This possibility of entering into an agreement is compatible with the evolution of the Brazilian legal system with regard to the protection of administrative probity, since alternative means of resolving conflicts are efficient to be conducive to the satisfaction of the public interest.

KEYWORDS: Protection of meta individual rights. Administrative dishonesty. Alternative means of conflict resolution. Public interest.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 O Estado Democrático de Direito e a tutela dos direitos metaindividuais. 3 Lei nº 8.429/1992 e o avanço legislativo para o combate à improbidade administrativa. 3.1 Preservação da probidade administrativa e os macrodesafios do Poder Judiciário. 3.2 A relevância do microssistema da tutela coletiva no combate à improbidade administrativa. 3.3 Aspectos positivos decorrentes da alteração do antigo artigo 17, § 1º, da Lei nº 8.429/1992. 4 Conclusão. Referências.

1 Introdução

Dentre as inúmeras transformações advindas da Constituição Federal de 1988, importante ressaltar o destaque conferido à Administração Pública, prevendo em seu Capítulo VII do Título III, especificamente em seu artigo 37, *caput*, princípios que devem nortear a atuação dos administradores públicos.

Com a promulgação dessa Constituição de caráter essencialmente democrático, o cidadão pôde contar com poderosos instrumentos na luta por um governo probo. De fato, a confiança pública dos governados nos governantes ou administradores é uma das chaves do sistema democrático contemporâneo.

Ter uma administração honesta é um direito constitucionalmente garantido e o desvirtuamento dessas ideias gera "corrupção administrativa" e afronta os princípios nucleares do Estado Democrático de Direito.

Por isso, reprimir juridicamente a improbidade administrativa é, sem dúvida, tarefa aliada à incessante busca de concretizar as normas e princípios constantes na Constituição Federal.

Nesse sentido, Sundfeld e Câmara conceituam improbidade como:

> [...] Espécie do gênero imoralidade administrativa, qualificada pela desonestidade de conduta do agente público, mediante a qual este se enriquece ilicitamente, obtém vantagem indevida, para si ou para outrem, ou causa dano ao Erário. É essa qualificadora da imoralidade administrativa que aproxima a improbidade administrativa do conceito de crime, não tanto pelo resultado, mas principalmente pela conduta, cuja índole

de desonestidade manifesta a devassidão do agente[2].

A Lei nº 8.429/1992 (LIA) disciplinou e regulamentou o artigo 37, § 4º, da CF/88. Constam dessa lei federal a tipificação dos atos de improbidade administrativa e as sanções que afetam direitos fundamentais dos acusados, na perspectiva de proteção a certos valores relacionados a variáveis graus de honestidade e eficiência no setor público.

Frise-se que a moralidade administrativa, a proteção ao patrimônio público e outros direitos desses dois decorrentes, que se vinculam à Administração Pública, não pertencem a um indivíduo isoladamente, mas integram o rol dos direitos coletivos, também denominados de metaindividuais.

Ciente das novas exigências impostas por uma sociedade de massas, o Poder Público conferiu legitimidade a alguns entes para propor ações coletivas, as quais objetivam tornar mais eficaz a tutela jurisdicional destes interesses, afinal, restaria impossível se fosse necessária a manifestação, em juízo, de todos os beneficiários do interesse difuso.

O sistema processual brasileiro dispõe de instrumentos para garantir uma tutela ampla e efetiva aos direitos metaindividuais. Nesse sentido, saliente-se as seguintes leis: nº 4.717/1965 (Lei da Ação Popular); nº 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública), nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) e nº 8.429/1992 (Lei da Improbidade Administrativa).

Na medida em que a sociedade evoluiu, surgiram novos tipos de conflitos e, inevitavelmente, o ordenamento jurídico teve o dever de acompanhar essa evolução no sentido de tutelar os direitos e deveres envolvidos, seja essa tutela do ponto de vista material ou processual.

Para que haja um efetivo acesso à justiça no Brasil, deve haver instrumentos normativos que assegurem a efetiva proteção dos direitos metaindividuais, bem como a defesa coletiva de direitos individuais homogêneos.

No presente trabalho serão abordados, além do conceito de improbidade administrativa, os mecanismos legais e processuais existentes atualmente no ordenamento jurídico brasileiro, particularmente os meios alternativos de solução de conflitos nas ações desta natureza. Ressaltando, ademais, outros diplomas legislativos importantes sobre o tema e, principalmente, a alteração do antigo artigo 17, § 1º, da LIA, advinda da Lei nº 13.964/2019, recentemente revogado pela Lei nº 14.230/2021, a qual transferiu a disciplina do mesmo tema para o artigo 17-B da LIA.

2 O Estado Democrático de Direito e a tutela dos direitos metaindividuais

O Estado Democrático de Direito é ao mesmo tempo um princípio constitucional (contemplado no art. 1º da CF/88) e a própria ordem que resulta da aplicação desse princípio. Há muito tempo, não cabe mais sustentar a ideia de que os princípios descritos na Constituição são normas tão somente programáticas, sem eficácia normativa. Ao contrário, hoje, tais princípios merecem destaque na aplicação e interpretação das normas que compõem o ordenamento jurídico.

Atualmente, o Estado tem um grande desafio de se reestruturar para diminuir as desigualdades e injustiças sociais. A sua atuação não deve ser voltada somente para o indivíduo unicamente ou para um grupo, mas para a comunidade, educando-a, conscientizando-a, além de preservar a dignidade da pessoa humana em todos os aspectos da

2 SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Improbidade administrativa de dirigente de empresa estatal. *Revista Síntese Direito Administrativo*. Edição Especial "25 Anos da Lei de Improbidade Administrativa". São Paulo, ano 12, n. 141, set. 2017, p. 134.

vida – econômico, político, jurídico, moral e biológico – e abrir igualmente as portas para a participação popular, como fator de sua legitimação político-democrática.

Segundo Gregório Assagra:

> [...] a doutrina aponta como princípios do Estado Democrático de Direito: a) constitucionalidade, que se expressa pela vinculação do Estado a uma Constituição; b) organização democrática da sociedade, consistente na preservação da liberdade de participação social e política dos cidadãos e das entidades sociais emergentes; c) sistema garantista de direitos fundamentais individuais e coletivos; d) justiça social; e) igualdade, não apenas formal, mas, necessariamente material; f) divisão de poderes ou de funções; g) legalidade, especialmente para exclusão do arbítrio e da prepotência; h) segurança e certezas jurídicas. Pode ainda ser acrescentado: i) o princípio da máxima prioridade na proteção e efetivação dos direitos transindividuais, no sentido de que o Estado, em todos os seus níveis, deve dar prioridade aos direitos sociais fundamentais da sociedade, como os relacionados ao meio ambiente, ao patrimônio público, cultural, cuja violação e falta de proteção, pelas consequências sociais produzidas, retiram o verdadeiro valor substancial da democracia e deslegitima, pela omissão, a atuação estatal[3].

Sobreleva destacar que, no Estado Democrático de Direito, a proteção aos direitos coletivos é prioridade e condição de legitimidade desse mesmo Estado, e o direito processual coletivo é importante como instrumento de transformação da realidade social que se volta à ordem jurídica constitucional democrática.

O Estado não pode criar obstáculos à proteção desses direitos; ao contrário, tem que atuar para viabilizá-los, seja aperfeiçoando a legislação para ampliar o campo de seu reconhecimento, seja administrando com a atenção voltada para sua efetivação, seja tornando a Justiça realmente efetiva na sua apreciação.

Nesse sentido, a criação da Lei nº 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública) teve sua relevância por trazer mecanismos de proteção específicos para a tutela dos direitos coletivos, com atribuição de legitimidade a órgãos e entidades específicas.

A Constituição Federal de 1988 ampliou a proteção aos direitos coletivos, uma vez que teria abarcado implicitamente a proteção extrajudicial de direitos metaindividuais, o que segundo a autora Geisa de Assis Rodrigues[4] é decorrência dos princípios democrático e do amplo acesso à justiça.

Com isso, o Estado demonstrou preocupar-se em proteger os direitos metaindividuais não somente pela via judicial, mas também se valer da tutela extrajudicial para garanti-los.

Conforme exposto anteriormente, a garantia dos direitos coletivos é prioridade em relação aos direitos individuais no Estado Democrático de Direito, sendo certo que a tutela de direitos tais como meio ambiente, patrimônio público, moralidade administrativa e outros de natureza coletiva deve ter primazia.

O direito processual coletivo é instrumento de tutela dos direitos coletivos fundamentais da sociedade. Através dele, resolve-se um grande conflito social e se evita a proliferação, não muito desejada, de demandas individuais, bem como o surgimento de decisões conflitantes.

3 ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo*: um novo ramo do direito processual. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 57.

4 RODRIGUES, Geisa de Assis. Ação *civil pública e termo de ajustamento de conduta*: teoria e prática. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.103.

Essa relevância dos direitos coletivos é consequência da supremacia do interesse social sobre o individual. O interesse social, presente nas ações coletivas, impõe efetividade do processo coletivo.

Com efeito, por força da máxima efetividade dos direitos metaindividuais, até mesmo o Poder Judiciário tem, no direito processual coletivo, uma atuação diferenciada daquela que é verificada nas ações individuais, de modo que os magistrados têm poderes mais amplos, podem atuar independentemente da iniciativa das partes, sempre tendo por fim a efetividade das demandas coletivas.

3 Lei nº 8.429/1992 e o avanço legislativo para o combate à improbidade administrativa

Atualmente, no Brasil, há um verdadeiro clamor popular no sentido de coibir os atos que atentem contra os valores públicos e evitem o uso da administração em proveito pessoal.

A Constituição Federal de 1988 destinou o Capítulo VII do Título III à Administração Pública, especificando no artigo 37, § 4º, algumas medidas a serem aplicadas aos agentes públicos pela prática de atos de improbidade administrativa.

Com o advento da LIA, houve a regulamentação do dispositivo acima mencionado, de modo que os atos de improbidade foram classificados e os agentes públicos responsáveis por tais práticas passaram a sofrer as sanções descritas na lei.

Para tanto, os atos de improbidade administrativa estão previstos nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA e disciplinam, respectivamente, enriquecimento ilícito, a lesão aos cofres públicos e os atos que atentam contra os princípios administrativos.

O fundamento constitucional de punição aos que cometem atos de improbidade administrativa encontra-se, como se disse, no artigo 37, § 4º, da CF, do qual consta que tais atos:

> Art. 37. [...]
> § 4º. [...] importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Observa-se que as sanções previstas na Constituição e na LIA devem ser aplicadas através de sentença civil de mérito que julga procedente o pedido na ação de improbidade administrativa.

É incontestável que a promulgação da Carta Constitucional de 1988 e, posteriormente, da LIA impulsionaram modificações no cenário social, principalmente no que tange à atuação dos agentes públicos e o controle, realizado pela sociedade, dos atos praticados pela Administração Pública.

Deveras, a sociedade, incentivada por uma atuação mais concreta do Ministério Público juntamente com o Poder Judiciário no combate à improbidade, começou a se conscientizar que possui o direito público subjetivo a uma administração honesta, exigindo de fato dos administradores condutas condizentes com os princípios explicitados no artigo 37 da CF/88.



Fonte: www.uol.com.br

3.1 Preservação da probidade administrativa e os macrodesafios do Poder Judiciário

A moralidade administrativa, entendida como exigência de um Estado Democrático de Direito, é um direito difuso, ou seja, está inserida entre os direitos metaindividuais. Dada essa característica, deve ter sua tutela ampliada, senão ao menos priorizada em relação à tutela de direitos fundamentais simples, quais sejam os individuais. Por isso, não devem ser admitidas quaisquer restrições à esfera de proteção da probidade administrativa.

O assunto é tão relevante que se encontra entre os grandes temas, ou mesmo problemas-chave, assinalados nos macrodesafios do Poder Judiciário, desenvolvidos pelo Conselho Nacional de Justiça, os quais:

> [...] serão objeto de atuação sistêmica dos tribunais e conselhos de justiça para aprimoramento dos serviços judiciais[5].

Sendo importante esclarecer que o macrodesafio "enfrentamento à corrupção, à improbidade administrativa e aos ilícitos eleitorais" refere-se a:

> [...] um conjunto de atos que visem à proteção da coisa pública, à lisura nos processos eleitorais, à preservação da probidade administrativa e à persecução dos crimes contra a administração pública e eleitorais, entre outros. Para tanto, deve-se priorizar a tramitação dos processos judiciais que tratem do desvio de recursos públicos e de improbidade e de crimes eleitorais, além de medidas administrativas relacionadas à melhoria do controle e fiscalização do gasto público no âmbito do Poder Judiciário[6].

Nesta seara, foi realizada pelo Conselho Nacional de Justiça uma consulta pública que teve como objetivo:

> [...] colher a opinião dos cidadãos, magistrados, servidores, advogados e demais membros da sociedade que desejam contribuir sobre as propostas de Macrodesafios da Estratégia Nacional do Poder Judiciário para o ciclo 2021-2026. A pesquisa foi realizada por meio eletrônico entre os dias 23 de setembro a 6 de outubro de 2019 e divulgada nos meios de comunicação do CNJ e dos tribunais. No total, foram contabilizadas 2.029 manifestações[7].

O gráfico abaixo retrata a relevância para a sociedade de existência de práticas de enfretamento ao combate às condutas ímprobas e ilícitos eleitorais[8].

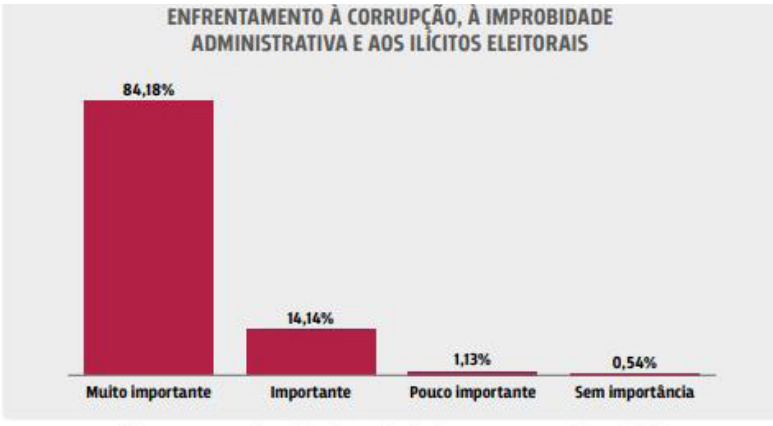


Gráfico 3 – Como você avalia a importância do tema para o Poder Judiciário?

Fonte: www.cnj.jus.br

Nesse sentido, não é de estranhar o motivo pelo qual o ordenamento jurídico caminha cada vez mais para aperfeiçoar a tutela de uma administração proba e a proteção dos bens e interesses públicos.

5 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Consulta pública* - Macrodesafios do Poder Judiciário para 2021-2026. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/02/Relatorio_consulta_publica_macrodesafios_2020_01_15.pdf. Acesso em: 28 mar. 2021.

6 *Ibidem.*

7 *Ibidem.*

8 *Ibidem.*

3.2 A relevância do microssistema da tutela coletiva no combate à improbidade administrativa

Na época da sua promulgação, a LIA era um diploma mais isolado na defesa da moralidade administrativa e do patrimônio público. Porém, atualmente, tal lei ordinária integra o que a doutrina identifica como microssistema de enfrentamento à corrupção, formado por normas e princípios constitucionais, convenções internacionais anticorrupção e numerosos textos infraconstitucionais.

Sobre o microssistema, Queiroz aduz:

> [...] Um fato de corrupção faz incidir uma gama de normas jurídicas constantes do microssistema anticorrupção, relativa ao direito sancionador, com diversas consequências jurídicas no âmbito criminal, da responsabilidade política, da improbidade administrativa, da infração administrativo-disciplinar e, agora, da nova Lei Anticorrupção[9].

Neste sentido, ainda, Melo confirma a existência do microssistema, acrescentando os dispositivos que o integram:

> [...] É possível afirmar a existência de um microssistema de combate à corrupção ou de promoção da integridade pública, composto, além da Constituição e da Lei de Improbidade, por Tratados Internacionais e dispositivos tais como os capítulos do Código Penal que tratam dos crimes contra a Administração Pública e contra as Finanças Públicas, as Lei do Impeachment e dos Crimes de Prefeitos, a Lei das Inelegibilidades, as normas do Estatuto do Servidor que tratam do regime e do processo disciplinar, a Lei das Eleições e, recentemente, as Leis do Conflito de Interesses e Lei Anticorrupção ou Lei da Empresa Limpa[10].

Por fim, Uryn leciona que:

> [...] Esse microssistema não se encontra unificado num único diploma. Pelo contrário, ele está espalhado por uma miríade de leis e código os mais diversos. Temos desde disposições contidas no Código Penal, passando pelo Estatuto dos Servidores (Lei nº 8.112/1990), Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1993), Lei nº 8.666/1993, Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/2000), Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.529/2011), Lei do CADE (Lei nº 12.529/2011) até chegarmos à Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013)[11].

Dessa forma, conclui-se que a doutrina é uníssona ao reconhecer a existência de um microssistema específico no ordenamento jurídico brasileiro — composto por uma rede normativa que opera de forma autônoma e que, ao mesmo tempo, interage e se completa —, cujo propósito visa proteger a Administração Pública, as suas instituições, a probidade e a moralidade administrativa.

9 QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. Núcleos de combate à corrupção: um novo arranjo institucional para uma atuação ministerial eficiente. *In*: BRASIL. Ministério Público Federal. 5. Câmara de Coordenação e Revisão. *Coletânea de artigos*: avanços e desafios no combate à corrupção após 25 anos de vigência da Lei de Improbidade Administrativa. Brasília: MPF, 2018, p. 125.

10 MELO, Leonardo Augusto Santos. Improbidade, convênios e terceiro setor: o particular que gere recursos públicos e sua responsabilização por improbidade administrativa. *In*: BRASIL. Ministério Público Federal. 5. Câmara de Coordenação e Revisão. *Coletânea de artigos*: avanços e desafios no combate à corrupção após 25 anos de vigência da Lei de Improbidade Administrativa. Brasília: MPF, 2018, p. 86.

11 URYN, André. A modelagem do contrato de obra pública como instrumento de combate à corrupção. *Revista Síntese Direito Administrativo*. Edição Especial "25 Anos da Lei de Improbidade Administrativa". São Paulo, ano 12, n. 141, set. 2017, p. 238.

3.3 Aspectos positivos decorrentes da alteração do antigo artigo 17, § 1º, da Lei nº 8.429/1992[12]

Consoante já mencionado anteriormente, a probidade administrativa está inserida no rol dos direitos coletivos, razão pela qual a sua tutela deve ser ampliada, priorizada em relação à tutela dos direitos individuais. Sendo assim, não deve se admitir qualquer tipo de restrição à esfera de proteção a esse direito em questão.

Todavia, um dos pontos discutíveis na LIA era a vedação prevista na redação original do antigo § 1º do seu artigo 17, a saber:

> Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.
> § 1º. É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o *caput*.

Conforme transcrito, a redação original do § 1º do artigo 17 da LIA vedava a transação nas ações de responsabilização civil dos agentes públicos em caso de enriquecimento ilícito.

Muito se discutia na doutrina que:

> [...] a redação primitiva do § 1º do artigo 17 da Lei 8.429/92 encontrava-se na contramão das evoluções legislativas do país, as quais expressamente passaram a admitir instrumentos de consensualidade administrativa na prevenção e solução de litígios, tais como os termos de ajuste de conduta (TAC), os termos de ajustamento de gestão (TAG), os acordos substitutivos (AS) e outros métodos de solução de controvérsia baseados no princípio da consensualidade (preâmbulo e art. 4º, VII da Constituição)[13].

Os defensores da regra legal então existente argumentavam que, em face do princípio da indisponibilidade do interesse público, a pessoa jurídica vítima do ato ímprobo ou o Ministério Público não poderiam transacionar ou dispor do patrimônio público por não serem os titulares do direito material, o qual pertence ao povo (CF, art. 1º, parágrafo único).

Por outro lado, alguns entendiam que houvera a revogação tácita da regra acima. Eles argumentavam que o artigo 17, § 1º, da LIA tinha sido tacitamente revogado, por causa de uma nova leitura que se fez da indisponibilidade do interesse público primário.

Isso porque houve uma sucessão de diversas leis que estimularam o Direito Negocial ou solução negociada nos âmbitos penal, civil e administrativo.

Tais leis ensejaram um confronto acerca de tal disposição, de modo a proporcionar uma revisão sobre a interpretação de tal vedação, no contexto da tutela metaindividual.

Entre essas leis, cabe destaque à Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), que trouxe previsão sobre o acordo de leniência (art. 16, *caput* e incisos), com a finalidade de permitir acordos de colaboração do Poder Público com pessoas jurídicas responsáveis pela prática de atos previstos naquela lei contra a Administração Pública.

Em seguida, a Lei das Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/2013) disciplinou o instituto da colaboração premiada.

12 A versão original do presente artigo foi escrita antes da promulgação da Lei nº 14.230/2021, a qual revogou o artigo 17, § 1º, da nº Lei 8.429/1992. Todavia, o novo diploma legal dispôs no artigo 17-B e parágrafos sobre permissão e requisitos do acordo de não persecução civil nas ações de improbidade administrativa.

13 FERRAZ, Luciano. Acordos de não persecução na improbidade administrativa – o início, o fim e o meio. *Consultor Jurídico*, 09 abr. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-abr-09/interesse-publico-acordos-nao-persecucao-civel-improbidade-administrativa. Acesso em: Acesso em: 21 jan. 2019.

Não obstante tais normas, na época, não tenham, de forma expressa, revogado o artigo 17, § 1º, da LIA, é notório que disciplinaram o mesmo tema, qual seja, a possibilidade de formalização do acordo, de forma diversa, opondo-se à vedação estabelecida no artigo mencionado.

Cabe destacar, ainda, que o novo Código de Processo Civil de 2015 passou a prever institutos de autocomposição de conflitos, em clara busca por celeridade, simplicidade e dinamicidade na solução dos conflitos existentes.

Sob a perspectiva do direito sancionador, a negociação traz reflexo positivo na concretização do interesse público, pois não exime o agente ímprobo da obrigação de ressarcimento integral do dano causado pela conduta ilícita, ao mesmo tempo em que viabiliza a aplicação imediata das sanções previstas em lei, na medida necessária e suficiente para sua prevenção e repressão, em ordem a afirmar o direito à probidade administrativa no caso concreto e assegurar sua efetividade, provavelmente de um modo mais célere e implementável do que seria alcançado caso fosse aguardado todo o transcurso da ação civil de improbidade necessária à sua aplicação.

Nesse prisma, a Lei nº 13.964/2019, conhecida como "Pacote Anticrime", inovou na seara penal e impactou de forma significativa no âmbito da improbidade administrativa, pois, com a promulgação deste diploma legal, o § 1º do artigo 17 da LIA passou a vigorar com os seguintes termos:

> Art. 17. [...]
> § 1º. As ações de que trata este artigo admitem a celebração de acordo de não persecução cível, nos termos desta Lei.

De maneira complementar, houve, ainda, a inclusão do § 10-A no artigo 17 da LIA, que dispõe:

> Art. 17. [...]
> § 10-A. Havendo a possibilidade de solução consensual, poderão as partes requerer ao juiz a interrupção do prazo para a contestação, por prazo não superior a 90 (noventa) dias.

Essas alterações legislativas passaram a autorizar expressamente os meios alternativos de solução de conflitos no âmbito da improbidade administrativa, com a possibilidade de celebração de acordos de não persecução civil.

Atualmente, com a promulgação da Lei nº 14.230/2021, o artigo 17, § 1º, foi revogado, mas referido diploma legal inseriu na LIA o artigo 17-B, no qual consta detalhadamente a permissão e os requisitos necessários para a formalização do acordo de não persecução civil nas ações de improbidade. Assim dispõe:

> Art. 17-B. O Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução civil, desde que dele advenham, ao menos, os seguintes resultados:
> I - o integral ressarcimento do dano;
> II - a reversão à pessoa jurídica lesada da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados.
> § 1º A celebração do acordo a que se refere o *caput* deste artigo dependerá, cumulativamente:
> I - da oitiva do ente federativo lesado, em momento anterior ou posterior à propositura da ação;
> II - de aprovação, no prazo de até 60 (sessenta) dias, pelo órgão do Ministério Público competente para apreciar as promoções de arquivamento de inquéritos civis, se anterior ao ajuizamento da ação;
> III - de homologação judicial, independentemente de o acordo ocorrer antes ou depois do ajuizamento da ação de improbidade administrativa.
> § 2º Em qualquer caso, a celebração do acordo a que se refere o *caput* deste artigo considerará a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do ato de improbidade, bem como as vantagens, para o interesse público, da rápida solução do caso.

> § 3º Para fins de apuração do valor do dano a ser ressarcido, deverá ser realizada a oitiva do Tribunal de Contas competente, que se manifestará, com indicação dos parâmetros utilizados, no prazo de 90 (noventa) dias.
> § 4º O acordo a que se refere o *caput* deste artigo poderá ser celebrado no curso da investigação de apuração do ilícito, no curso da ação de improbidade ou no momento da execução da sentença condenatória.
> § 5º As negociações para a celebração do acordo a que se refere o *caput* deste artigo ocorrerão entre o Ministério Público, de um lado, e, de outro, o investigado ou demandado e o seu defensor.
> § 6º O acordo a que se refere o *caput* deste artigo poderá contemplar a adoção de mecanismos e procedimentos internos de integridade, de auditoria e de incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica, se for o caso, bem como de outras medidas em favor do interesse público e de boas práticas administrativas.
> § 7º Em caso de descumprimento do acordo a que se refere o *caput* deste artigo, o investigado ou o demandado ficará impedido de celebrar novo acordo pelo prazo de 5 (cinco) anos, contado do conhecimento pelo Ministério Público do efetivo descumprimento.

Essa nova concepção está em consonância com a evolução do ordenamento jurídico brasileiro concernente à proteção da probidade administrativa e se apresenta como meio propício para a satisfação do interesse público.

Nesse sentido, vale mencionar o ensinamento de Coutinho, que aduz:

> [...] A colaboração do infrator, muitas vezes, pode, efetivamente, trazer um resultado final muito maior ao interesse da coletividade, por mais que possa parecer injusto sob o aspecto sentimental do cidadão o fato de o infrator ser isento, total ou parcialmente, de uma penalidade[14].

Tratando-se da possibilidade de acordo substitutivo firmado entre o Poder Público e particulares, e a indisponibilidade do interesse público, asseverou o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 253.885/MG, a possibilidade do uso da transação no bojo da Administração Pública, principalmente quando o acordo servir para a mais rápida e efetiva consecução do interesse público. Confira-se:

> [...] Poder Público. Transação. Validade. Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. E, por isso, o Administrador, mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à ultimação deste interesse[15].

Impende ressaltar, ainda, a Lei nº 13.655/2018, que alterou o Decreto-Lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro ou LINDB), acrescentando o artigo 26, *caput* e § 1º, o qual autorizou a Administração Pública a promover negociações com particulares, por meio de acordos e compromissos, para eliminar irregularidade, incerteza jurídica e situações contenciosas, com o objetivo de buscar solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compa-

14 COUTINHO, Alessandro Dantas. A (im)possibilidade de afastamento da vedação à realização de transação, acordo ou conciliação nas ações de improbidade administrativa. *Revista Síntese Direito Administrativo*. Edição Especial "25 Anos da Lei de Improbidade Administrativa". São Paulo, ano 12, n. 141, set. 2017, p. 63.

15 STF, Primeira Turma, RE 253.885/MG, Relatora Ministra Ellen Gracie, j. 04/06/2002, DJ 21/06/2002.

tível com os interesses gerais. O texto legal assim dispõe:

> Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.
> § 1º. O compromisso referido no *caput* deste artigo:
> I – buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;
> II – (VETADO);
> III – não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral;
> IV – deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

Outro diploma legal que pode ser mencionado é a Lei nº 13.140/2015 (Lei de Mediação), em seu artigo 3º, § 2º, possibilitou a mediação em conflitos relacionados a direitos indisponíveis, exigindo que nesses casos devam ser homologados judicialmente, com oitiva do Ministério Público. Observa-se a referida lei:

> Art. 3º. Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação.
> [...]
> § 2º. O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público.

Ademais, a mesma lei admitiu, expressamente, em seu artigo 36, § 4º, a mediação no âmbito das ações de improbidade administrativa. Veja-se:

> Art. 36. No caso de conflitos que envolvam controvérsia jurídica entre órgãos ou entidades de direito público que integram a administração pública federal, a Advocacia- Geral da União deverá realizar composição extrajudicial do conflito, observados os procedimentos previstos em ato do Advogado-Geral da União.
> [...]
> § 4º. Nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação de que trata o *caput* dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator.

Mencione-se, ainda, que a Resolução nº 179/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, que regulamentou o § 6º do artigo 5º da Lei nº 7.347/1985, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a tomada do compromisso de ajustamento de conduta, possibilitou, em seu artigo 1º, § 2º, a celebração desse instrumento alternativo no âmbito da improbidade administrativa. Confira-se:

> Art. 1º. O compromisso de ajustamento de conduta é instrumento de garantia dos direitos e interesses difusos e coletivos, individuais homogêneos e outros direitos de cuja defesa está incumbido o Ministério Público, com natureza de negócio jurídico que tem por finalidade a adequação da conduta às exigências legais e constitucionais, com eficácia de título executivo extrajudicial a partir da celebração.
> [...]
> § 2º. É cabível o compromisso de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa, sem prejuízo do ressarcimento ao erário

> e da aplicação de uma ou algumas das sanções previstas em lei, de acordo com a conduta ou o ato praticado.

Assim, verifica-se que o ordenamento jurídico brasileiro autoriza a utilização dos meios alternativos de solução de conflitos em outros âmbitos, notadamente, com respaldo do Ministério Público.

A título de exemplo, pode-se realizar a transação no Direito Penal, sem que isso represente risco à indisponibilidade da pretensão punitiva estatal.

Nesse sentido, infere-se da obra de Zardo que:

> [...], se até no direito penal, que tradicionalmente deve se encarregar da proteção dos bens jurídicos mais relevantes para a sociedade, a colaboração é admitida, sem que isso afronte a indisponibilidade da pretensão punitiva estatal, não há razão alguma para que subsista a vedação contida no art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/1992[16].

Ainda nessa linha de pensamento, Coutinho acrescenta:

> [...] Não precisamos ir muito longe para observar que em nosso próprio ordenamento jurídico há certa relativização da indisponibilidade do bem tutelado para a utilização de acordos como o de leniência, como é o caso do acordo de colaboração premiada no âmbito das ações penais públicas, que, via de regra, lidam com o interesse público[17].

Com isso, não soa sistemático ao ordenamento jurídico que pessoas possam transacionar em matéria penal (*ultima ratio* do Direito), enquanto, na esfera administrativa sancionadora, não seja possível tal atuação cooperada.

Nesse mesmo sentido, infere-se da obra de Carvalho Filho que:

> [...] A doutrina tem defendido a possibilidade de solução consensual na ação de improbidade, embora limitando as benesses do acusado apenas a certas sanções, como a multa civil, a proibição de contratar e a vedação de receber benefícios fiscais; nunca, porém, haveria isenção da obrigação de ressarcimento do dano. Um dos argumentos descansa no fato de que, se no campo penal – que é um plus– se admite a isenção ou atenuação da pena, em decorrência de solução consensual, com maior razão poderia esta ser adotada no campo da improbidade, conquanto de forma parcial e moderada[18].

Nota-se, portanto, que os meios alternativos se apresentam como meios propícios para a solução dos conflitos que envolvam a Administração Pública, quando, dentro dos pressupostos da legalidade, mostrar-se mais viável para a proteção do interesse público do que aguardar o trâmite da ação civil de improbidade administrativa para a resolução do mérito.

Nesse sentido, nos dizeres de Mateus Carvalho:

> [...] a matéria deve ser analisada sob a ótica do bem jurídico que se visa proteger por meio da ação de improbidade

16 ZARDO, Francisco. Acordos em ações de improbidade: aspectos práticos e polêmicos. *Revista Síntese Direito Administrativo*. Edição Especial "25 Anos da Lei de Improbidade Administrativa". São Paulo, ano 12, n. 141, set. 2017, p. 304.

17 COUTINHO, Alessandro Dantas. A (im)possibilidade de afastamento da vedação à realização de transação, acordo ou conciliação nas ações de improbidade administrativa. *Revista Síntese Direito Administrativo*. Edição Especial "25 Anos da Lei de Improbidade Administrativa". São Paulo, ano 12, n. 141, set. 2017, p. 67.

18 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 32. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018, p. 1228.

> administrativa, qual seja, a integridade do patrimônio público, material e imaterial e a garantia do interesse da coletividade, mediante a aplicação de sanções aos agentes que põem em risco essas prerrogativas[19].

Apesar das inúmeras alterações na lei de improbidade advindas da recente promulgação da Lei nº 14.230/2021 merecerem uma análise crítica, deve-se admitir que a inserção de um dispositivo específico, qual seja o artigo 17-B, para detalhar o acordo de não persecução civil reforça a manutenção do interesse em adotar mecanismos alternativos para a solução de litígios nestes tipos de ação.

A partir dessas considerações, verifica-se que os meios alternativos colocam-se como um dos instrumentos para melhor obter o interesse público, razão por que a negociação bilateral e equilibrada objetiva atingir efetivamente os anseios da Administração Pública. As vantagens dessa negociação são, de um lado, a mitigação de sanções; e, de outro lado, a cessação da conduta ilícita, o ganho informacional, bem como a recuperação eficaz do patrimônio desviado.

4. Conclusão

Pelo exposto, constata-se que a tutela dos direitos coletivos tem sido considerada um avanço em nosso ordenamento jurídico. Através das ações coletivas, em especial da ação civil pública, é possível alcançar a proteção dos direitos coletivos e garantir a manutenção do Estado Democrático de Direito, que encontra seus fundamentos na Constituição Federal.

Decerto, dentre os direitos transindividuais passíveis de proteção, merecem destaque a moralidade administrativa e o patrimônio público.

Nessa perspectiva, os acordos, transações e conciliações atualmente têm sido utilizados em diversas situações, com grande potencial para apresentar resultados muito interessantes e produzir os efeitos desejados no combate à improbidade administrativa e na proteção do patrimônio público.

A discussão sobre a admissibilidade de realização de transações e acordos em casos relacionados à improbidade administrativa se torna importante, considerando que é uma possibilidade de conferir prazo e condições para o cumprimento espontâneo de uma obrigação na tentativa de reparar o dano causado de forma mais célere e efetiva.

A legislação inicial sobre o tema – a LIA –, que originalmente vedava os meios alternativos de resolução de conflitos, foi publicada há quase 30 anos, em um contexto social completamente diverso daquele que se vive hoje.

Em contrapartida, as legislações mais modernas e favoráveis aos meios alternativos, quais sejam a Lei nº 13.655/2018 (alterou o Decreto-Lei nº 4.657/1942 – LINDB), a Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), a Lei nº 12.850/2013 (Lei das Organizações Criminosas) e a Lei nº 13.140/2015 (Lei de Mediação), redigidas no contexto da última década, assumem a falibilidade das normas puramente punitivas para coibir as práticas ilícitas e trazem, em seu bojo, a possibilidade de soluções negociadas, sem perder de vista a satisfação do interesse público.

Ao longo do tempo, é normal que certos preceitos legais necessitem sofrer uma revisão, de modo a compatibilizá-los com as alterações das concepções jurídicas decorrentes de novas circunstâncias e conjecturas.

Nesse sentido, conclui-se que a evolução do pensamento jurídico e as novidades legislativas, em especial com a edição das legislações supramencionadas, que permitem a celebração de acordos de leniência, colaboração premiada e mediação, criaram

19 CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 999.

um sistema em que a aplicação do antigo § 1º do artigo 17 da LIA, alterado pela Lei nº 13.964/2019, que atualmente corresponde ao artigo 17-B da LIA, proporciona uma mais rápida e efetiva consecução do interesse público.

Diante do exposto, evidencia-se que o incentivo à aplicação dos métodos alternativos de solução de conflitos no âmbito da improbidade administrativa, somado à tutela judicial, somente tem a agregar na proteção dos direitos metaindividuais.

Referências

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo*: um novo ramo do direito processual. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. *Macrodesafios 2021-2026*. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/gestao-estrategica-e-planejamento/estrategia-nacional-do-poder-judiciario-2021-2026/processo-de-formulacao/macrodesafios-2021-2026/. Acesso em: 28 mar. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Consulta pública* - Macrodesafios do Poder Judiciário para 2021-2026. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/02/Relatorio_consulta_publica_macrodesafios_2020_01_15.pdf. Acesso em: 28 mar. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução nº 179*, de 26 de julho de 2017. Regulamenta o § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347/1985, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a tomada do compromisso de ajustamento de conduta. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A30-179.pdf. Acesso em: 28 mar. 2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 28 mar. 2021.

BRASIL. *Decreto Lei nº 4.657*, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm. Acesso em: 28 mar. 2021.

BRASIL. *Lei nº 7.437*, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm. Acesso em: 28 mar. 2021.

BRASIL. *Lei nº 8.429*, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa). Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm. Acesso em: 28 mar. 2021.

BRASIL. *Lei nº 13.140*, de 26 de junho de 2015 (Lei de Mediação). Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13140.htm. Acesso em: 28 mar. 2021.

BRASIL. *Lei nº 14.230*, de 25 de outubro de 2021. Dispõe sobre alteração na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, sobre improbidade administrativa. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14230.htm. Acesso em: 28 out. 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 32. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018.

COUTINHO, Alessandro Dantas. A (im)possibilidade de afastamento da vedação à realização de transação, acordo ou conciliação nas ações de improbidade administrativa. *Revista Síntese Direito Administrativo*. Edição Especial "25 Anos da Lei de Improbidade Administrativa". São Paulo, ano 12, n. 141, set. 2017, p. 61-69.

FERRAZ, Luciano. Acordos de não persecução na improbidade administrativa – o início, o fim e o meio. *Consultor Jurídico*, 09 abr. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-abr-09/interesse-publico-acordos-nao-persecucao-civel-improbidade-administrativa. Acesso em: 21 jan. 2019.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELO, Leonardo Augusto Santos. Improbidade, convênios e terceiro setor: o particular que gere recursos públicos e sua responsabilização por improbidade administrativa. *In*: BRASIL. Ministério Público Federal. 5. Câmara de Coordenação e Revisão. *Coletânea de artigos*: avanços e desafios no combate à corrupção após 25 anos de vigência da Lei de Improbidade Administrativa. Brasília: MPF, 2018, p. 52-89. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/publicacoes/doutrina/livros-e-revistas/docs/05_18_coletanea_de_artigos.pdf. Acesso em: 21 jan. 2019.

MOREIRA, João Batista Gomes. *Direito administrativo*: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa*: má gestão, corrupção, ineficiência. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. Núcleos de combate à corrupção: um novo arranjo institucional para uma atuação ministerial eficiente. *In*: BRASIL. Ministério Público Federal. 5. Câmara de Coordenação e Revisão. *Coletânea de artigos*: avanços e desafios no combate à corrupção após 25 anos de vigência da Lei de Improbidade Administrativa. Brasília: MPF, 2018, p. 122-140. Brasília: MPF, 2018. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/publicacoes/doutrina/livros-e-revistas/docs/05_18_coletanea_de_artigos.pdf. Acesso em: 21 jan. 2019.

RODRIGUES, Geisa de Assis. Ação *civil pública e termo de ajustamento de conduta*: teoria e prática. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Improbidade administrativa de dirigente de empresa estatal. *Revista Síntese Direito Administrativo*. Edição Especial "25 Anos da Lei de Improbidade Administrativa". São Paulo, ano 12, n. 141, set. 2017, p. 125-146.

URYN, André. A modelagem do contrato de obra pública como instrumento de combate à corrupção. *Revista Síntese Direito Administrativo*. Edição Especial "25 Anos da Lei de Improbidade Administrativa". São Paulo, ano 12, n. 141, set. 2017, p. 228-240.

ZARDO, Francisco. Acordos em ações de improbidade: aspectos práticos e polêmicos. *Revista Síntese Direito Administrativo*. Edição Especial "25 Anos da Lei de Improbidade Administrativa". São Paulo, ano 12, n. 141, set. 2017, p. 300-310.



Jurisprudência

Direito Administrativo



APELAÇÃO CÍVEL
0011416-56.2012.4.03.6100

Apelante: SOCIETE AIR FRANCE
Apelada: AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL - ANAC
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NABARRETE
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 22/10/2021

EMENTA

ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO. ANAC. AUTO DE INFRAÇÃO. EXTRAVIO DE BAGAGEM DE PASSAGEIRO. LEI 7.565/86. DECADÊNCIA NÃO VERIFICADA. MULTA. LEGALIDADE. RECURSO DESPROVIDO.
- A sentença recorrida foi proferida em antes da vigência da Lei nº 13.105/2015 (NCPC), razão pela qual, aplicada a regra do *tempus regit actum*, segundo a qual os atos jurídicos se regem pela lei vigente à época em que ocorreram, o recurso será analisado à luz do Diploma Processual Civil de 1973 (Enunciados Administrativo nº 01 e 03/2016, do STJ).
- O Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 1115078 (Tema 325), representativo da controvérsia, firmou o entendimento de que dois elementos são determinantes para aplicação da Lei 9.873/99: a natureza punitiva da ação administrativa e o caráter federal da autoridade responsável por essa ação.
- A Lei nº 9.873/99, não obstante utilize-se do termo *prescrição*, estabeleceu verdadeiro prazo decadencial de cinco anos para que a administração apure o cometimento da infração e constitua o crédito que resulta do poder de polícia.
- Entre a data do fato que deu ensejo à lavratura do auto de infração e a instauração do processo administrativo, não houve o decurso do prazo decadencial.
- Ocorrido o extravio da bagagem e posterior devolução, verifica-se o cometimento da infração prevista no artigo 302, inciso III, alínea "u", do Código Brasileiro da Aeronáutica.
- Relativamente ao valor da multa, a aplicação do artigo 20 da Resolução ANAC nº 25/2008, com a indicação em moeda corrente não viola o disposto no artigo 299 do Código Brasileiro da Aeronáutica, porquanto em consonância com o poder regulamentar da agência reguladora estabelecido no artigo 47 da Lei nº 11.182/2005. Precedentes.
- Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à apelação, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram a Des. Fed. MÔNICA NOBRE e o Des. Fed. MARCELO SARAIVA. Ausente, justificadamente, em razão de férias, a Des. Fed. MARLI FERREIRA (substituída pelo Juiz Federal Convocado SILVA NETO). , nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

RELATÓRIO

Apelação interposta pela Société Air France contra sentença que julgou improcedente o pedido nulidade do auto de infração 053/SAC-GL-2/2008 e da multa objeto do Processo Administrativo nº 60800.078463/2009-30, referente ao descumprimento ao artigo 302, inciso II, alínea "u", do Código Brasileiro da Aeronáutica, bem como fixou os honorários advocatícios em 10% do valor atribuído à causa (Id 92951036, p. 23/32).

Opostos embargos de declaração (Id 92951036, p. 34/38), foram acolhidos para aclarar a decisão em relação à Resolução ANAC 25/2008, sem alteração do resultado (Id 92951036, p. 39/45).

Aduz (Id 92951036, p. 49/59) que:

a) não houve a indicação da infração específica praticada e apta à imposição da multa aplicada, uma vez que a conduta prevista no artigo 302, inciso III, alínea "u", do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 7.565/86) referente à infração de condições gerais de transporte é demasiadamente genérica e carece de norma regulamentadora;

b) ocorreu a decadência do direito de constituição do crédito por suposta conduta contrária às regras gerais que regem o transporte aéreo de passageiros, conforme disposto no artigo 319 da Lei nº 7.565/86, que não foi alterada pela edição da Lei nº 9.873/99;

c) as penalidades aplicadas com base no artigo 302 do Código Brasileiro de Aeronáutica, além de dependerem de regulamentação, estão submetidas aos limites do artigo 299, de até 1.000 valores de referência;

d) o valor de referência a ser considerado é o da UFIR - unidade fiscal de referência, em vigor por ocasião da publicação da Lei nº 7.565/86, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Em contrarrazões (Id 92951036, p. 64/74), a apelada requer o desprovimento do recurso.

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

VOTO

I - Dos fatos

Ação proposta por Société Air France contra a Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC, com vista ao reconhecimento da nulidade do auto de infração 053/SAC-GL-2/2008 e da multa objeto do Processo Administrativo nº 60800.078463/2009-30, em que foi sancionada em razão do extravio de bagagem.

II – Da aplicação da lei processual

Inicialmente, ressalta-se que a sentença recorrida foi proferida em 16.07.2013 (Id 92951036, p. 23/32), razão pela qual, aplicada a regra do *tempus regit actum*, segundo a qual os atos jurídicos se regem pela lei vigente à época em que ocorreram, o recurso será analisado à luz do Diploma Processual Civil de 1973 (Enunciados Administrativos nº 01 e 03/2016, do STJ).

III – Da decadência

Afirma a apelante a ocorrência da decadência para imposição de sanção, na forma do artigo 319 da Lei nº 7.565/86. Contudo, não lhe assiste razão, pois a Lei nº 9873/99 refere-se

especialmente aos prazos de exercício de ação punitiva por autoridade administrativa federal direta ou indireta. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1115078 (Tema 325), representativo da controvérsia, firmou o entendimento de que dois elementos são determinantes para aplicação da Lei 9.873/99: a natureza punitiva da ação administrativa e o caráter federal da autoridade responsável por essa ação.

Cumpre ressaltar que a Lei nº 9.873/99, não obstante utilize-se do termo *prescrição*, estabeleceu verdadeiro prazo decadencial de cinco anos para que a administração apure o cometimento da infração e constitua o crédito que resulta do poder de polícia:

> Art. 1º Prescreve em cinco anos *a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato* ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.

Nesse sentido, confira-se:

> ADMINISTRATIVO. EXECUÇÃO FISCAL. ANAC. MULTA. INFRAÇÃO AMBIENTAL. DECADÊNCIA. LEIS 9.873/99 E 11.941/09.
> *1. No caso da cobrança de multa administrativa aplicada por ente da Administração Pública Federal, no exercício de seu poder de polícia, têm lugar os ditames da Lei nº 9.873/99, com as alterações promovidas pela Lei nº 11.941/09.* Por conseguinte, encontra-se o órgão autuante sujeito à observância de três prazos distintos: *(a) um prazo decadencial de cinco anos para a apuração da infração e constituição do crédito, contado da data da infração ou, do dia em que a mesma houver cessado, se permanente ou continuada (artigo 1º)*, o qual poderá ser interrompido nas hipóteses do artigo 2º e aplicado inclusive às infrações perpetradas antes da Lei nº 9.873/99, conforme a regra de transição prevista no artigo 4º; (b) um prazo de três anos para a conclusão do procedimento administrativo apuratório já iniciado e paralisado, figurando como uma espécie de "prescrição intercorrente" (artigo 1º, parágrafo 1º); e, finalmente, (c) um prazo prescricional de cinco anos para a cobrança da penalidade pecuniária aplicada, contado da constituição definitiva do crédito, verificada com o término do processo administrativo de apuração da infração e constituição da dívida, passível de interrupção nas situações elencadas pelo artigo 2º-A.
> 2. Transcorrido prazo superior a cinco anos entre os marcos interruptivos do prazo decadencial, resta configurada a decadência do direito de constituição do crédito, que justifica a extinção do executivo fiscal.
> (TRF 4ª Região, AC 5007138-23.2011.4.04.7105, Terceira Turma, Rel. Maria Lúcia Luz Leiria, j. 21.09.2012)

No caso, verifica-se que, entre 04.09.2007, data do fato que deu ensejo à lavratura do auto de infração 053/SAC-GL-2/2008, e a data da instauração do processo administrativo em 01.03.2011, não houve o decurso do prazo decadencial.

III – Da multa

Cinge-se a questão ao exame da legalidade da exigência da multa aplicada por descumprimento ao disposto no artigo 302, inciso III, alínea "u", do Código Brasileiro da Aeronáutica, que assim dispõe:

> Art. 302. A multa será aplicada pela prática das seguintes infrações:
> (...)

> III - infrações imputáveis à concessionária ou permissionária de serviços aéreos:
> (...)
> u) infringir as Condições Gerais de Transporte, bem como as demais normas que dispõem sobre os serviços aéreos;

A Portaria nº 676/2000 do Comando da Aeronáutica dispôs sobre as condições gerais de transporte e assim estabeleceu acerca do extravio de bagagens:

> Art. 33. O recebimento da bagagem, sem protesto, faz presumir o seu bom estado.
> Parágrafo único. O protesto, nos casos de avaria ou atraso, far-se-á mediante ressalva lançada em documento específico ou por qualquer comunicação escrita encaminhada ao transportador.
>
> Art. 35. A bagagem será considerada extraviada se não for entregue ao passageiro no ponto de destino.

Desse modo, ocorrido o extravio da bagagem do passageiro Gian Luigi Fumagalli, em 05.09.2007, em sua chegada ao aeroporto de Milão, na Itália, (Id 92949358, p. 35/43), verifica-se o cometimento da infração prevista no Código Brasileiro da Aeronáutica.

Relativamente ao valor da multa, a aplicação do artigo 20 da Resolução ANAC nº 25/2008, com a indicação em moeda corrente não viola o disposto no artigo 299 do Código Brasileiro da Aeronáutica, porquanto em consonância com o poder regulamentar da agência reguladora estabelecido no artigo 47 da Lei nº 11.182/2005. Nesse sentido:

> PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. SENTENÇA "EXTRA PETITA". NÃO CONFIGURADA. ANAC. AUTO DE INFRAÇÃO. EXTRAVIO DE BAGAGEM DE PASSAGEIRO. LEI 7.565/86. PRAZO PRESCRICIONAL. MULTA. LEGALIDADE. APELAÇÃO DA PARTE AUTORA DESPROVIDA. APELAÇÃO DA PARTE RÉ E REMESSA NECESSÁRIA PROVIDAS EM PARTE.
> 1. Trata-se de ação ajuizada com o fito de obter a anulação do auto de infração nº 016/SAC-GL/2008, lavrado pela ANAC, em razão da suposta prática pela empresa autora da infração descrita no artigo 302, III, "u", do Código Brasileiro de Aeronáutica.
> (...)
> 3. A existência de protesto por atraso na restituição da bagagem, com constatação de sua efetiva ocorrência, comprova o descumprimento das "Condições Gerais de Transporte", a demonstrar a correta tipificação da hipótese ao artigo 302, III, "u", da Lei 7.565/86, por se configurar a infração administrativa de "extravio da bagagem", caracterizada pela falta de entrega ao passageiro no ponto de destino.
> 4. Mesmo que a condição de bagagem extraviada tenha perdurado por cinco dias, é certo que sua entrega dentro dos trinta dias, prevista no § 2º do artigo 35 da Portaria 676/2000 do Comando da Aeronáutica, não tem o efeito de afastar o atraso ocorrido na restituição, caracterizador da infração, mas apenas de excluir a necessidade de indenização ao passageiro.
> (...)
> 7. *A jurisprudência possui entendimento de que a atualização e conversão do valor da multa infracional em reais, prevista originalmente em "unidades de referência", por ato normativo da ANAC, não ofende o princípio da legalidade, por estar abrangida e limitada no poder regulamentar conferido à autarquia pelo artigo 47, I, da Lei 11.182/2005. Precedente.*
> 8. A conduta caracterizada por "Infringir as Condições Gerais de Transporte, bem como as demais normas que dispõe sobre os serviços aéreos", prevista na Resolução ANAC nº 25/2008, à época dos fatos, estava sujeita à aplicação de multa que variava de R$ 4.000,00 (quatro mil

reais) a R$ 10.000,00 (dez mil reais).
(...)
11. Apelação da autora desprovida.
12. Apelação da parte ré e remessa necessária parcialmente providas.
(TRF 3ª Região, Terceira Turma, ApelRemNec 0004422-75.2013.4.03.6100, Rel. Juíza Federal Conv. Denise Aparecida Avelar, j. 23.07.2020, destaquei).

ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL. EXTRAVIO DE BAGAGEM. MULTA. LEGALIDADE.
1. Inexiste qualquer ilegalidade em multa aplicada à companhia aérea, a partir de reclamação de passageira que noticiou o extravio de sua bagagem, nos termos do artigo 302, inciso III, alínea "u", da Lei nº 7565/86 (Código Brasileiro de Aeronáutica - CBA), c/c os artigos 32 e 35 da Portaria ANAC nº 676/GC-05/2000.
2. A tabela de valores fixada pela ANAC na Resolução nº 25/2008, no exercício do poder regulamentar conferido pela Lei nº 11.182/2005, atende ao artigo 299 do CBA, meramente substituindo o parâmetro de multiplicação do valor de referência por valor fixo da multa, sem agravamento da sanção ou indevida inovação na ordem jurídica.
3. A infração restou devidamente configurada e a companhia aérea nada alegou de concreto que a afastasse, senão a responsabilidade dos funcionários aeroportuários, sem nada comprovar. O auto de infração atende aos requisitos legais, não se lhe podendo inquinar de nulidade por não conter o horário em que foi lavrado ou o endereço da autuada.
4. Apelação desprovida
(TRF 2ª Região, Sexta Turma Especializada, AC 201151015045452, Rel. Guilherme Couto de Castro, j. 18.08.2014, destaquei).

Por fim, as questões relativas ao demais artigos suscitados pelo apelante, quais sejam, 5º, incisos XXXIX e LV, e 37 da CF, 2º do Decreto nº 4.657/72 (LINDB), bem como o Decreto nº 70.235/72, não têm o condão de alterar esse entendimento pelos motivos já apontados.

III – Do dispositivo

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL
0005499-27.2015.4.03.6108

Parte Autora: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - PR/SP
Parte Ré: UNIÃO FEDERAL
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 19/10/2021

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ACESSIBILIDADE. 2ª VARA DA JUSTIÇA DO TRABALHO EM LENÇÓIS PAULISTA/SP. PORTADORES DE DEFICIÊNCIA OU MOBILIDADE REDUZIDA. REMESSA OFICIAL DESPROVIDA.
1. A presente ação civil pública foi ajuizada, em 07/12/2015, pelo Ministério Público Federal contra União, objetivando a elaboração e execução de projeto arquitetônico que, nos termos da legislação (Leis 7.853/1989, 10.048/2000, 10.098/2000 e 13.146/2015; Decreto 5.296/2004 e NBR 9050/2004; além de convenções e tratados internacionais), garanta acessibilidade a portadores de deficiência ou mobilidade reduzida à sede da 2ª Vara do Trabalho em Lençóis Paulista, em observância ao princípio da dignidade humana.
2. Narrou o MPF que, em outubro de 2013, a Administração do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região informou que seria realizado procedimento licitatório para contratação da execução dos serviços necessários à adaptação do imóvel, mas em julho de 2015 os serviços foram suspensos em razão do contingenciamento de recursos.
3. Comprovado o início dos procedimentos necessários à adaptação do prédio da Justiça do Trabalho, o feito foi objeto de sobrestamentos, a pedido das partes, até que, em 30/01/2018, a União informou a conclusão das obras e serviços de adaptação do imóvel. O Ministério Público Federal juntou parecer técnico no qual apontou ainda algumas irregularidades pendentes, requerendo a União novo sobrestamento para atendimento, até que em 03/05/2019 foi noticiada a finalização das adaptações e ajustes necessários.
4. A sentença, reconhecendo procedente em parte o pedido, determinou à União a realização de reformas e adaptações nas instalações prediais para atendimento da legislação de acesso a pessoas portadoras de deficiência, o que foi cumprido no curso do processo, em conformidade com o direito e circunstâncias do caso concreto, a demonstrar que não cabe reforma em sede de remessa oficial, inclusive porque a própria Fazenda Pública, em favor de cujo interesse público se instituiu o reexame obrigatório da decisão, reconheceu inexistente qualquer lesão ou prejuízo à Administração.
5. Remessa oficial desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial à sentença que, em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal contra a União, julgou parcialmente procedente o pedido para determinar *"reformas e adaptações na sede da 2ª Vara do Trabalho, em Lençóis Paulista/SP, contemplando todas as exigências de acessibilidade constantes na legislação e nas normas técnicas vigentes"* (ID 130801274, f. 202/214).

Em petição, a União informou ausência de interesse recursal, pois o objeto da ação já foi executado no curso da tramitação processual, de modo que a sentença não implica prejuízo à Administração (ID 130801274, f. 218/9).

O Ministério Público Federal opinou pela manutenção da sentença.

É o relatório.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

VOTO

Senhores Desembargadores, a presente ação civil pública foi ajuizada pelo Ministério Público Federal contra a União, objetivando elaboração e execução de projeto arquitetônico que, nos termos da legislação (Leis 7.853/1989, 10.048/2000, 10.098/2000 e 13.146/2015; Decreto 5.296/2004 e NBR 9050/2004; além de convenções e tratados internacionais), garanta acessibilidade a portadores de deficiência ou mobilidade reduzida à sede da 2ª Vara do Trabalho em Lençóis Paulista, em observância ao princípio da dignidade humana.

A ação foi instruída com Inquérito Civil 1.34.003.000082/2013-51, que apurou diversas irregularidades na estrutura física da unidade judiciária, tais como: entradas e saídas sem piso tátil de alerta e indicação de desnível; rampa e escada de acesso ao prédio em desacordo com as normas de acessibilidade; corrimão de escada interna em desacordo com as normas de acessibilidade; portas dos ambientes comuns sem sinalização visual e tátil; sanitário adaptado sem dispositivo de sinalização de emergência ao lado da bacia e com lavatório em desacordo com normas de acessibilidade; e ausência de piso tátil para direcionamento até o balcão de atendimento (ID 130801275).

Narrou o MPF que, em outubro de 2013, a Administração do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região informou que seria realizado procedimento licitatório para contratação da execução dos serviços necessários à adaptação do imóvel, mas em julho de 2015 os serviços foram suspensos em razão do contingenciamento de recursos.

Foi, então, ajuizada a presente ação civil pública em 07/12/2015, requerendo, inclusive com pedido de antecipação de tutela, a apresentação de projeto de adaptação do prédio em até trinta dias e a conclusão das respectivas obras em até seis meses, com cominação de multa de R$ 5.000,00 por dia de atraso, a favor do Fundo Federal de Direitos Difusos de que trata o artigo 13 da Lei 7.347/1985, regulamentado pelo Decreto 1.306/1994 (ID 130801274, f. 4/26).

Comprovado o início dos procedimentos necessários à adaptação do prédio da Justiça do Trabalho em Lençóis Paulista, o feito foi objeto de sobrestamentos, a pedido das partes (ID 130801274, f. 90/142), até que, em 30/01/2018, a União informou conclusão das obras e serviços de adaptação do imóvel (ID 130801274, f. 122/35 e 144/7).

O Ministério Público Federal juntou parecer técnico no qual apontou algumas irregularidades pendentes, requerendo a União novo sobrestamento para atendimento, até que em

03/05/2019 foi noticiada a finalização das adaptações e ajustes necessários (ID 130801274, f. 151/191).

Foi, então, proferida sentença nos seguintes termos:

> "Com efeito, ajuizada a ACP no ano 2015, fls. 02, ficou claro dos autos que as obras fundamentais e nucleares somente foram concluídas no ano 2017, fls. 104, ao passo que o Estado apontou problemas financeiros, o que não se desconhece, significando dizer que as obras somente foram realizadas em função do aforamento desta causa, contudo relutou a União o quanto pôde, até que logrou concluir as obras necessárias.
> Ou seja, sem a judicialização, em termos administrativos, incerta a data para que fossem realizadas ou iniciadas as obras de acessibilidade na Primeira Vara do Trabalho de Lençóis Paulista.
> Logo, a União, embora ciente do seu dever de implementar as adaptações - jamais negou a existência de leis que a compelem a realizar obras de acessibilidade - procrastinou o máximo possível, de tal arte que a atuação do MPF foi fundamental à concretização do trabalho, por isso cabível a apreciação da lide em seu âmago inaugural, cujo resultando é de parcial procedência ao pedido.
> Em prosseguimento, no mérito em si, a República Federativa do Brasil tem como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana, art. 1º, inciso III, CF.
> Por sua vez, o *caput* do art. 5º do Texto Supremo, é claríssimo ao prever a necessidade de tratamento isonômico entre as pessoas, sem qualquer distinção.
> O art. 23, da mesma Carta Política, estatui ser de competência comum da União, dos Estados e dos Municípios o cuidado da saúde, da assistência pública e da garantia das pessoas portadoras de deficiência, enquanto os arts. 224 e 227, 2º, tratam da necessidade de edição de normas para construção e de adaptação de logradouros e edifícios públicos, para acesso de pessoas portadoras de deficiência.
> Neste contexto, a Lei 7.853/89 dispôs sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, estampando, em seu art. 2º, competir "ao Poder Público e seus órgãos cabe assegurar às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à previdência social, ao amparo à infância e à maternidade, e de outros que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciem seu bem-estar pessoal, social e econômico".
> O parágrafo único do mencionado art. 2º, prevê que "para o fim estabelecido no *caput* deste artigo, os órgãos e entidades da administração direta e indireta devem dispensar, no âmbito de sua competência e finalidade, aos assuntos objetos esta Lei, tratamento prioritário e adequado, tendente a viabilizar, sem prejuízo de outras, as seguintes medidas".
> E, por sua banda, o inciso V, alínea "a", do parágrafo único, tratou da temática predial:
> "V - na área das edificações: a) a adoção e a efetiva execução de normas que garantam a funcionalidade das edificações e vias públicas, que evitem ou removam os óbices às pessoas portadoras de deficiência, permitam o acesso destas a edifícios, a logradouros e a meios de transporte".
> Registre-se, então, que, sem maiores debates a respeito, a nitidez do art. 5º, CF, por si só, já permite e impõe ao Estado o dever de promover ações para tratamento igualitário a todas as pessoas, afinal, se existe um obstáculo que impede o acesso de um cadeirante, por exemplo, a dado edifício público, evidente não está sendo tratado de modo isonômico àquele que deambula sem restrições, por óbvio.
> Sem prejuízo daquela explícita previsão, como se observa, desde 1989, um ano após a promulgação da Constituição Federal, atuou o legislador para garantir a funcionalidade das edificações, assim as barreiras existentes deveriam ser removidas, permitindo o acesso dos portadores de debilidade de movimentação, exemplificativamente.
> Ainda em sede normativa, numa escalada repetitiva de legislações, intentou a Lei 10.098/2000 (mais uma vez) estabelecer normas gerais e critérios básicos para promoção de acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida.

Neste passo, o art. 23 do Diploma disciplina a necessidade de adaptação dos prédios da Administração Pública Federal, sendo que as obras deveriam se iniciar a partir do primeiro ano de vigência da lei, conforme o parágrafo único:

"Art. 23 - A Administração Pública federal direta e indireta destinará, anualmente, dotação orçamentária para as adaptações, eliminações e supressões de barreiras arquitetônicas existentes nos edifícios de uso público de sua propriedade e naqueles que estejam sob sua administração ou uso.

Parágrafo único. A implementação das adaptações, eliminações e supressões de barreiras arquitetônicas referidas no *caput* deste artigo deverá ser iniciada a partir do primeiro ano de vigência desta Lei".

Logo, regramentos acerca da garantia de acessibilidade não faltam, merecendo ser citada, ainda, a Lei 13.146/2015, que fundamenta a prefacial do MPF, que também aborda conceitos de acessibilidade.

Ato contínuo, como não negado pela parte ré, houve omissão estatal acerca da acessibilidade, não se sustentando a tese de inexistência de inanição, conforme lançado no Relatório deste julgamento, sendo que as obras foram realizadas somente no curso desta demanda.

Ou seja, embora as previsões constitucionais e em lei desde o ano 1989, ampliada por normas dos anos 2000 e 2015, caminhava, a passos lentos, o Poder Público para promover acesso aos portadores de necessidades especiais.

É dizer, certamente as pessoas com qualquer tipo de debilidade experimentaram dificuldades e conviveram com o descaso estatal por vários anos, em face da ausência de ampla e total acessibilidade ao prédio em questão, dificultando o direito do cidadão de ir e vir na repartição pública, além de tornar mais difícil o exercício profissional daqueles que naquela jurisdição labutam e dependiam de acessibilidade, tudo por omissão do Estado.

Aliás, a comprovação da eiva do Poder Público (em termos gerais) pode ser comprovada nos mais diversos segmentos, bastando o simples andar pelas ruas, para se deparar com calçadas com degraus, guias sem rebaixamento, pavimento esburacado e obstáculos inúmeros, que impedem a livre movimentação daqueles que possuam qualquer tipo de deficiência.

Portanto, a questão não é nova e o trabalho é bastante árduo, mas o Estado, que deveria dar exemplo, peca visceralmente no cumprimento de suas missões, diante de falta de planejamento e gestão adequados - em termos retos e concretos, o Fórum daquela urbe não deveria sequer ter sido aberto, porque não atendida às normas (...!...) vigentes e aplicáveis - se o ente estatal não as cumpre, como exigir ou vindicar que o singelo administrado o faça? Qual a moral do Estado para exigir algo que nem ele pratica? (...) É justo? É lícito? Questionável...

Lado outro, é sabido que a questão orçamentária tem preponderante peso no dispêndio de recursos para implementação de obras correlatas, porém, nos termos das provas ao feito produzidas, não demonstrou a União a existência de cronograma/planejamento, na forma do art. 23, Lei 10.098/2000, significando dizer agiu com imperfeição no trato de tão importante questão.

Ou seja, em tempos atuais, de crise financeira ainda mais aguda, sempre e sempre haverá a desculpa de que tal obra não foi feita por falta de dinheiro, mas, a questão principal, a que se volta, a girar em torno de planejamento e estratégia, o que, infelizmente, a não ser o forte do Estado (porque não existe política de Estado...), assim o evidenciando, "i.e.", a calamidade das contas públicas e todos os problemas brotados da, em regra, má-gestão da coisa pública.

Importante destacar, ainda, que as novas tecnologias e aprimoramentos das técnicas trazem inovações que ensejam a modificação das normas de estilo, tanto que atendeu a União às noveis diretrizes da NBR-9050, fls. 89, significando dizer que essas situações são dinâmicas e podem se alterar com o tempo, devendo o Estado caminhar no mesmo sentido, evidente.

Assinale-se que o parecer técnico ministerial ainda apontou a necessidade de adaptações, fls. 132/142, ao passo que o MPF, com razoabilidade, considerou satisfeita a obrigação, sem prejuízo de extinção da lide, fls. 171.

Entretanto, deve a União atentar a tudo isso, em termos de aprimoramento da gestão de seus prédios e patrimônio, evitando problemas desta ordem, repisando-se a necessidade de realizar planejamento, criando mecanismos alternativos, para não ficar a mercê do tão importante orçamento e que a cada ano rareia (as despesas só aumentam, sem que o povo, já estrangulado pela exorbitante carga tributária, possa sustentar a máquina), enquanto sempre são escolhidas as mesmas opções tradicionais e que comprovadamente não funcionam, mas insiste-se, infelizmente, no mesmo erro.

Desta forma, indelével aos autos a falha da União no trato de questão tão sensível e importante, tendo sido evidenciada a sua inércia, sanada apenas após o ajuizamento da ação pelo Parquet.

Lado outro, diante das comprovadas obras de acessibilidade implementadas pela parte ré, ao que anuiu o próprio Ministério Público Federal, despicienda, ao presente momento processual, a fixação de multa diária, porque realizou a União a maior parte das adaptações nucleares necessárias, ao passo que nada impede noticie o MPF, em sede de cumprimento do julgado, eventual e futura falha incorrida pelo Poder Público, quando então será possível o estabelecimento de sanção, conforme os arts. 536 e 537, CPC.

Ausentes honorários advocatícios, segundo entendimento do C. STJ :

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIÇO DE TRANSPORTE PÚBLICO COLETIVO. DELEGAÇÃO POR MEIO DE PERMISSÃO PRECÁRIA. INEXISTÊNCIA DO DIREITO À INDENIZAÇÃO PELAS BENFEITORIAS REALIZADAS DURANTE A EXECUÇÃO DO CONTRATO. ART. 42, 2º, DA LEI N. 8.987/1995. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS DE DIREITO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE DE HAVER CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/1973. ... 4. À luz do princípio da simetria, a jurisprudência do STJ é assente no sentido de que o art. 18 da Lei 7.347/1985 também se aplica ao réu em sede de ação civil pública, não podendo ser condenado ao pagamento de honorários advocatícios a título de sucumbência, salvo se houver comprovação de má-fé, o que não se verifica no caso em foco. Precedentes: AgInt no AREsp 996.192/SP, Relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 30/8/2017; AgInt no AREsp 432.956/RJ, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 9/3/2018; e AgInt no REsp 1.531.578/CE, Relatora Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 24/11/2017.5. Agravo regimental do DETRO/RJ parcialmente provido. (AgRg no AREsp 272.107/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/08/2018, DJe 10/08/2018)

Portanto, refutados se põem os demais ditames legais invocados em polo vencido, que objetivamente a não o socorrerem, com seu teor e consoante este julgamento, ao mencionado polo.

Ante o exposto e considerando o mais que dos autos consta, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido, art. 487, inciso I, CPC, a fim de reconhecer o dever da União de promover reformas e adaptações na sede da 1ª Vara do Trabalho, em Lençóis Paulista/SP, contemplando todas as exigências de acessibilidade constantes na legislação e nas normas técnicas vigentes, na forma aqui estatuída." (ID 130801274, f. 202/14)

Como se observa, não merece, pois, reforma a sentença, proferida que foi de acordo com o contexto dos autos e a legislação de regência, tendo inclusive a própria Fazenda Pública, em favor de cujo interesse público se instituiu o reexame obrigatório da decisão, reconhecido inexistente lesão ou prejuízo à Administração.

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial.

É como voto.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
5003454-75.2018.4.03.6102

Apelante: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Apelado: NATANAEL DE JESUS
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 28/10/2021

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO. DUPLICIDADE DE CADASTRO DE PESSOAS FÍSICAS (CPF). HOMÔNIMO. RESPONSABILIDADE DA UNIÃO. DEVER DE INDENIZAR. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. VALOR DA INDENIZAÇÃO. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. APELAÇÃO DA UNIÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

- Preliminar de falta de ilegitimidade passiva da União afastada: os transtornos à autora foram ocasionados em decorrência da inscrição de outra pessoa com o mesmo número de CPF da apelada, circunstância que só foi permitida por falha pessoal ou de sistema da Receita Federal.
- No mérito, o pedido de danos morais contra a União é procedente.
- Ressalto que a Secretaria da Receita Federal do Brasil é um órgão específico, singular, subordinado ao Ministério da Fazenda, exercendo funções essenciais para que o Estado possa cumprir seus objetivos, logo, aplica-se, na espécie, o § 6º, do art. 37, da Constituição Federal.
- Não é aceitável que à autora seja cabível tolerar a inserção de seu nome nos cadastros de inadimplentes por erro, ou melhor, por responsabilidade da Receita Federal, a qual permitiu a emissão de número de CPF em duplicidade.
- Com relação ao valor da indenização, embora certo que a condenação por dano moral não deve ser fixada em valor excessivo, gerando enriquecimento sem causa, não pode, entretanto, ser arbitrada em valor irrisório, incapaz de propiciar reparação do dano sofrido e de inibir o causador do dano a futuras práticas da mesma espécie.
- Na hipótese, diante das circunstâncias constantes nos autos, reduzo o valor da indenização para R$ 10.000,00 (dez mil reais), eis que de acordo com os precedentes desta Turma.
- Os juros de mora, nos termos da Súmula 54, do STJ, devem incidir a partir do evento danoso. Todavia, tendo em vista a proibição da *reformatio in pejus*, mantenho a incidência destes conforme a r. sentença, ou seja, a contar do ajuizamento da ação.
- A correção monetária, por sua vez, incide a partir do arbitramento no caso dos danos morais (Súmula nº 362, do STJ), conforme pedido da União, devendo ser calculada com base no Manual de Cálculos da Justiça Federal.
- Preliminar rejeitada. Apelação da União parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu rejeitar a preliminar e dar parcial provimento à apelação da

União, para reduzir o valor da indenização e fixar a incidência da correção monetária a partir do arbitramento, nos termos do voto da Des. Fed. MÔNICA NOBRE (Relatora), com quem votaram o Des. Fed. MARCELO SARAIVA e o Juiz Federal Convocado SILVA NETO. Ausente, justificadamente, a Des. Fed. MARLI FERREIRA, em férias, substituída pelo Juiz Federal Convocado SILVA NETO, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de ação de indenização, por danos morais, em decorrência dos transtornos ocasionados pela duplicidade de inscrição no CPF.

A r. sentença julgou parcialmente procedente a demanda, para condenar a União Federal a pagar ao autor uma indenização por dano moral no importe de R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais); montante que será atualizado monetariamente e acrescido de juros a contar da data do ajuizamento da ação e em conformidade com as tabelas da Justiça Federal vigentes no momento da liquidação.

Nas razões de apelação, a União alega preliminar de ilegitimidade de parte. No mérito, sustenta inexistência de danos morais indenizáveis e ausência de nexo de causalidade. Alternativamente, requer a redução do valor da indenização, bem como a fixação de correção monetária e juros a partir do arbitramento (Súmula nº 362, do STJ).

As contrarrazões foram apresentadas.

É o relatório.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

VOTO

Afasto a preliminar de ilegitimidade passiva da União, tendo em vista que os transtornos ao autor foram ocasionados em decorrência da inscrição de outra pessoa com o mesmo número de CPF do apelado, circunstância que só foi permitida por falha pessoal ou de sistema da Receita Federal.

No mérito, o pedido de danos morais é procedente.

Consta nos autos que o autor, no ano de 2003, foi atendido na Receita Federal e, por equívoco, o órgão veio a cancelar o CPF por ele utilizado e, sob a alegação de duplicidade, impuseram-lhe um novo número.

Ocorre que um homônimo contraiu dívidas e restrições, as quais foram atribuídas ao autor ilegalmente.

De fato, restou efetivamente demonstrado que houve um erro da Receita Federal, tanto assim ocorreu que o referido órgão administrativamente retificou a inscrição do autor, promovendo o pedido administrativo para que este voltasse a utilizar seu CPF anterior.

Ressalto que a Secretaria da Receita Federal do Brasil é um órgão específico, singular, subordinado ao Ministério da Fazenda, exercendo funções essenciais para que o Estado possa cumprir seus objetivos, logo, aplica-se, na espécie, o § 6º, do art. 37, da Constituição Federal.

Ademais, o ordenamento jurídico brasileiro adotou a "Teoria do Risco Administrativo", pela qual a responsabilidade do Estado em indenizar é objetiva, de modo que é suficiente a demonstração do nexo causal entre a conduta lesiva imputável à administração e o dano. Desnecessário provar a culpa do Estado, pois esta é presumida. Inverte-se o ônus da prova ao Estado que, para se eximir da obrigação deverá provar que o evento danoso ocorreu por culpa exclusiva da vítima (AGA 200400478313, LUIZ FUX, STJ; AGA 200000446610, GARCIA VIEIRA, STJ).

Esta 4ª Turma já se posicionou no sentido de que, para fazer jus ao ressarcimento em juízo, cabe à vítima provar o nexo de causalidade entre o fato ofensivo (que, segundo a orientação do Supremo Tribunal Federal, pode ser comissivo ou omissivo) e o dano, assim como o seu montante. De outro lado, o poder público somente se desobrigará se provar a culpa exclusiva do lesado (TRF/3ª Região, AC nº 1869746, Desembargador Marcelo Saraiva, 4ª Turma, e-DJF3 de 16/02/2017).

Saliento, por oportuno, que é entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça que a inscrição ou a manutenção indevida em cadastro de inadimplentes gera, por si só, o dever de indenizar e constitui dano moral *in re ipsa*, ou seja, dano vinculado à própria existência do fato ilícito, cujos resultados são presumidos (STJ, AgRg no Ag nº 1379761, Ministro Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, DJe de 02/02/2011).

Ora, não é aceitável que ao autor seja cabível tolerar a inserção de seu nome nos cadastros de inadimplentes por erro, ou melhor, por responsabilidade da Receita Federal, a qual permitiu a emissão de número de CPF em duplicidade.

A propósito:

> "DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. OCORRÊNCIA. DUPLICIDADE DE CPF. HOMÔNIMOS.
> A Receita Federal, órgão federal a quem se atribui o procedimento de cadastrar as pessoas físicas, tem o dever de fiscalizar os números a elas atribuídos, para o fim de evitar que sejam deferidos em duplicidade. Restou incontroverso nos autos a existência de duas inscrições registradas no CPF do autor em cadastros de proteção ao crédito, originárias de operações realizadas no estado do Piauí, onde vive seu homônimo, como reconhecido inclusive pela própria Receita Federal. É de se reconhecer a responsabilidade civil do Estado, pois os dados fornecidos pelos homônimos, sobretudo aqueles fornecidos posteriormente ao CPF atribuído ao autor, poderiam ter sido verificados de forma a identificar corretamente e diferenciá-los, evitando os constrangimentos advindos dessa duplicidade, uma vez que o número de CPF está atrelado à diversas operações realizadas na sociedade. O valor arbitrado deve guardar dupla função, a primeira de ressarcir a parte afetada dos danos sofridos, e uma segunda, pedagógica, dirigida ao agente do ato lesivo, a fim de evitar que atos semelhantes venham a ocorrer novamente. Indispensável, ainda, frise-se, definir a quantia de tal forma que sua fixação não cause enriquecimento sem causa à parte lesada. No caso concreto, o montante fixado na sentença a título de danos morais (R$ 50.000,00) mostra-se exorbitante razão pela qual, levando-se em conta o princípio da razoabilidade, a impossibilidade de serem fixados valores que ocasionem o enriquecimento indevido e os parâmetros utilizados por este Tribunal para casos similares, reduz-se o quantum indenizatório para R$ 10.000,00 (dez mil reais). Mantido o valor arbitrado a título de dano material fixado na r. sentença monocrática. Em relação aos juros moratórios, incidentes a partir do evento danoso (Súmula 54/STJ), o Superior Tribunal de Justiça firmou posicionamento no sentido de que serão calculados à base de 0,5% ao mês, nos termos do artigo 1.062 do Código Civil de 1916 até a entrada em vigor do Novo Código Civil, ocasião em que deverão observar a taxa que estiver em vigor para a mora

do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional (artigo 406), excluída nesse período a incidência cumulativa da correção monetária, passando, contudo, a partir de 30/06/2009, data da entrada em vigor da Lei nº 11.960/2009, a serem calculados com base no índice oficial de juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos do artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97. Quanto à correção monetária, sua incidência deverá observar a Súmula nº 362 do STJ e o manual de cálculos da Justiça Federal, aplicando-se o IPCA a partir de 30/06/2009, consoante julgamento proferido no REsp 1.270.439/PR, submetido à sistemática do artigo 543-C do CPC, em conformidade com o julgamento proferido na ADI nº 4425, Rel. p/ acórdão Ministro Luiz Fux. Mantida a honorária advocatícia tal como fixada na r. sentença monocrática, à míngua de impugnação. Apelação e remessa oficial parcialmente providas."
(TRF/3ª Região, APELREEX nº 1581709, Juiz Federal Convocado Marcelo Guerra, 4ª Turma, e-DJF3 de 02/08/2016)

Desta forma, o autor faz jus ao recebimento de indenização por dano moral.

Com relação ao valor da indenização, embora certo que a condenação por dano moral não deve ser fixada em valor excessivo, gerando enriquecimento sem causa, não pode, entretanto, ser arbitrada em valor irrisório, incapaz de propiciar reparação do dano sofrido e de inibir o causador do dano a futuras práticas da mesma espécie.

Na hipótese, diante das circunstâncias constantes nos autos, reduzo o valor da indenização para R$ 10.000,00 (dez mil reais), eis que de acordo com os precedentes desta Turma.

Com relação aos consectários legais, assiste, ainda, parcial razão à União.

Os juros de mora, nos termos da Súmula 54, do STJ, devem incidir a partir do evento danoso. Todavia, tendo em vista a proibição da *reformatio in pejus*, mantenho a incidência destes conforme a r. sentença, ou seja, a contar do ajuizamento da ação.

A correção monetária, por sua vez, incide a partir do arbitramento no caso dos danos morais (Súmula nº 362, do STJ), conforme pedido da União, devendo ser calculada com base no Manual de Cálculos da Justiça Federal.

Por estes fundamentos, rejeito a preliminar e dou parcial provimento à apelação da União, para reduzir o valor da indenização e fixar a incidência da correção monetária a partir do arbitramento, nos termos da fundamentação.

É o meu voto.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
5003740-96.2018.4.03.6120

Apelante: IVANI FERREIRA BRITO DE SOUSA
Apelada: UNIÃO FEDERAL
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA RIBEIRO
Disponibilização do Acórdão: DJEN 26/10/2021

EMENTA

ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. ALFAGALSIDASE (REPLAGAL ®). AUTORA PORTADORA DE DOENÇA DE FABRY. FÁRMACO REGISTRADO NA ANVISA. IMPRESCINDIBILIDADE PARA VIDA E SAÚDE DO POSTULANTE. NÃO COMPROVAÇÃO. INDISPENSABILIDADE DO TRATAMENTO AFASTADO POR PERÍCIA MÉDICA. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÕES ESPECÍFICAS DA DOENÇA. APELAÇÃO DESPROVIDA.
1. Os direitos fundamentais do cidadão à vida e à saúde são direitos subjetivos inatos à pessoa humana, irrenunciáveis, indisponíveis e inalienáveis, constitucionalmente protegidos, cujo fundamento, em um Estado Democrático de Direito, que reserva especial proteção à dignidade da pessoa humana, há de superar quaisquer espécies de restrições legais.
2. É assente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça no sentido de ser obrigação inafastável do Estado assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação necessária à cura, controle ou abrandamento de suas enfermidades, mormente as mais graves, bem como de haver responsabilidade solidária entre os entes federativos no exercício desse *múnus* constitucional. Precedentes.
3. A jurisprudência se assentou no sentido de que, havendo conflito entre o direito fundamental à vida (art. 5º, Constituição Federal) e à saúde (art. 6º, Constituição Federal) do cidadão hipossuficiente e eventual custo financeiro imposto ao Poder Público, deve ser dada prioridade àqueles, pois o Sistema Único de Saúde - SUS - deve prover os meios para se fornecer medicação e tratamentos que sejam necessários a preservação da vida, saúde e dignidade do paciente sem condições financeiras para custeio pessoal ou familiar, segundo prescrição médica. Precedentes.
4. O E. Superior Tribunal de Justiça que, no julgamento do REsp 1.657.156/RJ, submetido à sistemática dos recursos repetitivos, estabeleceu os requisitos para a concessão judicial de medicamentos não previstos pelo SUS.
5. Assim, como a demanda é posterior ao marco temporal previsto no REsp 1.657.156/RJ (publicação do acórdão em 04/05/2018), aplica-se o entendimento estabelecido no mencionado julgamento.
6. A prova pericial realizada é conclusiva em atestar que a autora não apresenta manifestações específicas da doença de Fabry, visto que seus principais sintomas estão relacionados a artrose e hipertensão arterial, não havendo indicação formal para o tratamento com o medicamento postulado.
7. Ausente, assim, demonstração da necessidade ou imprescindibilidade do fármaco pleiteado para viabilizar o deferimento do pedido, sua negativa não configura des-

cumprimento dos direitos fundamentais da autora à saúde e à vida, ou violação ao princípio da dignidade humana (CF, arts. 6º e 196 c/c art. 1º, III).
8. Apelação da parte autora desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO à apelação da parte autora para manter, integralmente, a r. sentença recorrida, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA RIBEIRO (Relator): Trata-se de ação ordinária, ajuizada por IVANI FERREIRA BRITO DE SOUSA contra a UNIÃO FEDERAL, objetivando compelir a ré ao fornecimento de medicamento "ALFAGALSIDASE (REPLAGAL®)", necessário ao tratamento da enfermidade que a acomete, na forma da prescrição médica e pelo tempo necessário ao tratamento.

Sustenta a postulante ser portadora da Doença de Fabry (*angiokeratoma corporis diffusum*), que afeta principalmente o funcionamento do coração, rins e cérebro, acarretando ao paciente comorbidades que vão desde a hipertensão arterial, acidente vascular cerebral até insuficiência renal, com redução da expectativa de vida em até 15 anos, e alto risco de morte por doença cardíaca, falência renal ou acidente vascular cerebral. Anotou, contudo, que havendo tratamento com Terapia de Reposição Enzimática (TRE), verifica-se aumento da expectativa de vida em cerca de 17,5 para pacientes homens e 15 a 20 anos em mulheres e com significativa melhora da qualidade de vida.

Consignou que a autora apresenta histórico familiar positivo para a doença, bem como sintomas característicos como parestesia em mãos e pés, dores difusas pelo corpo, redução de memória, dor torácica diária e hipoacusia, aumento de átrios e ventrículos e alterações de substância branca periventricular e cortical, sendo a principal hipótese microangiopatia compatível com lesão do sistema nervoso central por Doença de Fabry, que explica o déficit cognitivo, razão pela qual, o médico que a assiste prescreveu o tratamento com o fármaco postulado.

Informou que o medicamento pleiteado possui registro na ANVISA desde 2009, tendo sido aprovada sua utilização também pelas agências dos Estados Unidos e Europa. Contudo, a autora ou sua família não possuem condições financeiras para arcar com a compra do medicamento, visto que apenas um frasco da medicação pode atingir o valor de R$ 7.577,71, e a autora necessita fazer uso de 10 frascos por mês, totalizando 120 por ano, aduzindo que, apesar de ter requerido seu fornecimento na via administrativa, o mesmo lhe foi negado ao argumento de que aludida medicação não é fornecida pelo SUS em razão de seu alto custo.

Salientou, entretanto, que a autora tem direito ao referido tratamento, sendo dever do Estado promover a saúde e bem estar da população, em especial dos hipossuficientes, provendo a única forma de tratamento disponível no mercado. Requereu, ainda, a concessão da justiça gratuita e antecipação da tutela provisória, tendo em vista restarem presentes os requisitos a

tanto necessários, atribuindo à causa o valor de R$ 909.325,20 (novecentos e nove mil, trezentos e vinte e cinco reais e vinte centavos) (Id 100807602).

A decisão de Id 100807616 concedeu à autora os benefícios da justiça gratuita (art. 98, § 3º, do CPC), postergando a apreciação do pedido de antecipação dos efeitos da tutela para após a realização de perícia médica.

Citada, a União Federal ofertou contestação, aduzindo, em suma, sua ilegitimidade e necessidade de chamamento ao processo do Estado e Município. No mérito destacou a conclusão constante da Nota Técnica nº 535/2018, do Ministério da Saúde, no sentido de não ser o fármaco em questão padronizado para fornecimento pelo SUS, que possui alternativas terapêuticas seguras, eficazes e de qualidade para tratamento da enfermidade que acomete a requerente.

Destacou os procedimentos indispensáveis para incorporação de medicamentos ao Sistema Único de Saúde, que o tratamento postulado não traz a cura para doença que acomete a autora, e, a inexistência de dano moral. Pugnou, ao fim, pela improcedência do pedido (Id 100807621).

Manifestou-se a autora sobre a contestação (Id 100807631).

Juntado aos autos o laudo médico pericial (Id 100808091), o MM. Juízo *a quo* proferiu decisão indeferindo o pedido tutela de urgência formulado na inicial (Id 100808092).

Manifestando-se, a autora impugnou a conclusão do perito judicial, requerendo fosse realizada nova perícia, por profissional especialista em genética (Ids. 100808099 e 100808102)

Em atenção do despacho de Id 100808103, a autora peticionou, justificando, de forma sucinta a necessidade de realização da perícia por médico com, pelo menos, formação em genética, juntado aos autos, receita e relatório médicos atualizados (Ids. 100808108 e 100808114).

Na sequência, sobreveio a r. sentença recorrida, proferida em 30/08/2019, a qual indeferiu o pedido para realização de nova perícia médica, rejeitou as preliminares suscitadas pela União, e julgou improcedentes os pedidos formulados pela autora, extinguindo o processo com resolução do mérito, nos termos do art. 487, I, do CPC. Condenou a postulante ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% e 8% do valor da causa, nos termos do art. 85, §§ 3º, I e II e 5º do CPC, suspendendo sua exigibilidade em razão da gratuidade da justiça deferida à autora (Id 100808115).

Inconformada, a autora apelou, pugnando pela reforma da sentença, sustentando, em síntese que o medicamento pleiteado – "ALFAGALSIDASE (REPLAGAL®)" -, é indispensável ao seu tratamento, visto que já apresentava sinais clássicos da moléstia, tais como, parestesias em mãos e pés, dores difusas pelo corpo, redução da memória, dor torácica e hipoacusia. Anotou, além disso, que a perícia médica confirmou que a apelante é portadora da Doença da Fabry, sendo inquestionável complexidade da causa, diante da raridade da aludida moléstia.

Ressaltou que a r. sentença impugnada violou dispositivos constitucionais que tratam do direito à saúde, bem como o princípio da dignidade da pessoa humana, visto que submete a requerente a uma condição de vida degradante, a despeito da existência de medicação recomendada para o tratamento da enfermidade que a acomete, com capacidade para impedir sua progressão e resguardar a qualidade de vida da paciente (Id 100808120).

Com contrarrazões, pelo desprovimento do recurso (Id 100808126), subiram s autos a este Tribunal.

É o relatório.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA RIBEIRO (Relator): Cinge-se a controvérsia à possibilidade de condenar a União Federal, ao fornecimento do medicamento "ALFAGALSIDASE (REPLAGAL®)" à parte autora, nas doses e pelo tempo prescritos pelo médico que a assiste.

Destaque-se, de início, que conforme pesquisa ao sítio eletrônico *consultas.anvisa.gov.br*, o fármaco pleiteado pela autora foi registrado na ANVISA aos 20/07/2009, sob nº 169790002, porém, atualmente, consta seu registro sob nº 106390284, de 28/09/2020. Entretanto, o referido medicamento não se encontra incorporado à listagem de dispensação do SUS.

Quanto à questão de fundo, anoto que à luz da Constituição Federal os direitos fundamentais do cidadão à vida e à saúde são direitos subjetivos inatos à pessoa humana, irrenunciáveis, indisponíveis e inalienáveis, constitucionalmente protegidos, cujo fundamento, em um Estado Democrático de Direito, que reserva especial proteção à dignidade da pessoa humana, há de superar quaisquer espécies de restrições legais.

Nessa seara, impende registrar ainda que é assente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça no sentido de ser obrigação inafastável do Estado assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação necessária à cura, controle ou abrandamento de suas enfermidades, mormente as mais graves, bem como de haver responsabilidade solidária entre os entes federativos no exercício desse *múnus* constitucional. A título exemplificativo, citem-se os seguintes precedentes: RE 724.292 AgR, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 09/04/2013, Acórdão Eletrônico DJe-078 Divulg 25/04/2013 Public 26/04/2013; RE 716.777 AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 09/04/2013, Processo Eletrônico DJe-091 Divulg 15/05/2013 Public 16/05/2013; ARE 650.359 AgR, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 07/02/2012, Acórdão Eletrônico DJe-051 Divulg 09/03/2012 Public 12/03/2012; AgRg no REsp 1016847/SC, Rel. Min. CASTRO MEIRA, Segunda Turma, julgado em 17/09/2013, DJe 07/10/2013; AgRg no AREsp 351.683/CE, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, Primeira Turma, julgado em 03/09/2013, DJe 10/09/2013; AgRg no AREsp 316.095/SP, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, julgado em 16/05/2013, DJe 22/05/2013.

Nesse sentido, confiram-se os seguintes julgados:

> "ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - SUS - OFENSA AO ART. 535 DO CPC - INEXISTÊNCIA - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS - HONORÁRIOS DEVIDOS PELO ESTADO À DEFENSORIA PÚBLICA - JURISPRUDÊNCIA REVISTA PELA PRIMEIRA SEÇÃO - RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.
> 1. Em nosso sistema processual, o juiz não está adstrito aos fundamentos legais apontados pelas partes. Exige-se, apenas, que a decisão seja fundamentada, aplicando o magistrado ao caso concreto a legislação considerada pertinente. Inocorrência de violação ao art. 535 do CPC.
> *2. O funcionamento do Sistema Único de Saúde - SUS é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que, qualquer dessas entidades têm legitimidade ad causam para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros.*
> 3. A Primeira Seção, julgando o REsp 596.836/RS por afetação da Segunda Turma, em decisão datada de 14/04/2004 e publicada em 02/08/2004, uniformizou o entendimento, no sentido de que a Defensoria Pública é órgão do Estado, motivo pelo qual não pode recolher

honorários sucumbenciais decorrentes de condenação contra a Fazenda em causa patrocinada por Defensor Público.
4. Ressalva de entendimento pessoal.
5. Recurso especial parcialmente provido."
(STJ, REsp 527.356/RS, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJU de 15/08/05, p. 239)

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente."
(STF, RE 855178 RG/SE, Relator Ministro LUIZ FUX, julgado em 05/03/2015, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-050 DIVULG 13-03-2015 PUBLIC 16-03-2015)

Por seu turno, a Lei nº 8.080/1990, dispõe que o Sistema Único de Saúde - SUS é constituído pelo conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, estabelecendo as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, bem como para a organização e funcionamento dos serviços correspondentes. Confira-se:

"(...).
Art. 2. A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.
§ 1º. O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.
(...).
Art. 7º. As ações e serviços público de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:
I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;
II - integralidade de assistência entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema.
(...)."

Portanto, a ordem jurídica brasileira assegura a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil o direito à vida, no qual se inclui o direito a assistência integral à saúde, atribuindo ao Estado, considerado o conjunto das pessoas políticas, quais sejam, União, Estados, Municípios e/ou Distrito Federal, o dever jurídico de providenciar o que for necessário a que tal assistência se dê sem maiores percalços, obedecidos os princípios e as diretrizes traçadas em nível constitucional e reafirmadas na legislação infraconstitucional.

Insta observar que a Constituição Federal atribuiu ao Poder Público a competência para regulamentação, execução e fiscalização da política de prevenção e assistência à saúde, com a instituição de serviços públicos de atendimento à população e ações nessa área. Não obstante, é inafastável a função do Poder Judiciário de atuar no controle da atividade administrativa,

visando assegurar a efetividade dos bens jurídicos protegidos pela Constituição Federal, dentre eles a igualdade, a dignidade da pessoa humana e o direito à vida.

Nessa seara, colaciona-se elucidativa decisão do Supremo Tribunal Federal acerca do direito fundamental à saúde, *in verbis*:

> "PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, *CAPUT*, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.
> O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA.
> - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.
> - O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.
> A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE.
> - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.
> DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES.
> - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, *caput*, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF."
> (STF, AgRg no RE 271.286-8/RS, Segunda Turma, Relator Ministro CELSO DE MELLO, j. 12/09/2000, DJ 24/11/2000, p. 101)

Vê-se, assim, a existência de um plexo normativo que visa concretizar o comando constitucional de tutela ao direito à prestação efetiva e adequada das ações e serviços de saúde. Com efeito, o direito à vida, direito fundamental assegurado pela Constituição Federal, deve se sobrepor quando confrontado com qualquer outro, não sendo plausível qualquer tentativa de escusa por parte do Estado, seja sob o frágil argumento de alto custo de dispêndio monetário ou a falta de previsão orçamentária para tanto ou, ainda, sob o argumento de ser mero financiador e gestor do SUS e não executor de suas atividades, não podendo propiciar a concessão de tratamento e medicamento aos necessitados.

Nesse diapasão, a jurisprudência se assentou no sentido de que, havendo conflito entre o direito fundamental à vida (art. 5º, Constituição Federal) e à saúde (art. 6º, Constituição Federal) do cidadão hipossuficiente e eventual custo financeiro imposto ao Poder Público, deve ser dada prioridade àqueles, pois o Sistema Único de Saúde - SUS deve prover os meios para se fornecer medicação e tratamentos que sejam necessários a preservação da vida, saúde e dignidade do paciente sem condições financeiras para custeio pessoal ou familiar, segundo prescrição médica. A propósito, veja-se:

> "DIREITO CONSTITUCIONAL. SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. SOLIDARIEDADE DOS ENTES FEDERATIVOS. PRECEDENTES. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 13.8.2008.
> A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido da responsabilidade solidária dos entes federativos quanto ao fornecimento de medicamentos pelo Estado, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um deles União, Estados, Distrito Federal ou Municípios.
> Agravo regimental conhecido e não provido."
> (STF, AgReg no RE com Ag-ARE 738.729/RS, Primeira Turma, Relatora Ministra ROSA WEBER, j. 25/6/2013, DJe 14/08/2013)

Esse entendimento foi reafirmado pelo Plenário da Suprema Corte no julgamento da Suspensão de Segurança nº 3.355-AgR/RN, de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, julgado em 17/03/2010 e publicado no DJe de 3/4/2010, cujo acórdão restou assim ementado:

> "Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento."

Nesse mesmo sentido julgado do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

> "ADMINISTRATIVO - CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS - POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS - DIREITO À SAÚDE - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - MANIFESTA NECESSIDADE - OBRIGAÇÃO DO PODER PÚBLICO - AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES - NÃO OPONIBILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL.
> 1. Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de fundamental importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais.
> 2. Tratando-se de direito fundamental, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal.
> 3. *In casu*, não há empecilho jurídico para que a ação, que visa a assegurar o fornecimento de medicamentos, seja dirigida contra o município, tendo em vista a consolidada jurisprudên-

> cia desta Corte, no sentido de que "o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que qualquer dessas entidades têm legitimidade *ad causam* para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros" (REsp 771.537/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 3.10.2005).
> Agravo regimental improvido."
> (AGRESP 1.136.549, Segunda Turma, Relator Ministro HUMBERTO MARTINS, DJe 21/06/2010)

Cumpre consignar, ademais, que se encontra firmada a interpretação constitucional no sentido da supremacia da garantia de tutela à saúde do cidadão hipossuficiente sobre eventual custo imposto ao Poder Público, porquanto é dever do Estado prover os meios para o fornecimento de medicamentos e tratamento que sejam necessários a pacientes sem condições financeiras de custeio.

Nesse sentido, colho alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal: AI-AgR 553.712, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, sessão de 19/05/09; AI-AgR 604949, Rel. Min. EROS GRAU, DJU 24/11/06; RE-AgR 271.286, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJU 24/11/00; RE-AgR 255.627, Rel. Min. NELSON JOBIM, DJU 23/02/01; RE-AgR 273.042, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, DJU 21/09/01.

Convém destacar também que a concessão de medicamentos no âmbito de demandas judiciais não se caracteriza como intromissão do Poder Judiciário, uma vez que se está apenas se determinando o cumprimento de comando constitucional que assegura o direito à vida. A propósito, entendimento desta Turma julgadora:

> "AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO NECESSÁRIO AO TRATAMENTO DE SAÚDE (CARCINOMA EPIDERMÓIDE). RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. DIREITO CONSTITUCIONAL À VIDA E À SAÚDE. AGRAVO IMPROVIDO.
> 1. É certo que a saúde é um direito social (art. 6º) decorrente do direito à vida (art. 5º), disciplinado no artigo 196 e seguintes da Constituição Federal. Com efeito, é insofismável a ilação segundo a qual cabe ao Poder Público obrigatoriamente a garantia da saúde mediante a execução de política de prevenção e assistência à saúde, com a disponibilização dos serviços públicos de atendimento à população, que nos termos constitucionais foram delegados ao Poder Executivo no âmbito da competência para desempenhar os serviços e as ações da saúde.
> 2. A responsabilidade pelo fornecimento do medicamento de que necessita a autora decorre do direito fundamental dela à vida e a uma existência digna, do que um dos apanágios é a saúde, cuja preservação também é atribuída aos poderes públicos executivos da União, dos Estados e dos Municípios, todos eles solidários nessa obrigação.
> 3. Como integrante do Sistema Único de Saúde (SUS), a União e os entes que a coadjuvam têm o dever de disponibilizar os recursos necessários para o fornecimento do medicamento para a autora, pois através de prova pericial restou configurada a necessidade dela (portadora de moléstia grave, que não possui disponibilidade financeira para custear o seu tratamento) de ver atendida a sua pretensão posto ser a pretensão legítima e constitucionalmente garantida.
> *4. Negar ao agravado o medicamento necessário ao tratamento médico pretendido implica desrespeito as normas constitucionais que garantem o direito à saúde e à vida; mais: ofende a moral administrativa (art. 37 da Constituição), pois o dinheiro e a conveniência dos detentores temporários do Poder não sobreleva os direitos fundamentais. Mais ainda: é uma afronta também ao art. 230 da Magna Carta, que impõe ao Estado amparar as pessoas idosas "defendendo sua dignidade e bem-estar".*

5. Cabe ao Poder Público, obrigatoriamente, zelar pela saúde de todos, disponibilizando, àqueles que precisarem de prestações atinentes à saúde pública, os meios necessários à sua obtenção.
6. Enfim, calha recordar que ao decidir sobre tratamentos de saúde e fornecimento de remédios o Poder Judiciário não está se investindo da função de co-gestor do Poder Executivo, ao contrário do que o apelante frisa; está tão somente determinando que se cumpra o comando constitucional que assegura o direito maior que é a vida, está assegurando o respeito que cada cidadão merece dos detentores temporários do Poder Público, está fazendo recordar a verdade sublime que o Estado existe para o cidadão, e não o contrário.
7. Na verdade o Judiciário está dando efetividade ao art. 6º, inc. I, "d", da Lei nº. 8.080/90 que insere no âmbito da competência do SUS a assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica.
8. Agravo de instrumento a que se nega provimento."
(TRF3, AI 0009630-70.2014.4.03.0000, Sexta Turma, Relator Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO, j. 26/02/2015, e-DJF3 Judicial 1 06/03/2015) (g. n.)

Além disso, o E. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.657.156/RJ, submetido à sistemática dos recursos repetitivos, estabeleceu os requisitos para a concessão judicial de medicamentos não incorporados ao Sistema Único de Saúde - SUS, nos seguintes termos:

"ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. TEMA 106. JULGAMENTO SOB O RITO DO ART. 1.036 DO CPC/2015. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO CONSTANTES DOS ATOS NORMATIVOS DO SUS. POSSIBILIDADE. CARÁTER EXCEPCIONAL. REQUISITOS CUMULATIVOS PARA O FORNECIMENTO.
1. Caso dos autos: A ora recorrida, conforme consta do receituário e do laudo médico (fls. 14-15, e-STJ), é portadora de glaucoma crônico bilateral (CID 440.1), necessitando fazer uso contínuo de medicamentos (colírios: azorga 5 ml, glaub 5 ml e optive 15 ml), na forma prescrita por médico em atendimento pelo Sistema Único de Saúde - SUS. A Corte de origem entendeu que foi devidamente demonstrada a necessidade da ora recorrida em receber a medicação pleiteada, bem como a ausência de condições financeiras para aquisição dos medicamentos.
2. Alegações da recorrente: Destacou-se que a assistência farmacêutica estatal apenas pode ser prestada por intermédio da entrega de medicamentos prescritos em conformidade com os Protocolos Clínicos incorporados ao SUS ou, na hipótese de inexistência de protocolo, com o fornecimento de medicamentos constantes em listas editadas pelos entes públicos. Subsidiariamente, pede que seja reconhecida a possibilidade de substituição do medicamento pleiteado por outros já padronizados e disponibilizados.
3. Tese afetada: Obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS (Tema 106). Trata-se, portanto, exclusivamente do fornecimento de medicamento, previsto no inciso I do art. 19-M da Lei n. 8.080/1990, não se analisando os casos de outras alternativas terapêuticas.
4. *TESE PARA FINS DO ART. 1.036 DO CPC/2015 A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: (i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; (iii) existência de registro na ANVISA do medicamento.*
5. Recurso especial do Estado do Rio de Janeiro não provido. Acórdão submetido à sistemática do art. 1.036 do CPC/2015."
(REsp 1.657.156/RJ, Primeira Seção, Relator Ministro BENEDITO GONÇALVES, julgado em 25/04/2018, DJe 04/05/2018) (g. n.)

Opostos embargos de declaração em face do supracitado acórdão, a Corte Superior modulou os efeitos da decisão, da seguinte forma:

> "PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. UNIÃO. RECURSO ESPECIAL JULGADO SOB A SISTEMÁTICA DOS RECURSOS REPETITIVOS. TEMA 106. OBRIGATORIEDADE DO PODER PÚBLICO DE FORNECER MEDICAMENTOS NÃO INCORPORADOS EM ATOS NORMATIVOS DO SUS. ART. 1.022 DO CPC/2015. VÍCIOS NÃO CONFIGURADOS. NECESSIDADE DE ESCLARECIMENTO.
> (...)
> 4. Necessário, ainda, realizar os seguintes esclarecimentos, agora quanto à modulação dos efeitos: *(a) os requisitos cumulativos estabelecidos são aplicáveis a todos os processos distribuídos na primeira instância a partir de 4/5/2018; (b) quanto aos processos pendentes, com distribuição anterior à 4/5/2018, é exigível o requisito que se encontrava sedimentado na jurisprudência do STJ: a demonstração da imprescindibilidade do medicamento.* 5. Embargos de declaração rejeitados.
> (...)
> *TESE FIXADA:* A tese fixada no julgamento repetitivo passa a ser: *A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos*: i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência.
> *Modula-se os efeitos do presente repetitivo de forma que os requisitos acima elencados sejam exigidos de forma cumulativa somente quanto aos processos distribuídos a partir da data da publicação do acórdão embargado, ou seja, 4/5/2018."*
> (EDcl no REsp 1.657.156/RJ, Primeira Seção, Relator Ministro Benedito Gonçalves, julgado em 12/09/2018, DJe 21/09/2018) (g.n.)

Importa consignar, ainda, que o E. Supremo Tribunal Federal apreciando a repercussão geral reconhecida, no âmbito do RE 566.471, Tema 6, referente ao dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave sem condições financeiras para sua aquisição, decidiu, em 11/03/2020, que o Estado não é obrigado ao fornecimento de medicações de alto custo solicitados judicialmente, quando não estiverem previstos na relação do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional, do Sistema Único de Saúde (SUS), ressalvadas situações excepcionais a serem definidas na formulação da tese de repercussão geral.

De outro lado, no julgamento do mérito do RE 657.718, Tema 500 da Repercussão Geral, em 22/05/2019, o Supremo Tribunal Federal, decidiu pelo parcial provimento do recurso, fixando a seguinte tese jurídica:

> "1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais.
> 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial.
> 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil.

> 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União."

Pois bem. Na hipótese dos autos, a ação foi distribuída em 08/06/2018 (Id Id 100807614), tratando-se, portanto, de demanda posterior ao marco temporal estabelecido no REsp 1.657.156/RJ retro assinalado (publicação do acórdão em 04/05/2018), de modo que se aplica no que respeita ao que deve ser demonstrado pela parte demandante, o entendimento no sentido de que *"A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa"* dos requisitos fixados no mencionado julgado, a saber: *"i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; e iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência."*

Entretanto, no caso em testilha, embora demonstrada a gravidade da doença que acomete a autora, não se verifica a imprescindibilidade do medicamento postulado para tratamento da sua patologia. Aliás, o que se extrai dos elementos probatórios é embora a autora, de fato, seja portadora da Doença de Fabry, o fármaco pleiteado – "Alfagalsidase (Replagal®)", não tem indicação para o seu tratamento, diante constatações feitas pelo perito judicial, que se mostra contrário à recomendação do médico que assiste a postulante.

Deveras, o laudo médico pericial, datado de 22/04/2019 (Id 100808091), traça um panorama claro da patologia que afeta a postulante, amplo histórico sobre as queixas e sintomas apresentados pela periciada e, com base o exame físico da autora, concluiu ao final pela desnecessidade do tratamento prescrito, mediante terapêutica de reposição enzimática, uma vez que aquela não apresentava *"manifestação específica da doença."*

De fato, sobre o caso dos autos, o perito judicial assinalou que:

> "(...)
> Pericianda apresenta diagnóstico de doença de Fabry por estudo molecular genético sendo heterozigota.
> Não apresenta manifestação específica da doença.
> Suas queixas são direcionadas ao aparelho locomotor por doença degenerativa (artrose).
> Não apresenta queixa espontânea cardíaca, oftálmica, otorrino, neurológica, digestiva, renal.
> Apresente exames complementares com aumento das câmaras esquerdas do coração; alterações neurológicas inespecíficas, relacionadas a idade; alteração oftálmica inespecífica; discreta diminuição da função renal, porém ainda suficiente para o equilíbrio homeostático.
> As alterações cardíacas e renais podem ser tratadas com o uso de medicamento anti-hipertensivo.
> *Não há indicação formal para uso de agalsidase.*" (g. n.)

Como se vê, a situação apresentada no citado laudo médico, apesar de ratificar o diagnóstico de doença de Fabry, não contempla manifestações próprias da referida enfermidade para justificar o tratamento da autora/apelante, com o medicamento prescrito pelo médico que a assiste, destacando, ao contrário, a eficácia com terapia diversa.

Assim, diante da conclusão da perícia médica judicial, tenho por não comprovada a imprescindibilidade e eficácia do medicamento pleiteado – "Alfagalsidase (Replagal®)" -, para o tratamento da patologia que acomete o postulante.

Dessa forma, inexistindo demonstração no sentido de que fármaco requerido na petição inicial é necessário ou imprescindível, o indeferimento do pleito não enseja inobservância de seu direito fundamental à saúde (CF, art. 6º e 196) e, consequentemente, ao princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III).

Ressalte-se que, a jurisprudência de nossos Tribunais vem entendendo que a ausência de prova da eficácia do medicamento pretendido, aliada à existência alternativa terapêutica disponibilizada pelo SUS, inviabiliza a concessão, pelo Judiciário, do fármaco pleiteado.

Nesse sentido, julgados assim ementados:

> "CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. KANUMA. DEFICIÊNCIA DA LIPASE ÁCIDA LISOSSÔMICA. INÍCIO TARDIO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA EFICÁCIA DO MEDICAMENTO PARA O CASO CONCRETO. TRATAMENTO ALTERNATIVO OFERECIDO PELO SUS.
> 1. O direito à saúde, constitucionalmente assegurado, revela-se uma das pilastras sobre a qual se sustenta a Federação, o que levou o legislador constituinte a estabelecer um sistema único e integrado por todos os entes federados, cada um dentro de sua esfera de atribuição, para administrá-lo e executá-la, seja de forma direta ou por intermédio de terceiros.
> 2. Não deixa dúvidas o inciso III do art. 5º da Lei nº 8.080/90 acerca da abrangência da obrigação do Estado no campo das prestações voltadas à saúde pública. Mostra-se, mesmo, cristalina a interpretação do dispositivo em comento ao elencar, dentre os objetivos do Sistema Único de Saúde SUS, "a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas".
> 3. Na hipótese em exame, o autor, de oito anos à época da propositura da ação, em agosto de 2016, sofre de doença genética grave consistente na Deficiência de Lipase Ácida Lisossômica (Deficiência de LAL ou LAL-D) e postula o fornecimento do medicamento KANUMA (princípio ativo Alfassebelipase), registrado na ANVISA em outubro de 2017, sob o nº 19811000300161, com validade de 24 meses, fato não observado pela sentença proferida em 24/4/2018, pois nela consignou se tratar de fármaco sem registro na ANVISA.
> 4. Contudo, a ausência de registro na ANVISA não foi o único fundamento lançado na sentença de improcedência, ora recorrida, que dentre outros assinalou que a importação de medicamentos tais como o postulado só pode ocorrer "nos casos em que não houver alternativas terapêuticas disponíveis no país e desde que o medicamento se mostre essencial para o tratamento" o que não ocorre nos autos pois "o perito explicou que o medicamento não possibilita a cura da doença, a qual só é alcançada através de transplante de medula óssea (fls. 290/330)".
> 5. O Supremo Tribunal Federal tem orientado no sentido de ser possível ao Judiciário a determinação de fornecimento de medicamento não incluído na lista padronizada fornecida pelo SUS, desde que fique comprovada desde que fique comprovada de que não haja nela opção de tratamento eficaz para a enfermidade (RE 831.385 AgR, relator ministro Roberto Barroso, DJE p. 6/4/2015).
> 6. A todos deve ser garantido o acesso a tratamento médico digno e eficaz, mormente quando não possuam recursos para custeá-lo; contudo, não havendo prova da eficácia do fármaco e havendo tratamento alternativo oferecido pelo SUS a possibilitar a cura da doença, não se pode impor ao Estado essa obrigação.
> 7. Apelação a que se nega provimento."
> (TRF3, ApCiv 0017777-50.2016.403.6100/SP, Terceira Turma, Relator Desembargador Federal Mairan Maia, j. 07/11/2019, publ. 11/11/2019)

> ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA EFICÁCIA DO MEDICAMENTO PLEITEADO.
> 1. A mera indicação por médico particular acerca da imprescindibilidade de determinado

> tratamento ou medicamento não é motivo suficiente para a sua concessão por parte da Administração Pública.
> (...)
> 3. Não há comprovação, com base no conjunto probatório dos autos, acerca da eficácia do medicamento pleiteado. Conforme a Norma Técnica nº 1901/2010 do Ministério da Saúde, não há indícios acerca da adequação do tratamento requerido ao câncer renal.
> 4. A adoção de outras opções terapêuticas, disponíveis no sistema privado de saúde, somente deve ocorrer quando, além de terem sua eficácia comprovada, houver a demonstração de que o tratamento fornecido pelo sistema público é inidôneo e inadequado à reabilitação físico-biológica visada, levando em consideração a situação clínica e laboratorial individual dos pacientes.
> (...)
> 6. Agravo de instrumento desprovido."
> (TRF2, AI 2011.02.01014786-4, Sétima Turma Especializada, Relator Desembargador Federal Luiz Paulo da Silva Araújo Filho, j. 11/04/2012, publ. 14/04/2012)

No mais, entendo que, uma vez não comprovada a necessidade e eficácia do medicamento postulado (Alfagalsidase - Replagal®), torna-se despicienda a análise acerca da hipossuficiência da família para arcar com os custos da medicação.

Por conseguinte, de rigor a manutenção da r. sentença recorrida, nos moldes em que exarada.

Ante o exposto, *NEGO PROVIMENTO* à apelação da parte autora, para manter, integralmente, a r. sentença recorrida, nos termos da fundamentação supra.

É o voto.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

AGRAVO EM APELAÇÃO CÍVEL
5004985-08.2018.4.03.6100

Agravante: HASSAN KOROMA
Agravada: R. DECISÃO (ID 160892768)
Apelante: UNIÃO FEDERAL
Apelado: HASSAN KOROMA
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 28/10/2021

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO. REGULARIZAÇÃO MIGRATÓRIA. NÃO REFUGIADO. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.
1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada desta E. Corte Regional, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.
2. Conforme bem salientado na r. decisão agravada, o agravante não faz jus ao tratamento destinado aos refugiados, com flexibilização da documentação exigida.
3. Restou claramente demostrado que "o reconhecimento do status de refugiado deve observar o procedimento específico para que, ao final, possam ser reconhecidos os benefícios próprios da condição especial. (...) O benefício que se confere ao refugiado deve ser exercido nos limites do procedimento que se destina à apuração da respectiva condição e não, extensivamente, em outros aplicáveis a estrangeiros em geral fora da excepcionalidade do pedido de refúgio, daí porque inexistente violação a direito líquido e certo." (Desembargador Carlos Muta, nos autos nº 5017665-25.2018.4.03.6100).
4. Para instruir o pedido de autorização de residência, nos termos regulamentado pelo Decreto 9.199/17, exige-se a apresentação dos documentos não apresentados *in casu*, razão pela qual ausente o direito líquido e certo do impetrante.
5. As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decisum, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.
6. Agravo interno desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Trata-se de agravo interno interposto por HASSAN KOROMA em face da decisão monocrática proferida

(ID 160892768) que, nos termos do artigo 932, V, do Código de Processo Civil, deu provimento a apelação da União Federal, reformando a r. sentença, julgando improcedente o pedido do impetrante, ora agravante, que objetivava compelir à autoridade impetrada a emitir o Registro Nacional Migratório sem a apresentação do passaporte ou, ainda, qualquer outro documento a ser produzido pelo país de origem (certidão consular e certificado de antecedentes criminais).

Agrava o impetrante alegando que, muito embora o fundamento imediato da regularização não seja o instituto do refúgio, imperioso é que sua situação, que obteve a regularização por outro fundamento, seja equiparada a dos refugiados. Aduz que, conforme demonstrado nos autos, os documentos solicitados são de difícil obtenção, pois inexiste representação diplomática de Serra Leoa no país. Pleiteia que seja levado em conta que o impetrante possui carteira de habilitação e passaporte emitidos pela República de Serra Leoa, ainda que deles não constem dados de filiação, além de outros documentos nacionais, acostados aos autos, que permitem sua devida identificação, como cópia da carteira de trabalho, da conta de energia elétrica, do CPF e de contrato de locação residencial.

Requer a reconsideração da decisão agravada ou, caso não seja este o entendimento, pleiteia a submissão do presente ao julgamento da E. Turma.

Contrarrazões (ID 178780339).

É o relatório.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

VOTO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Não é de ser provido o agravo.

A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada desta E. Corte Regional, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso, *in verbis:*

> "ID 150449325: Trata-se de pedido de reconsideração interposto pela UNIÃO FEDERAL em face da decisão monocrática (ID 141701784) proferida nos termos do artigo 932, do Código de Processo Civil, que negou provimento a sua apelação, mantendo a r. sentença que julgou procedente o pedido do impetrante para assegurar a emissão do seu Registro Nacional Migratório sem a apresentação do passaporte ou, ainda, qualquer outro documento a ser produzido pelo país de origem (certidão consular e certificado de antecedentes criminais).
> Agrava a União Federal alegando que o apelado não se encontra na condição de refugiado. Afirma que ele abriu mão da proteção especial destinada aos refugiados, obtendo residência no território nacional na vigência do antigo Estatuto do Estrangeiro, na situação de "casos omissos", isto é, da Resolução CNIG nº 27/98, não se aplicando, desse modo, a regra do art. 20, da Lei de Migração de solicitante de refúgio, de reconhecimento de apatridia e de acolhimento humanitário. Alega a inobservância do princípio constitucional da equidade, visto que houve tratamento mais favorecido a estrangeiro residente em território nacional, do que aquele reservado aos brasileiros, quando aceitou-se a "carteira de habilitação" de Serra Leoa que, diferentemente do similar brasileiro, não possui identificação dos genitores, não se prestando desse modo a preencher os requisitos legais.
> Requer a reconsideração da decisão agravada ou, caso não seja este o entendimento, pleiteia a submissão do presente ao julgamento da E. Turma.
> Sem contrarrazões.

É o relatório.
Decido.
In casu, o impetrante, nacional de Serra Leoa, informa que ao pleitear a emissão do Registro Nacional Migratório, foi-lhe solicitado a apresentação de comprovante de ausência de antecedentes criminais expedido no país de origem, além de dados sobre a filiação constantes em inscrição consular (ou no passaporte).
Pleiteia, no entanto, a emissão do Registro Nacional Migratório sem a apresentação do passaporte ou, ainda, qualquer outro documento a ser produzido pelo país de origem (certidão consular e certificado de antecedentes criminais).
Afirma estar em situação de refúgio, devendo, assim, serem flexibilizadas as documentações.
De fato, a Lei n. 13.445/2017, que instituiu a Lei de Migração, estabelece em seu artigo 20 que "A identificação civil de solicitante de refúgio, de asilo, de reconhecimento de apatridia e de acolhimento humanitário poderá ser realizada com a apresentação dos documentos de que o imigrante dispuser."
No entanto, não é o que se verifica no presente caso.
Conforme se observa dos autos, o impetrante não se encontra na condição de refugiado. Verifica-se que ele abriu mão da proteção especial destinada aos refugiados, obtendo residência no território nacional na vigência do antigo Estatuto do Estrangeiro, na situação de "casos omissos", isto é, da Resolução CNIG nº 27/98, consoante se observa nas informações prestadas pela polícia federal - núcleo de registro de estrangeiros (ID 57261632), *in verbis*:
"Frise-se que, no caso em tela, não encontra o impetrante qualquer impedimento aos atos da vida civil. Trata-se de estrangeiro "solicitante de refúgio" (não "refugiado", eis que o mérito de seu pedido não foi apreciado pelo CONARE/MJ) que pretende mudar seu estado migratório para residente permanente com amparo na Resolução Normativa nº 27 do CNIg (que "disciplina a avaliação de situações especiais e casos omissos pelo Conselho Nacional de Imigração"). Desta feita, faz jus o ádvena à regularização migratória definitiva no País devendo, para tal, apresentar a documentação necessária e obrigatória a todos os estrangeiros que tenham a mesma situação jurídica, ou seja, "solicitantes de refúgio". Assim, entendemos que não há qualquer ilegalidade na exigência de documentação ao estrangeiro tendo em vista não existir qualquer situação que exija tratamento diverso dos demais estrangeiros na mesma condição jurídica."
Nesse sentido se observa o entendimento desta E. Corte, esposado no voto proferido pelo Desembargador Carlos Muta, nos autos nº 5017665-25.2018.4.03.6100: "A condição de refugiado exige comprovação, em procedimento próprio, de variadas circunstâncias necessárias para que se possa atribuir especial tratamento ao estrangeiro. Logo, o reconhecimento do status de refugiado deve observar o procedimento específico para que, ao final, possam ser reconhecidos os benefícios próprios da condição especial. O pedido de residência permanente não se dirige aos refugiados, mas aos demais estrangeiros em geral. Aqueles que pleiteiam condição legal de refugiado têm, porém, assegurado o direito de permanência provisória enquanto se processa o pedido de refúgio, a demonstrar que não cabe discutir o mesmo direito em dupla via procedimental. De fato, a propositura de outro requerimento, objetivando autorização de residência, com aplicação de regime mitigado de apuração dos requisitos legais, além de violar o devido processo legal e a isonomia com outros estrangeiros, não se justifica diante da tramitação de pedido anterior de refúgio, no qual assegurada a residência provisória desde logo até que seja decidido o expediente específico. Se a mitigação na apuração dos requisitos gerais de ingresso e permanência de estrangeiro é reconhecida em relação ao detentor da condição de refugiado e se a própria residência é garantida até que se resolva o procedimento específico, não é viável que se formule outro pedido para autorização de residência permanente sem a observância das exigências próprias. O benefício que se confere ao refugiado deve ser exercido nos limites do procedimento que se destina à apuração da respectiva condição e não, extensivamente, em outros aplicáveis a estrangeiros em geral fora da excepcionalidade do pedido de refúgio,

daí porque inexistente violação a direito líquido e certo. Ainda que eventualmente seja mais demorado o deferimento do pedido de refúgio, em razão da sua própria natureza, não pode ser aplicado a outros procedimentos o tratamento específico outorgado a quem pleiteia o direito ao reconhecimento da condição de refugiado. A cada pedido ou situação, conforme definido em lei, aplica-se o respectivo processo, procedimento ou rito previamente estabelecido."
Assim, nos termos regulamentado pelo Decreto 9.199/17, para instruir o pedido de autorização de residência exige-se a apresentação dos seguintes documentos:
"Art. 129. Para instruir o pedido de autorização de residência, o imigrante deverá apresentar, sem prejuízo de outros documentos requeridos em ato do Ministro de Estado competente pelo recebimento da solicitação:
I - requerimento de que conste a identificação, a filiação, a data e o local de nascimento e a indicação de endereço e demais meios de contato;
II - documento de viagem válido ou outro documento que comprove a sua identidade e a sua nacionalidade, nos termos dos tratados de que o País seja parte;
III - documento que comprove a sua filiação, devidamente legalizado e traduzido por tradutor público juramentado, exceto se a informação já constar do documento a que se refere o inciso II;
IV - comprovante de recolhimento das taxas migratórias, quando aplicável;
V - certidões de antecedentes criminais ou documento equivalente emitido pela autoridade judicial competente de onde tenha residido nos últimos cinco anos; e
VI - declaração, sob as penas da lei, de ausência de antecedentes criminais em qualquer país, nos cinco anos anteriores à data da solicitação de autorização de residência."
Destrate, embora o impetrante possua passaporte válido emitido pela República de Serra Leoa, nele não constam dados relativos à filiação.
Assim, verifico ausente o direito líquido e certo do impetrante, pelo que deve ser reformada a r. sentença.
Nesse sentido:
"DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ESTRANGEIRO. PEDIDO DE REFÚGIO. AUTORIZAÇÃO DE RESIDÊNCIA. DOCUMENTAÇÃO NECESSÁRIA. RECURSO DESPROVIDO.
1. O estrangeiro, em razão de sua condição especial, ou porque oriundo de país cuja situação autoriza, em procedimento específico, o reconhecimento da condição de refugiado, com mitigação na comprovação dos requisitos legais para permanência regular em território nacional, não tem direito líquido e certo de postular em outros expedientes, aplicáveis aos estrangeiros em geral, tratamento preferencial e diferenciado.
2. O postulante do refúgio, no procedimento específico que apura tal condição, tem assegurado o direito de residência provisória até o término do expediente administrativo, assim como outros direitos fundamentais.
3. O fato de ser eventualmente mais demorado o trâmite do pedido formulado pelos apelantes, em razão de sua própria natureza, não autoriza que se estenda a outros procedimentos, sujeitos a requisitos próprios, o tratamento mais benéfico específico do reconhecimento da condição de refugiado, sob pena de violação dos princípios do devido processo legal, legalidade e isonomia.
4. Apelação desprovida."
(ApCiv 5009299-60.2019.4.03.6100/SP, Relator Desembargador Federal LUIS CARLOS HIROKI MUTA, Sexta Turma, j. 06/04/2020, e - DJF3 13/04/2020)
"PROCESSUAL CIVIL – APELAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – ESTRANGEIRO – AUTORIZAÇÃO DE RESIDÊNCIA – REUNIÃO FAMILIAR – DOCUMENTOS.
1. A apelante afirma a viabilidade de flexibilização das exigências documentais, com relação aos requerentes de refúgio.
2. A análise judicial da concessão de vistos limita-se à verificação da legalidade dos procedimentos. O Judiciário não pode adentrar ao mérito.

> 3. O Regulamento indica os documentos necessários para o processamento dos pedidos de autorização de residência. Autoriza, inclusive e em certos casos, a substituição por documentos nacionais (artigo 129, § 1º).
> 4. Não há prova de qualquer ilegalidade no procedimento.
> 5. Apelação improvida."
> (ApReeNec 0024651-51.2016.4.03.6100/SP, Relatora Juíza Federal Convocada LEILA PAIVA MORRISON, Sexta Turma, j. 11/02/2020, Intimação via sistema 14/02/2020)
> Ante o exposto, reconsidero a decisão ID 141701784 e, nos termos do artigo 932, V, do Código de Processo Civil, dou provimento à apelação interposta pela UNIÃO FEDERAL, para reformar a r. sentença, julgando improcedente o pedido, denegando a segurança."

Conforme bem salientado na r. decisão agravada, o agravante não faz jus ao tratamento destinado aos refugiados, com flexibilização da documentação exigida.

Restou claramente demostrado que "o reconhecimento do status de refugiado deve observar o procedimento específico para que, ao final, possam ser reconhecidos os benefícios próprios da condição especial. (...) O benefício que se confere ao refugiado deve ser exercido nos limites do procedimento que se destina à apuração da respectiva condição e não, extensivamente, em outros aplicáveis a estrangeiros em geral fora da excepcionalidade do pedido de refúgio, daí porque inexistente violação a direito líquido e certo." (Desembargador Carlos Muta, nos autos nº 5017665-25.2018.4.03.6100).

Destarte, para instruir o pedido de autorização de residência, nos termos regulamentado pelo Decreto 9.199/17, exige-se a apresentação dos documentos não apresentados *in casu,* razão pela qual ausente o direito líquido e certo do impetrante.

Assim, as razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do *decisum*, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

Desta forma, não vislumbro qualquer vício a justificar a reforma da decisão ora agravada.

Ante o exposto, *nego provimento* ao agravo interno.

É como voto.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA
5002573-70.2019.4.03.6100

Apelante: FACULDADES METROPOLITANAS UNIDAS EDUCACIONAIS LTDA.
Apelado: DOUGLAS ANDRADE MAGALHAES
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 08/11/2021

EMENTA

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ENSINO SUPERIOR. DÉBITO PERANTE INSTITUIÇÃO DE ENSINO. FORMA DE PAGAMENTO EXIGIDA SOMENTE POR MEIO DE CARTÃO DE CRÉDITO. ILEGALIDADE DA CONDUTA.
1. Ao tornar o ensino livre à iniciativa privada, a Constituição Federal estabelece que o vínculo entre aluno e instituição de ensino particular rege-se por relações contratuais nas quais o Estado só pode intervir para fazer valer sua função social. Vale dizer, ao matricular-se, o aluno firma contrato oneroso pelo qual se obriga ao pagamento de mensalidades como contraprestação ao serviço recebido.
2. As Instituições de Ensino não estão obrigadas, sob o fundamento da liberdade de contratar, de aceitar rematrícula de alunos em débito (Lei nº 9.870/999, arts. 5º e 6º), situação que atingiria diretamente o núcleo privado da relação.
3. Não merece reparo a r. sentença, pois como bem pontou o r. Juízo de piso, "A medida adotada pela impetrada, de somente negociar o débito por cartão de crédito, induz o aluno a continuar inadimplente, já que é notório que muito dificilmente um estudante possa ter um cartão de crédito com limite, no caso dos autos, de R$ 18.000,00, capaz de suportar o parcelamento do débito em questão."
4. Admitir que a vida acadêmica do estudante, beneficiário do FIES, seja interrompida em razão de não possuir cartão de crédito para parcelar a sua dívida, no montante de R$ 18.000,00, nega vigência à previsão constitucional no sentido de que a Instituição de Ensino Superior deve visar "ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho" (CF, art. 205).
5. O Magistrado, imbuído do sentimento de justiça, deve sopesar a carga de prejuízo que sua decisão acarreta para ambas as partes: impedir o apelado de prosseguir seus estudos no curso, nesse momento, obsta a proteção ao bem maior que é a conclusão do curso superior e a manutenção do estudante no mercado de trabalho.
6. Impende consignar que a pretensão do recorrido recai sobre a garantia de efetiva igualdade em relação aos demais estudantes inadimplentes que tem a possibilidade de parcelamento de débitos por meio de cartão de crédito, sob pena de violar o princípio da isonomia.
7. Apelo e remessa oficial desprovidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao apelo e à remessa oficial, sem condenação em honorários advocatícios, a teor do art. 25 da Lei nº 12.016/2009, nos termos do voto do Des. Fed.

MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram o Juiz Federal Convocado SILVA NETO e o Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE. O Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE aduziu à fundamentação do Relator que o artigo 315 do CC estabelece que "As dívidas em dinheiro deverão ser pagas no vencimento, em moeda corrente e pelo valor nominal," a reforçar o descabimento da exigência de que o pagamento seja por meio de cartão de crédito. Ausente, justificadamente, a Des. Fed. MARLI FERREIRA, em férias, substituída pelo Juiz Federal Convocado SILVA NETO, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por *Douglas Andrade Magalhães* em face de ato do Reitor das Faculdades Metropolitanas Unidas- FMU, objetivando obter provimento jurisdicional para determinar à autoridade coatora efetue a matrícula do impetrante nas disciplinas restantes do Curso de Odontologia (línica Integral Infantil, Patologia Oral e Práticas Odontológicas).

Narra o impetrante que é aluno da FMU, na qual frequenta o curso de Odontologia, tendo completado todos os 8 (oito) semestres, inclusive apresentado e aprovado em seu TCC (Trabalho de conclusão de Curso).

Afirma que tem dependência em 03 (três) matérias (Clinica integral infantil, Patologia e Praticas Odontológicas) e que era financiado pelo FIES, todavia, teve seu contrato rescindido no último semestre por falta de aditamento.

Aduz que nem a instituição de ensino e nem o impetrante tinham conhecimento do cancelamento do contrato, gerando inadimplência no último semestre, totalizando o valor aproximado de R$ 18.000,00 (dezoito mil reais).

Alega reconhecer que o contrato de financiamento do FIES foi extinto e que há a necessidade de um novo contrato do residual com a instituição de ensino, porém a instituição de ensino insiste em receber o valor acima em parcelas somente em cartão de crédito, não aceitando pagamentos em boletos.

Sustenta que a instituição de ensino insiste em um recebimento de forma não viável e impossível ao impetrante e que ao tentar realizar a matrícula, o impetrado negou-se a proceder a rematrícula, tendo em vista o inadimplemento, estando impedido de continuar frequentando as aulas e privado de comparecer em sua formatura.

A medida liminar foi indeferida (Id. 158415142).

Por meio de sentença, o MM Juízo *a quo* concedeu em parte a segurança, para determinar que a impetrada receba o pagamento do débito do impetrante por outra forma de pagamento, que não somente cartão de crédito, a fim de possibilitar a sua matrícula nas disciplinas faltantes do curso de Odontologia. Sem condenação em honorários advocatícios (Id 158415154).

Apela a impetrada, requerendo a reforma do julgado, alegando que ao desconsiderar a liberalidade da Instituição de Ensino para regulamentar sua forma de cobrança de mensalidades, bem como, sua forma de renegociar os débitos deixados em aberto por seus alunos, o r. Juízo de primeira instância agiu em gravíssima ingerência da autonomia universitária conferida pelo art. 2071 da Constituição Federal (Id. 158415162).

Sem contrarrazões, os autos foram remetidos a esta E. Corte.

O Ministério Público Federal, em seu parecer nesta instância, manifesta-se pelo não provimento do apelo (Id 159070231).

É o relatório.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

VOTO

Trata-se de mandado de segurança proposto por aluno da IES demandada, ao argumento de que é aluno do Curso de Odontologia das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU, ora Recorrente, tendo concluído todas as disciplinas do curso, exceto Clínica Integral Infantil, Patologia Oral e Práticas Odontológicas.

O impetrante, ora apelado, informou que seu contrato de financiamento estudantil – FIES foi rescindido no segundo semestre de 2018, em razão da ausência de aditamento semestral, gerando um débito no valor aproximado de R$ 18.000,00 e a autoridade impetrada se recusa a efetuar sua matrícula para as matérias restantes e a receber a quantia devida por meio de boletos bancários, exigindo o pagamento do débito somente por de cartão de crédito.

O artigo 205 da Constituição Federal estabelece o direito à educação, já o art. 209, em seu inciso I, dispõe sobre a livre iniciativa privada do ensino, nos seguintes termos:

> "Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.
> Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições:
> I - cumprimento das normas gerais da educação nacional;"

Pois bem. Ao tornar o ensino livre à iniciativa privada, a Constituição Federal estabelece que o vínculo entre aluno e instituição de ensino particular rege-se por relações contratuais nas quais o Estado só pode intervir para fazer valer sua função social. Vale dizer, ao matricular-se, o aluno firma contrato oneroso pelo qual se obriga ao pagamento de mensalidades como contraprestação ao serviço recebido.

Assim, denota-se que as Instituições de Ensino não estão obrigadas, sob o fundamento da liberdade de contratar, de aceitar rematrícula de alunos em débito (Lei nº 9.870/999, arts. 5º e 6º), situação que atingiria diretamente o núcleo privado da relação.

Na espécie, a instituição de ensino insiste em efetuar a negociação do pagamento das mensalidades em atraso somente por meio de cartão de crédito.

Entendo que não merece reparo a r. sentença, pois como bem pontou o r. Juízo de piso, "A medida adotada pela impetrada, de somente negociar o débito por cartão de crédito, induz o aluno a continuar inadimplente, já que é notório que muito dificilmente um estudante possa ter um cartão de crédito com limite, no caso dos autos, de R$ 18.000,00, capaz de suportar o parcelamento do débito em questão."

Ora, admitir que a vida acadêmica do estudante, beneficiário do FIES, seja interrompida em razão de não possuir cartão de crédito para parcelar a sua dívida, no montante de R$ 18.000,00, nega vigência à previsão constitucional no sentido de que a Instituição de Ensino Superior deve visar "ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho" (CF, art. 205).

Ademais, o Magistrado, imbuído do sentimento de justiça, deve sopesar a carga de prejuízo que sua decisão acarreta para ambas as partes: impedir o apelado de prosseguir seus estudos no curso, nesse momento, obsta a proteção ao bem maior que é a conclusão do curso superior e a manutenção do estudante no mercado de trabalho.

Por fim, impende consignar que a pretensão do recorrido recai sobre a garantia de efetiva igualdade em relação aos demais estudantes inadimplentes que tem a possibilidade de parcelamento de débitos por meio de cartão de crédito, sob pena de violar o princípio da isonomia.

Nesse sentido, já decidiu esta E. Corte:

> ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ENSINO SUPERIOR. REMATRÍCULA. INADIMPLÊNCIA. POSSIBILIDADE DE PARCELAMENTO DO DÉBITO MEDIANTE PAGAMENTO VIA BOLETO BANCÁRIO. ESTUDANTE APROVADO EM PROCESSO SELETIVO PARA BOLSA DE ESTUDOS INTEGRAL NO PROUNI. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE, PROPORCIONALIDADE E BOA-FÉ OBJETIVA. REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDA.
> 1. Cuida-se de remessa necessária à sentença que concedeu a ordem, confirmando a liminar anteriormente deferida, a fim de determinar à autoridade impetrada que deferia e possibilite a rematrícula do impetrante no terceiro semestre do curso de Psicologia no Centro Universitário Estácio – UNISEB, mediante a formalização do parcelamento dos débitos em atraso concernentes a mensalidades, em 15 parcelas mensais consecutivas, com pagamento exclusivamente por via boletos bancários.
> 2. Observa-se que a questão controvertida na presente demanda diz respeito apenas quanto à forma de pagamento das parcelas pelo aluno, ou seja, cartão de crédito, cheque ou boleto.
> 3. Com supedâneo nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, e diante do interesse da parte impetrante em realizar o pagamento das mensalidades em atraso para assegurar sua bolsa integral no PROUNI, a negativa, pela IES, de renovação de matrícula do aluno, consubstancia violação ao artigo 205 da Constituição da República Federativa do Brasil, o qual estabelece que a educação é dever do Estado, devendo ser promovida e incentivada por toda sociedade.
> 4. Ademais, é aplicável, ao caso em tela, o princípio da boa-fé objetiva, não podendo a Instituição de Ensino Superior adotar medidas que induzam o estudante a continuar inadimplente, em face do dever de colaboração ou cooperação entre as partes contratantes.
> 5. Nesse panorama, verifica-se que o impetrante faz jus ao pagamento das parcelas em atraso via boleto bancário e à rematrícula no curso de Psicologia. 6. Ausente alteração substancial com o condão de influir na sentença proferida pelo MM. Juízo de primeira instância, adotando-se, assim, tais fundamentos como razão de decidir, pois, conforme já decidiu o C. STF, "Reveste-se de plena legitimidade jurídicoconstitucional a utilização, pelo Poder Judiciário, da técnica da motivação 'per relationem', que se mostra compatível com o que dispõe o art. 93, IX, da Constituição da República. A remissão feita pelo magistrado - referindo-se, expressamente, aos fundamentos (de fato e/ou de direito) que deram suporte a anterior decisão (ou, então, a pareceres do Ministério Público ou, ainda, a informações prestadas por órgão apontado como coator) - constitui meio apto a promover a formal incorporação, ao ato decisório, da motivação a que o juiz se reportou como razão de decidir." (STF, AI 825520 AgR-ED, Relator: Min. Celso De Mello, Segunda Turma, julgado em 31/05/2011, DJe-174 DIVULG 09-09-2011 PUBLIC 12-09-2011).
> 7. Não há condenação em honorários advocatícios em sede de mandado de segurança, nos termos do artigo 25 da Lei nº 12.016/2009 e das Súmulas 105 do STJ e 512 do STF. 8. Remessa necessária não provida. (TRF 3ª Região, 3ª Turma, RemNecCiv - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 5001312- 98.2018.4.03.6102, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 19/09/2019, Intimação via sistema DATA: 24/09/2019)

Ante o exposto, nego provimento ao pelo e à remessa oficial.
Sem condenação em honorários advocatícios, a teor do art. 25 da Lei nº 12.016/2009.
É como voto.
Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA
5025736-45.2020.4.03.6100

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: BENILTO CARLOS DA SILVA
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO DOMINGUES
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 11/10/2021

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO ADMINISTRATIVO. LEGITIMIDADE PASSIVA. LEI Nº 9.784/99. INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 77/2015. TRINTA DIAS. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DEMORA INJUSTIFICADA. CONCESSÃO DA ORDEM.
1. A autoridade impetrada, devidamente notificada, prestou as informações requeridas pelo juízo de primeiro grau, sem nada aduzir acerca da alegada ilegitimidade, razão pela qual merece ser rejeitada a preliminar de ilegitimidade passiva.
2.A duração razoável dos processos é preceito fundamental garantido constitucionalmente no artigo 5º, inciso LXXVII, da Constituição Federal, que dispõe: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.". Observância dos princípios da eficiência, da moralidade e da razoabilidade.
3. O notório volume excessivo de processos, bem como a falta de estrutura, seja ela material ou pessoal, suportadas pela autoridade impetrada não podem servir de pretexto para a morosidade no cumprimento do seu dever legal, ultrapassando de forma desarrazoável o prazo para resposta ao particular.
4. As regras que regulam o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal estão estabelecidas na Lei nº 9.784/99, que no artigo 49 fixou o prazo de 30 (trinta) dias contados da conclusão da instrução do processo para decisão.
5. A Instrução Normativa nº77/2015, do INSS, igualmente estabelece prazo de 30 (trinta) dias para o encaminhamento do recurso interposto contra decisão que indefere o pedido de concessão de benefício à esfera competente para o julgamento.
6. Prazo ultrapassado, sem justificativa. Segurança concedida.
7. Preliminar rejeitada. No mérito, remessa necessária a apelação não providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, rejeitou a preliminar e, no mérito, negou provimento à remessa necessária e ao recurso interposto pelo INSS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de remessa necessária e apelação da r. sentença que, nos autos do mandado de segurança em epígrafe, CONCEDEU PARCIALMENTE A ORDEM, julgando parcialmente procedente o pedido inicial para determinar à autoridade impetrada que adote as providências necessárias para a conclusão da análise do pedido administrativo interposto contra a decisão que indeferiu a revisão de benefício previdenciário formulado pela impetrante.

Apela o impetrado, arguindo, preliminarmente a ilegitimidade passiva do INSS, tendo em vista não mais exercer as competências estabelecidas no art. 30 da Lei nº 11.907/09, atualmente atribuídas à Carreira de Perito Médico Federal, vinculada à estrutura do Ministério da Economia, órgão da União. Ressalta que a conclusão do processo administrativo depende da manifestação de dois órgãos com independência funcional entre si. No mérito, sustenta a ausência de ilegalidade ou ato cometido mediante abuso de autoridade, impossibilidade de fixação de prazo peremptório pelo Judiciário para apreciação do requerimento administrativo de benefício previdenciário por ausência de fundamentação legal, devendo ser observado os princípios da separação dos Poderes, da Isonomia e da Impessoalidade. Afirma, ainda, que a Autarquia passou por um processo de redução do seu quadro de servidores, que aliado ao volume excessivo de processos e à falta de estrutura, resultou no acúmulo de trabalho e atraso do atendimento. Sustenta que vem adotando medidas para a agilização e melhoria no atendimento do público em geral. Por fim, aduz a inaplicabilidade dos prazos definidos no art. 49, da Lei nº 9.784/99 e art. 41-A da Lei nº 8.213/91, requerendo, subsidiariamente, a concessão do prazo de 90 dias para a conclusão do procedimento em questão.

Com contrarrazões pelo apelado.

O Ministério Público Federal, em seu parecer, opinou pela manutenção da sentença.

É o breve relatório.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço da remessa necessária e do recurso de apelação.

No tocante à preliminar arguida, observe-se que autoridade impetrada, devidamente notificada, prestou as informações requeridas pelo juízo de primeiro grau (ID 162720493), sem nada aduzir acerca da alegada ilegitimidade, razão pela qual merece ser rejeitada a preliminar de ilegitimidade passiva. Nesse sentido:

> ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA – ILEGITIMIDADE PASSIVA – PRELIMINAR NÃO ACOLHIDA – PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO NÃO CONHECIDO - PROCESSO ADMINISTRATIVO – ANÁLISE DE PEDIDO ADMINISTRATIVO – DURAÇÃO RAZOÁVEL – APELAÇAO E REMESSA OFICIAL IMPROVIDAS.
> 1. Com relação à preliminar arguida, entendo que não há que se falar em ilegitimidade passiva do Gerente da APS do INSS, uma vez que, *in casu*, a autoridade impetrada apresentou as informações requeridas pelo juízo de primeiro grau (ID 148282253), oportunidade em que nada aduziu sobre a alegada ilegitimidade. Precedente.
> 2. Quanto ao pedido para concessão de efeito suspensivo ao recurso, não o conheço, porquanto a finalização da análise da postulação administrativa já ocorreu, consoante verificado no documento ID 148282273.

3. "A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação" – artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal.
4. A demora no processamento do pedido foi, obviamente, injustificada, observando-se que a análise conclusiva da postulação administrativa já foi finalizada, com o indeferimento do pleito do autor em razão de seu óbito (ID 148282273).
5. A r. sentença, por sua vez, ratificou a decisão liminar e concedeu a segurança "para determinar que a autoridade impetrada profira decisão no pleito administrativo – BPC-LOAS de Protocolo nº 708378208 – da parte impetrante, no prazo de trinta dias, a contar da intimação da decisão liminar." (ID 148282264). O prazo concedido – 30 (trinta) dias – é razoável.
6. Consigne-se, pois oportuno, que esta Corte já firmou entendimento no sentido de que os prazos estipulados na Lei 9.784/99 são plenamente aplicáveis às postulações administrativas de benefícios previdenciários e que eventuais dificuldades administrativas/operacionais não podem servir como justificativa para o atraso despropositado da Autarquia em fornecer posicionamento conclusivo, em período razoável.
6. Preliminar rejeitada. Pedido de concessão de efeito suspensivo não conhecido. Apelação e remessa oficial improvidas.
(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 5008605-03.2019.4.03.6000, Rel. Desembargador Federal TORU YAMAMOTO, julgado em 28/05/2021, Intimação via sistema DATA: 01/06/2021)

REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. ILEGITIMIDADE PASSIVA AFASTADA. MÉRITO. ISENÇÃO DO IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO NA REMESSA POSTAL DE BENS. ILEGALIDADE DA PORTARIA MF 156/99 E DA IN SRF 96/99 AO DISPOR DE CONDIÇÕES JÁ DELIMITADAS PELO ART. 2º, II, DO DECRETO-LEI 1.804/80, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 8.383/91. DIREITO À ISENÇÃO CONFIGURADO. REEXAME E APELO DESPROVIDOS.
1. Dá-se por existente o reexame necessário, diante do art. 14, § 1º, da Lei 12.016/09.
2. Há de se reconhecer que quem sofre suposta violação a direito líquido e certo por ato de autoridade muitas vezes tem dificuldade em identificar com exatidão o responsável pelo ato, sobretudo diante da constante reestruturação interna sofrida pela Receita Federal. Tal circunstância não pode impedir o exercício do direito de ação para a defesa do alegado, sob pena de não garantir ao instituto processual a celeridade necessária para a proteção daquele direito.
3. Não se quer com isso desprestigiar o disposto no art. 6º, § 3º, da Lei 12.016/09. A norma visa posicionar no polo passivo da ação mandamental a pessoa que tenha relação direta com a violação a direito líquido e certo, seja por tê-la praticado ou por ter ordenado a sua ordem, permitindo uma prestação de informações muito mais acurada com relação aos fatos então narrados na inicial. Tanto é assim que a competência da jurisdição é delimitada pela sede funcional da autoridade coatora, independentemente do ato perpetrado ou da matéria em objeto, aproximando também o juízo das circunstâncias fáticas da causa. Precedentes.
4. Nos termos do inciso II do art. 2º do Decreto-Lei 1.804/80, com a redação dada pela Lei 8.383/91, compete ao Ministério da Fazenda "dispor sobre a isenção do imposto de importação de bens contidos em remessa de valor até cem dólares norte-americanos, ou o equivalente em outras moedas, quando destinados a pessoas físicas". Ou seja, permitiu ao dito órgão administrativo exercer a regulamentação do benefício fiscal, delimitando o legislador desde já como requisitos para seu gozo o valor máximo de US$ 100,00 de bens importados e que o importador seja pessoa física.
5.Sob o pretexto de regulamentar a matéria, as Portaria MF 156/99 e a IN SRF 96/99 impuseram como limite máximo para isenção o valor de US$ 50,00, bem como que remetente e destinatário sejam pessoas físicas, fugindo totalmente à disposição legal específica para a matéria. Isso porque, diferentemente da disciplina geral para o regime de tributação simplificada

> do II na remessa postal, admitindo o estabelecimento de condições pelo Executivo (art. 1º, § 4º, do Decreto-Lei 1.804/80), no que tange à isenção o legislador delimitou seus requisitos e não deu espaço ao Executivo para alterá-los. Logo, reputam-se ilegais as exigências em tela e, consequentemente, reconhece-se à impetrante o direito de usufruir da isenção prevista no art. 2º, II, do Decreto-Lei 1.804/80.
> (TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000171-91.2016.4.03.6109, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSON DI SALVO, julgado em 10/07/2018, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 18/07/2018)

Passo ao exame do mérito.

A questão cinge-se à morosidade do INSS na apreciação do recurso interposto pelo segurado contra decisão que indeferiu o seu pedido administrativo de revisão de benefício previdenciário.

A duração razoável dos processos é preceito fundamental garantido constitucionalmente no artigo 5º, inciso LXXVII, da Constituição Federal, que dispõe: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.".

Tal norma decorre da observância pela Administração Pública dos princípios da eficiência, da moralidade e da razoabilidade, já que não se pode conceber que o cidadão fique sujeito à espera por uma decisão do ente administrativo por tempo abusivo, o que não deve ser tolerada.

O notório volume excessivo de processos, bem como a falta de estrutura, seja ela material ou pessoal, suportadas pela autoridade impetrada não podem servir de pretexto para a morosidade no cumprimento do seu dever legal, extrapolando o prazo para resposta ao particular.

As regras que regulam o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal estão estabelecidas na Lei nº 9.784/99, que no artigo 49 fixou o prazo de 30 (trinta) dias contados da conclusão da instrução do processo para decisão.

No âmbito do INSS, foi editada a Instrução Normativa nº77/2015, que igualmente estabelece prazo de 30 (trinta) dias para o encaminhamento do recurso interposto contra decisão que indefere o pedido de concessão de benefício à esfera competente para o julgamento.

Nesse sentido os julgados desta Corte: RemNecCiv - 5000337-96.2021.4.03.6126, Rel. Desembargador Federal Antonio Carlos Cedenho, julgado em 05/08/2021; AI - 5026311-20.2020.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal Luis Antonio Johonsom Di Salvo, julgado em 21/06/2021; ApReeNec - 5001516-36.2019.4.03.6126, Rel. Desembargador Federal Diva Prestes Marcondes Malerbi, julgado em 20/09/2019.

No caso em apreço, o requerimento administrativo foi protocolado em 03/09/2020, não tendo sido proferida qualquer decisão ou justificativa pela autoridade impetrada até a data da presente impetração, em 11/12/2020, restando ultrapassado, em muito, o prazo legal de 30 (trinta) dias, o que configura a morosidade administrativa a ensejar a concessão da ordem.

Por esses fundamentos, *rejeito a preliminar e, no mérito, nego provimento à remessa necessária e ao recurso interposto pelo INSS.*

É o voto.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO
5010492-09.2021.4.03.0000

Agravante: CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Agravado: DARCY SILVERIO LOPES JUNIOR
Relatora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA DENISE AVELAR
Disponibilização do Acórdão: DJEN 27/10/2021

EMENTA

ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA (CRM/SP). RESTRIÇÃO AO EXERCÍCIO PROFISSIONAL. MÉDICO DO TRABALHO. CONCLUSÃO DE ESPECIALIZAÇÃO EM INSTITUIÇÃO DE ENSINO RECONHECIDA PELO MEC, DURANTE A VIGÊNCIA DA PORTARIA DSST Nº 11/1990. DIREITO ADQUIRIDO. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO.
1. Debate-se nos autos sobre o direito do agravado de exercer a profissão de médico do trabalho.
2. Preliminarmente, considerando o fato de que Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, ora agravante, é uma autarquia com incumbência legal de fiscalizar e regulamentar o exercício da profissão médica, bem como a natureza jurídica dos pedidos formulados pela parte autora no feito de origem, consubstanciados no reconhecimento de seu direito ao livre exercício profissional e no respectivo registro de sua especialização em Medicina do Trabalho, consigne-se que o CREMESP possui legitimidade para figurar no polo passivo da demanda.
3. O art. 300 do Código de Processo Civil dispõe que será concedida a tutela de urgência quando restarem evidenciados os seguintes pressupostos: (i) a probabilidade do direito; e (ii) o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.
4. No caso em tela, compulsando os autos recursais bem como os do feito subjacente, em uma análise perfunctória da demanda, própria deste momento processual, verifico que estão presentes os requisitos para o deferimento da tutela de urgência, razão pela qual deve ser mantida a decisão agravada.
5. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 5º, inciso XIII, preconiza que: *"é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer"*. Nesse panorama, apenas a lei em sentido formal pode impor as limitações ao exercício profissional, de modo que não se afigura possível que referido direito seja condicionado por um mero ato administrativo.
6. É cediço que tanto o Conselho Federal de Medicina quanto os Conselhos Regionais de Medicina devem estrita observância ao princípio da legalidade, sendo descabida, à luz do ordenamento jurídico vigente, a imposição de restrições ao exercício profissional sem a correspondente previsão legal.
7. Cabe pontuar que o direito à inscrição profissional, assim como a qualificação como especialista em certa área do conhecimento, nasce a partir do momento em que há o preenchimento dos requisitos legais, não sendo viável, mesmo que por meio de lei, a imposição de novos requisitos retroativamente, sob pena infringência ao direito adquirido, garantido constitucionalmente no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal.

8. No caso vertente, o agravado, médico inscrito no Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo desde 05/06/1989 (ID 159373022 - Pág. 92), apresentou certificado de conclusão do curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Medicina do Trabalho, emitido pela Universidade Paulista – UNIP, constando carga horária total de 1.920 horas e frequência obrigatória de 75%, realizado no período de 08/04/2011 a 30/03/2013 (ID 159373022 - Págs. 93/94), documento este hábil para demonstrar a conclusão de especialização em instituição de ensino reconhecida pelo MEC, durante a vigência da Portaria DSST nº 11/1990, que previa que o certificado de conclusão de curso de especialização em Medicina do Trabalho, em nível de pós-graduação, era suficiente para o exercício da profissão de médico do trabalho.
9. Resta configurado o *fumus boni iuris, ante a inexistência de* previsão legal que estabeleça como condição ao exercício da Medicina do Trabalho a realização de residência médica ou a aprovação em prova de titulação. Desse modo, em sede de cognição sumária, observa-se que a exigência prevista nas Portarias MTE nº 590/2014 e 2018/2014 não possui amparo legal.
10. Ademais, colhe-se da leitura do art. 5º, inciso II, da Lei 12.842/2013, que a coordenação e supervisão especializadas consubstanciam funções privativas de médico, caso do agravado, conforme bem observado pelo MM. Juízo "a quo" na decisão vergastada.
11. Caracterizado o *periculum in mora* em face do risco de o agravado ser impedido de exercer a profissão de médico do trabalho.
12. Com efeito, há risco de dano de difícil ou impossível reparação em virtude da possibilidade de o agravado perder o seu emprego, com o comprometimento do próprio sustento e/ou de seus familiares, uma vez que, conforme alegado na exordial do feito de origem, a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), em que exerce o cargo desde junho/2018, após aprovação em concurso público, tem lhe exigido o RQE (Registro de Qualificação de Especialista) em Medicina do Trabalho.
13. Nesse contexto, os argumentos apresentados pela parte recorrente não autorizam a reforma da decisão objurgada, visto que estão presentes os pressupostos para a concessão da tutela de urgência na espécie, conforme a fundamentação supra.
14. Agravo de instrumento não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Juíza Federal Convocada DENISE AVELAR - Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO, contra a r. decisão de ID 46062667, integrada pela decisão de ID 52204361, proferida nos autos da ação sob o procedimento comum de n. 5003443-47.2021.4.03.6100, ajuizada por DARCY SILVERIO LOPES JÚNIOR, em trâmite perante o Juízo Federal da 12ª Vara Cível de São Paulo/SP.

No feito subjacente, a ação foi proposta objetivando, em suma, que: (i) seja garantido ao autor, ora agravado, o livre exercício da profissão de médico do trabalho, inclusive em coordenação e supervisão técnica em medicina do trabalho, em razão de ter direito adquirido, nos termos da legislação de regência, por ter concluído a pós-graduação em medicina do trabalho quando estava em vigor a Portaria DSST Nº 11, de 17 de setembro de 1990, e, ainda, ante a nulidade da Resolução CFM nº 2.220, de 24/01/2019; e (ii) a parte requerida seja condenada a realizar o imediato registro da especialização em nível de pós-graduação em medicina do trabalho como especialidade médica (ID 45865484 - Págs. 57/58, no PJe de origem).

Pela decisão agravada, a medida liminar foi deferida "*para determinar que o CRM/SP proceda ao registro da especialidade médica do autor, considerando, para tanto, o título de pós-graduação apresentado (ID 45865485), em cumprimento ao disposto no artigo 17 da Lei nº 3.268/57*" (ID 52204361 - Pág. 2, no PJe originário).

Em suas razões recursais (ID 159373006), sustenta o agravante, em síntese, que:

a) o título de especialização *lato sensu* do *recorrido "não pode ser registrado junto ao Cremesp, ora Agravante, em razão das Resoluções CFM nº 1634/2002, 1799/2006, bem como pela atual Resolução CFM nº 2.221/2018, na qual a Comissão Mista e Especialidade (CME), composta pelo Conselho Federal de Medicina (CFM), pelas Sociedades de Especialidades que compõem à Associação Médica Brasileira (AMB) e pela Comissão Nacional de Residência Médica (CNRM), que normatiza o reconhecimento e registro das especialidades médicas e respectivas áreas de atuação no âmbito dos Conselhos de Medicina*" (ID 159373006 - Págs. 11/12);

b) "*há duas formas pelas quais o médico torna-se especialista (RQE), reconhecido pelo CFM, a saber: quando o médico conclui a residência médica reconhecida pela Comissão Nacional de Residência Médica; e a segunda é realizado pelas Sociedades de Especialidades Médicas que compõem a Associação Médica Brasileira (AMB). Neste caso, o título é da AMB, concedido pela sociedade ao qual o médico é associado*" (ID 159373006 - Pág. 16);

c) a realização do "*registro do título de especialidade tem a finalidade de proporcionar maior transparência para o paciente, que poderá, com base em informação confiável, saber se o seu médico fez um curso de pós-graduação de 360 horas, ou se o seu médico se submeteu a um curso de no mínimo 2.880 horas anuais, com aprovação em prova de titulação perante a Associação Médica Brasileira, nos termos da Portaria CME nº 1/2018, ou, por fim, se fez Residência Médica, que exige carga horária de 60 horas semanais, nos termos da legislação vigente*" (ID 159373006 - Pág. 16);

d) "*a especialidade em Medicina do Trabalho é reconhecida pelo Conselho Federal de Medicina na Resolução CFM nº 2.162/17, a qual homologa a Portaria CME nº 1/2017, que atualiza a relação de especialidades e áreas de atuação médicas aprovadas pela Comissão Mista de Especialidades, posteriormente revogada pela Resolução CFM nº 2.221/2018 que novamente atualizou a relação de especialidades e áreas de atuação médicas aprovadas pela Comissão Mista de Especialidades*" (ID 159373006 - Pág. 20);

e) no momento atual, "*somente os títulos expedidos pelas Sociedades de Especialidades que compõem à AMB, com programas de ensino por ela aprovados, e aqueles expedidos pelas Residências Médicas credenciadas pela CNRM são passíveis de registro perante os Conselhos Regionais de Medicina, o que não é o caso do certificado apresentado pelo Agravado, razão pela qual o mesmo não pode ser registrado nos assentamentos deste Conselho, ora Agravante*" (ID 159373006 - Pág. 22);

f) "*como o certificado apresentado pelo Agravado foi expedido após 15 de abril de 1989, também não se enquadra no disposto na Resolução CFM nº 2.220/2019, uma vez que tal normativa dispõe sobre o registro de qualificação de especialidade médica em virtude de documentos e condições anteriores a 15 de abril de 1989*" (ID 159373006 - Pág. 23);

g) "*o fato de ter concluído curso de pós-graduação relacionado à determinada área médica não implica na concessão automática de títulos de especialista, tampouco registro perante o Agravante*" (ID 159373006 - Pág. 23);

h) "*não há que se aceitar que o Agravado possa atuar como coordenador, diretor ou responsável técnico de ambulatório de assistência à saúde do trabalhador, eis que não é considerado médico especialista, nos termos da normatização exarada pelo CFM e pelo Ministério do Trabalho*" (ID 159373006 - Pág. 24);

i) conforme os artigos 5º e 15, alíneas "c", "d", "h" e "j" da Lei nº 3.268/57, os Conselhos de Medicina "*detém o poder de fiscalizar a classe médica bem como o poder regulamentar, o que implica na edição de suas Resoluções, como o fez o Conselho Federal de Medicina ao editar a Resolução nº 2.007/2013, que dispõe sobre a exigência de título de especialista para ocupar o cargo de diretor técnico, supervisor, coordenador, chefe ou responsável médico dos serviços assistenciais especializados*" (ID 159373006 - Pág. 26);

j) "*a Portaria MTE nº 590, de 28 de abril de 2014, só permite o exercício da Medicina do Trabalho por aqueles que possuem o título de especialista ou residência médica, com a interpretação do item 4.4 da NR-4 do MTE*" (ID 159373006 - Pág. 27);

k) a Resolução CFM nº 1.799/2006 "*surgiu para esclarecer que, não obstante a NR-4, os diplomas e certificados de conclusão de cursos de especialização e extensões em Medicina do Trabalho não conferem automaticamente a titulação de especialista aos médicos*" (ID 159373006 - Pág. 28);

l) "*ainda que nos termos dos arts. 17 e 18 da Lei 3.268/57, o médico registrado no Conselho de Medicina se encontre habilitado ao exercício de sua profissão, a exigência de título de especialista no caso em pauta, ao contrário do alegado pelo Agravado, não afronta o livre exercício do trabalho, disposto no art. 5º, inc. XIII da Constituição Federal, pois não é condição para o exercício da medicina, mas sim condição para o registro de empresa médica com determinada especialidade anunciada*" (ID 159373006 - Pág. 28).

m) "*o Agravado pleiteia obter o registro no âmbito deste Conselho, ora Agravante, para poder estar 'regularizado' perante os respectivos Serviços Especializados em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho – SESMET, para exercer cargo de coordenação e supervisão técnica em ambulatórios de saúde do trabalho. Porém, diante do que estabelece a legislação supra, na verdade, a demanda original deveria ser justamente em face do Ministério do Trabalho e Emprego*" (ID 159373006 - Pág. 37);

n) "*para um curso de pós-graduação/especialização de especialidade médica ser válido para obtenção de título de especialista, deve ser credenciado pela Comissão Nacional de Residência Médica – CNRM ou pela Associação Médica Brasileira - AMB*" (ID 159373006 - Pág. 38);

o) "*o Agravado é pós-graduado em Medicina do Trabalho com certificado emitido por instituições não credenciada pela Comissão Nacional de Residência Médica*", sendo que "*a referida titulação não lhe confere o título de especialista em Medicina do Trabalho, nos moldes propostos e determinados pela Comissão Mista de Especialidades. Por esta razão, não pode ser registrado pelo Agravante*" (ID 159373006 - Pág. 38);

p) "*o Agravado não se encontra impedido de exercer a Medicina em qualquer área, mas não pode anunciar e exercer uma especialidade na qual não possui título de especialista devidamente reconhecido e registrado pelos órgãos competentes*" (ID 159373006 - Pág. 39);

q) "*as Resoluções do Conselho Federal de Medicina em questão foram elaboradas dentro do poder regulamentar conferido por Lei, não havendo nenhuma inconstitucionalidade ou ilegalidade a ser reparada*" (ID 159373006 - Pág. 46).

Pugna seja deferido o efeito suspensivo, nos termos do artigo 995, parágrafo único, do Código de Processo Civil (ID 159373006 - Págs. 46/47).

Argumenta que: "*O dano irreparável é evidente. Afinal, a antecipação da tutela deferida na origem possibilita ao Agravado se identificar como especialista em Medicina do Trabalho, em que pese não tenha comprovado que seu título preenche os requisitos mínimos exigidos pela legislação em vigor para ser registrado pelo Agravante. Portanto, sem ter havido certificação acerca da qualidade da formação profissional e a respectiva compatibilidade com os padrões técnico-científicos mínimos exigidos, o que permitirá que ocupe cargos de diretor técnico, supervisor, coordenador, chefe ou responsável médico dos serviços assistenciais especializados".* Aduz que "*é imperiosa a pronta suspensão da liminar deferida pelo MM. Juízo a quo, conquanto a sua manutenção gera graves riscos à saúde pública*" (ID 159373006 - Pág. 47).

Requer seja totalmente provido o agravo de instrumento, a fim de reformar a decisão agravada, "*para que seja revogada a tutela concedida*" (ID 159373006 - Pág. 51).

Pela decisão de ID 159508937 o e. Relator, Desembargador Federal Nelton dos Santos, indeferiu o pedido efeito suspensivo ao recurso.

Intimado, o agravado apresentou contraminuta ao agravo de instrumento (ID 162023443).

É o relatório.

Juíza Federal Convocada DENISE AVELAR - Relatora

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Debate-se nos autos sobre o direito do agravado de exercer a profissão de médico do trabalho.

Preliminarmente, considerando o fato de que Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, ora agravante, é uma autarquia com incumbência legal de fiscalizar e regulamentar o exercício da profissão médica, bem como a natureza jurídica dos pedidos formulados pela parte autora no feito de origem, consubstanciados no reconhecimento de seu direito ao livre exercício profissional e no respectivo registro de sua especialização em Medicina do Trabalho, consigne-se que o CREMESP possui legitimidade para figurar no polo passivo da demanda.

Com efeito, para compreensão da questão posta nos autos, destaco, da decisão objurgada, que deferiu a liminar requerida, os seguintes excertos:

> "(...)
> Narrou o impetrante que é médico e cursou pós-graduação em Medicina do Trabalho, de acordo com os requisitos objetivos previstos na Portaria DSST nº 11, de 17 de setembro de 1990 (Norma Regulamentadora n. 4), em vigor quando da conclusão de sua pós graduação. Contudo, desde 24.01.2019 está impedido de atuar como coordenador ou supervisor de serviços especializados em medicina do trabalho (SESMT's) de empresas, com base na Resolução

> CFM nº nº 2.220/2019, que fixa marco temporal no que tange à possibilidade de registro de pós-graduações como especialidade.
> Alegou que foi aprovado no concurso da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) onde exerce o cargo desde junho de 2018. Contudo, em razão da exigência posterior de registro de especialidade junto ao CREMESP para exercício integral da medicina do trabalho, a ECT passou a cobrar o RQE em medicina do trabalho do autor para que ele pudesse continuar atuando no seu cargo.
> (...)
> A controvérsia cinge-se à análise acerca do direito do autor em ver garantido o livre exercício da medicina do trabalho, inclusive nos cargos de coordenação e supervisão técnica em serviços de medicina de empresas.
> Diante dos elementos até o momento constantes dos autos e, sem prejuízo de posterior reanálise por ocasião da apresentação de informações pela autoridade Impetrada, é possível formar convicção sumária pela verossimilhança das alegações da parte Impetrante.
> (...)
> O autor comprovou que está inscrito como médico no Conselho Regional de Medicina desde 05/06/1989 (ID 45865485- fls. 44) e que concluiu o curso de especialização em medicina do trabalho em 30.03.2013 (ID 45865485- fls. 50), a fim de atender a Portaria DSST nº 11 de 17 de setembro de 1990 – Norma Regulamentadora nº 4, portaria essa em vigor na data da conclusão do curso e que previa a necessidade de certificado de conclusão de curso de especialização em medicina do trabalho, em nível de pós-graduação para o exercício de médico do trabalho.
> Pelo que se vislumbra nos autos, o autor, antes da Resolução arguida como inaplicável ao seu caso (Resolução CFM nº 2.220, de 24.01.2019), já possuía habilitação suficiente para exercer o cargo de Médico do Trabalho, nas SESMTs, de acordo com a NR4, no item 4.4.1, "b", alterado pela Portaria DSST nº 11, de 17/09/1990, não podendo o CRM/SE exigir, com base em legislação posterior, outros requisitos para que possa exercer o ofício de Médica do Trabalho.
> Quanto ao exercício de cargo de coordenação e supervisão de serviços especializados, também vislumbro a verossimilhança das alegações.
> Da leitura do dispositivo inserto no art. 5º, II da Lei 12.842/2013, vejo que a coordenação e supervisão especializados se trata de cargo privativo de médico, caso do autor, razão pela qual vislumbro o cumprimento dos requisitos necessários ao deferimento da liminar objetivada.
> O fumus boni iuris decorre da cobrança pela Empresa de Correios e Telégrafos do RQE em medicina do trabalho, havendo risco concreto, atual e grave do autor perder seu emprego.
> (...)" (Sic, ID 46062667 - Págs. 1/3 no PJe de origem, grifos no original).

Pois bem.

O art. 300 do Código de Processo Civil dispõe que será concedida a tutela de urgência quando restarem evidenciados os seguintes pressupostos: (i) a probabilidade do direito; e (ii) o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

No caso em tela, compulsando os autos recursais bem como os do feito subjacente, em uma análise perfunctória da demanda, própria deste momento processual, verifico que estão presentes os requisitos para o deferimento da tutela de urgência, razão pela qual deve ser mantida a decisão agravada.

Vejamos.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 5º, inciso XIII, preconiza que: "*é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*". Nesse panorama, apenas a lei em sentido formal pode impor as limitações ao exercício profissional, de modo que não se afigura possível que referido direito seja condicionado por um mero ato administrativo.

É cediço que tanto o Conselho Federal de Medicina quanto os Conselhos Regionais de Medicina devem estrita observância ao princípio da legalidade, sendo descabida, à luz do ordenamento jurídico vigente, a imposição de restrições ao exercício profissional sem a correspondente previsão legal.

A Lei nº 3.268/57, que dispõe sobre os Conselhos de Medicina, preceitua, em seu art. 17, *in verbis*:

> "Art . 17. Os médicos só poderão exercer legalmente a medicina, em qualquer de seus ramos ou especialidades, após o prévio registro de seus títulos, diplomas, certificados ou cartas no Ministério da Educação e Cultura e de sua inscrição no Conselho Regional de Medicina, sob cuja jurisdição se achar o local de sua atividade. (Vide Medida Provisória nº 621, de 2013)"

A Lei nº 6.932/81 prevê, em seu art. 1º, que a residência médica configura modalidade de ensino de pós-graduação.

A Lei nº 12.842/2013, que versa sobre o exercício da Medicina, preceitua, em seu art. 5º, inciso II, que:

> "Art. 5º São privativos de médico:
> (...)
> II - perícia e auditoria médicas; coordenação e supervisão vinculadas, de forma imediata e direta, às atividades privativas de médico;"

A Portaria DSST nº 11 DE 17/09/1990, do Departamento de Segurança e Saúde do Trabalhador, preceituava que a conclusão de pós-graduação era suficiente para a obtenção do título em Medicina do Trabalho, *in verbis*:

> "Art. 1º. Ficam alterados os itens 4.4 e 4.7 da Norma Regulamentadora - NR 4, aprovada pela Portaria MTb/GM nº 3.214, de 08 de junho de 1978, e modificada pelas Portarias MTb/SSMT nº 33, de 27 de outubro de 1983, e nº 34, de 11 de dezembro de 1987, que passam a vigorar com a seguinte redação:
> "4.4 - Os Serviços Especializados em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho, Enfermeiro de Segurança do Trabalho, Técnico de Segurança do Trabalho e auxiliar de Enfermagem do Trabalho, obedecido o Quadro II, anexo.
> 4.4.1. - Para fins desta Norma Regulamentadora, as empresas obrigadas a constituir serviços especializados em Engenharia de Segurança e Medicina do Trabalho deverão exigir dos profissionais que os integram comprovação de que satisfazem os seguintes requisitos.
> (...)
> b) Médico do Trabalho - Médico portador de certificado de conclusão de curso de especialização em Medicina do Trabalho, em nível de pós-graduação, ou portador de certificado de residência medica em área de concentração em saúde do trabalhador ou denominação equivalente, reconhecida pela Comissão Nacional de Residência Medica, do Ministério da Educação, ambos ministrados por Universidades ou Faculdades que mantenha curso de graduação em Medicina;"

Todavia, o Ministério do Trabalho e Emprego editou as Portarias nº 590, de 28/04/2014 e nº 2018, de 23/12/2014, passando a exigir a realização de residência médica (modalidade de pós-graduação) ou a obtenção de aprovação em prova de titulação, conforme as diretrizes estabelecidas pelo Conselho Federal de Medicina – CFM, para o exercício da Medicina do Trabalho, impondo as novas regras inclusive para aqueles médicos que já exerciam a profissão e que já haviam cumprido os requisitos anteriormente exigidos:

Portaria nº 590, de 28/04/2014
"O MINISTRO DE ESTADO DO TRABALHO E EMPREGO, no uso das atribuições que lhe conferem o inciso II do parágrafo único do art. 87 da Constituição Federal e os arts. 155 e 200 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, resolve:
Art. 1º Alterar a redação dos itens 4.4 e 4.4.1 da Norma Regulamentadora nº 04 (Serviços Especializados em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho - SESMT), aprovada pela Portaria 3.214, de 8 de junho de 1978, que passam a vigorar com a seguinte redação:
4.4 Os Serviços Especializados em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho devem ser compostos por Médico do Trabalho, Engenheiro de Segurança do Trabalho, Técnico de Segurança do Trabalho, Enfermeiro do Trabalho e Auxiliar ou Técnico em Enfermagem do Trabalho, obedecido o Quadro II desta NR.
4.4.1 Os profissionais integrantes do SESMT devem possuir formação e registro profissional em conformidade com o disposto na regulamentação da profissão e nos instrumentos normativos emitidos pelo respectivo Conselho Profissional, quando existente. (NR)"

Portaria nº 2018, de 23/12/2014
"O Ministro de Estado do Trabalho e Emprego, no uso das atribuições que lhe conferem o inciso II do parágrafo único do art. 87 da Constituição Federal e os arts. 155 e 200 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943,
Resolve:
(...)
Art. 2º Conceder prazo de quatro anos para que os Médicos do Trabalho integrantes do SESMT - Serviços Especializados em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho atendam aos requisitos de formação e registro profissional exigidos na regulamentação da profissão e nos instrumentos normativos emitidos pelo Conselho Federal de Medicina, nos termos do item 4.4.1 da NR4, com redação dada pela Portaria nº 590, de 28 de abril de 2014.
Parágrafo único. Até que o prazo indicado neste artigo seja expirado, poderá atuar no SESMT o Médico portador de certificado de conclusão de curso de especialização em Medicina do Trabalho, em nível de pós-graduação, ou portador de certificado de residência médica em área de concentração em saúde do trabalhador ou denominação equivalente, reconhecida pela Comissão Nacional de Residência Médica, do Ministério da Educação, ambos ministrados por universidade ou faculdade que mantenha curso de graduação em medicina."

Cabe pontuar que o direito à inscrição profissional, assim como a qualificação como especialista em certa área do conhecimento, nasce a partir do momento em que há o preenchimento dos requisitos legais, não sendo viável, mesmo que por meio de lei, a imposição de novos requisitos retroativamente, sob pena infringência ao direito adquirido, garantido constitucionalmente no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal.

No caso vertente, o agravado, médico inscrito no Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo desde 05/06/1989 (ID 159373022 - Pág. 92), apresentou certificado de conclusão do curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Medicina do Trabalho, emitido pela Universidade Paulista – UNIP, constando carga horária total de 1.920 horas e frequência obrigatória de 75%, realizado no período de 08/04/2011 a 30/03/2013 (ID 159373022 - Págs. 93/94), documento este hábil para demonstrar a conclusão de especialização em instituição de ensino reconhecida pelo MEC, durante a vigência da Portaria DSST nº 11/1990, que previa que o certificado de conclusão de curso de especialização em Medicina do Trabalho, em nível de pós-graduação, era suficiente para o exercício da profissão de médico do trabalho.

Sobre o tema, trago a lume julgados proferidos em casos análogos:

"PROCESSO Nº: 0806553-37.2019.4.05.8100 - APELAÇÃO CÍVEL APELANTE: CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA ADVOGADO: Joao Paulo Simoes Da Silva Rocha APELADO: ANTONIO MAIA GONDIM NETO ADVOGADO: Leonardo Vasconcelos Guaurino De Oliveira RELATOR(A): Desembargador(a) Federal Rogério de Meneses Fialho Moreira - 3ª Turma JUIZ PROLATOR DA SENTENÇA (1º GRAU): Juiz(a) Federal Gustavo Henrique Teixeira De Oliveira EMENTA ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA RESTRIÇÃO AO EXERCÍCIO PROFISSIONAL. NOVAS EXIGÊNCIAS TRAZIDAS COM O ADVENTO DAS PORTARIAS 590/2014 E 2018/2014 DO MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. RESOLUÇÃO CFM Nº 2007/2013. PODER REGULAMENTAR. EXCESSO. MÉDICO DO TRABALHO. CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO. DIREITO ADQUIRIDO. PRECEDENTES DA TURMA. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS MANTIDOS. IMPROVIMENTO DA APELAÇÃO.
1. Apelação interposta pelo CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA - CFM contra sentença do MM. Juízo Federal da 7ª Vara da Seção Judiciária do Ceará que julgou procedente o pedido formulado por ANTÔNIO MAIA GONDIM NETO assegurando-lhe o livre exercício da profissão de médico do trabalho, inclusive quando investido em cargo de supervisão técnica ou de coordenação em Serviços Especializados em Medicina do Trabalho (SESMT), sem observância das exigências contidas nas Resoluções CFM nº 2007/2013 (alterada pela Resolução CFM nº 2114/2014) e nº 2.183/2018. A sentença também deferiu o pedido de antecipação da tutela formulado pelo autor.
2. O autor/apelado é médico regulamente inscrito no Conselho Regional de Medicina, titular de pós-graduação em Medicina do Trabalho, desde 2013. Exerce, atualmente, a medicina do trabalho, praticando todos os atos inerentes à função, dentro dos Serviços Especializados em Medicina do Trabalho (SESMT's).
3. A competência do CFM para disciplinar matérias médicas, no campo ético, técnico e moral, apesar de bastante ampla, não se substitui ao poder legislativo, devendo ater-se aos limites da lei em sentido estrito. Ao limitar a liberdade profissional constitucionalmente assegurada, impondo restrições não previstas em lei, o conselho ultrapassou os limites do poder regulamentar.
4. A legislação posterior não pode restringir o exercício das atividades atinentes à Medicina do Trabalho apenas aos médicos detentores de certificado de residência médica, sob pena de violação ao direito adquirido daqueles que já atuavam na área antes da modificação.
5. Precedentes da Turma contrárias à pretensão recursal: Processo 0816536-76.2018.4.05.8300, Relator Rogério Roberto Gonçalves de Abreu, 3ª Turma, julgado em 25/07/2019; PROCESSO: 08047344120194058302, APELAÇÃO CÍVEL, DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO BRAGA DAMASCENO, 3ª TURMA, JULGAMENTO: 17/12/2020.
6. Os honorários advocatícios sucumbenciais foram fixados em valor bastante razoável (R$ 1.000,00 - um mil reais), não havendo motivo para que sejam alterados. 7. Apelação improvida." (TRF5, PROCESSO: 08065533720194058100, APELAÇÃO CÍVEL, DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO DE MENESES FIALHO MOREIRA, 3ª TURMA, JULGAMENTO: 29/04/2021) (grifei)

"PROCESSO Nº: 0804734-41.2019.4.05.8302 - APELAÇÃO CÍVEL APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE PERNAMBUCO ADVOGADO: Joaquim Pessoa Guerra Filho APELADO: MARCELINO ANTONIO SANTOS DE CARVALHO ADVOGADO: Leonardo Vasconcelos Guaurino De Oliveira RELATOR(A): Desembargador(a) Federal Fernando Braga Damasceno - 3ª Turma JUIZ PROLATOR DA SENTENÇA (1º GRAU): Juiz(a) Federal Tiago Antunes De Aguiar
EMENTA: ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA RESTRIÇÃO AO EXERCÍCIO PROFISSIONAL. NOVAS EXIGÊNCIAS TRAZIDAS COM O ADVENTO DAS

PORTARIAS 590/2014 E 2018/2014 DO MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. RESOLUÇÃO CFM Nº 2007/2013. PODER REGULAMENTAR. EXCESSO. MÉDICO DO TRABALHO. CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO. DIREITO ADQUIRIDO.
1. Trata-se de apelação interposta pelo Conselho Regional de Medicina do Estado de Pernambuco contra sentença que julgou procedentes os pedidos em ação ordinária garantindo ao autor o livre exercício da Medicina do Trabalho, inclusive nos cargos de coordenação e supervisão técnica em ambulatórios de saúde do trabalho, por meio de registro oficial junto ao CRM. O réu foi condenado em honorários advocatícios fixados em R$ 3.000,00.
2. Sustenta o apelante, em preliminar, sua ilegitimidade passiva afirmando que a demanda deveria ter sido direcionada para o Conselho Federal de Medicina, visto que este é que tem competência normativa para realizar a revisão dos atos questionados. No mérito, argumenta que as únicas formas de obtenção do registro de especialista no Conselho de Medicina são: a) fazer a residência médica devidamente reconhecida pela Comissão Nacional de Residência Médica; ou b) prestar concurso promovido por Sociedade de Especialização filiada a AMB. Dessa forma, aduz que não tem a obrigatoriedade de fornecimento de RQE ao autor em razão do Curso de Pós-Graduação apresentado está em desconformidade com a Portaria CME nº 01/2016.
3. Aduz não ter havido a limitação de direito e cerceamento ilegal da profissão, pois após a publicação da Portaria MTb 590/2014, foi concedido prazo de 4 anos para que os médicos que atuavam na área de medicina do trabalho atendessem à exigência contida no item 4.4.1, de modo que não pode o autor eximir-se da sua omissão em se adequar a tempo às normatizações. Alega que as Portarias 590/2014 e 2.018/2014, que alteraram a Norma Regulamentadora 4, possuem previsão constitucional (art. 5º, XIII) e na CLT (art. 162) para a regulação da qualificação da profissão de médico do trabalho.
4. Não prospera a preliminar de ilegitimidade passiva porquanto o Conselho Regional de Medicina é dotado de autonomia administrativa e financeira, constituindo pessoa jurídica de direito público específica, nos termos do art. 2º, da Lei 3268/1957. Cabe frisar que a demanda foi proposta em face do referido CRM com fundamento na inteligência do art. 15, da lei 3.268/1957 e em razão da negativa ao registro de especialidade. Sendo assim, conforme o dispositivo supracitado, é atribuição do Conselho Regional manter um registro dos médicos legalmente habilitados, com exercício na respectiva região.
5. No mérito da causa, o cerne da lide se limita a aferir se um ato normativo infralegal pode impor requisitos para o exercício de profissão se não existe lei em sentido formal que disciplinar a matéria, bem como se há violação ao direito adquirido. Cabe ressaltar que a liberdade profissional configura direito fundamental, conforme o disposto no artigo 5º, XIII, da Constituição Federal Brasileira, mas o próprio dispositivo ressalva que devem ser "atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer".
6. A questão trazida aos autos consiste em verificar se a Resolução nº 2007/2013 do Conselho Federal de Medicina pode impor ao médico que obtenha título de especialista para exercer o cargo de diretor técnico ou de supervisão, coordenação, chefia ou responsabilidade médica pelos serviços assistenciais especializados.
7. Observo que a competência para organizar, manter e executar a inspeção do trabalho é da União, nos moldes do artigo 21, XXIV, da Constituição. Trata-se de competência exclusiva e indelegável, e a criação de Conselhos Profissionais para a realização dessa atividade decorre da descentralização administrativa, de acordo com as peculiaridades de cada profissão a ser regulamentada e fiscalizada.
8. Os Conselhos, portanto, podem atuar com poderes típicos de Estado, inclusive mediante edição de regulamentos (poder regulamentar) e fiscalização dos serviços prestados por profissionais liberais e pessoas jurídicas (poder de polícia), desde que observada a legislação pertinente.
9. As atribuições do Conselho Federal e dos Conselhos Regionais de Medicina estão discriminadas na Lei nº 3.268/1957. O mesmo diploma normativo, em seu artigo 17, prevê que os

médicos só podem exercer legalmente a medicina "em qualquer de seus ramos ou especialidades, após o prévio registro de seus títulos, diplomas, certificados ou cartas no Ministério da Educação e Cultura e de sua inscrição no Conselho Regional de Medicina, sob cuja jurisdição se achar o local de sua atividade". Há, portanto, a exigência de prévio registro nos Conselhos Regionais para a atuação em qualquer especialidade médica.
10. Como se vê, a Lei nº 3.268/1957 prevê que todo médico devidamente registrado no respectivo Conselho Regional de Medicina está apto para o exercício da profissão em qualquer de seus ramos ou especialidades. Portanto, não há razão, em princípio, para proibi-lo de desempenhar a direção técnica ou outras atividades de chefia. A competência de alterar uma lei é do Poder legislativo, e não dos conselhos profissionais.
11. Do dispositivo legal transcrito, extrai-se que qualquer médico, mesmo sem possuir título de especialista, pode ser diretor técnico de serviço assistencial especializado. Quando a resolução afronta a lei, não há como considerá-la válida, dada a hierarquia normativa existente entre esses diplomas.
12. Alega o autor que até 25/12/2018 é considerado pelo Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) que o Médico do Trabalho é aquele profissional da medicina que conclui uma especialização em Medicina do Trabalho, em nível de pós-graduação.Continua afirmando que essa situação se modificará após essa data, pois em 2014 o MTE editou uma Portaria, nº 590/2014, com vigência a partir de 25/12/2018 (conferida pela Portaria 2018/2014), em que "os profissionais integrantes do SESMT (Serviço Especializado em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho) devem possuir formação e registro profissional em conformidade com o disposto na regulamentação da profissão e nos instrumentos normativos emitidos pelo respectivo Conselho Profissional, quando existente".
13. Isto é, o médico do trabalho deverá possuir RQE (registro de qualificação especialista) em Medicina do Trabalho, o qual é obtido apenas ou via de conclusão de residência médica ou por aprovação na prova de título de especialista. O autor demonstra no feito que está se preparado para obter o RQE, inclusive tendo concluído curso de especialização na área de Medicina do Trabalho em 21/12/2013.
14. A norma combatida, item 4.4 da NR - 4 da Portaria n. 590/2014, dispõe que: 4.4. Os Serviços Especializados em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho devem ser compostos por Médico do Trabalho, Engenheiro de Segurança do Trabalho, Técnico de Segurança do Trabalho, Enfermeiro do Trabalho e Auxiliar ou Técnico em Enfermagem do Trabalho, obedecido o Quadro II desta NR. 4.4.1. Os profissionais integrantes do SESMT devem possuir formação e registro profissional em conformidade com o disposto na regulamentação da profissão e nos instrumentos normativos emitidos pelo respectivo Conselho Profissional, quando existente.
15. Outrossim a Portaria nº 2018/2014, alterando as disposições dessa anterior, regulou o seguinte: Art. 2º Conceder prazo de quatro anos para que os Médicos do Trabalho integrantes do SESMT - Serviços Especializados em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho atendam aos requisitos de formação e registro profissional exigidos na regulamentação da profissão e nos instrumentos normativos emitidos pelo Conselho Federal de Medicina, nos termos do item 4.4.1 da NR4, com redação dada pela Portaria nº 590, de 28 de abril de 2014. Parágrafo Único: Até que o prazo indicado neste artigo seja expirado, poderá atuar no SESMT o Médico portador de certificado de conclusão de curso de especialização em Medicina do Trabalho, em nível de pós-graduação, ou portador de certificado de residência médica em área de concentração em saúde do trabalhador ou denominação equivalente, reconhecida pela Comissão Nacional de Residência Médica, do Ministério da Educação, ambos ministrados por universidade ou faculdade que mantenha curso de graduação em medicina.
16. Assim, infere-se que a partir de 25/12/2018 não mais poderão atuar como médicos do trabalho, nas SESMT´s, o profissional apenas portador de certificado de conclusão de curso de especialização em Medicina do Trabalho, em nível de pós-graduação, ou portador

de certificado de residência médica em área de concentração em saúde do trabalhador ou denominação equivalente.

17. De outro lado, observando a Lei e instrumentos normativos sobre o assunto, vê-se que a princípio não existe limitação a qualquer médico para o exercício da Medicina do Trabalho. Vejamos: A Lei nº 3.268/1957 regulamenta a profissão de médica e no seu artigo 17 dispõe que "os médicos só poderão exercer legalmente a medicina, em qualquer de seus ramos ou especialidades, após o prévio registro de seus títulos, diplomas, certificados ou cartas no Ministério da Educação e Cultura e de sua inscrição no Conselho Regional de Medicina, sob cuja jurisdição se achar o local de sua atividade".

18. Por seu turno, os instrumentos normativos emitidos pelo CFM não se opõem a qualquer médico exercer a Medicina do Trabalho: Parecer CFM nº 08/1996: Nenhum especialista possui exclusividade na realização de qualquer ato médico. O título de especialista é apenas um presuntivo de plus de conhecimento em uma determinada área da ciência médica. Parecer CFM nº 17/2004: Os Conselhos Regionais de Medicina não exigem que um médico seja especialista para trabalhar em qualquer ramo da Medicina, podendo exercê-la em sua plenitude nas mais diversas áreas, desde que se responsabilize por seus atos. Parecer CFM nº 21/2010: 'O médico devidamente inscrito no Conselho Regional de Medicina está apto ao exercício legal da medicina, em qualquer de seus ramos; no entanto, só é lícito o anúncio de especialidade médica àquele que registrou seu título de especialista no Conselho. Parecer CFM nº 06/2016: 'O médico regularmente inscrito no CRM está legalmente autorizado para exercer a medicina em sua plenitude, assumindo a responsabilidade dos atos médicos que pratica. Parecer CFM nº 09/2016: 'O médico devidamente registrado no Conselho Regional de Medicina (CRM) da jurisdição na qual atua está apto a exercer a profissão em toda sua plenitude, sendo impedido apenas de anunciar especialidade sem o registro do respectivo título no CRM.

19. Sendo assim, pelas regras legais e entendimentos já consolidados do CFM, qualquer médico pode exercer a Medicina do Trabalho em sua plenitude (coordenando SESMTs e PCMSOs, assinando ASOs, LTCATs, etc).

20. No entanto, segundo a nova regulação da NR- 4, para que se anunciem 'especialista em Medicina do Trabalho', a quem compete a coordenação dos SESMTs e PCMSOs, assinaturas de ASOs, LTCATs, etc., somente tendo o título concedido pela Associação Médica Brasileira (AMB) ou certificado de conclusão de residência médica em Medicina do Trabalho.

21. Pois bem, observando-se a nova regulação da NR- 4, possivelmente o demandante, que já atuou/atua como médico do trabalho no Hospital Mestre Vitalino (03/10/2016), na cidade de Caruaru/PE, e em conformidade com sua anotação da CTPS, exerce na empresa Granja Almeida, desde 01/04/2017, a mesma atuação, pode ser prejudicado, seja por uma autuação da fiscalização do MTb, com a consequente perda do emprego, por ainda não possuir o RQE.

22. Observo que a previsão contida na Resolução CFM nº 2007/2013, quanto ao ponto, não se limita a traçar condições técnicas e éticas para o exercício da profissão. Cuida-se, em verdade, de indevida ampliação da atribuição regulamentar do Conselho Federal de Medicina, ao disciplinar, à margem da lei, elementos essenciais à devida prestação de serviços pelos médicos, em ofensa ao disposto no art. 5º, XIII, da Constituição, que garante o direito ao livre exercício profissional quando atendidas às exigências legais.

23. Com efeito, a Constituição consagra a liberdade para o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, uma vez atendidas as qualificações previstas em lei. O Conselho Federal de Medicina, como qualquer outro conselho profissional, deve obediência estrita ao princípio da legalidade. Não lhe compete, pois, através de mera resolução, impor requisitos ou restrições à prática profissional que não estejam dispostos em texto legal dotado de normatividade primária.

24. Por fim, entendo que as limitações ao exercício profissional estão reservadas à lei em sentido formal, de modo que não se revela possível que mero ato administrativo imponha condicionantes a tal direito.

25. Ainda que superado o fundamento supra, *esta Corte Regional tem entendimento no sentido de que a legislação posterior não pode restringir o exercício das atividades atinentes à Medicina do Trabalho apenas aos médicos detentores de certificado de residência médica, sob pena de violação ao direito adquirido daqueles que já atuavam na área antes da modificação* (0816536-76.2018.4.05.8300, Relator Rogério Fialho Moreira, 3ª Turma, julgado em 25/07/2019).
26. Como autor concluiu o curso de pós-graduação em Medicina do Trabalho em 21/12/2013, já possuía habilitação para o exercício da Medicina do Trabalho com base na legislação anterior, não devendo se submeter às modificações trazidas pelas Portarias 590/2014 e 2018/2014 sob pena de violar seu direito adquirido.
27. Apelação improvida. Majoração dos honorários advocatícios arbitrados na sentença recorrida, nos termos do art. 85, §11º, do CPC, para fixá-los em R$ 3.100,00."
(TRF5, PROCESSO: 08047344120194058302, APELAÇÃO CÍVEL, DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO BRAGA DAMASCENO, 3ª TURMA, JULGAMENTO: 17/12/2020) (grifei)

"Poder Judiciário Tribunal Regional Federal da 5ª Região Gabinete do Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira AC Nº: 0816536-76.2018.4.05.8300 APELANTE: ANA CAROLINA BELRIGUE JALES E OUTROS ADVOGADO: FELIPE ORDONHO ARAÚJO E OUTRO APELADO: CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE PERNAMBUCO ORIGEM: JUÍZO DA 1ª VARA FEDERAL/CE - JUÍZA NILCÉA MARIA BARBOSA MAGGI RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGERIO FIALHO MOREIRA MAGISTRADO CONVOCADO: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO ROBERTO GONÇALVES DE ABREU
EMENTA ADMINISTRATIVO. EXERCÍCIO DA PROFISSÃO. MEDICINA DO TRABALHO. EXIGÊNCIA DE RESIDÊNCIA. DIREITO ADQUIRIDO. APELAÇÃO PROVIDO.
1. Apelação contra sentença que julgou improcedente ação de rito comum objetivando que fosse assegurado aos Autores o direito de "continuarem exercendo livremente a profissão, em especial na área da Medicina do Trabalho nos Serviços Especializados em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho - SESMT".
2. Preliminar de ilegitimidade passiva do CREMEPE rejeitada. No processo em tela, o pedido está relacionado ao livre exercício da profissão na área de especialidade em Medicina do Trabalho - SESMT, de modo que a obrigação de proceder o registro na carteira profissional dos demandantes do título de especialista recai sobre o CREMEPE. Além disso, a alegação de inconstitucionalidade de norma do Conselho Federal de Medicina é apenas um dos fundamentos jurídicos apontados pelos Autores, ora Apelantes.
3. Cinge-se a questão sobre o direito dos Apelantes de exercer a Medicina do Trabalho nos Serviços Especializados em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho - SESMT.
4. No caso dos autos, os Apelantes iniciaram suas atividades profissionais em medicina do trabalho na vigência da Portaria DSST nº. 11/1990, que admitia com pré-requisito para o exercício da medicina do trabalho o certificado de conclusão de curso de especialização em Medicina do Trabalho, em nível de pós-graduação, ou o certificado de residência médica em área de concentração em saúde do trabalhador ou denominação equivalente.
5. Foi editada a Portaria Ministério do Trabalho e Emprego nº. 590/2014, alterando a redação da Norma Regulamentadora nº. 4, no sentido de delegar ao Conselho Federal de Medicina a atribuição de restringir o exercício dos médicos integrantes do SESMT (Serviço Especializado em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho).
6. A Resolução nº 2.162/2017 do Conselho Federal de Medicina passou a restringir o exercício das atividades referentes à Medicina do Trabalho aos detentores de certificado de residência médica.
7. Não poderia, após o decurso de 24 (vinte e quatro anos), a legislação posterior restringir o exercício das atividades atinentes à medicina do trabalho apenas aos médicos detentores de certificado de residência médica, sob pena de violação ao direito adquirido.

8. Precedentes do STJ em casos semelhantes (AgInt no AREsp 1024213/PR, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/11/2017, DJe 10/11/2017); (REsp 1424784/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/02/2014, DJe 25/02/2014).
9. Apelação provida. Ônus da sucumbência invertido."
(TRF5, PROCESSO: 08165367620184058300, APELAÇÃO CÍVEL, DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO ROBERTO GONÇALVES DE ABREU (CONVOCADO), 3ª TURMA, JULGAMENTO: 25/07/2019) (grifei)

"ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO. INTERESSE DE AGIR. CHAMAMENTO AO PROCESSO. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. PRELIMINARES REJEITADAS. CONSELHO PROFISSIONAL. CRM/SP. MEDICINA DO TRABALHO. ESPECIALIDADE. EXERCÍCIO DE DIREÇÃO. CURSO DE EXTENSÃO UNIVERSITÁRIA. TÍTULO DE ESPECIALISTA: IMPOSSIBILIDADE. RECURSOS DESPROVIDOS.
1. Afastada a alegação de ausência de interesse de agir da parte Autora, ora apelante, em razão da falta de requerimento de registro de especialidade no âmbito administrativo, haja vista a desnecessidade de esgotamento da via administrativa para a propositura de demanda perante o Poder Judiciário. Ademais, pelo que consta das razões recursais, o CRM se recusou a registrar o título de especialista em medicina do trabalho, razão pela qual está caracterizada a pretensão resistida e, consequentemente, o interesse de agir.
2. Não é o caso de chamamento ao processo, pois não está caracterizada nenhuma das hipóteses previstas no artigo 130 do CPC.
3. Tampouco há falar em litisconsórcio passivo necessário, pois a insurgência nos autos é quanto ao registro profissional junto ao Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, a quem compete responder pela causa. O fato de haver leis aplicáveis ao caso de procedência do CFM ou do MTE não é suficiente a ensejar a legitimação passiva.
4. Pela Resolução do CFM n. 2007/2013, o título de especialista é obrigatório para ocupar cargo de diretor técnico de serviços médicos de uma única especialidade. No entanto, a Lei 3.268/1957 afirma em seu art. 17 que "os médicos só poderão exercer legalmente a medicina, em qualquer de seus ramos ou especialidades, após o prévio registro de seus títulos, diplomas, certificados ou cartas no Ministério da Educação e Cultura e de sua inscrição no Conselho Regional de Medicina, sob cuja jurisdição se achar o local de sua atividade."
5. Trata-se da chamada "permissão legal" que os médicos possuem para o exercício da medicina, em qualquer de seus ramos ou especialidades. No mesmo sentido, assim já se posicionou o próprio CFM em diversas oportunidades.
6. Ora, se a Lei 3.268/1957 e o próprio CFM entendem que qualquer médico devidamente registrado em seu CRM está apto para o exercício da medicina em qualquer de seus ramos ou especialidades, não há razão para proibi-lo do exercício da direção técnica.
7. A competência de alterar uma lei é do poder legislativo, e não dos conselhos profissionais. O art. 17 da Lei 3268/57, dispõe que qualquer médico (ainda que não tenha título de especialista) poder ser um diretor técnico de um serviço médico.
8. Quando a resolução afronta a lei não há como considerá-la, uma vez que é uma norma inferior (resolução) querendo contrariar uma norma superior (lei).
9. Já no tocante ao pedido de registro da apelante Érica como especialista em medicina do trabalho, observo que a Portaria DSST n. 11 de 17/09/1990 alterou o item 4.4 da Norma Regulamentadora – NR 4, passando a dispor no item 4.4.1., alínea b, que o médico do trabalho é aquele portador de certificado de conclusão de curso de especialização em Medicina do Trabalho, em nível de pós-graduação, ou portador de certificado de residência medica em área de concentração em saúde do trabalhador ou denominação equivalente, reconhecida pela Comissão Nacional de Residência Medica, do Ministério da Educação, ambos ministrados por Universidades ou Faculdades que mantenha curso de graduação em Medicina.

10. No caso, a autora trouxe aos autos cópia de certificado de conclusão de curso de extensão universitária na modalidade de especialização "medicina do trabalho", nos termos do artigo 74, parágrafo único, inciso 5, alínea b, do Estatuto da Universidade de São Paulo, o qual não tem o nível de pós-graduação exigido para a obtenção do título de especialista, nos termos da DSST 11/90, de modo que não é cabível o pedido de concessão do título de especialista em medicina do trabalho.
11. Apelações desprovidas."
(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000593-88.2019.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 16/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 24/04/2020) (grifei)

"ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. *RESOLUÇÃO Nº 2007/2013 DO CFM. EXIGÊNCIA DE TITULAÇÃO DE ESPECIALIZAÇÃO MÉDICA PARA OCUPAÇÃO DE FUNÇÃO DE DIRETOR TÉCNICO/CLÍNICO. IMPOSSIBILIDADE.* PRELIMINARES REJEITADAS. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.
I - Rejeito a preliminar de ocorrência da decadência argüida pelo apelante. Nas informações prestadas pelos impetrados foi consignado que a Resolução CFM Nº 2007/2013 foi publicada em 08.02.2013. O presente mandamus foi interposto após 120 (cento e vinte) dias do ato impugnado em 07.01.2016 - fl. 02. Porém, o ato coator é contínuo, renovando-se diariamente com a negativa das autoridades coatoras em permitir que o cargo de Chefe/Coordenador/Diretor Técnico/Clínico do Serviço Especializado em Engenharia de Segurança e Medicina do Trabalho - SESMT possa ser exercido por um dos médicos regularmente inscrito no CRM.
II - A preliminar arguida referente à ausência de direito líquido e certo também não merece prosperar. O ato coator se encontra fundamentado em ato regulamentar, sob o qual se insurge a impetrante. Quanto à preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam*, deve ser rejeitada, uma vez que, contrariamente do asseverado, a Prefeitura Municipal de Piracicaba é parte legítima para figurar no pólo ativo do presente mandado de segurança, considerando que a Municipalidade tem necessidade de renovar o credenciamento de suas unidades médicas e de seus serviços especializados anualmente junto ao Conselho Regional de Medicina de São Paulo (CREMESP).
III - Assim sendo, restam rejeitadas todas as preliminares arguidas.
IV - No mérito, pertine salientar que o cerne da questão consiste em verificar se a Resolução nº 2007/2013 do Conselho Federal de Medicina poderia estabelecer a necessidade de titulação de especialização médica para ocupação de função de Diretor Técnico/Clínico. Pela Resolução do CFM n. 2007/2013: o título de especialista é obrigatório para ocupar cargo de diretor técnico de serviços médicos de uma única especialidade. No entanto, a Lei 3.268/1957 afirma em seu art. 17 que "os médicos só poderão exercer legalmente a medicina, em qualquer de seus ramos ou especialidades, após o prévio registro de seus títulos, diplomas, certificados ou cartas no Ministério da Educação e Cultura e de sua inscrição no Conselho Regional de Medicina, sob cuja jurisdição se achar o local de sua atividade."
V- Trata-se da chamada "permissão legal" que os médicos possuem para o exercício da medicina, em qualquer de seus ramos ou especialidades. No mesmo sentido, assim já se posicionou o próprio CFM em diversas oportunidades.
VI - Se a Lei 3.268/1957 e o próprio CFM entendem que qualquer médico devidamente registrado em seu CRM está apto para o exercício da medicina em qualquer de seus ramos ou especialidades, não há razão para proibi-lo do exercício da direção técnica. A competência de alterar uma lei é do poder legislativo, e não dos conselhos profissionais. O art. 17 da Lei 3268/57, dispõe que qualquer médico (ainda que não tenha título de especialista) poder ser um diretor técnico de um serviço médico.
VII - Quando a resolução afronta a lei não há como considerá-la, uma vez que é uma norma inferior (resolução) querendo contrariar uma norma superior (lei).

> VIII - Preliminares rejeitadas. Apelação e remessa oficial não providas."
> (TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 370678 - 0000004-62.2016.4.03.6109, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, julgado em 18/04/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:25/04/2018) (grifei)

Presentes, na espécie, os requisitos autorizadores da tutela de urgência, consoante o art. 300 do CPC.

Resta configurado o *fumus boni iuris, ante a inexistência de* previsão legal que estabeleça como condição ao exercício da Medicina do Trabalho a realização de residência médica ou a aprovação em prova de titulação. Desse modo, em sede de cognição sumária, observa-se que a exigência prevista nas Portarias MTE nº 590/2014 e 2018/2014 não possui amparo legal.

Ademais, colhe-se da leitura do art. 5º, inciso II, da Lei 12.842/2013, que a coordenação e supervisão especializadas consubstanciam funções privativas de médico, caso do agravado, conforme bem observado pelo MM. Juízo "a quo" na decisão vergastada.

Caracterizado o *periculum in mora* em face do risco de o agravado ser impedido de exercer a profissão de médico do trabalho.

Com efeito, há risco de dano de difícil ou impossível reparação em virtude da possibilidade de o agravado perder o seu emprego, com o comprometimento do próprio sustento e/ou de seus familiares, uma vez que, conforme alegado na exordial do feito de origem, a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), em que exerce o cargo desde junho/2018, após aprovação em concurso público, tem lhe exigido o RQE (Registro de Qualificação de Especialista) em Medicina do Trabalho.

Nesse contexto, os argumentos apresentados pela parte recorrente não autorizam a reforma da decisão objurgada, visto que estão presentes os pressupostos para a concessão da tutela de urgência na espécie, conforme a fundamentação supra.

Ante o exposto, *NEGO PROVIMENTO* ao agravo de instrumento, nos termos da fundamentação.

É como voto.

Juíza Federal Convocada DENISE AVELAR - Relatora

Direito Constitucional



INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE CÍVEL 0000663-18.2005.4.03.6122

Arguinte: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - PR/SP
Arguidos: UNIÃO FEDERAL, FLORALCO AÇÚCAR E ÁLCOOL LTDA EM RECUPERACAO JUDICIAL
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO
Disponibilização do Acórdão: DJEN 18/10/2021

EMENTA

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PLANO DE ASSISTÊNCIA SOCIAL (LEI Nº 4.870/65). LEI Nº 12.865/2013. DIREITO ADQUIRIDO. VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL. IGUALDADE. OFENSA REFLEXA. NÃO CONHECIMENTO.
1. Ação civil pública tendo como objeto a condenação da União a promover a efetiva fiscalização da aplicação dos recursos do Plano de Assistência Social (PAS) e o reconhecimento da obrigação de fazer no sentido de elaborar e executar o PAS em benefício dos trabalhadores rurais e urbanos da agroindústria canavieira, na forma estabelecida pela Lei nº 4.870/65.
2. Arguição de inconstitucionalidade quanto à incidência dos arts. 38 e 42 da Lei 12.865/2013, que teriam violado os princípios constitucionais da segurança jurídica (direito adquirido), da vedação ao retrocesso em matéria de direitos sociais e da igualdade.
3. O exame se a Lei nº 12.865/2013 violou a Constituição Federal passa, obrigatoriamente, pela análise das disposições da Lei nº 4.870/65, que se caracteriza como norma legal interposta. Eventual ofensa reflexa ou indireta ao texto constitucional.
4. Arguição de inconstitucionalidade não conhecida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, Prosseguindo no julgamento, após os votos dos Desembargadores Federais INÊS VIRGÍNIA, acompanhando a divergência, e NEWTON DE LUCCA, acompanhando o Relator, foi proclamado o seguinte resultado: O Órgão Especial, por maioria, não conheceu da arguição de inconstitucionalidade, nos termos do voto do Desembargador Federal NINO TOLDO (Relator), com quem votaram os Desembargadores Federais PAULO DOMINGUES, DIVA MALERBI, MARLI FERREIRA, HÉLIO NOGUEIRA, VALDECI DOS SANTOS, PEIXOTO JÚNIOR, CONSUELO YOSHIDA, MARISA SANTOS, MAIRAN MAIA (Presidente) e NEWTON DE LUCCA. Vencidos os Desembargadores Federais NELTON DOS SANTOS (convocado para compor quórum), ANDRÉ NEKATSCHALOW (convocado para compor quórum), SOUZA RIBEIRO, WILSON ZAUHY, ANDRÉ NABARRETE, THEREZINHA CAZERTA e INÊS VIRGÍNIA que conheciam da arguição de inconstitucionalidade. Ausentes, justificadamente, ANDRÉ NABARRETE e VALDECI DOS SANTOS , nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO (Relator):

Trata-se, na origem, de ação civil pública, com pedido de tutela antecipada, ajuizada pelo *Ministério Público Federal (MPF)* em face da *União* e da *Destilaria Flórida Paulista - Floralco Ltda.* (Floralco), com o seguinte pedido (ID 113745733. p. 22):

> a) condenar a UNIÃO (Ministério da Agricultura) a promover efetiva fiscalização da aplicação dos recursos do PAS pela empresa acionada;
> b) condenar a DESTILARIA FLÓRIDA PAULISTA - FLORALCO LTDA. a promover a elaboração de Plano de Assistência Social (PAS) relativo à presente e futuras safras no setor sucroalcooleiro, apresentando-o ao Ministério da Agricultura, bem como à Secretaria de Inspeção do Trabalho - SIT, do Ministério do Trabalho e Emprego. Deve, ainda, ser compelida a efetivar e a aplicar as quantias devidas a título do PAS, na forma prevista na legïslação, observando que as aplicações deverão recair em Assistência Médica e Hospitalar (preventiva, curativa e reabilitacional), Assistência Farmacêutica, Assistência Odontológica (preventiva, curativa e reabilitacional), Assistência Social, visando à erradicação do trabalho infantil na lavoura canavieira, Assistência Educativa, Assistência Educacional, Assistência Recreativa e Auxílios Complementares, mantendo contabilidade específica para os recursos do PAS, bem como contas bancárias exclusivas para este fim.

Em 13.12.2006, o juízo conheceu diretamente do pedido, por entender desnecessária dilação probatória (ID 113745734, pp. 19/33), julgando-o improcedente com a seguinte conclusão:

> Os objetivos da Assistência Social não são perseguidos unicamente pelo Estado. Muito pelo contrário, conquanto o Estado seja agente preponderante, fazendo uso dos recursos do orçamento da Seguridade Social (art. 204 da CF), grande é o número de entidades beneficentes que, por ato voluntário, prestam importante serviço de assistência social. Por isso, o Estado, em não raras vezes, outorga a referidas entidades beneficentes incentivos, notadamente tributários (§ 7º do art. 195 da CF, art. 55 da Lei n. 8.212/91), como reconhecimento pelos serviços prestados.
> É nesse sentido que o art. 28, § 9º, da Lei n. 8.212/91 deve ser tomado: não integrarão o salário -de - contribuição as parcelas destinada à assistência ao trabalhador da agroindústria canavieira que, por iniciativa própria, em caráter facultativo, promoveram os objetivos do art. 35 da Lei n. 4.870/65. É dizer, a benemerência voluntária é incentivada pela lei previdenciária. Cumpre, finalizando, registrar que referido setor não está incólume ao dever de contribuir em prol da Seguridade Social. De efeito, na forma do art. 25 da Lei n. 8.212/91, o produtor rural e equiparado contribui sobre a receita bruta da comercialização da produção.
> Portanto, no meu entender, por não ter sido a contribuição vergastada recepcionada pela Constituição Federal de 1988, não há como compelir as rés a elaborar, executar e fiscalizar o PAS. Improcede, pois, o pedido, restando, como corolário lógico, indeferido o pedido de antecipação dos efeitos da tutela.
> Sendo assim, *JULGO IMPROCEDENTE O PEDIDO*, extinguindo o processo com resolução de mérito (art. 269, 1, do CPC).

O MPF apelou, requerendo a reforma da sentença, basicamente reiterando os argumentos expostos na petição inicial (ID 113745735, pp. 22/49).

Com contrarrazões (ID 113745735, pp. 63/74 - Floralco - e 75/85 - União), os autos subiram a este Tribunal, onde inicialmente foram distribuídos à Terceira Turma, sob a relatoria

da Desembargadora Federal Cecília Marcondes (ID 113745735, p. 87), que, em 13.03.2008, declinou da competência para uma das Turmas da Primeira Seção (ID 113745735, p. 88), tendo havido a redistribuição para a Primeira Turma, sob a relatoria do Desembargador Federal Johonsom Di Salvo (ID 113745735, p. 90).

Em 31.07.2012, a Primeira Turma, por unanimidade, acolheu questão de ordem apresentada pelo Relator para reconhecer a incompetência da Primeira Seção, Primeira Turma, para conhecer e julgar o recurso, suscitando conflito negativo de competência ao Órgão Especial do Tribunal (ID 113745735, pp. 91/95).

Em decisão monocrática proferida em 06.12.2012 (ID 113745735, pp. 112/121), a Desembargadora Federal Marisa Santos julgou procedente o conflito de competência, firmando a competência de uma das Turmas da Terceira Seção para processar e julgar o recurso.

Os autos foram redistribuídos para a Oitava Turma, sob a relatoria do Desembargador Federal David Dantas (ID 113745735, p. 125), que os encaminhou ao MPF.

Em sua manifestação, em 10.01.2014 (ID 113745735, p. 88129/131), o MPF alegou a inconstitucionalidade da incidência retroativa do art. 38 da Lei 12.865/2013, que extinguiu "todas as obrigações, inclusive as anteriores à data de publicação desta Lei, exigidas de pessoas físicas ou jurídicas de direito privado com fundamento nas alíneas "a" e "c" do *caput* do art. 36 da Lei nº 4.870, de 1º de dezembro de 1965, preservadas aquelas já adimplidas".

A União, por sua vez (ID 113745735, p. 133), pediu a extinção do processo sem resolução do mérito, com fundamento exatamente na Lei nº 12.865/2013.

Na sessão de 17.08.2015, a Oitava Turma, por maioria (ID 113745735, p. 145), acolheu a arguição de inconstitucionalidade apresentada pelo Relator, Desembargador Federal David Dantas (ID 113745735, pp. 146/157), com quem votaram a Desembargadora Federal Tânia Marangoni e o então Juiz Federal Convocado Carlos Delgado, ficando vencido o Desembargador Federal Newton De Lucca, que rejeitava a arguição. O acórdão foi assim ementado (ID 113745735, p. 158/160):

> ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 97 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PLANO DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. VEDAÇÃO AO RETROCESSO EM DIREITOS SOCIAIS. INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 38 e 42, AMBOS DA Lei N. 12.865/2013.
> I - Aceitar a vigência e eficácia do preceito que se extrai da Lei n. 12.865/2013 implicaria violar dois subprincipios da Segurança Jurídica: a irretroatividade das leis e a vedação ao retrocesso em direitos sociais. Para tanto, imaginemos uma modesta família de lavradores (marido, mulher e dois filhos), empregados de fazenda produtora de cana de açúcar. Possuem o casal e seus filhos legítima expectativa de que 1% da Receita Bruta referente à cana entregue às usinas seja aplicado em assistência médica, farmacêutica e social que lhes aproveite. Vale dizer: a obrigação legal criou direito subjetivo de índole social exigível pelos seus beneficiários. Obrigação dos produtores de um lado, e direitos a prestações sociais de outro. Com esse cenário humano de fundo, vejamos se a Lei. n. 12.865/2013 subsiste aos princípios da irretroatividade e vedação ao retrocesso.
> II - De outra parte, sob o ângulo do também principio constitucional da Igualdade, admitir-se a extinção de obrigações sociais perfeitas e acabadas seria tratar com menoscabo, com má fé os produtores/usinas que honraram em tempo e modo suas obrigações sociais de mesma índole, mesmo que tenham sido compelido a fazê-lo por ordem judicial. Premiar-se-ia, mais uma vez, o inadimplente. Prática odiosa que avilta o sentimento de Justiça e retidão no cumprimento social da Consituição e leis do País.

III - Mesmo que não retroativas, medidas legislativas com caráter prospectivo (já que alcançam situações futuras, como na hipótese das obrigações sociais de PAS ainda por vencer) podem significar retrocesso em termos de justas expectativas criadas pelo legislador em termos de direitos públicos subjetivos. Um dos mais importante juristas do sec XX, Ronald Dworkin, sustenta que o Direito em muito se assemelha à Literatura. Como a Literatura, o Direito seria uma espécie de "romance em cadeia", uma obra escrita a muitas mãos. Cada juiz, cada tribunal estaria participando desse esforço coletivo, escrevendo capítulos sucessivos nessa empreitada normativa. Obras literárias possuem valor quando a historia que narram podemos atribuir um sentido, um valor que confere qualidade ao texto. A imersão na narrativa que nos faz ver coisas que antes não víamos, ou sentir algo que nos faz, de alguma maneira, diferentes, às vezes melhor.
IV - Usando essa analogia literária de Dworkin, podemos ver o subsistema dos Direitos Fundamentais como uma obra histórica coletiva, que vem se ampliando ao longo do mundo moderno, e ao qual podemos atribuir um sentido ao ler a historia de sua caminhada dos Direitos Naturais, passando aos Direitos Morais não positivados e chegando hoje aos Direitos Fundamentais com foro de dignidade constitucional com plena e séria eficácia. Destarte, um dos sentidos que podemos, sem receio de exagerar, perceber nesse tema é da constante ampliação dos Direitos Fundamentais. Partiram desde a 1ª Dimensão (liberdades formais), passando por sucessivas dimensões que incoporaram direitos sociais e até direitos transindividuais e transnacionais. Assim, voltando à semelhanças entre o Direito e a Literatura, vemos como uma má interpretação dessa história admitir-se a retirada do mundo jurídico de direitos que são frutos de concretizações legislativas de Direitos Fundamentais. Essa história é ascendente, não descendente. Tem sentido de ampliação, não de restrição ou supressão.
V - Admite-se, portanto, a revogação de leis instituidoras de Direitos Sociais desde que se mantenha, ou seja criado um - para usar uma linguagem da teoria dos sistemas - "equivalente funcional", um instituto que mantenha a vantagem, o beneficio que auferia o titular do direito extinto. Sem políticas compensatórias (equivalentes funcionais) proíbe-se a retirada de direitos conferidos pela lei ao concretizar o principio constitucional da Igualdade e da Justiça Social.
VI - São inconstitucionais os artigos 38 e 42, ambos da Lei n. 12.865/2013 à vista da Constituição Federal. Arguição de Inconstitucionalidade. Questão submetida à apreciação do Órgão Especial nos termos do artigo 97 da Constituição Federal.

A União opôs embargos de declaração (ID 113745735, p. 164/166), pleiteando a juntada aos autos do voto vencido, o que ocorreu (ID 113745735, p. 170/174), prejudicando os embargos, conforme decisão monocrática do Relator (ID 113745735, p. 184).

A corré Floralco também opôs embargos de declaração (ID 113745735, pp. 186/195), os quais foram rejeitados (ID 113745735, pp. 218/224).

O incidente de arguição de inconstitucionalidade foi submetido ao Órgão Especial e, após consulta de prevenção, foi distribuído à relatoria da Desembargadora Federal Therezinha Cazerta.

O MPF opinou pelo "provimento da arguição, para se declarar a inconstitucionalidade. dos artigos 38 e 42, da Lei nº 12.865/2013, ao menos quanto às obrigações pretéritas" (ID 113745735, pp. 245/247 e ID 113745736, pp. 1/14).

Na sessão de 25.10.2017, o Órgão Especial, por maioria, não conheceu da arguição de inconstitucionalidade, acolhendo a questão preliminar suscitada pelo Desembargador Federal Nelton dos Santos, com quem votaram os Desembargadores Federais Mairan Maia, Nery Júnior, Cotrim Guimarães, Antonio Cedenho, Diva Malerbi, Baptista Pereira, Peixoto Júnior e Cecília Marcondes, ficando vencidos a Relatora (Desembargadora Federal Therezinha Cazerta), com quem votaram os Desembargadores Federais Luiz Stefanini, Toru Yamamoto, Paulo Fontes,

André Nekatschalow, André Nabarrete, Newton De Lucca e Fábio Prieto (pela conclusão) - ID 113745736, pp. 20/21.

O acórdão foi assim ementado (ID 113745736, pp. 50/51):

> PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. QUESTÃO ANTECEDENTE NÃO APRECIADA PELA TURMA NO ÂMBITO DA APELAÇÃO. ARGUIÇÃO NÃO CONHECIDA.
> 1. O conhecimento da arguição de inconstitucionalidade, pelo Órgão Especial, pressupõe que o pronunciamento de conformidade ou não com o texto constitucional seja necessário ao julgamento do recurso de competência da Turma. O Órgão Especial só pode ser instado a examinar a questão da constitucionalidade se disso depender a continuidade do julgamento do recurso.
> 2. No caso presente, o recurso de apelação discutia a recepção ou não de dispositivos da Lei n. 4.870/1965, os quais vieram a ser revogados pela Lei n. 12.865/2013. Para alcançar a discussão acerca da constitucionalidade ou não da lei revogadora e, assim, submeter o tema ao Órgão Especial, cumpria à Turma examinar, previamente, a questão da recepção ou não da lei revogada.
> 3. Arguição de inconstitucionalidade não conhecida.

Encaminhados os autos à Oitava Turma para exame da questão relativa à recepção, ou não, da Lei nº 4.870/65, o feito foi novamente julgado, tendo a Turma, por maioria, concluído pela recepção dessa Lei pela Constituição Federal de 1988 e, prosseguindo, também por maioria, acolheu a arguição de inconstitucionalidade quanto à Lei nº 12.865/2013, nos termos do voto do Relator (Desembargador Federal David Dantas), com quem votaram os Desembargadores Federais Luiz Stefanini (por fundamento diverso) e Tânia Marangoni, ficando vencido o Desembargador Federal Newton De Lucca, que rejeitava a arguição (ID 113745736, p. 7).

O acórdão foi assim ementado (ID 113745736, pp. 33/35):

> ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 97 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PLANO DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. VEDAÇÃO AO RETROCESSO EM DIREITOS SOCIAIS. INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 38 e 42, AMBOS DA Lei N. 12.865/2013.
> I - A Lei nº. 4.870/1965 que criou o PAS sucro alcooleiro foi recepcionada pela atual Constituição de 1988.
> II - Aceitar a vigência e eficácia do preceito que se extrai da Lei n. 12.865/2013 implicaria violar dois subprincipios da Segurança Jurídica: a irretroatividade das leis e a vedação ao retrocesso em direitos sociais. Para tanto, imaginemos uma modesta família de lavradores (marido, mulher e dois filhos), empregados de fazenda produtora de cana de açúcar. Possuem o casal e seus filhos legítima expectativa de que 1% da Receita Bruta referente à cana entregue às usinas seja aplicado em assistência médica, farmacêutica e social que lhes aproveite. Vale dizer: a obrigação legal criou direito subjetivo de índole social exigível pelos seus beneficiários. Obrigação dos produtores de um lado, e direitos a prestações sociais de outro. Com esse cenário humano de fundo, vejamos se a Lei. n. 12.865/2013 subsiste aos princípios da irretroatividade e vedação ao retrocesso.
> III - De outra parte, sob o ângulo do também principio constitucional da Igualdade, admitir-se a extinção de obrigações sociais perfeitas e acabadas seria tratar com menoscabo, com má fé os produtores/usinas que honraram em tempo e modo suas obrigações sociais de mesma índole, mesmo que tenham sido compelido a fazê-lo por ordem judicial. Premiar-se-ia, mais uma vez, o inadimplente. Prática odiosa que avilta o sentimento de Justiça e retidão no cumprimento social da Consituição e leis do País.

IV - Mesmo que não retroativas, medidas legislativas com caráter prospectivo (já que alcançam situações futuras, como na hipótese das obrigações sociais de PAS ainda por vencer) podem significar retrocesso em termos de justas expectativas criadas pelo legislador em termos de direitos públicos subjetivos. Um dos mais importante juristas do sec XX, Ronald Dworkin, sustenta que o Direito em muito se assemelha à Literatura. Como a Literatura, o Direito seria uma espécie de "romance em cadeia", uma obra escrita a muitas mãos. Cada juiz, cada tribunal estaria participando desse esforço coletivo, escrevendo capítulos sucessivos nessa empreitada normativa. Obras literárias possuem valor quando a historia que narram podemos atribuir um sentido, um valor que confere qualidade ao texto. A imersão na narrativa que nos faz ver coisas que antes não víamos, ou sentir algo que nos faz, de alguma maneira, diferentes, às vezes melhor.
V - Usando essa analogia literária de Dworkin, podemos ver o subsistema dos Direitos Fundamentais como uma obra histórica coletiva, que vem se ampliando ao longo do mundo moderno, e ao qual podemos atribuir um sentido ao ler a historia de sua caminhada dos Direitos Naturais, passando aos Direitos Morais não positivados e chegando hoje aos Direitos Fundamentais com foro de dignidade constitucional com plena e séria eficácia. Destarte, um dos sentidos que podemos, sem receio de exagerar, perceber nesse tema é da constante ampliação dos Direitos Fundamentais. Partiram desde a 1ª Dimensão (liberdades formais), passando por sucessivas dimensões que incoporaram direitos sociais e até direitos transindividuais e transnacionais. Assim, voltando à semelhanças entre o Direito e a Literatura, vemos como uma má interpretação dessa história admitir-se a retirada do mundo jurídico de direitos que são frutos de concretizações legislativas de Direitos Fundamentais. Essa história é ascendente, não descendente. Tem sentido de ampliação, não de restrição ou supressão.
VI - Admite-se, portanto, a revogação de leis instituidoras de Direitos Sociais desde que se mantenha, ou seja criado um - para usar uma linguagem da teoria dos sistemas - "equivalente funcional", um instituto que mantenha a vantagem, o beneficio que auferia o titular do direito extinto. Sem políticas compensatórias (equivalentes funcionais) proíbe-se a retirada de direitos conferidos pela lei ao concretizar o principio constitucional da Igualdade e da Justiça Social.
VIII - São inconstitucionais os artigos 38 e 42, ambos da Lei n. 12.865/2013 à vista da Constituição Federal. Arguição de Inconstitucionalidade. Questão submetida à apreciação do Órgão Especial nos termos do artigo 97 da Constituição Federal. (ID 113745737)

A corré Floralco Açúcar e Álcool Ltda. informou que sua recuperação judicial foi convolada em falência pelo Juízo da Comarca de Flórida Paulista (SP), em 05.07.2017, e, por isso, pediu a suspensão do processo (ID 113745737, pp. 37/38), o que foi indeferido (ID 113745737, pp. 152/153).

Em face do acórdão proferido pela Oitava Turma foram interpostos embargos de declaração tanto pela corré Floralco Açúcar e Álcool Ltda., quanto pela União (ID 113745737, pp. 113/116 e 136/144), tendo sido negado provimento a ambos os recursos (ID 113745737, pp. 154/161).

A seguir, os autos foram remetidos à Desembargadora Federal Cecília Marcondes, sucessora, no Órgão Especial, da Desembargadora Federal Therezinha Cazerta, relatora originária desta arguição de inconstitucionalidade. Entretanto, a prevenção para o julgamento do incidente não foi reconhecida, haja vista que as questões de mérito nele vertidas, quais sejam, a recepção da Lei 4.870/65 pela Constituição Federal/88, bem como a suposta inconstitucionalidade dos artigos 38 e 42 da Lei nº 12.865/2013, não haviam sido conhecidas pelo Órgão Especial (ID 113745737, pp. 169/170).

Na sequência, o incidente foi redistribuído à relatoria do Desembargador Federal André Nekatschalow, que determinou o reencaminhamento dos autos ao Gabinete da Desembargadora Federal Cecília Marcondes para nova verificação de eventual prevenção, considerando

os arts. 286, II, e 930, parágrafo único, do Código de Processo Civil, bem como o art. 15, *caput* e §§ 2º e 4º, do Regimento Interno desta Corte, e ainda a revogação do § 5º do mesmo dispositivo (ID 126846669).

Em 09.11.2020, proferi decisão reconhecendo a prevenção no tocante a este incidente de arguição de inconstitucionalidade, haja vista haver sucedido o acervo da Desembargadora Federal Cecília Marcondes no Órgão Especial (ID 146176228). O feito, então, foi redistribuído à minha relatoria (ID 146993764).

É o relatório.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

VOTO PRELIMINAR

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO (Relator):

Como relatado, o caso versa sobre arguição de inconstitucionalidade, acolhida por maioria de votos pela Oitava Turma deste Tribunal, relativamente ao Plano de Assistência Social (PAS) previsto no art. 36 da Lei nº 4.870/65.

A arguição de inconstitucionalidade havia sido acolhida ao fundamento de que os arts. 38 e 42 da Lei nº 12.865/2013 teriam incorrido em violação aos princípios constitucionais da irretroatividade das leis (direito adquirido), da vedação ao retrocesso em matéria de direitos sociais e da igualdade.

Da análise dos autos, todavia, tenho que a inconstitucionalidade vislumbrada não é direta, mas reflexa, o que inviabiliza o seu exame por este Órgão Especial.

Com efeito, são reconhecidas na doutrina e na jurisprudência duas espécies de ofensa ao texto constitucional: a direta (ou frontal) e a indireta (ou reflexa), sendo que apenas a primeira pode levar à admissibilidade de recurso extraordinário, na via do controle difuso de constitucionalidade.

A ofensa direta ou frontal à Constituição Federal é aquela em que a lei ou ato normativo impugnado viola de forma imediata o texto constitucional, sem que, para a sua verificação, se faça necessário proceder à análise de qualquer legislação infraconstitucional. De outro lado, a ofensa indireta ou reflexa necessita dessa análise e, por isso, não enseja o próprio controle difuso, dependendo do exame, em cada caso concreto, de normas infraconstitucionais interpostas.

O Supremo Tribunal Federal não admite recursos extraordinários nos quais se pretenda discutir a denominada ofensa reflexa ou indireta. Esse entendimento está consubstanciado na Súmula nº 636 da sua jurisprudência:

> Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida.

Além disso, ao examinar o Tema nº 660, que tinha por objeto a violação dos princípios do contraditório, da ampla defesa e dos limites da coisa julgada e do devido processo legal, nos autos do ARE nº 748.371/MT, o Supremo Tribunal Federal rejeitou a repercussão geral do tema quando o julgamento da causa depender de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais (Plenário virtual, 17.5 a 06.6.2013, Publicação 01.08.2013).

Seguindo esse entendimento:

> AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. FUNDAMENTAÇÃO A RESPEITO DA REPERCUSSÃO GERAL. INSUFICIÊNCIA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. SÚMULA 636 DO STF. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. AFRONTA MERAMENTE REFLEXA À CONSTITUIÇÃO. REAPRECIAÇÃO DE PROVAS. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 279 DO STF.
> 1. Os Recursos Extraordinários somente serão conhecidos e julgados, quando essenciais e relevantes as questões constitucionais a serem analisadas, sendo imprescindível ao recorrente, em sua petição de interposição de recurso, a apresentação formal e motivada da repercussão geral, que demonstre, perante o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, a existência de acentuado interesse geral na solução das questões constitucionais discutidas no processo, que transcenda a defesa puramente de interesses subjetivos e particulares.
> 2. A obrigação do recorrente em apresentar formal e motivadamente a preliminar de repercussão geral, que demonstre sob o ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, a relevância da questão constitucional debatida que ultrapasse os interesses subjetivos da causa, conforme exigência constitucional, legal e regimental (art. 102, § 3º, da CF/88, c/c art. 1.035, § 2º, do CPC/2015), não se confunde com meras invocações desacompanhadas de sólidos fundamentos no sentido de que o tema controvertido é portador de ampla repercussão e de suma importância para o cenário econômico, político, social ou jurídico, ou que não interessa única e simplesmente às partes envolvidas na lide, muito menos ainda divagações de que a jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL é incontroversa no tocante à causa debatida, entre outras de igual patamar argumentativo.
> 3. O STF, no julgamento do ARE 748.371-RG/MT (Rel. Min. GILMAR MENDES, Tema 660), rejeitou a repercussão geral da violação ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito, à coisa julgada ou aos princípios da legalidade, do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, quando se mostrar imprescindível o exame de normas de natureza infraconstitucional.
> 4. "Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida" (Súmula 636/STF).
> 5. Tendo o acórdão recorrido solucionado as questões a si postas com base em preceitos de ordem infraconstitucional, não há espaço para a admissão de Recurso Extraordinário, que supõe matéria constitucional prequestionada explicitamente.
> 6. A reversão do aresto passa necessariamente pela revisão das provas. Incide, portanto, o óbice da Súmula 279 (Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário) desta CORTE.
> 7. Agravo Interno a que se nega provimento.
> (ARE 1.144.981 AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 23.11.2018, Publicação 04.12.2018)

Especificamente quanto à alegação de violação ao direito adquirido, são inúmeros os precedentes, dos quais menciono, a título exemplificativo:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. VENCIMENTOS. COMPOSIÇÃO. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO. IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS ASSEGURADA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO A DIREITO ADQUIRIDO. ANÁLISE. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA REFLEXA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (RE 458492 AgR, Segunda Turma. Rel. Min. Teori Zavascki, j. 06.08.2013, DJe-165 DIVULG 22.8.2013 PUBLIC 23.8.2013)

> TRABALHISTA E PROCESSO CIVIL. DIREITO ADQUIRIDO. OFENSA REFLEXA. 1. Alegação de ofensa ao princípio do direito adquirido configura, quando muito, ofensa meramente reflexa às normas constitucionais. 2. Agravo regimental improvido. (AI 746.067 AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 28.9.2010, DJe-204 DIVULG 22.10.2010 PUBLIC 25.10.2010)
>
> CONSTITUCIONAL E PROCESSO CIVIL. ATO JURÍDICO PERFEITO. DIREITO ADQUIRIDO. OFENSA REFLEXA. 1. Alegação de ofensa aos princípios do ato jurídico perfeito e do direito adquirido configura, quando muito, ofensa meramente reflexa às normas constitucionais. 2. Agravo regimental improvido. (AI 732.374 AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 08.6.2010, DJe-116 DIVULG 24.6.2010 PUBLIC 25.6.2010)
>
> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ART. 5º, INCISO XXXVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DIREITO ADQUIRIDO. OFENSA REFLEXA. PRECEDENTES. 1. Inadmissível em recurso extraordinário o exame de ofensa reflexa à Constituição Federal e a análise de legislação infraconstitucional. Incidência da Súmula nº 636/STF. 2. Agravo regimental não provido. (RE 400.679 AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 10.5.2011, DJe - 157 DIVULG 16.8.2011 PUBLIC 17.8.2011).
> Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Direito Previdenciário. 3. Conversão do tempo de serviço comum em especial. Cômputo para fins de aposentadoria. Violação ao direito adquirido. Não ocorrência. Não preenchimento dos requisitos necessários à aposentadoria na época. 4. Matéria infraconstitucional. Ofensa reflexa à Constituição Federal. Precedentes. 5. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 6. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 917012 ED-ED-AgR-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 09.12.2016, DJe-021 DIVULG 03.02.2017 PUBLIC 06.02.2017)

De modo ainda mais específico, há decisão monocrática em caso idêntico a este, que havia sido julgado pela Décima Turma deste Tribunal (AC nº 0002562-66.2010.4.03.6125), tratando da alegação de inconstitucionalidade da Lei nº 12.865/2013, que, nos seus artigos 38 e 42, revogou o art. 36 da nº Lei 4.870/65:

> DECISÃO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PROCESSUAL CIVIL. USINAS DE AÇÚCAR E ÁLCOOL. PLANO DE ASSISTENCIAL SOCIAL – PAS. EXTINÇÃO DE OBRIGAÇÕES PREVISTAS EM LEI. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO: IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO SUPERVENIENTE. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DE LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE OFENSA CONSTITUCIONAL DIRETA. AGRAVO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO.
> Relatório
> 1. Agravo nos autos principais contra inadmissão de recurso extraordinário interposto com base na al. a do inc. III do art. 102 da Constituição da República.
> 2. A Décima Turma do Tribunal Regional Federal da Terceira Região decidiu: "PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PLANO DE ASSISTENCIAL SOCIAL. OBRIGAÇÃO DA INDÚSTRIA CANAVIEIRA INSTITUÍDA PELA LEI N. 4.870/65. EXTINÇÃO DETERMINADA PELA LEI N. 12.865/2013. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO SUPERVENIENTE. INEXISTÊNCIA DE OFENSA A DIREITO ADQUIRIDO. INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI N. 12.865/2013 NÃO CONFIGURADA. I - Foi publicada no DOU, em 10.10.2013, a Lei n. 12.865, de 09.10.2013, que nos artigos 38 e 42 revoga o artigo 36 da Lei n. 4.870/65, pelo qual se atribuía às usinas, destilarias e fornecedores de cana a obrigação de fazer, consistente na elaboração e execução do PAS, e à União, a sua fiscalização, de modo a configurar, em tese, a superveniente impossibilidade jurídica do pedido, com a consequente extinção do feito, sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, inciso VI, do CPC. II - As providências pleiteadas pela parte autora, mesmo em uma análise abstrata, sem se ater aos

fatos narrados na inicial, não encontrariam mais previsão em nosso ordenamento jurídico nacional, na medida em que o art. 38 da Lei n. 12.865/2013 proclamou a extinção de todas as obrigações, inclusive as anteriores à sua edição, que seriam derivadas do artigo 36, a e c, da Lei n. 4.870/65, preceito legal este em que se fundou a presente ação civil pública. III - Cabe destacar que a Turma Julgadora, na apreciação de causa similar (AC. n. 0005477-82.2009.4.03.6106), em sessão de 18.02.2014, extinguiu o feito, sem resolução do mérito, por reconhecer o autor carecedor da ação, dada a impossibilidade jurídica do pedido. IV - A pretensão deduzida na inicial encontrou vedação explícita estabelecida no direito positivo, daí, então, ser possível reconhecer a superveniente impossibilidade jurídica do pedido. V - Não há falar-se, igualmente, em ofensa a direito adquirido por parte dos trabalhadores do setor sucroalcooleiro, que pudesse implicar a inconstitucionalidade da Lei n. 12.865/2013, uma vez que as usinas de açúcar e álcool foram desobrigadas de implementar o indigitado Plano de Assistencial Social-PAS, conforme acima explanado, de modo que eventuais ações sociais já implantadas passam a ter caráter de liberalidade, não mais se sujeitando à fiscalização do Poder Público. VI - Agravo do Ministério Público Federal desprovido (art. 557, §1º, do CPC)" (fl. 287).

3. Na decisão agravada, adotou-se como fundamento para a inadmissibilidade do recurso extraordinário a ausência de ofensa Constitucional direta.

4. O Agravante argumenta que "propôs ação civil pública com o objetivo de obter a condenação da União Federal a promover a efetiva fiscalização da aplicação dos recursos do PAS (Plano de Assistência Social) por todas as empresas que implementam o plano e por todas as outras que venham a explorar o mesmo ramo de atividade na região de abrangência da 25ª subseção judiciária de Ourinhos/SP. O direito fundamental dos trabalhadores ao implemento do plano de assistência social foi suprimido pela Lei n. 12.865/2013. Assim é que, consoante se apontou no recurso extraordinário, a Lei 12.865/2013 padece de flagrante inconstitucionalidade, à medida que desconstitui o direito fundamental dos trabalhadores do setor sucroalcooleiro à vida, à saúde e à assistência social, em flagrante ofensa a sua dignidade e em desrespeito ao direito adquirido e a proibição de retrocesso. Nesse contexto, é fácil perceber que o acórdão atacado pelo recurso extraordinário, ao reconhecer a superveniente impossibilidade jurídica do pedido em decorrência da extinção das obrigações referentes ao PAS, perpetrada pela Lei 12.865/2013, privou os trabalhadores do setor sucroalcooleiro dos direitos fundamentais à vida (art. 5º), à saúde (art. 196 a 200) e à assistência social (art. 203 e 204), bem como feriu o direito adquirido (art. 5º, XXXVI da CR)" (fls. 312-313). No recurso extraordinário, alega-se ter o Tribunal de origem contrariado os arts. 1º, incs. II e III, 3º, incs. I e IV, 5º, *caput*, incs. XXXVI, 196, 200, 203 e 204 da Constituição da República. Apreciada a matéria trazida na espécie, DECIDO.

5. No art. 544 do Código de Processo Civil, com as alterações da Lei n. 12.322/2010, estabeleceu-se que o agravo contra inadmissão de recurso extraordinário processa-se nos autos do recurso, ou seja, sem a necessidade da formação de instrumento. Sendo este o caso, analisam-se os argumentos expostos no agravo, de cuja decisão se terá, então, se for o caso, exame do recurso extraordinário.

6. Razão jurídica não assiste ao Agravante. Na espécie, a apreciação do pleito recursal exigiria a análise prévia da legislação infraconstitucional aplicada à espécie (Código de Processo Civil e Leis ns. 4.870/1965 e 12.865/2013). A alegada contrariedade à Constituição da República, se tivesse ocorrido, seria indireta, a inviabilizar o processamento do recurso extraordinário: "ACÓRDÃO QUE DECIDIU A CONTROVÉRSIA COM BASE NA PROVA DOS AUTOS E NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL PERTINENTE. Caso em que ofensa à Carta da República, se existente, dar-se-ia de forma reflexa ou indireta, não ensejando a abertura da via extraordinária. Incidência, ainda, no caso, da Súmula n. 279 desta colenda Corte. Agravo desprovido" (AI 457.368-AgR, Relator o Ministro Ayres Britto, Primeira Turma, DJe 21.10.2005). "DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. TÍTULO DE CRÉDITO. EXTINÇÃO

> DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, DA SEGURANÇA JURÍDICA, DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NÃO CONFIGURADA. EVENTUAL VIOLAÇÃO REFLEXA NÃO ENSEJA RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 20.3.2012. (...). O exame da alegada ofensa ao art. 5º , II, XXXV, XXXVI, LIV e LV, da Constituição Federal, dependeria de prévia análise da legislação infraconstitucional aplicada à espécie, o que refoge à competência jurisdicional extraordinária, prevista no art. 102 da Constituição Federal. Agravo regimental conhecido e não provido" (ARE 733.781-AgR, Relatora a Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 15.8.2013). "Este Supremo Tribunal Federal assentou que a alegação de contrariedade e a verificação, no caso concreto, da ocorrência, ou não, de ofensa ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito, à coisa julgada ou, ainda, aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório e da prestação jurisdicional, se dependentes de análise prévia da legislação infraconstitucional, configurariam apenas ofensa constitucional indireta" (AI 573.345-AgR, de minha relatoria, Primeira Turma, DJe 12.5.2011). A decisão agravada, embasada nos dados constantes no acórdão recorrido, harmoniza-se com a jurisprudência deste Supremo Tribunal, nada havendo a prover quanto às alegações do Agravante.
>
> 7. Pelo exposto, nego seguimento a este agravo (art. 544, § 4º, inc. II, al. a, do Código de Processo Civil e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).
>
> Publique-se. Brasília, 5 de junho de 2015.
>
> Ministra CÁRMEN LÚCIA Relatora
>
> (ARE 889.623, Decisão 05.06.2015, Publicação 19.06.2015)

Assim, conclui-se do quanto até aqui exposto que a arguição de inconstitucionalidade de que ora se trata envolve a alegação de violação indireta ou reflexa ao texto constitucional, pois, para determinar se os artigos 38 e 42 da Lei nº 12.865/2013 violaram ou não os princípios da segurança jurídica (direito adquirido), da vedação ao retrocesso social e da igualdade, é preciso, antes de mais nada, examinar, no caso concreto, a incidência dos citados artigos à luz da Lei nº 4.870/65, que se caracteriza, assim, como legislação interposta.

Em outras palavras, *a Lei nº 12.865/2013 não ofende, imediata e diretamente, os dispositivos constitucionais que consagram as garantias do direito adquirido, da vedação ao retrocesso social e da igualdade.*

Eventual violação a esses dispositivos passa, antes, pelo exame da repercussão da Lei nº 12.865/2013 sobre a Lei interposta (Lei nº 4.870/65), o que configuraria ofensa reflexa ou indireta.

Com efeito, se em determinado processo ficar evidenciado que o Plano de Assistência Social foi adequadamente implementado pela empresa produtora de cana, açúcar e álcool, observadas as determinações da Lei nº 4.870/65, não se poderá falar que a Lei nº 12.865/2013 violou as garantias constitucionais do direito adquirido, da vedação ao retrocesso social e da igualdade.

Dessa forma, o exame sobre se a Lei nº 12.865/2013 violou a Constituição Federal passa, obrigatoriamente, pela análise das disposições da Lei nº 4.870/65, verdadeira norma legal interposta, acarretando eventual ofensa meramente reflexa ou indireta ao texto constitucional.

Portanto, na linha da reiterada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, inclusive em feito idêntico a este, o caso é de não conhecimento do incidente de arguição de inconstitucionalidade, devendo a questão ser solucionada, no âmbito da Oitava Turma desta Corte, com base na legislação infraconstitucional pertinente.

Posto isso, *NÃO CONHEÇO* da presente arguição de inconstitucionalidade.

É o voto.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

VOTO VISTA

O DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ZAUHY:

Pedi vista dos autos para melhor me apropriar sobre a matéria debatida e, após detida análise, peço vênia para divergir do e. Relator para o efeito de conhecer da arguição de inconstitucionalidade.

Cuida-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal objetivando condenar a União Federal e a Destilaria Flórida Paulista - FLORALCO Ltda a promoverem, respectivamente, a) a efetiva fiscalização da aplicação dos recursos do PAS pela empresa e b) "a elaboração de Plano de Assistência Social (PAS) relativo à presente e futuras safras no setor sucroalcooleiro, apresentando-o ao Ministério da Agricultura, bem como à Secretaria de Inspeção do Trabalho - SIT, do Ministério do Trabalho e Emprego. Deve, ainda, ser compelida a efetivar e a aplicar as quantias devidas a título do PAS, na forma prevista na legislação, observando que as aplicações deverão recair em Assistência Médica e Hospitalar (preventiva, curativa e reabilitacional), Assistência Farmacêutica, Assistência Odontológica (preventiva, curativa e reabilitacional), Assistência Social, visando à erradicação do trabalho infantil na lavoura canavieira, Assistência Educativa, Assistência Educacional, Assistência Recreativa e Auxílios Complementares, mantendo contabilidade específica para os recursos do PAS, bem como contas bancárias exclusivas para este fim".

Proferida sentença de improcedência, os autos aportaram neste tribunal por força da apelação atravessada pelo *Parquet* Federal.

Com a edição da Lei nº 12.865/2013, o Ministério Público arguiu a inconstitucionalidade do referido diploma, "que, em seu art. 38, extinguiu as obrigações fundadas no art. 36, "a" e "c", da Lei 4.870/1965, e, em seu art. 40 [leia-se art. 42], revogou expressamente o referido art. 36".

Já a União Federal, com base nessa mesma legislação, postulou a extinção do feito sem resolução do mérito em razão da perda superveniente do objeto da demanda.

A Oitava Turma deste tribunal acolheu a arguição de inconstitucionalidade dos arts. 38 e 42, ambos da Lei nº 12.865/2013, proposta pelo Relator Desembargador Federal David Dantas, submetendo a questão a este c. Órgão Especial.

O Ministério Público Federal opinou pelo "pelo provimento da arguição, para se declarar a inconstitucionalidade. dos artigos 38 e 42, da Lei nº 12.865/2013, ao menos quanto às obrigações pretéritas".

Este Órgão Especial não conheceu da arguição, acolhendo questão preliminar quanto à necessidade de a Turma "examinar, previamente, a questão da recepção ou não da lei revogada [Lei 4.870/65]".

Retornando os autos à Oitava Turma, esta concluiu pela recepção da Lei nº 4.870/65 pela Constituição de 1988 e acolheu novamente a arguição de inconstitucionalidade dos arts. 38 e 42 da Lei nº 12.865/2013, nos termos do voto do Relator, submetendo a questão mais uma vez a este c. Órgão Especial.

Sobreveio notícia de falência da empresa demandada.

Em sessão de 26 de maio de 2021, o e. Relator Desembargador Federal Nino Toldo apresentou o seu voto no sentido de não conhecer da presente arguição de inconstitucionalidade, entendendo que "a inconstitucionalidade vislumbrada não é direta, mas reflexa, o que inviabiliza o seu exame por este Órgão Especial".

Colhem-se os seguintes fundamentos do voto do ilustre Relator:

> "Com efeito, são reconhecidas na doutrina e na jurisprudência duas espécies de ofensa ao texto constitucional: a direta (ou frontal) e a indireta (ou reflexa), sendo que apenas a primeira pode levar à admissibilidade de recurso extraordinário, na via do controle difuso de constitucionalidade.
> A ofensa direta ou frontal à Constituição Federal é aquela em que a lei ou ato normativo impugnado viola de forma imediata o texto constitucional, sem que, para a sua verificação, se faça necessário proceder à análise de qualquer legislação infraconstitucional. De outro lado, a ofensa indireta ou reflexa necessita dessa análise e, por isso, não enseja o próprio controle difuso, dependendo do exame, em cada caso concreto, de normas infraconstitucionais interpostas.
> O Supremo Tribunal Federal não admite recursos extraordinários nos quais se pretenda discutir a denominada ofensa reflexa ou indireta. Esse entendimento está consubstanciado na Súmula nº 636 da sua jurisprudência:
> Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida.
> Além disso, ao examinar o Tema nº 660, que tinha por objeto a violação dos princípios do contraditório, da ampla defesa e dos limites da coisa julgada e do devido processo legal, nos autos do ARE nº 748.371/MT, o Supremo Tribunal Federal rejeitou a repercussão geral do tema quando o julgamento da causa depender de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais (Plenário virtual, 17.5 a 06.6.2013, Publicação 01.08.2013).
> Seguindo esse entendimento:
> ...
> Especificamente quanto à alegação de violação ao direito adquirido, são inúmeros os precedentes, dos quais menciono, a título exemplificativo:
> ...
> De modo ainda mais específico, há decisão monocrática em caso idêntico a este, que havia sido julgado pela Décima Turma deste Tribunal (AC nº 0002562-66.2010.4.03.6125), tratando da alegação de inconstitucionalidade da Lei nº 12.865/2013, que, nos seus artigos 38 e 42, revogou o art. 36 da nº Lei 4.870/65:
> ...
> Assim, conclui-se do quanto até aqui exposto que *a arguição de inconstitucionalidade de que ora se trata envolve a alegação de violação indireta ou reflexa ao texto constitucional, pois, para determinar se os artigos 38 e 42 da Lei nº 12.865/2013 violaram ou não os princípios da segurança jurídica (direito adquirido), da vedação ao retrocesso social e da igualdade, é preciso, antes de mais nada, examinar, no caso concreto, a incidência dos citados artigos à luz da Lei nº 4.870/65, que se caracteriza, assim, como legislação interposta.*
> Em outras palavras, a Lei nº 12.865/2013 não ofende, imediata e diretamente, os dispositivos constitucionais que consagram as garantias do direito adquirido, da vedação ao retrocesso social e da igualdade.
> *Eventual violação a esses dispositivos passa, antes, pelo exame da repercussão da Lei nº 12.865/2013 sobre a Lei interposta (Lei nº 4.870/65), o que configuraria ofensa reflexa ou indireta.*
> Com efeito, se em determinado processo ficar evidenciado que o Plano de Assistência Social foi adequadamente implementado pela empresa produtora de cana, açúcar e álcool, observadas

> as determinações da Lei nº 4.870/65, não se poderá falar que a Lei nº 12.865/2013 violou as garantias constitucionais do direito adquirido, da vedação ao retrocesso social e da igualdade.
> Dessa forma, *o exame sobre se a Lei nº 12.865/2013 violou a Constituição Federal passa, obrigatoriamente, pela análise das disposições da Lei nº 4.870/65, verdadeira norma legal interposta, acarretando eventual ofensa meramente reflexa ou indireta ao texto constitucional.*
> Portanto, na linha da reiterada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, inclusive em feito idêntico a este, o caso é de não conhecimento do incidente de arguição de inconstitucionalidade, devendo a questão ser solucionada, no âmbito da Oitava Turma desta Corte, com base na legislação infraconstitucional pertinente.
> Posto isso, NÃO CONHEÇO da presente arguição de inconstitucionalidade.
> É o voto." (grifei)

Com todas as vênias ao e. Relator, entendo que a presente arguição de inconstitucionalidade merece ser conhecida por este c. Órgão Especial.

Inicialmente, mister atentar para que o objeto de julgamento perante este c. Órgão não diz com a discussão sobre a recepção da Lei nº 4.870/65 pela Constituição Federal. Esse ponto foi enfrentado pela Turma, que entendeu ter o referido diploma sido recepcionado pela ordem constitucional de 1988. Portanto, superado o tema.

O que se coloca aqui é saber se a Lei nº 12.865/2013, ao revogar o sistema de obrigações tendentes à prestação de proteção social aos trabalhadores do setor sucroalcooleiro, afrontou a Constituição Federal.

Lanço divergência de entendimento em relação à posição adotada pelo e. Relator.

Uma primeira observação que faço, com a devida vênia, é que o e. Relator não abordou em nenhum momento de seu voto o tema da (ir)retroatividade da lei nova. Vale dizer: não foi resvalada a celeuma sobre se a Lei nº 12.865/2013, ao revogar de forma retroativa um sistema de benefícios criado anteriormente à Constituição Federal de 1988 – mas por ela recepcionado -, feriu a nova Carta de Direitos.

Esse é o ponto fulcral da defesa que o Ministério Público empreende sobre a inconstitucionalidade da Lei nº 12.865/2013. No entanto, os precedentes trazidos pelo nobre Relator para embasar o seu decreto de não conhecimento desta arguição não tocam com o tema da violação ao princípio da irretroatividade, não se prestando, a meu ver, com todas as vênias, para justificar o não enfrentamento do mérito deste incidente.

Essa é uma primeira colocação que lanço no sentido da existência de um tema de fundo incipiente que reclama apreciação e que não me parece afastado pela jurisprudência trazida pelo e. Relator para justificar o não conhecimento desta arguição.

Feita tal ressalva, tenho que a análise da presente arguição não passa "pelo exame da repercussão da Lei nº 12.865/2013 sobre a Lei interposta (Lei nº 4.870/65), o que configuraria ofensa reflexa ou indireta".

Explico-me: é claro que não é possível analisar a (in)constitucionalidade da Lei nº 12.865/2013 (arts. 38 e 42) sem sequer mencionar a Lei nº 4.870/65, uma vez que se discute exatamente a revogação, pela legislação superveniente, das obrigações impostas, pelo diploma anterior à CF/88, às empresas produtoras de cana, açúcar e álcool quanto à manutenção de um sistema de apoio e assistência social aos trabalhadores daquele setor econômico.

Contudo, o que aqui se debate é se a própria lei superveniente, vale dizer, a Lei nº 12.865/2013, ao empreender tal revogação, ofendeu a Carta Magna de 88. Não por outra

razão é que o *Parquet* Federal, ao suscitar a inconstitucionalidade da norma superveniente, defende, *verbis*:

> "Embora a Lei 12.865/2013 seja de aplicação imediata e seu art. 38 contenha cláusula expressa de retroatividade, não pode ser admitida a desconstituição retroativa do PAS. Este plano manifesta a incidência dos direitos fundamentais concernentes (especialmente os "direitos sociais" à saúde e à assistência social) às relações entre os particulares (no caso, os empreendedores e os trabalhadores do setor sucro-alcooleiro).
> Com efeito, *o PAS* diz respeito à assistência médica e hospitalar, à assistência social (com vistas à erradicação do trabalho infantil na lavoura canavieira), à assistência educacional, à assistência recreativa e à percepção de auxílios complementares. *Está*, pois, *em consonância com a concepção constitucional de seguridade social* (que compreende "um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade", nos termos do art. 194 da Lei Maior) e *apresenta-se como corolário da dignidade da pessoa humana*, existindo para que os beneficiários possam garantir minimamente o livre desenvolvimento de sua personalidade, no *contexto de uma sociedade livre, justa e solidária* (art. 1, II e III, e art. 3º, I e IV, da Constituição da República).
> Consolidou-se, no patrimônio jurídico dos beneficiários - os trabalhadores na cultura e no processamento da cana-de-açúcar, notoriamente expostos a condições precárias e insalubres - o direito às respectivas prestações sociais. Sendo assim, *a revogação retroativa do PAS desconsidera o direito adquirido dos trabalhadores a tais prestações, em afronta ao art. 5º, XXXVI, da Constituição da República*.
> *Ainda no campo do perfil jurídico dos direitos fundamentais, precisa ser lembrada a característica da proibição de retrocesso*, segundo a qual estes, a partir do momento em que são minimamente implantados e no grau em que o forem, não podem sofrer eliminação nem amesquinhamento. Uma vez reconhecidos, os direitos fundamentais incorporam-se ao patrimônio jurídico de seus titulares de maneira perene e insuscetível de amesquinhamento. *Essa característica deve ser observada por todos, principalmente pelos legisladores ordinários, que se veem, em virtude dela, impedidos de simplesmente revogar normas nas quais estejam previstos direitos fundamentais.* Eis o ensinamento de CANOTILHO:
> ...
> Conquanto não haja garantia de imutabilidade em relação aos regimes jurídicos legalmente instituídos e seja possível a alteração do PAS, o que quer que se ponha no lugar dele haverá de oferecer aos trabalhadores do setor sucro-alcooleiro prestações sociais ao menos equivalentes. *O desmonte dos mínimos sociais sem compensação fere portanto o princípio da segurança jurídica, fundamental no Estado democrático de direito.* É fato notório que a exigência do PAS, a despeito de existir juridicamente desde a edição da Lei 4.870/1 965, não é cumprida pelas Usinas e pela União Federal, de modo que os direitos sociais dos trabalhadores ficam à mercê das reiteradas decisões judiciais que têm, valorosamente, reconhecido a recepção da lei pela Constituição de 1988 e determinado sua aplicação." (ID 113745735, p. 129/130) (grifei)

Como se vê, o que se discute é se a Lei nº 12.865/2013 poderia ter revogado o denominado PAS sem que com isso restasse ferida a Constituição de 88. Em palavra última: o que se debate é a própria compatibilidade do novo diploma normativo à luz da ordem constitucional inaugurada em 1988, em especial a conformidade com os primados e direitos fundamentais nela insculpidos.

Portanto, tenho que de ofensa indireta não se trata. Pelo contrário, a eventual violação – se declarada por este c. Órgão Especial – seria direta e não reflexa.

Outro argumento que tenho a destacar em favor do conhecimento desta arguição pelo c. Órgão Especial é o de que a tese de ofensa reflexa à Constituição, ainda que admitida, é óbice posto somente ao exame de recurso extraordinário *pelo Supremo Tribunal Federal*.

Com efeito, aquele Sodalício entende que, quando o reconhecimento da inconstitucionalidade alegada depender da análise de normas infraconstitucionais, tem-se apenas a ofensa indireta ou reflexa à Constituição, o que não autoriza o manejo, e portanto o provimento, do recurso extraordinário.

Exemplo disso é o enunciado 636 daquela e. Corte, no sentido de que "Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida".

Também na mesma direção o quanto sedimentado no Tema nº 660 de Repercussão Geral, em que a Corte Suprema assentou: "A questão da ofensa aos princípios do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal e dos limites à coisa julgada, tem natureza infraconstitucional, e a ela se atribuem os efeitos da ausência de repercussão geral, nos termos do precedente fixado no RE n. 584.608, rel. a Ministra Ellen Gracie, DJe 13/03/2009".

É bem verdade que se colhem críticas doutrinárias a respeito da exatidão técnica da expressão "ofensa reflexa ou indireta à Constituição" e sua aplicação no julgamento dos recursos extraordinários dirigidos ao Supremo Tribunal, tida muitas vezes como construída no bojo do que se denominou cunhar como "jurisprudência defensiva".

No entanto, tal discussão escapa aos limites da presente arguição e, ainda mais, à própria alçada deste tribunal.

Mas o que é inegável e que aproveita à solução aqui proposta é que a cognição empreendida pela Corte Suprema é de viés vincado, estritamente voltado à verificação da existência de uma questão constitucional a ser solvida. Assim, eventual tangenciamento oblíquo, por meio de discussão sobre a interpretação dada à legislação infraconstitucional, é vetada pelo Supremo Tribunal Federal, por escapar à competência constitucional que lhe foi atribuída (art. 102, CF).

Diferente é a jurisdição dos tribunais, que têm ampla competência para (re)examinar toda a matéria fática e jurídica, podendo, a depender dos limites recursais, rever provas e o próprio Direito aplicado pelo magistrado de primeira instância, bem como declarar de ofício, quanto à matéria de ordem pública, nulidades antes não alegadas.

Diverso, também, é o múnus constitucional atribuído a tribunais estaduais e federais, aos quais compete, quando provocados a tanto e se entenderem cabível, a "declaração, pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial, da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público" (art. 97, CF).

Os tribunais podem declarar incidentalmente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no âmbito do controle difuso, sempre que a solução do conflito trazido ao Judiciário reclame, como premissa lógica, o exame da questão constitucional, tida como prejudicial na espécie, o que entendo corresponder ao contexto que se apresenta nestes autos. Nessa hipótese, a cognição se faz de modo abrangente e verticalizado, sem que se possa cogitar de ofensa indireta ou reflexa à Constituição como óbice à prolação de juízo de valor pelo tribunal. Vale dizer: a Corte regional/estadual, no exercício do controle difuso de constitucionalidade, analisa amplamente a legislação suscitada e a confronta com a Constituição para a partir daí concluir pela compatibilidade ou não da norma com a Carta Magna.

Aliás, esse é ponto fulcral que se coloca no presente momento: uma vez suscitada a inconstitucionalidade da Lei nº 12.865/2013, a Turma se viu premida por mandamento constitucional e regimental a encaminhar a este Órgão Especial a análise da respectiva arguição.

Por expressa vedação, não poderia a Turma, ainda que empreendesse um juízo de valor sobre a matéria, declarar a inconstitucionalidade da legislação. Esse, aliás, o entendimento sumulado pelo e. Supremo Tribunal Federal no verbete vinculante nº 10, *verbis*:

> "Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte."

Evidente o entroncamento diante do qual se encontra a Oitava Turma deste Tribunal. A presente ação civil pública discute o dever de fiscalização, pela União, e a obrigação de implementação, pela empresa demandada, do denominado PAS – Plano de Assistência Social, previsto na Lei nº 4.870/65. Legislação superveniente (Lei nº 12.865/2013) revogou a referida obrigação de prestação de assistência social, inclusive com efeitos retroativos, sem prejuízo da preservação das parcelas já adimplidas. O Ministério Público Federal arguiu a inconstitucionalidade da nova norma, entendendo que ela colide com direitos e princípios postos pela Carta de 88.

Ora, se este c. Órgão Especial, a quem compete dizer da (in)constitucionalidade da norma cogitada, simplesmente "não conhecer" da arguição, que solução deverá a Turma adotar? Porque, sim, inegável que ficará o órgão fracionário diante de uma encruzilhada técnica: se não pode se debruçar sobre a constitucionalidade da norma, como solucionará o conflito de interesses trazido a seu julgamento? Porque, ou a Lei nº 12.865/2013 é inconstitucional e aí se prosseguirá no julgamento da matéria de fundo (que são as obrigações impostas pela Lei nº 4.870/65 quanto ao PAS) ou a Lei nº 12.865/2013 é constitucional e então o objeto da demanda se esvazia completamente, porque aí já não mais se pode perseguir a condenação pleiteada pelo *Parquet* nestes autos.

Contudo, o juízo de valor sobre a (in)constitucionalidade da norma superveniente (Lei nº 12.865/2013) não pode ser ultimado pelo órgão fracionário. Como a Turma resolverá então o impasse? Terá de solucioná-lo, com certeza, sob pena de violação ao princípio que assegura a inafastabilidade do Poder Judiciário. No entanto, ao assim proceder com o fito de entregar a prestação jurisdicional postulada, ferirá o princípio de reserva de plenário (art. 97, CF e Súmula Vinculante STF nº 10), já que para tanto terá obrigatoriamente que enfrentar o tema da (in)constitucionalidade da Lei nº 12.865/2013.

Por todas as razões aqui lançadas, entendo que deve o Órgão Especial incursionar sobre o mérito da presente arguição de inconstitucionalidade, nenhum óbice se colhendo para tanto, antes consistindo em dever constitucional a apreciação desta arguição.

Face ao exposto, voto por *conhecer* da arguição de inconstitucionalidade, que deve ser enfrentada em seu mérito.

É como voto.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY

APELAÇÃO CÍVEL
0023012-66.2014.4.03.6100

Apelante: UNIÃO FEDERAL
Apelado: CELSO RODRIGUES FAVA
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR
Disponibilização do Acórdão: DJEN 03/11/2021

EMENTA

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. "ABATE-TETO". ART. 37, XI, DA CF. APOSENTADORIA E REMUNERAÇÃO. SOMATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE.
1. Teto constitucional que não pode ser aplicado sobre o somatório de valores de proventos de aposentadoria e remuneração. Precedentes.
2. Pretensão de aplicação dos índices de correção monetária previstos no art. 1º-F da Lei 9.494/97, na redação dada pela Lei 11.960/09, que se rejeita em vista do entendimento firmado pelo C. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 870.947/SE.
3. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Segunda Turma decidiu, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de ação ajuizada por servidor objetivando a não aplicação da parcela denominada "abate-teto" ao somatório dos proventos de aposentadoria com remuneração do cargo de médico, devendo o cálculo se dar de forma isolada, bem como a restituição dos valores já descontados a esse título mediante "crédito direto em folha de pagamento".

Às fls. 100/108, foi proferida sentença, aclarada por decisão de fls. 116/117, julgando parcialmente procedente a ação para "declarar o direito do autor ao recebimento integral de seus proventos e vencimentos provenientes da aposentadoria no cargo de médico junto ao Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região e ao exercício de cargo de médico perante a Justiça Federal de Primeiro Grau em São Paulo, isoladamente considerados, sem aplicação do limite constitucional em relação à somatória dos dois pagamentos, bem condenar a União Federal à restituição dos valores indevidamente descontados a título de aplicação do redutor do limite do teto constitucional".

Apela a União às fls. 122/132, sustentando, em síntese, a legalidade da aplicação do redutor sobre o somatório de aposentadoria e remuneração, subsidiariamente pleiteando a reforma da sentença no tocante à correção monetária com vistas à aplicação do índice previsto no artigo 1º-F da Lei 9.494/97, na redação dada pela Lei 11.960/09.

Com contrarrazões subiram os autos.

É o relatório.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

VOTO

Debate-se nos autos sobre a legalidade ou não da aplicação do denominado "abate-teto" sobre o somatório dos proventos de aposentadoria e remuneração recebidos por servidor público.

A sentença proferida concluiu pela parcial procedência da ação, entendendo seu prolator que (fls. 104/107):

> "No caso em tela, o autor exerceu os cargos de médico cumulativamente, nos estritos moldes permitidos pela Constituição Federal, com vínculo junto ao Tribunal Regional do Trabalho da 2a Região e à Justiça Federal de 10 Grau em São Paulo, recebendo proventos de aposentadoria referentes ao primeiro vínculo e os vencimentos relativos ao segundo.
> Por conseguinte, na medida em que a Constituição Federal autoriza a referida cumulação de cargos ou empregos, os vencimentos percebidos pelo autor em tais circunstâncias não devem ser somados para fins da limitação remuneratória imposta pela Constituição.
> (...)
> No tocante ao pedido de restituição dos valores já descontados, sendo a aplicação da redução do teto constitucional indevida, o autor faz jus à restituição pleiteada. No entanto, não se mostra cabível a devolução dos valores mediante crédito direto em folha de pagamento, porquanto se trata de valores devidos pela Fazenda Pública, cujo pagamento deve ocorrer mediante precatório ou RPV, nos termos do art. 100, da Constituição Federal, que prevê:
> (...)"

Ponho-me de acordo com a sentença proferida.

Com efeito, a Constituição Federal em seu art. 37, XI assim dispõe:

> "Art. 37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
> (...)
> XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos;" (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

No caso, a Administração Pública reduziu os valores recebidos pela parte autora a título de "abate-teto", utilizando como base de cálculo a soma da remuneração e da aposentadoria recebida e adequou os valores a fim de que estes não ultrapassassem o subsídio mensal dos Ministros do E. STF.

É questão que passou pelo crivo da jurisprudência, fixando orientação no sentido de que, na hipótese de cumulação legítima de cargos públicos, o teto constitucional deve ser considerado em relação a cada um deles, individualmente, mesmo que já tenha o servidor se aposentado de um dos cargos:

> "ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDORA PÚBLICA DISTRITAL. PROFESSORA. ACUMULAÇÃO LÍCITA DE CARGOS PÚBLICOS. CARGOS CONSIDERADOS ISOLADAMENTE PARA A INCIDÊNCIA DO TETO CONSTITUCIONAL REMUNERATÓRIO. PRECEDENTES DO STF (REPERCUSSÃO GERAL) E DO STJ. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.
> I. Agravo interno aviado contra decisão monocrática publicada em 30/10/2017, que julgara recurso interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/73.
> II. Na origem, trata-se de *mandamus*, objetivando a consideração isolada dos cargos públicos acumulados licitamente para fins de teto remuneratório.
> *III. Consoante restou decidido pelo STF, no julgamento do RE 612.975/MT (Rel. Ministro MARCO AURÉLIO, TRIBUNAL PLENO, DJe de 15/04/2016), sob regime de repercussão geral (Tema 377), "nas situações jurídicas em que a Constituição Federal autoriza a acumulação de cargos, o teto remuneratório é considerado em relação à remuneração de cada um deles, e não ao somatório do que recebido".*
> *IV. A jurisprudência desta Corte, no mesmo sentido, entende que, em se tratando de acumulação legítima de cargos, a remuneração do servidor público não se submete ao teto constitucional remuneratório, devendo os cargos, para tal fim, ser considerados isoladamente. A propósito: STJ, AgInt no RMS 36.128/DF, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 24/03/2017; RMS 44.649/TO, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 25/10/2017; RMS 33.171/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 04/03/2016.*
> V. Agravo interno improvido."
> (AgInt no RMS 50.011/DF, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/04/2018, DJe 26/04/2018);

> "RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TETO REMUNERATÓRIO A PARTIR DA EDIÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 41/03. CUMULAÇÃO DE CARGOS PERMITIDA CONSTITUCIONALMENTE. CARGOS CONSIDERADOS, ISOLADAMENTE, PARA APLICAÇÃO DO TETO REMUNERATÓRIO. NÃO COMPROVAÇÃO DA SITUAÇÃO FÁTICA ALEGADA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.
> *1. A primeira seção desta corte de justiça sedimentou entendimento de que, "tratando-se de cumulação legítima de cargos, a remuneração do servidor público não se submete ao teto constitucional, devendo os cargos, para este fim, ser considerados isoladamente" (RMS 33.134/DF).*
> 2. Contudo, na hipótese, os recorrentes não lograram demonstrar a efetiva acumulação de cargos, tampouco a redução de vencimentos pela incidência do teto constitucional, o que levou o tribunal *a quo* a denegar a segurança, por ausência de prova pré-constituída do alegado direito líquido e certo.
> 3. O mandado de segurança é instrumento processual que demanda prova pré-constituída de todas as afirmações formuladas, não cabendo, nessa via, dilação probatória.
> 4. Recurso ordinário a que se nega provimento."

(STJ; RMS 40.895; Proc. 2013/0027173-0; TO; Segunda Turma; Rel. Min. Og Fernandes; DJE 26/09/2014);

"RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. QUESTÃO DE ORDEM. MATÉRIA SUBMETIDA AO CRIVO DA PRIMEIRA SEÇÃO DESTE SUPERIOR TRIBUNAL. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CUMULAÇÃO DE CARGOS PERMITIDA CONSTITUCIONALMENTE. CARGOS CONSIDERADOS, ISOLADAMENTE, PARA APLICAÇÃO DO TETO REMUNERATÓRIO.
1. "Tratando-se de cumulação legítima de cargos, a remuneração do servidor público não se submete ao teto constitucional, devendo os cargos, para este fim, ser considerados isoladamente". (precedentes: AGRG no RMS 33.100/df, Rel. Ministra Eliana Calmon, dje 15/05/2013 e RMS 38.682/es, Rel. Ministro Herman Benjamin, dje 05/11/2012).
2. Recurso ordinário em mandado de segurança provido."
(STJ; RMS 33.134; Proc. 2010/0199946-1; DF; Primeira Seção; Rel. Min. Mauro Campbell Marques; DJE 27/08/2013; Pág. 1548);

"CONSTITUCIONAL E PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL DECISÃO MONOCRÁTICA QUE, RECONSIDERANDO DECISÃO ANTERIOR, DEU PROVIMENTO A RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA SERVIDOR PÚBLICO. CUMULAÇÃO LEGÍTIMA DE CARGOS. TETO CONSTITUCIONAL. APLICABILIDADE A CADA UM DOS CARGOS. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.
1. Tratando-se de cumulação legítima de cargos, a remuneração do servidor público não se submete ao teto constitucional, devendo os cargos, para este fim, ser considerados isoladamente. Precedentes.
2. Vedação ao enriquecimento sem causa.
3. Agravo regimental não provido."
(STJ; AgRg-AgRg-RMS 33.100; Proc. 2010/0195416-9; DF; Segunda Turma; Relª Min. Eliana Calmon Alves; Julg. 07/05/2013; DJE 15/05/2013);

"RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO APOSENTADO. ACUMULAÇÃO DE PROVENTOS. CARGO TÉCNICO E PROFESSOR. TETO REMUNERATÓRIO. RECURSO PROVIDO. ORDEM CONCEDIDA.
- A acumulação de proventos de servidor aposentado em decorrência do exercício cumulado de dois cargos, de técnico e de professor, não se submete ao teto constitucional, devendo os cargos serem considerados isoladamente para esse fim.
Recurso ordinário provido para conceder a ordem."
(RMS 33.170/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Rel. p/ Acórdão Ministro CESAR ASFOR ROCHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/05/2012, DJe 07/08/2012).

O Excelso Supremo Tribunal Federal, analisando a matéria, em julgamento com repercussão geral reconhecida, dirimiu a questão neste mesmo sentido. *In verbis*:

"TETO CONSTITUCIONAL - ACUMULAÇÃO DE CARGOS - ALCANCE. *Nas situações jurídicas em que a Constituição Federal autoriza a acumulação de cargos, o teto remuneratório é considerado em relação à remuneração de cada um deles, e não ao somatório do que recebido."*
(RE 612975, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 27/04/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-203 DIVULG 06-09-2017 PUBLIC 08-09-2017)

Destaco, também, precedentes desta Corte de utilidade na questão:

"ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. TETO REMUNERATÓRIO CONSTITUCIONAL. "ABATE-TETO". ART. 37, INCISOS XI E XVI DA CF/88. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RE 612975, STF. JUROS. CORREÇÃO MONETÁRIA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.
1. A questão acerca da possibilidade de aplicação do teto remuneratório constitucional e a consideração isolada dos proventos de atividade ou inatividade, não comporta quaisquer digressões. Porquanto a tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal nos recursos extraordinários mencionados na inicial (RE 602.043 e RE 612.975), em sede de repercussão geral, verbis: "Nas situações jurídicas em que a Constituição Federal autoriza a acumulação de cargos, o teto remuneratório é considerado em relação à remuneração de cada um deles, e não ao somatório do que recebido".
2. Destarte, no caso de recebimento concomitante de vencimentos ou de proventos de aposentadoria decorrentes de cargos acumuláveis nos termos da Constituição, o teto remuneratório deve incidir sobre cada vínculo individualmente.
3. No caso dos autos, restou evidenciado que o autor é funcionário aposentado da UNIFESP, na qual exerceu funções de médico e professor da faculdade de medicina, atualmente recebendo dois proventos em razão desses exercícios. À parte autora é cabível ao afastamento do "abate teto" quanto ao somatório de vencimentos, bem como que seja restituído o que deixou de receber nos últimos 5 anos a contar da data do ajuizamento da ação.
.....
5. Apelação não provida."
(TRF 3ª Região, 1ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL, 5016731-04.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal WILSON ZAUHY FILHO, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 29/06/2020);

"SERVIDOR PÚBLICO. ABATE TETO. CUMULAÇÃO DE APOSENTADORIA COMO MÉDICO COM OS VENCIMENTOS COMO PROFESSOR. CONSIDERAÇÃO INDIVIDUAL, NÃO DA SOMA TOTAL DAS REMUNERAÇÕES. MATÉRIA APRECIADA PELA VIA DA REPERCUSSÃO GERAL. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.
- A questão em debate se refere à possibilidade de cumulação dos proventos de aposentadoria como médico com os vencimentos do cargo como professor, para fins de aplicação do teto previsto no art. 37, XI, da Constituição Federal.
- O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 612975/MT, por meio da sistemática da Repercussão Geral, estabeleceu que: "Nos casos autorizados constitucionalmente de acumulação de cargos, empregos e funções, a incidência do art. 37, inciso XI, da Constituição Federal pressupõe consideração de cada um dos vínculos formalizados, afastada a observância do teto remuneratório quanto ao somatório dos ganhos do agente público".
- O art. XVI, da Carta Magna, proíbe a cumulação remunerada de cargos públicos, salvo nos casos de: a) dois cargos de professor; b) um cargo de professor com outro técnico ou científico; c) dois cargos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas.
- A hipótese trata de cumulação permitida constitucionalmente, qual seja, de um cargo técnico ou científico e um cargo de professor. A remuneração deve ser considerada individualmente para cada um dos cargos e não a somatória dos dois.
- Juros de mora e correção monetária. Deve ser observado o julgamento proferido pelo C. Supremo Tribunal Federal na Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 870.947, bem como o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal em vigor por ocasião da execução do julgado.
- Apelação parcialmente provida."
(TRF 3ª Região, 2ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL, 5018570-64.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal JOSE CARLOS FRANCISCO, julgado em 17/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 23/04/2020).

Compulsados os autos, verifica-se que a parte autora recebe remuneração da Justiça Federal de São Paulo por cargo de médico e aufere proventos de aposentadoria do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região referentes também a cargo de médico, tratando-se, pois, de cargos públicos em relação aos quais a Constituição Federal permite a cumulação remunerada, nos termos do art. 37, XVI, "c", destarte nada havendo a objetar à sentença ao concluir pelo afastamento do denominado "abate-teto".

Pleiteia a União a reforma da sentença no tocante à correção monetária com vistas à aplicação dos índices previstos no artigo 1º-F da Lei 9.494/97, na redação dada pela Lei 11.960/09, observando-se que o "decisum" deliberou nestes termos:

> "*Correção monetária nos moldes do manual de cálculos do Conselho da Justiça Federal*. Juros de mora a partir da citação, no percentual de 0,5% ao mês, nos moldes da Lei 11.960/2009."

É questão que passou pelo crivo do Pleno do Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 870947/SE, em sessão realizada em 20/09/2017, decidindo-se pela fixação da seguinte tese: *"O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina".*

Observo, ainda, que contra o acórdão foram opostos embargos de declaração, tendo o Ministro Relator, por decisão proferida em 24/09/2018, deferido *"excepcionalmente efeito suspensivo aos embargos"*, em 03/10/2019 sobrevindo o julgamento dos embargos pelo colegiado, que decidiu rejeitá-los e não modular os efeitos da decisão anteriormente proferida.

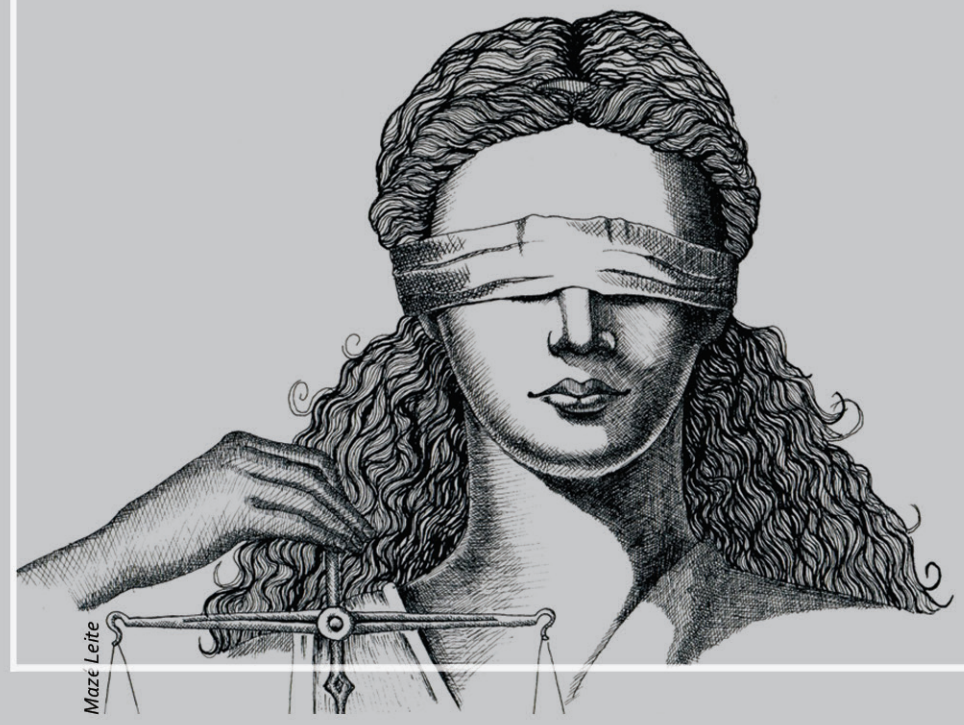
Assim, fica rejeitada a pretensão de aplicação dos índices de correção monetária previstos no art. 1º-F da Lei 9.494/97, na redação dada pela Lei 11.960/09, em vista do entendimento firmado pelo C. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 870.947/SE.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

É o voto.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

Direito Penal



APELAÇÃO CRIMINAL
0007671-19.2008.4.03.6000

Apelantes: PAULO NOLASCO MULLER, ODECYR DE LIMA BENTOS
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 20/10/2021

EMENTA

DIREITO PENAL. PROCESSO PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ARMAS, ACESSÓRIOS E MUNIÇÕES. MATERIALIDADE DELITIVA COMPROVADA. AUTORIA DELITIVA COMPROVADA PELAS DECLARAÇÕES DAS TESTEMUNHAS E CONFISSÕES DOS RÉUS. CRIME CONSUMADO. UNIDADE DE DESÍGNIOS E VÍNCULO SUBJETIVO. DOSIMETRIA DAS PENAS. RÉU PAULO. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME DELETÉRIAS, EM RAZÃO DA GRANDE QUANTIDADE DE MUNIÇÕES IMPORTADAS (1.000 CÁPSULAS DE CALIBRE NOMINAL .22 E 1.000 CÁPSULAS DO CALIBRE NOMINAL .38). MAUS ANTECEDENTES. PENA-BASE EXASPERADA. SEGUNDA FASE. BEM RECONHECIDA A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. TERCEIRA FASE. AUSENTES CAUSA DE AUMENTO OU DIMINUIÇÃO. REGIME INICIAL SEMIABERTO. DETRAÇÃO QUE NÃO SE APROVEITA. IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA. RÉU ODECYR. PENA-BASE BEM FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. SEGUNDA FASE. BEM RECONHECIDA A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. TERCEIRA FASE. AUSENTES CAUSAS DE AUMENTO OU DIMINUIÇÃO. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. PENA PECUNIÁRIA QUE SE DEVE DESTINAR À ENTIDADE SOCIAL. PENA DE MULTA. CRITÉRIO MAJORITÁRIO. REDUÇÃO.

- Materialidade delitiva. A materialidade delitiva restou sobejamente comprovada nos autos em análise, por intermédio do Auto de Exibição e Apreensão, assim como do Laudo de Exame Pericial registrado sob o número 266/2008, confirmando-se, assim, a importação de 2.000 (duas mil) munições, sendo 1.000 (mil) de calibre nominal .38 e 1.000 (mil) de calibre nominal .22, de procedência estrangeira (origem: República Checa).
- Autoria delitiva. Os policiais militares, testemunhas de acusação regularmente inquiridas acerca dos fatos em juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, confirmaram que, na data dos fatos, efetuaram a abordagem do réu PAULO NOLASCO transportando grande quantidade de munição. Inquirido informalmente, o réu admitiu tê-las adquirido em Bela Vista, no Paraguai, sendo certo que parte seria revendida ao corréu ODECYR, que o aguardava em um posto de combustível. Os policiais também conversaram com ODECYR, que confirmou que iria comprar parte da mercadoria do corréu PAULO.
- As confirmações dos réus estão em harmonia às asserções dos policiais militares ouvidos em pretório, de modo que o conjunto probatório permite a condenação pela prática do crime pelo qual foram denunciados.

- Anota-se que os réus foram denunciados e regularmente processados pelo crime de tráfico internacional de arma de fogo (artigo 18 do Estatuto do Desarmamento), porquanto praticaram o verbo núcleo do tipo "importar" munição sem autorização legal. A consumação do delito ocorreu no exato momento em que o coautor PAULO ingressou no território brasileiro, logo após adquirir os armamentos bélicos no Paraguai, conforme restou amplamente demonstrado nos autos pelo depoimento dos policiais e pela confissão dos próprios réus. Assim, não há falar em eventual participação de menor importância ou desclassificação para delito menos grave, tampouco em absolvição, como requer a douta defesa.
- Dosimetria das penas. Réu Paulo. Primeira fase. As circunstâncias do crime mereceram ser valoradas negativamente, tendo em vista que o réu importou relevante quantidade de munição do Paraguai, a saber, 40 (quarenta) caixas totalizando 2.000 (duas mil) cápsulas. Ademais, as munições ostentavam relevantes calibres nominais (.22 e .38), circunstâncias que, consideradas em seu conjunto, revelam maior ofensa ao bem jurídico tutelado.
- Quanto aos antecedentes criminais, o réu respondeu ao processo-crime nº 0001400-09.2010.8.12.0028, sendo certo que a extinção da punibilidade ocorreu em 26 de junho de 2013. Assim, ostenta maus antecedentes.
- Considerando-se os patamares adotados por esta E. Turma julgadora, era o caso de exasperar-se a pena em patamar ainda maior, tendo em vista a presença de duas circunstâncias judiciais deletérias e, notadamente, a grande quantidade de munições apreendida. Entretanto, à mingua de recurso da acusação, mantém-se a pena no patamar de 05 (cinco) anos de reclusão.
- Segunda fase. Na segunda fase da dosimetria da pena, correto o reconhecimento da atenuante genérica da confissão espontânea, na justa medida em que o réu confirmou ter adquirido o armamento bélico no Paraguai e importado ao Brasil, auxiliando, assim, o magistrado na formação de seu livre convencimento (Súmula 545 do STF). Bem fixada a pena intermediária em 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão.
- Terceira fase. Na terceira fase, ausentes causas de aumento ou diminuição de pena, pelo que bem fixada a reprimenda em 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão.
- Regime inicial. O quantum da pena corresponde à fixação do regime inicial SEMIABERTO, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do Código Penal. Anota-se que foram consideradas duas circunstâncias judiciais deletérias (maus antecedentes e circunstâncias do crime), especialmente tendo em vista a grande quantidade de munições apreendidas, o que implica em regime de cumprimento de pena compatível com a legislação citada (SEMIABERTO).
- Substituição da pena. Ausentes os requisitos estipulados pelo artigo 44 do Código Penal, notadamente a quantidade de pena estabelecida, incabível a substituição da pena corporal por restritiva de direitos.
- Réu Odecyr. Primeira fase. O magistrado fixou a pena no patamar mínimo legal de 04 (quatro) anos de reclusão, o que se confirma, à mingua de insurgência das partes.
- Segunda fase. Na segunda fase da dosimetria da pena, correto o reconhecimento da atenuante genérica da confissão espontânea, na justa medida em que o réu confirmou ter encomendado o armamento bélico importado do Paraguai ao Brasil, auxiliando, assim, o magistrado na formação de seu livre convencimento (Súmula 545 do STF). Bem fixada a pena intermediária em 04 (quatro) anos de reclusão, nos termos da Súmula 231 do STJ.

- Terceira fase. Na terceira fase, ausentes causas de aumento ou diminuição de pena, pelo que bem fixada a reprimenda em 04 (quatro) anos de reclusão.
- Regime inicial. O quantum da pena corresponde à fixação do regime inicial ABERTO, nos termos do art. 33, § 2º, "c", do Código Penal.
- Não se aproveita a detração, tendo em vista que o réu respondeu ao processo em liberdade.
- Substituição da pena. Presentes os requisitos do artigo 44 do Código Penal, bem substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, consistentes na prestação de serviços à comunidade a ser designada pelo Juízo das Execuções Criminais e prestação pecuniária no valor de 01 (um) salário mínimo.
- No entanto, deve a pena pecuniária ser destinada a entidade social, atendendo o art. 45, § 1º, do Código Penal, uma vez que a União é sempre vítima estanque de todo e qualquer delito e o encaminhamento sistemático a ela faria com que as demais hipóteses do artigo mencionado jamais tivessem aplicação.
- Pena de multa. Adota-se o critério majoritário para calcular a pena de multa em conformidade com o critério trifásico da dosimetria da pena. Assim, a pena de multa estabelecida para cada um dos réus deve permanecer em 10 (dez) dias-multa, fixadas cada um destes em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Décima Primeira Turma, por unanimidade, decidiu DAR PARCIAL PROVIMENTO às Apelações defensivas, apenas para reduzir a pena de multa aplicada a cada um dos réus para 10 (dez) dias-multa, estabelecidos cada um destes em 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, bem como para estabelecer que a pena pecuniária decorrente da substituição da pena corporal do réu ODECYR deverá ser destinada à entidade social, nos termos ora expostos, confirmada, no mais, a r. sentença monocrática, e que bem aplicou o ordenamento jurídico à espécie, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

RELATÓRIO

O DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS:

Trata-se de recursos de Apelação interpostos por PAULO NOLACO MULLER (brasileiro e nascido aos 26.02.1963) e ODECYR DE LIMA BENTOS (brasileiro e nascido aos 29.12.1966), contra a r. sentença proferida pela Exma. Juíza Federal Substituta *Giovana Aparecida Lima Maia* (5ª Vara Federal Criminal de Campo Grande/MS) (ID 152025540 - fls. 32/47), que julgou PROCEDENTE o pedido formulado na Ação Penal Pública Incondicionada para:

a) CONDENAR o réu PAULO NOLASCO à pena de 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão, fixando-se o regime SEMIABERTO como forma inicial do resgate prisional, bem como ao pagamento de 24 (vinte e quatro) dias-multa, pela prática do crime descrito no artigo 18, em sua forma fundamental, da Lei Federal nº 10.826/2003.

b) CONDENAR o réu ODECYR DE LIMA BENTOS à pena de 04 (quatro) anos de reclusão, fixando-se o regime ABERTO como forma inicial do resgate prisional, bem como ao

pagamento de 10 (dez) dias-multa, pela prática do crime descrito no artigo 18, em sua forma fundamental, da Lei Federal nº 10.826/2003.

Consta da r. denúncia (ID 152025585 – fls. 03/04), em síntese, que:

> Consoante demonstrado pelo inquérito policial em referência, o denunciado PAULO NOLASCO foi flagrado, enquanto conduzia motocicleta CG Titan 125cc, placa HSB 8811/MS, por volta das 12h do dia 28.6.2008, pelos Policiais Milita.res ao final arrolados como testemunha, na Rodovia MS-178, que liga Bodoquena a Bonito, próximo ao trevo de Bodoquena, trazendo consigo munições de uso permitido, de origem estrangeira.
> A despeito de ter tentado evitar a abordagem, PAULO NOLASCO foi parado, ocasião em que os PMs lograram encontrar em uma sacola de nylon com 1000 (mil) munições intactas de calibre .38 e 1000 (mil) munições intactas de calibre .22, sem possuir autorização legal para tanto.
> As munições são de uso regular e provenientes da República Tcheca, conforme atesta o laudo pericial de fls. 31·36/IPL, tendo os depoimentos das testemunhas apontado que a compra operou-se em Bella Vista/Paraguai, a pedido do denunciado ODECYR. ODECYR, por sua vez, conforme depoimento de fls. 07/IPL. confirmou ter encomendado as munições de PAULO NOLASCO, deixando clara, assim, a sua participação na empreitada criminosa.

Diante disso, o *MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL* denunciou *PAULO NOLACO* e *ODECYR DE LIMA BENTOS* como incursos nas sanções do artigo 18 da Lei Federal nº 10.826/2003, na forma do artigo 29 do Código Penal.

A r. denúncia foi recebida em 21.07.2008 (ID 152025585 – fls. 05).

A r. sentença baixou em Secretaria em 15.01.2014 (ID 152025540 - fl. 46).

A defesa constituída pelo réu *ODECYR* apresentou razões de Apelação (ID 52025540 – fl. 61/63), sustentando, em síntese, que o crime não se consumou, e pedindo, ao final, a absolvição do réu.

A defesa constituída pelo réu *PAULO* apresentou razões de Apelação (ID 52025540 – fl. 104/108), pleiteando, em síntese, a redução da pena ao patamar mínimo legal e a fixação de regime inicial aberto.

Contrarrazões de Apelação pela acusação (fls. ID 52025540 – fl. 71/73 e 110/111).

A Procuradoria Regional da República manifestou-se pelo desprovimento das Apelações defensivas (ID 52025540 – fl. 114/117).

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

VOTO

O DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS:

DA IMPUTAÇÃO

Consta da r. denúncia (ID 152025585 – fls. 03/04), em síntese, que:

> Consoante demonstrado pelo inquérito policial em referência, o denunciado PAULO NOLASCO foi flagrado, enquanto conduzia motocicleta CG Titan 125cc, placa HSB 8811/MS, por volta das 12h do dia 28.6.2008, pelos Policiais Milita.res ao final arrolados como testemunha, na

> Rodovia MS-178, que liga Bodoquena a Bonito, próximo ao trevo de Bodoquena, trazendo consigo munições de uso permitido, de origem estrangeira.
> A despeito de ter tentado evitar a abordagem, PAULO NOLASCO foi parado, ocasião em que os PMs lograram encontrar em uma sacola de nylon com 1000 (mil) munições intactas de calibre .38 e 1000 (mil) munições intactas de calibre .22, sem possuir autorização legal para tanto.
> As munições são de uso regular e provenientes da República Tcheca, conforme atesta o laudo pericial de fls. 31·36/IPL, tendo os depoimentos das testemunhas apontado que a compra operou-se em Bella Vista/Paraguai, a pedido do denunciado ODECYR. ODECYR, por sua vez, conforme depoimento de fls. 07/IPL. confirmou ter encomendado as munições de PAULO NOLASCO, deixando clara, assim, a sua participação na empreitada criminosa.

Diante disso, o *MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL* denunciou *PAULO NOLASCO* e *ODECYR DE LIMA BENTOS* como incursos nas sanções do artigo 18 da Lei Federal nº 10.826/2003, na forma do artigo 29 do Código Penal.

DA QUESTÃO DE FUNDO

DA MATERIALIDADE DELITIVA

A materialidade delitiva restou sobejamente comprovada nos autos em análise, por intermédio do Auto de Exibição e Apreensão (fl. 17), assim como do Laudo de Exame Pericial registrado sob o número 266/2008 (fl. 31/36), confirmando-se, assim, a importação de 2.000 (duas mil) munições, sendo 1.000 (mil) de calibre nominal .38 e 1.000 (mil) de calibre nominal .22, todas de procedência estrangeira (República Checa).

DA AUTORIA DELITIVA

Quanto à autoria, além do mencionado trabalho técnico, os policiais militares *Paulo César da Costa* e *Francisco Martins dos Santos*, regularmente inquiridos acerca dos fatos em juízo (ID 152025585 – fls. 111/112), sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, confirmaram que, na data dos fatos, efetuaram a abordagem ao réu *PAULO NOLASCO*, que, por sua vez, transportava grande quantidade de munição. Inquirido informalmente, o réu admitiu tê-las adquirido em Bela Vista, no Paraguai, sendo certo que parte seria revendida ao corréu *ODECYR*, que o aguardava em um posto de combustível. Os policiais também conversaram com *ODECYR*, que confirmou que iria comprar parte da mercadoria do corréu *PAULO*.

Com efeito, as asserções das testemunhas de acusação, policiais militares, são provas seguras de que o réu *PAULO* transportava munição oriunda do Paraguai para a posterior comercialização em solo brasileiro, sendo certo que o corréu *ODECYR* seria o responsável por adquirir parte do armamento bélico.

Não fosse as asserções dos policiais suficientes para a condenação, o réu *PAULO NOLASCO* confessou os fatos. Com efeito, regularmente indagado em juízo (ID 152025585 - fls. 158/159), sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, ele admitiu ter adquirido munição no Paraguai e que venderia parte ao corréu *ODECYR*, pela quantia aproximada de R$ 125,00 (cento e vinte e cinco reais) a caixa. No total foram 20 (vinte) caixas de munição do calibre nominal .22 e mais 20 (vinte) caixas do calibre nominal .38 adquiridas em solo estrangeiro. Afirmou que o corréu *ODECYR* utilizaria as munições em sua fazenda, situada no Pantanal. Foi a primeira vez que trouxe munição do país vizinho.

Também regularmente inquirido em pretório, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa (ID 152025585 - fls. 180/181), o corréu *ODECYR* confirmou que encomendou do corréu *PAULO* a quantidade de 01 (uma) caixa de munição calibre nominal .38, que seria utilizada pelo seu capataz em sua fazenda, assim como a quantidade de 01 (uma) caixa de munição ca-

libre nominal .22, que seria utilizada por ele próprio em sua arma pessoal (arma registrada). Negou ter encomendado o total de 40 (quarenta) caixas transportadas pelo corréu *PAULO* na ocasião de sua prisão em flagrante.

As confirmações dos réus estão em harmonia às asserções dos policiais militares ouvidos em pretório, de modo que o conjunto probatório permite a condenação pela prática do crime pelo qual foram denunciados.

Em seu arrazoado, a lustrada defesa constituída pelo réu *ODECYR* pede, ainda, a absolvição, sob o argumento de que a conduta capitulada na r. exordial-incoativa não se consumou.

De acordo com Guilherme de Souza Nucci, o Código Penal adotou a teoria unitária (ou monista) ao concurso de agentes, de modo que, *havendo pluralidade de agentes, com diversidade de condutas, mas provocando apenas um resultado, há somente um delito. Nesse caso, portanto, todos os que tomam parte na infração penal cometem idêntico crime* (Código Penal Comentado, 9ª ed., rev. atual., e ampl., - São Paulo: RT, 2008). Em outras palavras, todos aqueles que concorrem para o crime incidem nas penas a ele cominadas.

No caso concreto em análise, o réu *PAULO* agiu adrede planejado com o corréu *ODECYR*, vale dizer, aderindo subjetivamente à conduta de "importar" as munições do Paraguai até o Mato Grosso do Sul, e, portanto, na forma do art. 29 do Código Penal, são coautores do crime de tráfico internacional de munições.

Anota-se que os réus foram denunciados e regularmente processados pelo crime de tráfico internacional de arma de fogo (artigo 18 do Estatuto do Desarmamento), em coautoria, porquanto praticaram o verbo núcleo do tipo "importar" munição sem autorização legal. A consumação do delito ocorreu no exato momento em que o coautor *PAULO* ingressou no território brasileiro, logo após adquirir os armamentos bélicos no Paraguai, conforme restou amplamente demonstrado nos autos pelo depoimento dos policiais e pela confissão dos próprios réus.

Assim, não há que se falar em eventual desclassificação do crime para a modalidade tentada ou eventual participação de menor importância do corréu *ODECYR*, tampouco em absolvição, como requer a douta defesa.

Portanto, bem lançado o édito de natureza condenatória.

DOSIMETRIA DAS PENAS

RÉU PAULO NOLASCO

Primeira fase

O magistrado *a quo* exasperou a pena-base, por entender deletérias as circunstâncias do crime, haja vista a grande quantidade de material bélico importado do Paraguai. No mais, anotou que o réu ostenta antecedentes criminais, tendo em vista ter sido definitivamente condenado nos autos da ação penal nº 0001400-09.2010.8.12.0028. Em decorrência, exasperou a pena para 05 (cinco) anos de reclusão.

A defesa pede que a pena-base seja diminuída.

De fato, as circunstâncias do crime mereceram ser valoradas negativamente, tendo em vista que o réu importou relevante quantidade de munição do Paraguai, a saber, 40 (quarenta) caixas totalizando 2.000 (duas mil) cápsulas. Ademais, as munições ostentavam relevantes calibres nominais (.22 e .38), circunstâncias que, consideradas em seu conjunto, revelam maior ofensa ao bem jurídico tutelado.

Quanto aos antecedentes criminais, este Relator verificou no sítio do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul que o réu respondeu ao processo-crime nº 0001400-09.2010.8.12.0028,

sendo certo que a extinção da punibilidade ocorreu em 26 de junho de 2013. Assim, o réu ostenta maus antecedentes, como bem apontou a r. sentença monocrática.

Destarte, considerando-se os patamares adotados por esta E. Turma julgadora, era o caso de exasperar-se a pena em patamar ainda maior, tendo em vista a presença de duas circunstâncias judiciais deletérias e, notadamente, a grande quantidade de munições apreendida (2.000). Entretanto, à mingua de recurso da acusação, mantém-se a pena no patamar de *05 (cinco) anos de reclusão.*

Segunda fase

Na segunda fase da dosimetria da pena, correto o reconhecimento da atenuante genérica da confissão espontânea, na justa medida em que o réu confirmou ter adquirido o armamento bélico no Paraguai e importado ao Brasil, auxiliando, assim, o magistrado na formação de seu livre convencimento (Súmula 545 do STF). Assim, bem fixada a pena intermediária em *04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão.*

Terceira fase

N terceira fase, ausentes causas de aumento ou diminuição de pena, pelo que bem fixada a reprimenda em *04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão.*

Regime inicial

O *quantum* da pena corresponde à fixação do regime inicial *SEMIABERTO*, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do Código Penal. Anota-se que foram consideradas duas circunstâncias judiciais deletérias (maus antecedentes e circunstâncias do crime), especialmente tendo em vista a grande quantidade de munições apreendidas, o que implica em regime de cumprimento de pena compatível com a legislação citada (SEMIABERTO).

Não se aproveita a detração, tendo em vista que o réu respondeu ao processo em liberdade.

Substituição da pena

Ausentes os requisitos estipulados pelo artigo 44 do Código Penal, notadamente a quantidade de pena estabelecida, incabível a substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

RÉU ODECYR DE LIMA BENTOS

Primeira fase

O magistrado *a quo* fixou a pena no patamar mínimo legal de *04 (quatro) anos de reclusão*, o que se confirma, à mingua de insurgência das partes e em respeito ao princípio da proibição da *reformatio in pejus*.

Segunda fase

Na segunda fase da dosimetria da pena, correto o reconhecimento da atenuante genérica da confissão espontânea, na justa medida em que o réu confirmou ter encomendado o armamento bélico importado do Paraguai ao Brasil, auxiliando, assim, o magistrado na formação de seu livre convencimento (Súmula 545 do STF). Entretanto, a aplicação da atenuante da confissão espontânea não tem o condão de reduzir a pena abaixo do mínimo legal, assim, bem fixada a pena intermediária em *04 (quatro) anos de reclusão*, nos termos da Súmula 231 do STJ.

Terceira fase

Na terceira fase, ausentes causas de aumento ou diminuição de pena, pelo que bem fixada a reprimenda em *04 (quatro) anos de reclusão.*

Regime inicial

O *quantum* da pena corresponde à fixação do regime inicial *ABERTO*, nos termos do art. 33, § 2º, "c", do Código Penal.

Não se aproveita a detração, tendo em vista que o réu respondeu ao processo em liberdade.

Substituição da pena

Presentes os requisitos do artigo 44 do Código Penal, bem substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, consistentes na *prestação de serviços à comunidade* a ser designada pelo Juízo das Execuções Criminais e *prestação pecuniária no valor de 01 (um) salário-mínimo.*

No entanto, deve a pena pecuniária ser destinada a entidade social, atendendo o art. 45, § 1º, do Código Penal, uma vez que a União é sempre vítima estanque de todo e qualquer delito e o encaminhamento sistemático a ela faria com que as demais hipóteses do artigo mencionado jamais tivessem aplicação.

PENA DE MULTA

Com relação à aplicação da pena de multa, tenho adotado como entendimento que esta deve observar os parâmetros previstos no artigo 49, *caput*, do Código Penal, que estabelece que a pena de multa será calculada por meio do mecanismo de dias-multa, não podendo nem ser inferior a 10 (dez) nem superior a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

A aplicação de tal disposição em tela tem como base os postulados constitucionais tanto da proporcionalidade (decorrente da incidência das regras de devido processual legal sob o aspecto substantivo - art. 5º, LIV) como da individualização da pena (art. 5º, XLVI), ambos premissas basilares do Direito Penal, cuja observância pelo magistrado mostra-se obrigatória, ao lado da aplicação do princípio da legalidade no âmbito penal, a impor que o juiz atue no escopo e no limite traçado pelo legislador, *demonstrando a evidente intenção de circunscrever a sanção penal a parâmetros fixados em lei, distantes do abuso e do arbítrio de quem quer que seja, inclusive e especialmente do juiz, encarregado de aplicá-la ao infrator* (NUCCI, Guilherme de Souza, Individualização da Pena, 7ª ed. rev., atual. e ampl., Editora Forense, 2015, Rio de Janeiro, pág. 37).

Dentro desse contexto, para os tipos penais em que o preceito secundário estabelece pena de reclusão ou de detenção acrescida de multa, impor-se-ia que esta última, atendendo à legalidade penal a que foi feita menção anteriormente, guardasse proporção com a pena corporal aplicada, respeitando, assim, a regra constitucional de individualização de reprimenda. Desta forma, caso tenha sido fixada a pena corporal no mínimo legal abstratamente cominado ao tipo infringido, mostrar-se-ia imperioso o estabelecimento da pena de multa no seu patamar mínimo, qual seja, em 10 (dez) dias-multa; *a contrario sensu*, na hipótese da reprimenda privativa de liberdade ter sido fixada no seu quantitativo máximo, por certo a multa também o deveria ser (360 - trezentos e sessenta - dias-multa).

Importante ser dito que, segundo esse entendimento, na primeira fase da dosimetria da pena corporal, a eventual fração de seu aumento não deveria guardar correlação direta com o *quantum* de majoração da pena de multa, pois esta cresceria de forma linear, mas totalmente desproporcional à pena base fixada, tendo em vista a diferença entre o mínimo e o máximo da reprimenda estabelecida para cada delito (variável de tipo penal para tipo penal) e o intervalo de variação da multa (sempre estanque entre 10 - dez - e 360 - trezentos e sessenta - dias-multa).

Isso porque, a despeito de existir uma relação de linearidade entre o aumento da pena base quanto à reprimenda corporal e o aumento da pena de multa, essa relação não é de identidade, cabendo destacar que pensar de modo diferente seria fazer letra morta aos princípios constitucionais anteriormente mencionados, desvirtuando, assim, o sistema penal e afastando a eficácia da pena de multa prevista pelo legislador.

Em outras palavras, caso incidisse na espécie a mesma fração de aumento aplicada quando da majoração da pena base atinente à reprimenda corporal em sede de pena de multa, esta seria estabelecida em patamar irrisório, muito distante do limite máximo estabelecido pelo legislador, ainda mais se se considerar que o valor do dia-multa, na maioria das vezes, é imposto em seu patamar mínimo, vale dizer, 1/30 do salário mínimo. Ou seja, evidenciaria perfeita distorção no *quantum* pecuniário da pena base, jamais atingindo o esperado pelo legislador ao fixar margens bem distantes entre o mínimo e o máximo da pena de multa.

Aliás, a presente interpretação guarda relação com o item 43 da Exposição de Motivos nº 211, de 09 de maio de 1983, elaborada por força da reforma da Parte Geral do Código Penal, que estabelece que *o Projeto revaloriza a pena de multa, cuja força retributiva se tornou ineficaz no Brasil, dada a desvalorização das quantias estabelecidas na legislação em vigor, adotando-se, por essa razão, o critério do dia-multa, nos parâmetros estabelecidos, sujeito a correção monetária no ato da execução.*

Ressalte-se que o posicionamento ora mencionado encontra o beneplácito da jurisprudência desta E. Corte Regional, conforme é possível ser visto na APELAÇÃO CRIMINAL 56899 (Feito nº 0000039-46.2012.4.03.6114, Rel. Des. Fed. HÉLIO NOGUEIRA, 1ª Turma, votação unânime, julgado em 22.08.2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 29.08.2017) e na APELAÇÃO CRIMINAL 62692 (Feito nº 0009683-06.2012.4.03.6181, Rel. Des. Fed. HÉLIO NOGUEIRA, 1ª Turma, votação unânime, julgado em 11.07.2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 21.07.2017).

Nessa toada, segundo o que aqui se entende, a fixação da pena de multa deve levar em consideração seus limites mínimo e máximo com a adoção da proporcionalidade em face da pena privativa de liberdade, atendendo, pois, aos preceitos constitucionais (da legalidade, da proporcionalidade e da individualidade) e legais (Exposição de Motivos da Reforma da Parte Geral do Código Penal citada anteriormente).

A despeito disso, esta E. 11ª Turma vem decidindo reiteradamente que a sua fixação deve observar o critério trifásico de cálculo da pena de multa, seguindo, por conseguinte, os mesmos parâmetros e frações de majoração e redução adotados na dosimetria da pena corporal.

Cite-se, como exemplo, trecho do voto divergente de Relatoria do Desembargador Federal Nino Toldo, especificando a questão: *Divirjo do e. Relator, com a devida vênia, somente quanto à pena de multa imposta ao acusado, pois, conforme precedentes desta Turma, sua fixação deve se dar de forma proporcional à pena privativa de liberdade, seguindo os mesmos parâmetros e frações de majoração e de redução. Assim, seguindo os mesmos parâmetros utilizados pelo e. Relator na dosimetria da pena privativa de liberdade, refaço a dosimetria da pena de multa para fixá-la em 13 (treze) dias-multa. Posto divirjo do e. Relator para DAR PARCIAL PROVIMENTO à apelação de CARLOS ALBERTO DA SILVA FILHO em maior extensão, apenas para fixar a pena de multa em 13 (treze) dias-multa, acompanhando-o em todo o mais* (TRF3, ACR n.º 0002213-21.2012.4.03.6181/SP, Rel. Desembargador Federal Fausto De Sanctis, Rel. p/acórdão: Desembargador Federal Nino Toldo, Décima Primeira Turma, *D.E* 13.11.2020).

Não menos importante mencionar trecho do voto condutor de Relatoria do Desembargador Federal José Lunardelli, testificando que: *Acompanho integralmente a e. Relatora quanto ao mérito e dosimetria das penas privativas de liberdade, mas peço vênia para dela divergir, em atenção à estabilidade da jurisprudência já firmada no âmbito desta 11ª Turma, bem como ao princípio da colegialidade, apenas com relação ao 'quantum' da pena de multa, devendo ser fixado de acordo com os mesmos critérios e na mesma proporção da pena privativa de liberdade. Nestes termos, fixo a pena de multa do réu em 11 (onze) dias-multa (cada qual no*

valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos devidamente corrigido). Posto isso, divirjo da e. Relatora apenas para majorar a pena de multa de LUIZ CLAUDIO DE AZEVEDO LIMA em menor extensão, fixando-a em 11 (onze) dias-multa (TRF3, ACR n.º 0011102-85.2013.4.03.6000/MS, Rel. Juíza Federal Convocada Dra. Monica Bonavina, Rel. p/ acórdão: Desembargador Federal José Lunardelli, Décima Primeira Turma, *D.E* 08.05.2020).

Assim, em observância a tal posicionamento, como forma de uniformizar os julgados trazidos a este Colegiado e por constatar ao longo de minha atuação nesta Turma a inação do Ministério Público Federal em levar este tema em específico às Cortes Superiores, *faço a ressalva de meu entendimento pessoal, passando a adotar o critério majoritário desta E. 11ª Turma para calcular a pena de multa em conformidade com o critério trifásico da dosimetria da pena.*

Assim, a pena de multa estabelecida para cada um dos réus deve permanecer em *10 (dez) dias-multa*, fixadas cada um destes em *1/30 (um trigésimo) do salário mínimo* vigente à época dos fatos.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, voto por *DAR PARCIAL PROVIMENTO* às Apelações defensivas, apenas para reduzir a pena de multa aplicada a cada um dos réus para *10 (dez) dias-multa*, estabelecidos cada um destes em *1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo* vigente à época dos fatos, bem como para estabelecer que a pena pecuniária decorrente da substituição da pena corporal do réu *ODECYR* deverá ser destinada à entidade social, nos termos ora expostos, confirmada, no mais, a r. sentença monocrática, e que bem aplicou o ordenamento jurídico à espécie.

É o voto.

Comunique-se ao r. Juízo das Execuções Penais.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO
0000067-49.2018.4.03.6002

Recorrente: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL NO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
Recorrido: ELIZEU BENITES VARGAS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAURÍCIO KATO
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 21/10/2021

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. CRIME DE REDUÇÃO A CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO. MATERIALIDADE. DENÚNCIA. JUSTA CAUSA.
1. A supressão da liberdade do trabalhador é prescindível para a configuração do crime de redução a condição análoga à de escravo, quando presentes elementos que demonstrem a sua submissão a condição degradante de labor.
2. No momento do recebimento da denúncia, prevalece o princípio do *in dubio pro societate*.
3. Recurso em sentido estrito provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Turma, por unanimidade, decidiu, dar provimento ao recurso em sentido estrito para receber a denúncia oferecida em face de Elizeu Benites Vargas pela prática do delito previsto no artigo 149, *caput* (três vezes) c. c. o artigo 149, §2º, inciso I, ambos do Código Penal e determinar o retorno dos autos ao primeiro grau para regular prosseguimento do feito, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Federal em face da decisão que rejeitou a denúncia oferecida em desfavor de *Elizeu Benites Vargas* pela prática do delito previsto no artigo 149, *caput* (três vezes) c. c. o artigo 149, §2º, inciso I, ambos do Código Penal, por falta de justa causa para o exercício da ação penal, em razão da ausência de prova da materialidade delitiva (id. 149110910 - fls. 09/16).

Em razões recursais, o órgão ministerial requer o recebimento da peça acusatória, ao argumento de que os elementos dos autos demonstram indícios suficientes de autoria e materialidade delitivas e considerando que a escravidão moderna diferencia-se da escravidão de outrora, de modo afetar diretamente a dignidade da pessoa humana dos trabalhadores submetidos a condições degradantes de trabalho (id. 149110910 - fls. 22/28).

A defesa apresentou contrarrazões de recurso (id. 149110910 - fls. 33/36) e, em juízo de retratação, o Magistrado de primeiro grau manteve a decisão recorrida (id. 149110912 e 149110914).

Os autos vieram a esta Corte Regional onde foram distribuídos, por sorteio, a minha relatoria (id. 149205473).

A Procuradoria Regional da República manifestou-se pelo provimento do recurso (id. 155355337).

É o relatório.

Dispensada a revisão, a teor dos artigos 34 e 236, *caput*, do Regimento Interno desta Corte Regional.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

VOTO

O recurso em sentido estrito comporta provimento.

Consta dos autos que *Elizeu Benites Vargas*, na condição de proprietário da pessoa jurídica "Prestadora de Serviços e Comércio de Madeiras Benites LTDA.", foi denunciado pela prática do delito previsto no artigo 149, *caput* (três vezes) c. c. o artigo 149, §2º, inciso I, ambos do Código Penal, porque, no período de abril de 2014 a 03 de julho de 2014, teria reduzido *Antônio Vieira do Prado*, *Clodoaldo Freitas Gomes*, *Douglas Oliveira dos Santos* e *João Silva de Oliveira* (um deles menor de idade à época dos fatos) a condição análoga à de escravo, sujeitando-os a condições degradantes de trabalho, fato constatado por Auditores Fiscais do Trabalho em fiscalização realizada na fazenda Santo Antônio, situada no município de Dourados/MS (id. 149110910 - fls. 02/05).

O juízo de primeiro grau rejeitou a peça acusatória, por ausência de justa causa para a ação penal, diante da inexistência de lastro probatório mínimo do crime de redução a condição análoga à de escravo. Considerou que, para a caracterização do delito, seria necessária a existência de alguma forma de supressão da liberdade dos trabalhadores, circunstância que não teria se verificado no caso.

A questão controvertida refere-se à comprovação da materialidade do crime de redução a condição análoga à de escravo.

De acordo com o artigo 41 do Código de Processo Penal, a peça acusatória deve conter a exposição do fato criminoso e suas circunstâncias, a indicação da qualificação do acusado (ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo), a classificação do crime e, quando necessário, o rol de testemunhas. Busca-se, com isso, possibilitar o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa.

Por sua vez, o artigo 395, inciso III, do Código de Processo Penal estabelece que a denúncia será rejeitada quando faltar justa causa para a ação penal.

Presentes, no caso concreto, os elementos que demonstrem a existência de fundamento de direito e de fato para a instauração do processo, há justa causa para a ação penal.

O fundamento de direito está consubstanciado na subsunção da conduta descrita a um tipo penal.

Por outro lado, o fundamento de fato é identificado na acusação em conformidade com a prova, relacionada com a existência material de um fato típico e ilícito (materialidade), indícios suficientes de autoria e um mínimo de culpabilidade.

Nestes termos, a existência do crime deve vir demonstrada na denúncia e, aqui, há suficiente comprovação da materialidade do delito de redução a condição análoga à de escravo.

Com efeito, o tipo penal do artigo 149 do Estatuto Repressivo prevê 03 (três) formas de redução a condição análoga à de escravo: a) submissão a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva; b) sujeição a condições degradantes de trabalho; c) restrição, por qualquer meio, da locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto.

Desse modo, a supressão da liberdade do trabalhador é prescindível para a configuração do crime em questão, quando presentes elementos que demonstrem a sua submissão a condição degradante de labor. Em outros termos, o delito de redução a condição análoga à de escravo pode ocorrer independentemente da restrição à liberdade de locomoção do indivíduo, uma vez que esta é apenas uma das formas de cometimento do crime em questão, mas não a única.

No particular, os agentes da Gerência Regional do Trabalho e Emprego de Dourados/MS realizaram ação fiscal trabalhista na zona rural deste município, mais especificamente na *Fazenda Santo Antônio* e deram conta da existência de trabalho em condições degradantes, desumanas e ofensivas ao mínimo ético exigido.

Com efeito, de acordo com o relatório de fiscalização do Ministério do Trabalho e Emprego, os 04 (quatro) obreiros foram contratados pelo recorrido para a prestação de serviços de extração e de transporte de eucalipto e, apesar de estarem trabalhando por quase 03 (três) meses, apenas 02 (dois) deles haviam recebido parte de suas remunerações. Os fiscais constataram, ainda, ausência de água potável, inexistência de instalações adequadas para descanso noturno e preparo de refeições, falta de instalações sanitárias, condições de trabalho precárias, ausência de fornecimento de equipamentos de proteção individual, entre outras irregularidades. Ao final da ação fiscal, foi entregue ao empregador termo de interdição do alojamento utilizado pelos trabalhadores, com determinação para não utilização do espaço para tal finalidade (id. 149110907 - fls. 10/19).

A concessão de folgas quinzenais aos trabalhadores, o fato de o trabalho ser por empreitada, a declaração de uma das vítimas no sentido de possuir automóvel para se deslocar à fazenda, a ausência de ameaça à vida ou integridade física, bem como de coação por parte do empregador e a inexistência de vigilância ostensiva e de submissão dos empregados à jornada de trabalho excessiva não são circunstâncias que impedem o reconhecimento da existência material do fato típico e ilícito estabelecido no artigo 149 do Código Penal, em uma das suas formas, qual seja, a sujeição a condições degradantes de trabalho.

E ainda que assim não fosse, o fato de os trabalhadores não terem sido impedidos de sair do local não afasta o crime, uma vez que a retenção dos pagamentos contribuía para que eles permanecessem por dias na fazenda onde prestavam serviços. De fato, as vítimas declararam que tinham liberdade para ir e vir; contudo, disseram que, como recebiam remuneração por produção, trabalhavam por 15 (quinze) dias seguidos sem retorno para suas residências, até mesmo porque não possuíam condições financeiras para tanto.

A declaração do obreiro *João da Silva Oliveira* no sentido de que seria despedido se não trabalhasse indica que a necessidade de permanência no trabalho, apesar das precárias condições, não ocorria por restrição a sua liberdade, mas sim por falta de dinheiro para sobreviver.

Desta forma, preenchidos os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal e verificados os fundamentos de direito e de fato mínimos a legitimar a instauração do processo, deve a denúncia ser recebida para que se confira ao Ministério Público Federal a oportunidade de provar suas alegações e se garanta ao imputado o direito de se defender.

Ademais, no momento do recebimento da denúncia, prevalece o princípio do *in dubio pro societate*, de modo que não é o caso de rejeição liminar.

Por fim, saliente-se que o provimento de recurso em sentido estrito interposto contra a decisão de rejeição de denúncia implica seu recebimento, nos termos da Súmula nº 709 do Supremo Tribunal Federal (*salvo quando nula a decisão de primeiro grau, o acórdão que provê o recurso contra a rejeição da denúncia vale, desde logo, pelo recebimento dela*).

Ante o exposto, *dou provimento* ao recurso em sentido estrito para receber a denúncia oferecida em face de *Elizeu Benites Vargas* pela prática do delito previsto no artigo 149, *caput* (três vezes) c. c. o artigo 149, §2º, inciso I, ambos do Código Penal e determinar o retorno dos autos ao primeiro grau para regular prosseguimento do feito.

É como voto.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL
0000181-22.2018.4.03.6120

Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - PR/SP
Apelado: RODRIGO DA COSTA GOMES
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 22/10/2021

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PARTICULAR. CÓDIGO PENAL, ART. 298. OBJETO MATERIAL DO DELITO.
1. Exige-se que o objeto material do crime previsto no art. 298 do Código Penal, isto é, o documento particular, tenha relevância jurídica. Na hipótese de o documento não acarretar nenhuma consequência jurídica, o objeto será absolutamente impróprio.
2. A Ação n. 0001284-16.2013.4.03.6322 foi ajuizada contra a União para que fossem pagos valores referentes a gratificações de desempenho e naqueles autos já havia sido juntado contrato de prestação de serviços, datado em 09.05.13, firmado entre Oswaldo Braz e o acusado. A sentença foi proferida em 26.11.13. Opostos embargos de declaração, que foram julgados em 02.12.13 Posteriormente foi juntado o segundo contrato de prestação de serviços entre o autor e a "Gomes e Carraro Sociedade de Advogados", com data de 26.07.14 e o instrumento de cessão de crédito, entre o réu e a mencionada sociedade.
3. Conforme bem observado na sentença, embora tenha se constatado modificações nos itens que continham a data e o outorgado, passando a constar a sociedade de advogados no lugar da pessoa física do patrono, não houve alteração quanto aos honorários, que permaneceram com teor igual ao anterior, ou seja, em 30% (trinta por cento) sobre o total recebido ao final do processo.
4. Consta que o pedido para que houvesse o destaque dos honorários em favor da sociedade de advogados restou indeferido, considerando que já havia sido prestado o serviço, uma vez que a data do contrato era posterior a da sentença.
5. Verifica-se que foi pago ao patrono do autor da ação, o ora acusado, os honorários de acordo com o contrato, ao final do processo, em 07.10.14. Os herdeiros do autor da ação pediram sua habilitação nos autos, levantaram os valores devidos naqueles autos em 10.04.15 e declararam que foram orientados pelo patrono quanto ao andamento processual.
6. O documento serviria apenas para ser usado nos autos da Ação n. 0001284-16.2013.4.03.6322, não se entrevendo a possibilidade de sua utilização futura em outra circunstância ou para se obter qualquer vantagem.
7. A juntada de contrato de prestação de serviços com data posterior ao falecimento do cliente aos autos, não gerou qualquer efeito, ou consequência jurídica.
8. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Turma, por unanimidade, decidiu, NEGAR PROVIMENTO à apelação. Compareceu à Sessão o(a) advogado(a)

MARCELO EGREJA PAPA (SP 374.632A) e solicitou preferência, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de apelação criminal interposta pelo Ministério Público Federal contra a sentença às p. 80/88 do Id n. 165152274 (fls. 217/221 dos autos originais), que absolveu sumariamente Rodrigo da Costa Gomes pela prática do delito do art. 298, c. c. o art. 304 do Código Penal, por reconhecer a atipicidade da conduta, nos termos do art. 397, III, do Código de Processo Penal.

Apela-se alegando, em síntese, o seguinte:

a) a constatação do aspecto grosseiro do documento demandaria a análise do mérito e não se afigura razoável que isso seja feito em fase inicial da ação penal;

b) o documento não despertava de pronto a suspeita em relação à sua autenticidade, o que acabou vindo à tona apenas por conta da incongruência de datas, uma vez que aquela constante do contrato era posterior a da prolação da sentença, que despertou a atenção do Juízo para o qual o documento foi apresentado;

c) o desalinhamento entre algumas partes dos impressos (data e informações sobre as testemunhas), só foi revelado por meio de exame pericial, não se podendo concluir que era uma falsificação grosseira;

d) o documento original foi assinado em 2013 e a sociedade de advogados, da qual o réu faz parte, se formou em 2014, quando o contratante já havia falecido, de maneira que a data do documento original também precisaria ser alterada para incluir a sociedade no documento novo e falso, o que acabou chamando a atenção, pois esse passou a ter data posterior à da sentença;

e) a alteração do contrato não foi resultado de mera "imprudência" do advogado, como se entendeu na sentença;

f) o crime tratado nos autos é formal, se consuma com o uso do documento, independente de resultado naturalístico, consistente em efetivo prejuízo ao Estado ou ao particular, sendo irrelevante que haja um fim especial (p. 92 e 96/102 do Id n. 165152274).

Foram apresentadas contrarrazões de apelação (p. 104/116 do Id n. 165152274 e Id n. 165152275).

O Ilustre Procurador Regional da República, Dr. Paulo Taubemblatt, manifestou-se pelo provimento da apelação para que seja reformada a sentença absolutória para que haja o regular prosseguimento da persecução criminal (Id n. 170534056).

É o relatório.

Encaminhem-se os autos à revisão, nos termos regimentais.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

VOTO

Falsificação de documento particular. Código Penal, art. 298. Objeto material do delito. Exige-se que o objeto material do crime previsto no art. 298 do Código Penal, isto é, o documento particular, tenha relevância jurídica. Na hipótese de o documento não acarretar

nenhuma consequência jurídica, o objeto será absolutamente impróprio. Nesse sentido é o escólio de Guilherme de Souza Nucci:

> *Relevância jurídica:* para preencher o tipo penal, como objeto material, é preciso que o documento particular tenha algum interesse jurídico. Se for totalmente irrelevante para o direito, é objeto absolutamente impróprio.
> (Nucci, Guilherme de Souza. Código Penal comentado, 4ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 829, nota n. 59)

Do caso dos autos. Rodrigo da Costa Gomes foi denunciado pela prática do crime do art. 298, c. c. o art. 304 do Código Penal por ter feito o uso do documento contrato de prestação de serviços advocatícios materialmente falso, nos autos da Ação Ordinária n. 0001284-16.2013.4.03.6322, que tramitava perante o Juizado Especial Federal de Araraquara (SP).

Narra a denúncia que Oswaldo Braz ingressou com ação contra a União Federal com o objetivo de obter restituição de "atrasados de avaliações e desempenho", e seu patrono foi o acusado, conforme procuração juntada aos autos com contrato de prestação de serviços advocatícios firmado em 09.05.13.

Informa a peça acusatória que Oswaldo falecera em 13.09.13 e que em 05.08.14 o réu apresentou naquela ação judicial um novo contrato, que teria sido firmado entre Oswaldo Braz e "Gomes e Carraro Sociedade de Advogados", datado de 28.07.14, ou seja, depois do falecimento. Consta que o acusado também informou ao Juízo que cedera seus créditos referentes aos honorários da referida ação para a sociedade de advogados e requereu que os pagamentos fossem depositados na conta específica dessa, tendo apresentado o instrumento particular de cessão de créditos.

Segundo a acusação, o fato de o contrato ter data posterior ao falecimento de Oswaldo Braz despertou a suspeita do Juízo, o que ensejou a instauração do inquérito policial.

Consta, ainda, que os contratos juntados pelo réu foram examinados e o laudo pericial indicou que o contrato era materialmente falsificado, tendo sido confeccionado a partir do original, tendo sido substituído o nome do contratado e incluídos os dados e assinaturas de testemunhas, que não existiam no contrato original (p. 3/5 do Id n. 165152274).

A sentença recorrida absolveu sumariamente o acusado, nos termos do art. 397, III, do Código de Processo Penal, por entender estar afastada a atipicidade da conduta:

> O processo n. 0001284-16.2013.403.6120, em que o documento questionado na denúncia foi juntado, foi distribuído em 01/07/2013 ao JEF de Araraquara (CD com cópia da ação).
> Conforme o andamento processual daqueles autos, observo que, em 20/03/2014, o réu Rodrigo da Costa Gomes ainda peticionava como advogado da parte autora, em nome do sr. Oswaldo Braz, que a esta altura já havia falecido (óbito em 13/09/2013).
> O réu tinha desde o início procuração nos autos em seu nome como pessoa física e, em 05/08/2014, atravessou petição no JEF pleiteando a destinação dos honorários à sociedade de advogados que noticiou ter constituído, juntando o instrumento particular de cessão de créditos e o contrato de prestação de serviços de fls. 29 desta ação penal, que viria a ser questionado posteriormente e daria origem ao inquérito policial.
> No JEF, o juízo desconsiderou o contrato de prestação de serviços, asseverando ter ele sido elaborado depois do serviço prestado, tendo em vista que a data do documento (28/07/2014) era posterior à data da sentença, proferida em 26/11/2013 (contrato de fls. 29 desta ação penal).
> Conforme a sentença proferida no JEF, o pedido deduzido na inicial foi julgado parcialmente procedente por decisão de 26/11/2013 para condenar a União a pagar ao autor as diferenças apuradas em razão do pagamento a menor da GDPGTAS e da GDAAZ.

Em 07/10/2014 o advogado levantou o valor dos honorários de R$ 2.886,09 (fls. 140).
Somente em 20/10/2014 houve a habilitação dos herdeiros, os quais, por si próprios, se dirigiram ao Judiciário para preencher o formulário de habilitação, sem a manifestação direta nos autos do advogado, ora réu (CD).
Em 17/12/2014 o juízo do JEF salientou a existência de indícios de adulteração/falsificação de documentos (vide CD com cópia da sentença).
Os herdeiros procederam ao levantamento das importâncias que lhe cabiam em 10/04/2015 no valor de R$ 7.827,26 (fls. 135/136).
Mais tarde, em 08/01/2015, naqueles autos, o réu justificou a iniciativa dos herdeiros, assegurando que todos foram orientados, residiam próximo ao prédio do Judiciário e tinham conhecimento de sua contratação como advogado do autor. Juntou documento assinado por quatro sucessores do falecido autor no qual atestam ciência do processo movido por Oswaldo Braz, afirmam que foram comunicados sobre a necessidade de habilitação e que o patrono presou serviços com zelo e eficiência. Trecho (vide CD e cópia da petição de esclarecimento assinada pelos herdeiros às fls. 138 desta ação penal):

"Resta esclarecer que os herdeiros e sucessores do ex-servidor Oswaldo Braz tinham pleno conhecimento da contratação do patrono em questão para postular a ação que tramita perante esta vara
Sendo que após o falecimento do autor foi comunicado aos herdeiros a necessidade de se fazer a habilitação na ação para a substituição do polo ativo, para assim receber os valores devidos (...)"

Feitos esses esclarecimentos, verifico que a denúncia descreve o uso de documento falso em 05/08/2014 pelo réu no já referido processo judicial que tramitava pelo Juizado Especial Federal em Araraquara.
A peça inicial não se ocupou em delinear a prática da falsificação de documento particular, e isso se deve, muito provavelmente à ausência de demonstração precisa, até o final da fase inquisitorial, sobre quem teria sido o responsável direto pela falsificação do documento (relatório policial). De todo modo, a conduta é em tese punível.
Conforme a conclusão pericial e segundo destacou a autoridade policial federal em seu relatório, o documento questionado foi formado a partir de cópias de documentos diversos com a utilização de sobreposição de cópias para a formação de um novo documento, também em cópia (laudo às fls. 109/118 e relatório às fls. 122/124).
Concluiu o perito em resposta ao quesito "(h)" (fls. 118):

"A partir das características observadas nos exames, foram encontrados indícios de que tanto o quadro com a qualificação do outorgante (pouco mais próximo à cláusula primeira) quanto a data (desalinhada), as assinaturas (pouco mais próximas da cláusula quinta) e os dados das testemunhas (desalinhados) foram montados ou transplantados a partir do documento de fl. 25 para a confecção do documento de fl. 29, através de impressão e cópia reprográfica".

Portanto, já de início não há dúvidas quanto à falsidade material.
Por sua vez, noto que o documento original e não impugnado sofreu modificações somente nos campos "data" e "outorgado". O outorgado no contrato original era o réu pessoa física e o campo foi alterado no segundo documento para a sociedade de advogados da qual o réu é integrante, mas não houve alterações quanto às informações principais do contrato original, que versava especialmente sobre honorários advocatícios. De acordo com a perícia, houve aproveitamento das assinaturas anteriormente apostas no documento inicial, porém, é possível inferir que o teor do novo documento é idêntico ao anterior. Os honorários permaneceram em "30% (trinta por cento) sobre o total recebido ao final do processo judicial e/ou administrativo", tal como contrato inicial.

As explicações dadas pelo réu em declarações prestadas em sede policial são no sentido de que apenas houve um equívoco quanto à data, porque o documento foi preparado no escritório e enviado para que o cliente o assinasse, e este não percebeu a data trocada, pois onde deveria constar 2013 constou 2014. Com o retorno ao escritório de advogados do contrato já assinado pelo cliente, também no escritório passou despercebido, segundo ele.
É perceptível certa contradição entre a fala do réu e o laudo pericial. Todavia, ao se dar crédito a essa versão, a data de 28 de junho de 2013 (corrigindo a data de 28 de junho de 2014) estaria situada em época na qual o outorgante sr. Oswaldo ainda estava vivo.
Efetivamente, é difícil negar a alteração e o aspecto grosseiro do contrato questionado, seja pelo desalinhamento de partes do documento, seja porque possui data posterior à da sentença, datada de 26/11/2013, o que levou o juízo a desconsiderar o contrato exatamente sob a fundamentação de que foi elaborado depois do serviço prestado, de modo que não alcançou o fim a que se dirigia, seja lá qual fosse. Assim sendo, a montagem, pelo que observo, é de aspecto grosseiro.
Não obstante terem sido constatadas as sobreposições e alterações apontadas no laudo pericial, entendo que se, por um lado, o documento foi submetido materialmente a alterações, por outro ângulo o documento se manteve ideologicamente hígido, conservando todas as cláusulas como no contrato original. Diante disso, o resultado atingido ao final do processo poderia ter sido alcançado, em tese, também pelo contrato original.
Não há como ter em perspectiva a ocorrência de consumação de outro crime no futuro a partir do uso do documento apontado na denúncia. Em outras palavras, apesar de o uso de um documento irregular, ilícito ou de alguma forma maculado sempre estimular o raciocínio no sentido de que poderia o agente estaria tramando a obtenção de alguma vantagem por meio de uma prática qualquer criminosa, tal como o soerguimento de valores ilicitamente (sem a habilitação dos herdeiros), não vislumbro a possibilidade, agora, de concluir que o réu tivesse planejado um crime futuro, sobretudo a partir das informações disponíveis e da ausência de descrição concretamente nesse sentido no IPL e na pela inicial. Se fosse assim, também seria aceitável considerar como provável tão somente o uso do documento para facilitação da atuação no processo.
Aliás, o conjunto de atos praticados pelo réu em torno do contrato questionado revela muito mais imprudência profissional por utilizar documento confeccionado fora do padrão usual da prática da advocacia e de aparência desarmônica.
O crime de uso de documento falso está previsto no art. 304 do Código Penal e sua prática fere a fé pública. Trata-se de crime formal, que se consuma no momento da sua utilização, prescindindo da comprovação de um resultado específico.
Apesar de o crime de uso ser formal no presente caso desde já não vislumbro tipicidade na conduta do acusado, tendo em vista: (i) o aspecto grosseiro da adulteração material do documento particular; (ii) a desconsideração do contrato pelo juízo, por ter ele sido elaborado em data posterior à sentença; (iii) potencial lesivo do documento idêntico ao contrato antecedente e similar a qualquer outro contrato do tipo; (iv) a manutenção no novo contrato de todas as cláusulas essenciais sem alteração, isso é, apesar de materialmente adulterado, o instrumento conservou-se ideologicamente verdadeiro; (v) os valores recebidos ao final do processo no JEF foram levantados isoladamente pelo advogado e pelos herdeiros, e são de pequeno valor (fls. 135/136 e 140); (vi) o advogado levantou a quantia relativa aos seus honorários em 07/10/2014 (RPV, fls. 140), antes da habilitação dos herdeiros do autor falecido (habilitação em 20/10/2014), os quais receberiam os valores que lhes cabiam em 10/04/2015, direta e individualmente na Caixa Econômica Federal (fls. 135/136); (vii) a inexistência de notícia de qualquer antecedente criminal; e (viii) imprudência do profissional no manuseio do processo judicial com o uso de documento questionável pela forma irregular e desarmônica, o que também afasta a tipicidade
Desse modo, reconheço a atipicidade da conduta (p. 82/87.do Id n. 165152274)

Verifica-se que foram juntados aos autos os seguintes elementos de prova:

a) instrumento particular de procuração de Oswaldo Braz conferindo poderes ao réu, com data de 09.05.13 (p. 29 do Id n. 165152272);

b) declaração de Oswaldo Braz de que teria efetuado pagamento de honorários, com data de 09.05.13 (p. 30 do Id n. 165152272);

c) contrato de prestação de serviços entre Oswaldo Braz e o réu, com data de 09.05.13 (p. 31 do Id n. 165152272);

d) termo de renúncia de valores que excedessem 60 (sessenta) salários mínimos, assinado pelo réu, em 19.06.13 (p. 32 do Id n. 165152272);

e) documentos de identificação de Oswaldo Braz (p. 33 do Id n. 165152272);

certidão de óbito de Oswaldo Braz em 13.09.13 (p. 34 do Id n. 165152272)

f) contrato de prestação de serviços entre Oswaldo Braz e a "Gomes e Carraro Sociedade de Advogados" com data de 28.07.14 (p.35 do Id n. 165152272);

g) petição informando a constituição da sociedade de advogados e informando a conta dessa para o crédito de valores de honorários (p. 36 do Id n. 165152272);

h) instrumento particular de cessão de créditos em favor da sociedade de advogados (p. 37 do Id n. 165152272);

i) despacho que indeferiu o destaque dos honorários em favor da pessoa jurídica, proferido em 14.08.14, considerando que a juntada se deu após a prestação do serviço (p. 38 do Id n. 165152272);

j) auto de colheita de material gráfico (p. 71/76 do Id n. 165152272);

k) laudo de perícia criminal federal (documentoscopia) (p. 29/38 do Id n. 165152273), do exame feito nos documentos intitulados "Contrato de Prestação de Serviços" que concluiu que as assinaturas no documento de 28.07.14 "(...) foram derivadas de montagem por transplante por meio de cópia" e que a data foi acrescida ao documento durante a sua montagem a partir de outro documento:

> A partir das características observadas nos exames, foram encontrados indícios de que tanto o quadro com a qualificação do outorgante (pouco mais próximo à cláusula primeira) quanto a data (desalinhada), as assinaturas (pouco mais próximas da cláusula quinta) e os dados das testemunhas (desalinhados) foram montados ou transplantados a partir do documento de fl. 25 para a confecção do documento de fl. 29, através de impressão e cópia reprográfica (p. 38 o Id n. 165152273)

l) cópia Ação Ação Ordinária n. 0001284-16.2013.4.03.6322 (Id n. 165152281, n. 165152332/n. 165152497).

Em suas declarações para a autoridade policial, o acusado informou que foi contratado pelo Sr. Oswaldo Braz, tendo sido firmado contrato de honorários pela prestação de serviços. Informou que normalmente um modelo desse documento era encaminhado para que o cliente preenchesse com seus dados qualificadores, assinasse e devolvesse. Asseverou que o preenchimento foi feito pelo escritório e houve um erro de digitação em relação ao ano, que acreditava ter passado despercebido. Informou que depois de a documentação ser apresentada eletronicamente ela era descartada pelo escritório. Declarou que foi informado do falecimento do cliente e o escritório orientou os herdeiros para que fizessem a habilitação e esses receberam os valores sem que tenha ocorrido qualquer prejuízo. Reafirmou se tratar de um equívoco de digitação, sem prejuízo ao cliente ou a seus herdeiros (p. 68/69 do Id n. 165152272).

Aline Marcon Garcia foi ouvida em sede policial e declarou que fazia alguns serviços ao réu como o protocolo de documentos, tirar cópias etc., sendo paga por cada um desses, sem ter vínculo empregatício com o acusado. Informou que o acusado pedia que a ela assinasse contratos como testemunha; tendo presenciado apenas a assinatura do acusado, não conheceu Oswaldo Braz. Acrescentou que os contratos que assinava já estavam firmados pelas partes. Informou que a outra testemunha era um motoboy que estava no escritório. Não soube dizer a razão pela qual o réu a teria apontado como autora da fraude, reafirmando que apenas assinara o documento como testemunha (p. 89 do Id n. 165152272).

A Ação n. 0001284-16.2013.4.03.6322 foi ajuizada contra a União para que fossem pagos valores referentes a gratificações de desempenho (p. 1/13 do Id n. 165152281) e naqueles autos já havia sido juntado contrato de prestação de serviços, datado em 09.05.13, firmado entre Oswaldo Braz e o acusado (p. 17 do Id n. 165152281). A sentença foi proferida em 26.11.13 (Id n. 165152342 e n. 165152425). Opostos embargos de declaração, que foram julgados em 02.12.13 (Id n. 165152345 e n. 165152427) Posteriormente foi juntado o segundo contrato de prestação de serviços entre o autor e a "Gomes e Carraro Sociedade de Advogados", com data de 26.07.14 e o instrumento de cessão de crédito, entre o réu e a mencionada sociedade (Id n. 165152366).

Conforme bem observado na sentença, embora tenha se constatado que no segundo contrato foram feitas modificações nos itens que continham a data e o outorgado, passando a constar a sociedade de advogados no lugar da pessoa física do patrono, não houve alteração quanto aos honorários, que permaneceram com teor igual ao anterior, ou seja, em 30% (trinta por cento) sobre o total recebido ao final do processo.

Consta que o pedido para que houvesse o destaque dos honorários em favor da sociedade de advogados restou indeferido, considerando que já havia sido prestado o serviço, uma vez que a data do contrato era posterior a da sentença (p. 38 do Id n. 165152272, n. 165152367e n. 165152443)

Verifica-se que foi pago ao patrono do autor da ação, o ora acusado, os honorários de acordo com o contrato, ao final do processo, em 07.10.14 (p. 62 do Id n. 165152273).

Os herdeiros do autor da ação pediram sua habilitação (Id n. 165152377), levantaram os valores devidos naqueles autos em 10.04.15 (p. 57/59 do Id n. 165152273 e Id n. 165152484) e declararam que foram orientados pelo patrono quanto ao andamento processual (p. 60 do Id n. 165152273 e p. 3 do Id n. 165152396).

Cumpre observar que tal documento (contrato de prestação de serviços) serviria apenas para ser usado nos autos da Ação n. 0001284-16.2013.4.03.6322 (pedido de restituição valores de gratificações de desempenho), não se entrevendo a possibilidade de sua utilização futura em outra circunstância ou para se obter qualquer vantagem.

A juntada de contrato de prestação de serviços com data posterior ao falecimento do cliente aos autos, não gerou qualquer efeito, ou consequência jurídica, de maneira que a sentença não merece reparo.

Ante o exposto, *NEGO PROVIMENTO* à apelação.

É o voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO
0000798-45.2018.4.03.6002

Recorrente: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL NO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
Recorrido: IVO NEULS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 08/11/2021

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. ARTIGO 2º DA LEI 8.176/91. USURPAÇÃO DE BENS DA UNIÃO. PRODUÇÃO DE BENS PERTENCENTES À UNIÃO. PLANTAÇÃO AGRÍCOLA QUE ULTRAPASSA OS LIMITES DA FAZENDA E ATINGE TRECHO DA FAIXA DE DOMÍNIO DAS RODOVIAS BR 463/MS - PERTENCENTE À UNIÃO. AUSÊNCIA DE SUBSUNÇÃO DA CONDUTA NARRADA NA DENÚNCIA COM AQUELA PREVISTA NO REFERIDO TIPO PENAL. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA MANTIDA. RECURSO MINISTERIAL DESPROVIDO.
1. O recorrido foi denunciado como incurso no artigo 2º da Lei nº 8.176/1991, porque, em tese, teria produzido bens pertencentes à União, sem autorização legal, consistente no cultivo agrícola para fins particulares, na faixa de domínio da União.
2. Trata-se de lei penal em branco, que depende de integração para a identificação de quais são os bens pertencentes à União. E é a própria Constituição Federal, em seu artigo 20, que arrola referidos bens, dentre eles, os recursos minerais.
3. Portanto, justamente por se tratar de norma penal em branco, a tipificação da conduta prevista no art. 2º, da Lei 8.176/91, há que ser feita por meio da análise não só do *caput* do art. 20 da Constituição Federal, como também de seu § 1º, justamente para se identificar o verdadeiro significado da norma.
4. Nesse sentido, tem-se que o tipo penal previsto no art. 2º, da Lei 8.176/91 pretende criminalizar a conduta daquele que usurpa bens da União, produzindo bens ou explorando matéria-prima (economicamente explorável, e de maneira irreversível), motivo pelo qual o § 1º do art. 20 da Constituição Federal assegura ao ente federal a participação no resultado dessa exploração, sobretudo de petróleo, gás natural, recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica dentre outros recursos minerais.
5. A partir de toda essa análise normativa, constata-se a inexistência de subsunção da conduta narrada na denúncia com aquela prevista no tipo penal descrito no art. 2º da Lei 8.176/91.
6. Isso porque a conduta do denunciado não gerou a produção de bens pertencentes à União ou mesmo a exploração de matéria prima da União, no sentido normativo previsto no art. 2º da Lei 8.176/91, pois referido tipo penal descreve uma conduta que pressupõe a redução do patrimônio da União, como nos casos usualmente julgados por esta E. Turma, de extração de areia ou argila (ou seja, matéria prima ou recursos minerais que se extrai e não voltam mais a existir), ou, ao menos, a produção de bens a partir de uma matéria-prima explorada economicamente da União, de maneira irreversível, e sem a sua autorização.

7. Entretanto, dos fatos narrados na denúncia, depreende-se que o denunciado possui uma fazenda, na qual desenvolve atividade de produção agrícola (agricultura), arcando com todo o custo do fator humano, econômico e tecnológico necessários para tanto, sendo que referida plantação ultrapassou os limites de sua propriedade e atingiu um trecho da faixa de domínio das rodovias BR 463/MS, pertencente à União.
8. Portanto, verifica-se que a conduta de produzir bens agrícolas foi realizada pelo denunciado, em sua quase integralidade, em terras de sua propriedade (fazenda), e às suas expensas, tendo atingido um trecho da faixa de domínio da União, que, como já dito na sentença apelada, sequer se encontrava demarcado pelo DNIT, órgão da União responsável por demarcar a referida faixa de domínio da União nas rodovias.
9. Portanto, no caso dos autos, não houve qualquer conduta do denunciado no sentido de usurpar bens da União, seja porque não produziu bens a partir de matéria prima da União (no sentido tipificado no artigo em análise), pois, como já dito, toda a produção agrícola estava quase integralmente em terra de sua propriedade (tendo atingido apenas um trecho na área de domínio da União), seja porque toda a atividade agrícola foi realizada às suas expensas, seja porque sequer havia cerca delimitando qual seria esta faixa de domínio da União "invadida" pelo denunciado.
10. Ademais, importa ressaltar que o fato de se afastar a tipicidade penal da conduta narrada na denúncia, não significa refutar a ilicitude civil e administrativa dela decorrentes, cujas providências cabíveis podem e devem ser tomadas nas demais esferas do direito, a fim de preservar os direitos do ente federal.
11. Recurso em sentido estrito desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Décima Primeira Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento ao Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público Federal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

RELATÓRIO

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI:

Trata-se de recurso em sentido estrito, interposto pelo Ministério Público Federal, contra a decisão proferida pelo MM. Juízo da 1ª Vara Federal de Dourados/MS, que rejeitou a denúncia com fundamento no art. 395, III, do CPP.

Segundo narra a denúncia (ID 144871912, p. 02/03):

> "No dia 11 de maio de 2018, na BR 463/MS, KM 60, na Fazenda Não Me Toque, às margens da referida rodovia, o denunciado IVO NEULS, dolosamente, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, produziu bens pertencentes à União, sem autorização legal, consistente no cultivo agrícola para fins particulares na faixa de domínio da União.
> Consta dos autos que na data e local supramencionado, equipe do Departamento Nacional de Infraestrutura e Transportes - DNIT realizou diligência requisitada pelo Ministério Público Federal, a fim de que prestasse informações atualizadas sobre ocupação indevida, que haviam sido constatadas em fiscalização anterior, na faixa de domínio das rodovias BR 463/MS.

> Nessa ocasião, constatou-se que às margens da citada rodovia, trechos nos quais foram notificados para serem desocupados. ainda estavam sendo ocupados indevidamente pelo acusado para cultivo agrícola, conforme se depreende da Notificação n. 1030/2015 e do Registro Fotográfico em anexo."
> Tais áreas são contíguas a propriedade pertencente a IVO NEULS que apesar de já ter sido notificado do ilícito cometido, ainda insiste em produzir bens em área pública.
> Portanto, autoria e a materialidade dos delitos encontram-se expressas nos seguintes documentos: Notificação n. 1016/2015, Relatório do DNIT.
> Assim agindo, o denunciado IVO NEULS incorreu, na prática do crime previsto no artigo 2º da Lei 8.176 de 1991.
> Pelo exposto, requer o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL o recebimento da presente denúncia, autuando-se junto ao Inquérito Policial que a informa, com a subsequente citação do denunciado para responder à acusação nos termos do art. 396 do CPP. Requer, ainda, a intimação das testemunhas arroladas para oitiva em audiência de instrução, e, ao final, o julgamento"

O Juízo *a quo* não recebeu a denúncia, nos termos do artigo 395, III, do CPP, por entender que o fato narrado na denúncia é materialmente atípico (ID 144871912, p. 18/22).

A decisão foi publicada em 02.11.2019 (ID 144871912, p. 18/22).

Irresignado, o Ministério Público Federal interpôs o presente recurso em sentido estrito, em cujas razões recursais argumenta, em síntese, que os fundamentos utilizados para rejeitar a denúncia não condizem com a lógica do ordenamento jurídico vigente, uma vez que o tipo penal previsto no art. 2º da Lei nº 8.176/1991 especifica como crime contra o patrimônio, na modalidade usurpação: "produzir bens ou explorar matéria-prima pertencentes à União, sem autorização legal ou em desacordo com as obrigações impostas pelo título autorizativo".

No caso, afirma o Ministério Público Federal que: "a) o imputado utilizou a faixa de domínio da União, no qual a propriedade se presume plena e exclusiva (art. 99, I, do Código Civil c/c art. 4º, III da Lei 6.766/1979); b) a partir dela, produziu bens (produtos agrícolas) que pertencem à União, pois os frutos e demais produtos pertence ao proprietário (art. 1.232 do Código Civil); c) porém, os usurpou e tomou o lucro para si; d) norteado por uma intenção de má-fé, pois já havia sido notificado que a área em que cultivava era um bem público (art. 1.255 do Código Civil)." Assim, alega que houve subsunção da conduta do denunciado ao tipo penal, sendo de rigor o recebimento da denúncia. (ID 144871912, p. 28/33)

A defesa de Ivo Neuls apresentou contrarrazões ao Recurso em Sentido Estrito (ID 144871925).

O MM. Juízo da 1ª Vara Federal de Dourados/MS manteve a decisão de não recebimento da denúncia por seus próprios fundamentos (ID 165244113).

A Procuradoria Regional da República opinou pelo provimento do recurso em sentido estrito (ID 165353432).

É o relatório.

Dispensada a revisão.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

VOTO

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI:

O recorrido foi denunciado como incurso no artigo 2º da Lei nº 8.176/1991, porque, em

tese, teria produzido bens pertencentes à União, sem autorização legal, consistente no cultivo agrícola para fins particulares, na faixa de domínio da União.

O Juízo *a quo* rejeito a denúncia, com o seguinte fundamento, *in verbis*:

> "O Ministério Público Federal pediu a condenação de Ivo Neuls como incurso nas penas do artigo 2º da Lei 8.176/91.
> Narra a peça acusatória: Regis, na data de 11/05/2018, na BR- 463/MS, KM 60, na Fazenda Não Me Toque, às margens da rodovia, produziu bens pertencentes à União, fazendo cultivo agrícola para fins particulares na faixa de domínio da rodovia; o acusado teria sido previamente notificado e mesmo assim, insistiu em produzir bens em área pública.
> Historiados, sentencia-se a questão posta.
> Não há preliminares, razão pela qual enfrento o cerne da controvérsia.
> Dispõe o art. 2º da Lei 8.176/91, *verbis*:
> Art. 2 Constitui crime contra o patrimônio, na modalidade de usurpação, produzir bens ou explorar matéria-prima pertencentes à União, sem autorização legal ou em desacordo com as obrigações impostas pelo título autorizativo.
> Pela redação posta, não há juízo de subsunção da conduta ao comando legal.
> As faixas de domínio são áreas estipuladas por decreto de utilização pública para servir à rodovia, cujos contornos variam conforme a necessidade de engenharia da pista.
> Conforme o Glossário de Termos Técnicos Rodoviários, que pode ser encontrado no sítio oficial do DNIT (www.dnit.gov.br), "Define-se como Faixa de Domínio a base física sobre a qual assenta uma rodovia, constituída pelas pistas de rolamento, canteiros, obras-de-arte, acostamentos, sinalização e faixa lateral de segurança, até o alinhamento das cercas que separam a estrada dos imóveis marginais ou da faixa do recuo".
> Esta área pode ser do estado se for adquirida por compra e venda ou desapropriação.
> No caso, há uma faixa de domínio que teria sido utilizada pelo denunciado.
> Contudo, pauta-se a acusação que, com base em uma mera notificação do DNIT, houve invasão da área pela produção agrícola.
> Não se vê, nos documentos e fotografias que acompanham a denúncia, a existência de cercas ou muros que delimitem a propriedade da faixa de domínio. Ora, isso é obrigação da UNIÃO, mais precisamente do DNIT, não sendo lícito exigir do proprietário que, às suas expensas, arque com tal obrigação.
> Ainda, não há produção de bens ou exploração de matéria-prima pertencentes à União. O denunciado promoveu às suas expensas o cultivo. A união não desprendeu nenhum material para fazê-lo. Se houvesse extração de mineral haveria, talvez, o enquadramento típico. Do contrário, até se houvesse uma barraca de serviços na área seria o ocupante enquadrado como usurpador.
> Por fim, ainda que houvesse enquadramento típico, o Direito Penal, dentro de seu caráter fragmentário, ultima ratio, não pode entrar em cena, uma vez que pode ser solucionada por outra esfera do direito.
> A promoção de ação de esbulho ou mesmo a aplicação de penalidade administrativa seria a medida mais sensata.
> (...)
> No que respeita à tipicidade, convém externar, por oportuno, que é imperativo do Estado Democrático de Direito a investigação ontológica do tipo incriminador. Crime não é apenas aquilo que o legislador diz sê-lo (conceito formal), uma vez que nenhuma conduta pode, materialmente, ser considerada criminosa se, de algum modo, não colocar em perigo valores fundamentais da sociedade. Vale dizer, tipos penais que se limitem a descrever formalmente infrações penais, independentemente de sua efetiva potencialidade lesiva, atentam contra a dignidade da pessoa humana.
> Em face do exposto, com escopo no art. 395, III, do CPP, rejeita-se a denúncia manejada pelo MPF em desfavor de Ivo Neuls, vez que o fato narrado na peça acusatória é, a toda evidência, materialmente atípico."

Com razão o Juízo *a quo*.

O art. 2º da Lei 8.176/91 cuida de crime contra o patrimônio da União. Vejamos.

> Art. 2º Constitui crime contra o patrimônio, *na modalidade de usurpacão*, produzir bens ou explorar matéria-prima pertencentes à União, sem autorização legal ou em desacordo com as obrigações impostas pelo título autorizativo.
> Pena: detenção, de um a cinco anos e multa.
> § 1º Incorre na mesma pena aquele que, sem autorização legal, adquirir, transportar, industrializar, tiver consigo, consumir ou comercializar produtos ou matéria-prima, obtidos na forma prevista no *caput* deste artigo. Grifos nosso

Trata-se de lei penal em branco, que depende de integração para a identificação de quais são os bens pertencentes à União. E é a própria Constituição Federal, em seu artigo 20, que arrola referidos bens, dentre eles, os recursos minerais, *in verbis*:

> Art. 20. São bens da União:
> (...)
> IX - os recursos minerais, inclusive os do subsolo;
> [...]
> § 1º É assegurada, nos termos da lei, à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração.

Portanto, justamente por se tratar de norma penal em branco, a tipificação da conduta prevista no art. 2º, da Lei 8.176/91, há que ser feita por meio da análise não só do *caput* do art. 20 da Constituição Federal, como também de seu § 1º, justamente para se identificar o verdadeiro significado da norma.

Nesse sentido, tem-se que o tipo penal previsto no art. 2º, da Lei 8.176/91 pretende criminalizar a conduta daquele que usurpa bens da União, produzindo bens ou explorando matéria-prima (economicamente explorável e de maneira irreversível), motivo pelo qual o § 1º do art. 20 da Constituição Federal assegura ao ente federal a participação no resultado dessa exploração, sobretudo, de petróleo, gás natural, recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica dentre outros recursos minerais.

Além disso, faz-se necessário saber o que são recursos minerais, para fins de tipificação do crime previsto no art. 2º da Lei 8.176/91.

Segundo a doutrina de Leandro Paulsen, *in* Crimes Federais, 2ª edição – Saraiva, pág. 184, *in verbis*:

> "Recursos minerais são substâncias naturais inorgânicas encontradas na crosta terrestre*, tais como areia, argila, carvão, basalto e muitos outros produtos que podem ser aproveitados diretamente ou constituírem matérias-primas para a produção de outros bens*. A exploração dos recursos minerais depende de licença concedida pela União, *que exigirá, em contrapartida, a compensação financeira pela exploração de recursos minerais* de que cuidam as Leis n. 7.990/89 e 8.001/90, entre outras. Negritei
> Desse modo, tem-se que a usurpação de recursos minerais, assim considerada a conduta de toma-los para si, de apropriar-se deles, sem licença ou em desconformidade com a licença concedida, constitui crime contra o patrimônio da União."

A partir de toda essa análise normativa, assim como o Juízo *a quo*, não verifico a subsunção da conduta narrada na denúncia com aquela prevista no tipo penal descrito no art. 2º da Lei 8.176/91.

Isso porque a conduta do denunciado não gerou a produção de bens pertencentes à União ou mesmo a exploração de matéria prima da União, no sentido normativo previsto no art. 2º da Lei 8.176/91, pois referido tipo penal descreve uma conduta que pressupõe a redução do patrimônio da União, como nos casos que usualmente são julgados por esta E. Turma, de extração de areia ou argila (ou seja, matéria prima ou recursos minerais que se extrai e não voltam mais a existir), ou, ao menos, a produção de bens a partir de uma matéria-prima explorada economicamente da União, de maneira irreversível, e sem a sua autorização.

Entretanto, dos fatos narrados na denúncia, depreende-se que o denunciado possui uma fazenda, na qual desenvolve atividade de produção agrícola (agricultura), arcando com todo o custo do fator humano, econômico e tecnológico necessários para tanto, sendo que referida plantação ultrapassou os limites de sua propriedade e atingiu um trecho da faixa de domínio das rodovias BR 463/MS, pertencente à União.

O conceito de agricultura, segundo o site https://brasilescola.uol.com.br/geografia/agricultura-5.htm:

> "Agricultura é a união de técnicas aplicadas no solo para o cultivo de vegetais destinados à alimentação humana e animal, produção de matérias-primas e ornamentação. A agricultura é uma atividade produtiva de grande importância para o homem, pois é a partir dela que temos o nosso sustento. *Existem três fatores ligados à produção agrícola: o físico, como o solo e o clima; o fator humano, que corresponde à mão de obra em seu desenvolvimento; e o fator econômico, que se refere ao valor da terra e o nível de tecnologias aplicadas na produção*." Negritei.

Portanto, verifica-se que a conduta de produzir bens agrícolas foi realizada pelo denunciado, em sua quase integralidade, em terras de sua propriedade (fazenda), e às suas expensas, tendo "invadido" um trecho da faixa de domínio da União, que, como já dito na sentença apelada, sequer se encontrava demarcado pelo DNIT, órgão da União responsável por demarcar a referida faixa de domínio da União nas rodovias.

E, conforme bem elucidado na decisão recorrida, *in verbis*:

> Pela redação posta, não há juízo de subsunção da conduta ao comando legal.
> As faixas de domínio são áreas estipuladas por decreto de utilização pública para servir à rodovia, cujos contornos variam conforme a necessidade de engenharia da pista.
> Conforme o Glossário de Termos Técnicos Rodoviários, que pode ser encontrado no sítio oficial do DNIT (www.dnit.gov.br), "Define-se como Faixa de Domínio a base física sobre a qual assenta uma rodovia, constituída pelas pistas de rolamento, canteiros, obras-de-arte, acostamentos, sinalização e faixa lateral de segurança, até o alinhamento das cercas que separam a estrada dos imóveis marginais ou da faixa do recuo".
> Esta área pode ser do estado se for adquirida por compra e venda ou desapropriação.
> No caso, há uma faixa de domínio que teria sido utilizada pelo denunciado.
> Contudo, pauta-se a acusação que, com base em uma mera notificação do DNIT, houve invasão da área pela produção agrícola.
> Não se vê, nos documentos e fotografias que acompanham a denúncia, a existência de cercas ou muros que delimitem a propriedade da faixa de domínio. Ora, isso é obrigação da UNIÃO, mais precisamente do DNIT, não sendo lícito exigir do proprietário que, às suas expensas, arque com tal obrigação.

> Ainda, não há produção de bens ou exploração de matéria-prima pertencentes à União. O denunciado promoveu às suas expensas o cultivo. A união não desprendeu nenhum material para fazê-lo. Se houvesse extração de mineral haveria, talvez, o enquadramento típico. Do contrário, até se houvesse uma barraca de serviços na área seria o ocupante enquadrado como usurpador. Negritei.

Portanto, no caso dos autos, não houve qualquer conduta do denunciado no sentido de usurpar bens da União, seja porque não produziu bens a partir de matéria prima da União (no sentido tipificado no artigo em análise), pois, como já dito, toda a produção agrícola estava quase integralmente em terra de sua propriedade (tendo atingido apenas um trecho na área de domínio da União), seja porque toda a atividade agrícola foi realizada às suas expensas, seja porque sequer havia cerca delimitando qual seria esta faixa de domínio da União "invadida" pelo denunciado.

Não custa lembrar que a Lei n. 4.947/66, em seu art. 20, tipifica a conduta de invadir bens da União, *in verbis*:

> Art. 20 - Invadir, com intenção de ocupá-las, terras da União, dos Estados e dos Municípios: Pena: Detenção de 6 meses a 3 anos.

Entretanto, a denúncia não faz qualquer menção a este tipo penal, nem mesmo descreve a intenção do denunciado de invadir terras da União com o propósito de ocupá-las.

Ademais, importa ressaltar que o fato de se afastar a tipicidade penal da conduta narrada na denúncia, não significa refutar a ilicitude civil e administrativa dela decorrentes, cujas providências cabíveis podem e devem ser tomadas nas demais esferas do direito, a fim de preservar os direitos do ente federal.

Por fim, pesquisando sobre o assunto, verifico que, após a data dos fatos (11.05.2018), ou seja, em agosto de 2020, o Departamento Nacional de Infraestrutura e Transportes, vinculado ao Ministério da Infraestrutura, publicou no Diário Oficial da União de 20/08/2020, a Resolução nº 09/2020, que permite o uso das chamadas faixas de domínio das rodovias, para fins agrícolas e publicitário. Ainda segundo o Governo Federal, a nova resolução cumpre os requisitos exigidos pela Lei de Liberdade Econômica, Lei nº 10.139/2019, que dispõe sobre a revisão e consolidação dos atos normativos como medida de simplificação e desburocratização. A permissão de uso se dá por um documento chamado "Solicitação de Uso de Faixa de Domínio", preenchidos alguns requisitos, legalizando o uso das chamadas faixas de domínio para a agricultura. O ocupante destas áreas para finalidades agrícolas deve buscar o "Termo de Permissão Especial de Uso" (TPEU), válido por até 10 (dez) anos, com possibilidade de renovação, devendo adotar medidas de segurança e sinalização (artigos 112 a 119), como também a limpeza periódica da área com roçadas e capinas, apresentando no requerimento de solicitação, documentos como os projetos, plano e licenças ambientais; e o cronograma da atividade produtiva desenvolvida. Pela utilização das faixas de domínio, o ocupante se compromete a prestar serviços aos cidadãos, no caso da agricultura, a conservação da faixa de domínio relativa à margem ocupada, por meio de limpeza e roçadas, bem como a sinalização e visibilidade determinados pela normativa. (https://jus.com.br/artigos/85199/agricultura-legalizada-em-faixas-de-dominio-rodoviarias)

Portanto, após a data dos fatos, foi editada nova Resolução regulamentando o uso dessas faixas de domínio da União, justamente para fins agrícolas, como no caso dos autos, o que reforça a ausência de lesividade da conduta para fins de sanção penal e seu amoldamento ao

tipo penal constante do art. 2º da Lei 8.176/91. Aqui, tem-se potencial ilícito civil e administrativo, mas não delito, ante o não amoldamento da moldura fática descrita na denúncia a tipo previsto na lei penal, reforçado pela constatação de que a conduta em questão seria passível de regularização atualmente, nos termos acima descritos.

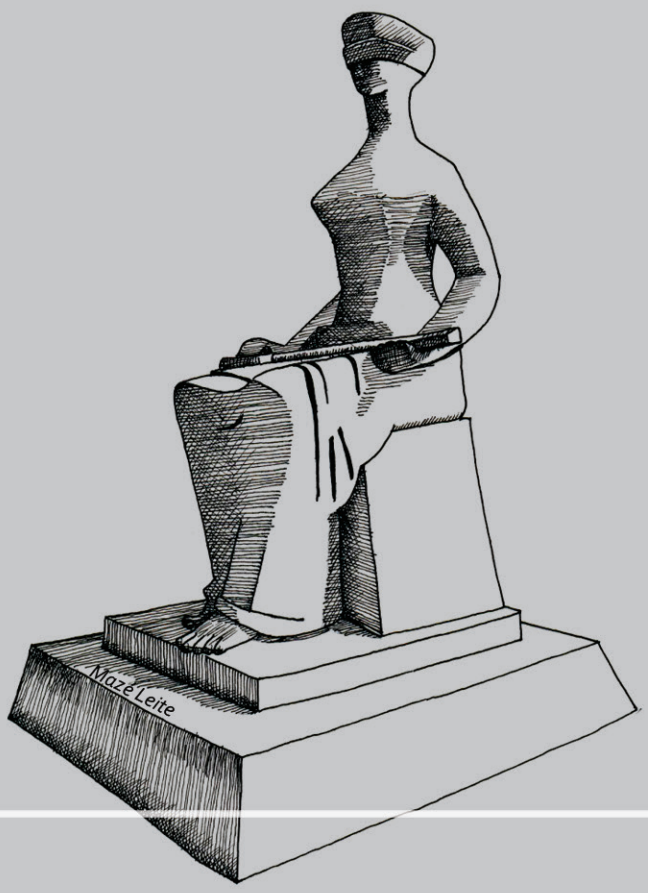
Por todas essas razões, entendo que deve ser mantida a decisão recorrida.

Diante do exposto, nego provimento ao Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público Federal.

É o voto.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

Direito Previdenciário



EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL
0000230-49.2012.4.03.6128

Embargante: JOSE DE ALMEIDA
Embargado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI
Disponibilização do Acórdão: DJEN 13/10/2021

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. DECADÊNCIA. OCORRÊNCIA. TEMA 975/STJ. OMISSÃO QUANTO AO TERMO INICIAL. QUESTÃO PREJUDICADA.
- O tema da incidência de decadência, para os casos em que se discute o direito adquirido a melhor benefício, já está julgado pelo e. STJ, com a observância dos artigos 1.036 a 1.041 do CPC/2015.
- Como direito potestativo que é, o direito de pedir a revisão de benefício previdenciário prescinde de violação específica do fundo de direito (manifestação expressa da autarquia sobre determinado ponto), tanto assim que a revisão ampla do ato de concessão pode se dar haja ou não ostensiva análise do INSS. Caso contrário, dever-se-ia impor a extinção do processo sem resolução do mérito por falta de prévio requerimento administrativo do ponto não apreciado pelo INSS.
- Ao julgar o Tema 975/STJ, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça decidiu: *"Aplica-se o prazo decadencial de dez anos estabelecido no art. 103, caput, da Lei 8.213/1991 às hipóteses em que a questão controvertida não foi apreciada no ato administrativo de análise de concessão de benefício previdenciário."*
- O primeiro pagamento se deu em 09/02/1998. Tendo esta demanda sido ajuizada somente em 27/10/2009, com vistas à revisão do benefício, mediante reconhecimento de tempo rural e tempo especial, transcorreu o prazo decadencial previsto no artigo 103 da Lei 8.213/91.
- É possível a averbação da atividade rural reconhecida de 01/05/1967 a 16/05/1969, bem como da atividade especial de 14/10/1996 a 05/03/1997, mas não da revisão da aposentadoria por tempo de serviço, ante a decadência.
- Decadência do direito à revisão do benefício reconhecida de ofício. Embargos de declaração prejudicados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, reconhecer de ofício da decadência do direito à revisão do benefício e julgar prejudicados os embargos de declaração do autor, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 27 de janeiro de 2021.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos pelo autor, JOSÉ DE ALMEIDA, diante de acórdão de fls. 165/173, que deu provimento à apelação do autor, reconhecendo a atividade rural exercida no período de 01/05/1967 a 16/05/1969 e a atividade especial de 14/10/1996 a 05/03/1997, e condenando o INSS a proceder à revisão da aposentadoria por tempo de serviço do autor.

O acórdão foi ementado da seguinte forma:

> "PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. TEMPO RURAL E ATIVIDADE ESPECIAL RECONHECIDAS. REVISÃO.
> 1. O autor pretende o reconhecimento de atividade rural no período de 01/05/1967 a 16/05/1969. Para comprovar o alegado, o autor juntou os seguintes documentos: * Certidão de seu casamento, em 15/07/1961, constando sua profissão lavrador (fl. 16); * Título eleitoral, emitido em 13/05/1976, qualificando-o como lavrador (fl. 17); * Certidão de nascimento de seu filho, em 07/04/1962, qualificando o autor como lavrador (fl. 18); * Certificado de reservista de 3ª categoria, emitido em 01/07/1960, qualificando-o como lavrador (fl. 19); * Registro de empregado na Fazenda Paraíso, admissão em 16/05/1969, para o cargo de trabalhador rural (fl. 26). Quanto à prova testemunhal, reconheço que ampara o pedido autoral, porquanto veio a corroborar e complementar o início razoável de prova documental, a ensejar o reconhecimento do trabalho alegado.
> 2. No que tange a caracterização da nocividade do labor em função da presença do agente agressivo ruído, faz-se necessária a análise quantitativa, sendo considerado prejudicial nível acima de 80 decibéis até 5.3.97 (edição do Decreto 2.172/97); de 90 dB, até 18.11.03 (edição do Decreto 4.882/03), quando houve uma atenuação, sendo que o índice passou a ser de 85 dB.
> 3. O autor pretende o reconhecimento de atividade especial de 14/10/1996 a 05/03/1997, laborado em Correias Mercúrio S/A Ind. Com.. O formulário previdenciário e laudo individual de insalubridade de fls. 69/70 indicam que trabalhou sujeito a ruído médio de 86 dB, superior, portanto, ao limite legal de tolerância vigente de 80 dB, estando configurada a atividade especial.
> 4. Vislumbrando a necessidade de serem uniformizados e consolidados os diversos atos normativos afetos à Justiça Federal de Primeiro Grau, bem como os Provimentos da Corregedoria desta E. Corte de Justiça, a Consolidação Normativa da Corregedoria-Geral da Justiça Federal da 3ª Região (Provimento COGE nº 64, de 28 de abril 2005) é expressa ao determinar que, no tocante aos consectários da condenação, devem ser observados os critérios previstos no Manual de Orientação de Procedimentos para Cálculos da Justiça Federal.
> 5. Honorários advocatícios devidos no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor das parcelas vencidas até a data desta decisão..
> 6. Apelação do autor provida."

Em suas razões (fls. 175/177), o embargante alega, em síntese, que o acórdão foi omisso ao deixar de ficar a data de início do pagamento da revisão.

Às fls. 178, este Relator intimou as partes para que se manifestassem sobre eventual decadência do direito de revisão.

O autor afirmou que o pedido de revisão versa sobre fatos não analisados pela autarquia na época da concessão do benefício, por conseguinte, a data inicial da contagem do prazo decadencial não se fixa na concessão (fls. 180/187), enquanto o INSS aduziu o transcurso do prazo decadencial de revisão (fls. 189).

À fl. 192, determinei a suspensão do feito até o julgamento final, pelo Superior Tribunal de Justiça, do Tema 975.

À fl. 194, foi levantado o sobrestamento, tendo em vista o julgamento da questão pelo C. STJ em 11/12/2019.

É o relatório.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

VOTO

O tema da incidência de decadência, para os casos em que se discute o direito adquirido a melhor benefício, já está julgado pelo e. STJ, com a observância dos artigos 1.036 a 1.041 do CPC/2015. A controvérsia restou decidida nos seguintes termos:

> "PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. RECONHECIMENTO DO DIREITO ADQUIRIDO AO BENEFÍCIO MAIS VANTAJOSO. EQUIPARAÇÃO AO ATO DE REVISÃO. INCIDÊNCIA DO PRAZO DECADENCIAL. ARTIGO 103 *CAPUT* DA LEI 8.213/1991. TEMA 966. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.
> 1. Cinge-se a controvérsia em saber se o prazo decadencial do *caput* do artigo 103 da Lei 8.213/1991 é aplicável aos casos de requerimento a um benefício previdenciário mais vantajoso, cujo direito fora adquirido em data anterior à implementação do benefício previdenciário ora em manutenção.
> 2. Em razão da natureza do direito tutelado ser potestativo, o prazo de dez anos para se revisar o ato de concessão é decadencial.
> 3. No âmbito da previdência social, é assegurado o direito adquirido sempre que, preenchidos os requisitos para o gozo de determinado benefício, lei posterior o revogue, estabeleça requisitos mais rigorosos para a sua concessão ou, ainda, imponha critérios de cálculo menos favoráveis ao segurado.
> 4. O direito ao beneficio mais vantajoso, incorporado ao patrimônio jurídico do trabalhador segurado, deve ser exercido por seu titular nos dez anos previstos no *caput* do artigo 103 da Lei 8.213/1991.
> Decorrido o decênio legal, acarretará a caducidade do próprio direito. O direito pode ser exercido nas melhores condições em que foi adquirido, no prazo previsto no *caput* do artigo 103 da Lei 8. 213/1991.
> 5. O reconhecimento do direito adquirido ao benefício mais vantajoso equipara-se ao ato revisional e, por isso, está submetido ao regramento legal. Importante resguardar, além da segurança jurídica das relações firmadas com a previdência social, o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema previdenciário.
> 6. Tese delimitada em sede de representativo da controvérsia: sob a exegese do *caput* do artigo 103 da Lei 8.213/1991, incide o prazo decadencial para reconhecimento do direito adquirido ao benefício previdenciário mais vantajoso.
> 7. Recurso especial do segurado conhecido e não provido. Observância dos artigos 1.036 a 1.041 do CPC/2015."
> (REsp 1612818/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/02/2019, DJe 13/03/2019)

Como direito potestativo que é, o direito de pedir a revisão de benefício previdenciário prescinde de violação específica do fundo de direito (manifestação expressa da autarquia sobre determinado ponto), tanto assim que a revisão ampla do ato de concessão pode se dar haja ou

não ostensiva análise do INSS. Caso contrário, dever-se-ia impor a extinção do processo sem resolução do mérito por falta de prévio requerimento administrativo do ponto não apreciado pelo INSS. Ao julgar o Tema 975/STJ, assim decidiu a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça:

> "Aplica-se o prazo decadencial de dez anos estabelecido no art. 103, *caput*, da Lei 8.213/1991 às hipóteses em que a questão controvertida não foi apreciada no ato administrativo de análise de concessão de benefício previdenciário."

Conforme carta de concessão da aposentadoria por tempo de serviço (fl. 15), o primeiro pagamento se deu em 09/02/1998. Tendo esta demanda sido ajuizada somente em 27/10/2009, com vistas à revisão do benefício, mediante reconhecimento de tempo rural e tempo especial, transcorreu o prazo decadencial previsto no artigo 103 da Lei 8.213/91, uma vez que *in casu* os dez anos para revisão do ato de concessão do benefício devem ser contados "*do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação*".

Dessa forma, é possível a averbação da atividade rural reconhecida de 01/05/1967 a 16/05/1969, bem como da atividade especial de 14/10/1996 a 05/03/1997, mas não da revisão da aposentadoria por tempo de serviço, ante a decadência.

Diante do exposto, de ofício, reconheço a ocorrência de decadência do direito à revisão do benefício e, em consequência, julgo prejudicados os embargos de declaração do autor.

É o voto.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0002410-33.2013.4.03.6183

Apelante: MARIA PEREIRA DOS SANTOS LACERDA
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL INÊS VIRGÍNIA
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 28/10/2021

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. PREVIDENCIÁRIO. COBRANÇA. DEVOLUÇÃO DE DESCONTOS NO BENEFÍCIO. LEGITIMIDADE DA PENSIONISTA CONFIGURADA. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ. TEMA 979 DO STF. ERRO DA ADMINISTRAÇÃO.
- A pensionista ajuizou ação visando a restituição de valores descontados de benefício previdenciário de aposentadoria por tempo de contribuição de titularidade do instituidor da pensão.
- Com efeito, os recentes julgamentos realizados pela Egrégia Primeira Seção do C. STJ, ao apreciar os Resp 1856967/ES, 1856968/ES e 1856969/RJ, em acórdão publicado no dia 28.06.2021, enfrentou a questão relativa à "Possibilidade do reconhecimento da legitimidade ativa "ad causam" de pensionistas e sucessores para, em ordem de preferência, propor, em nome próprio, à falta de requerimento do segurado em vida, ação revisional da aposentadoria do "de cujus", com o objetivo de redefinir a renda mensal da pensão por morte - quando existente -, e, por conseguinte, receber, além das diferenças resultantes do recálculo do eventual pensionamento, os valores devidos e não pagos pela Administração ao instituidor quando vivo, referentes à readequação do benefício originário, a teor do disposto no art. 112 da Lei n. 8.213/1991" - tema repetitivo 1.057.
- Assim, por analogia, é possível reconhecer a legitimidade ativa da pensionista, para requerer a devolução dos descontos que entende indevidos no benefício do instituidor da pensão, mesmo sem manifestação prévia deste, eis que, se de fato forem indevidos, tal valor estaria incorporado ao patrimônio jurídico do "de cujus".
- Reconhecida a legitimidade da recorrente, estando o processo em condições de imediato julgamento, deve ser analisado o mérito do pedido, nos termos do art. 1013, §3º, inciso I, do CPC.
- No caso, considerando que a aposentadoria do "de cujus" foi concedida a partir de 16/09/2008, com DIB em 26/08/2003, e que neste interregno o segurado recebeu benefícios de auxílio doença , sendo o último cessado apenas em 26/08/2008, resta evidente que os descontos referem-se ao período de recebimento conjunto destes com a aposentadoria.
- Fixada essa premissa, remanesce a questão sobre a exigibilidade/devolução de valores pagos indevidamente a título de benefício previdenciário, e sobre a qual a jurisprudência pátria controverte há longo tempo.
- Isto porque, tem-se, de um lado, o caráter alimentar do benefício previdenciário e a boa-fé do segurado, e de outro, a indisponibilidade da verba pública e a vedação ao locupletamento ilícito.
- É pacífico o entendimento de que o INSS, no exercício de sua autotutela, deverá proceder à correção de benefício previdenciário pago incorretamente. De outro lado,

estabelece o artigo 876 do Código Civil que aquele que recebeu o que não lhe era devido fica obrigado a restituir. E o artigo 884 do mesmo Código Civil dispõe que o enriquecimento sem causa também implica a restituição.
- A. Primeira Seção do C. STJ, ao apreciar o tema repetitivo de n. 979, em que se submeteu a julgamento a questão acerca da "Devolução ou não de valores recebidos de boa-fé, a título de benefício previdenciário, por força de interpretação errônea, má aplicação da lei ou erro da Administração da Previdência Social", firmou a seguinte tese jurídica: "Com relação aos pagamentos indevidos aos segurados decorrentes de erro administrativo (material ou operacional), não embasado em interpretação errônea ou equivocada da lei pela Administração, são repetíveis, sendo legítimo o desconto no percentual de até 30% (trinta por cento) de valor do benefício pago ao segurado/beneficiário, ressalvada a hipótese em que o segurado, diante do caso concreto, comprova sua boa-fé objetiva, sobretudo com demonstração de que não lhe era possível constatar o pagamento indevido."
- Ou seja, em casos de má aplicação ou interpretação errônea da lei, em regra, não cabe a restituição. Já nos casos em que o recebimento indevido decorre de erro material ou operacional autárquico, é preciso verificar se tal equívoco era capaz de "despertar no beneficiário inequívoca compreensão da irregularidade do pagamento", *conditio sine qua non* para que a restituição seja devida.
- Mencionado precedente obrigatório, em deferência ao princípio da segurança jurídica e com esteio no artigo 927, §3º, do CPC, cuidou, ainda, de modular os efeitos da tese adotada, estabelecendo que, no que tange aos processos em curso no momento do mencionado julgamento, deve ser adotada a jurisprudência até então predominante.
- *In casu*, o réu, ao cobrar o benefício de auxílio doença pago anteriormente à implantação da aposentadoria por tempo de contribuição, somente após a implantação da aposentadoria, buscou a restituição de valores pagos indevidamente ao segurado, configurando erro material ou operacional. Por outro lado, não há nos autos elementos a evidenciar nexo de causalidade entre tal fato e uma conduta do segurado contrária ao princípio da boa-fé, mormente porque os benefícios foram concedidos administrativamente e não é razoável exigir que o segurado compreenda a forma de cálculo dos atrasados, sendo certo que ao ser creditado do total retroativo, tem como certo o valor pago.
- Sendo assim, em que pese a demonstração do pagamento indevido (pagamento de benefícios inacumuláveis), inexistindo nos autos elementos a demonstrar a má-fé do instituidor da pensão, a restituição dos valores descontados do benefício de sua aposentadoria, requerida pela pensionista, se mostra devida.
- Aos atrasados devem incidir juros de mora e correção monetária, da seguinte forma: (1) até a entrada em vigor da Lei nº 11.960/2009, os índices previstos no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pelo Conselho da Justiça Federal; e, (2) na vigência da Lei nº 11.960/2009, considerando a natureza não-tributária da condenação, os critérios estabelecidos pelo Egrégio STF, no julgamento do RE nº 870.947/SE, realizado em 20/09/2017, na sistemática de Repercussão Geral, quais sejam, (2.1) os juros moratórios serão calculados segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança, nos termos do disposto no artigo 1º-F da Lei 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/2009; e (2.2) a correção monetária, segundo o Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial - IPCA-E.

- Ao vencido incumbe o pagamento de honorários advocatícios, fixado em 10% sobre o valor da causa atualizado até a sentença (Súmula 111 do STJ).
- Preliminar acolhida. Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sétima Turma, por unanimidade, acolher a preliminar arguida, para reconhecer a legitimidade ativa da parte autora, e, com fulcro no art. 1013, §3º, inciso I, do CPC, julgar procedente a ação, condenando a parte ré nas verbas de sucumbência, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargadora Federal INÊS VIRGÍNIA - Relatora

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. DESEMBARGADORA FEDERAL INÊS VIRGÍNIA (RELATORA): Trata-se de apelação interposta por MARIA PEREIRA DOS SANTOS LACERDA, contra r.sentença que declarou extinto o processo sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, IV , do CPC, por ser a parte autora ilegítima.

A apelante alega, em resumo, que as diferenças descontadas do benefício do instituidor da pensão afetaram indiscutivelmente a subsistência de seu lar, não tendo seu falecido marido dado causa a qualquer recebimento indevido que justificasse a retenção indevida de valores, possuindo, portanto, como dependente presumida do "de cujus", legitimidade para pleitear a devolução dos descontos previdenciários indevidos. Ademais, aduz que o INSS sequer alegou na contestação a ilegitimidade da parte.

Nesse sentido, requer o provimento do recurso, para afastar a ilegitimidade de parte e reconhecer o pedido inicial, condenando o réu no pagamento dos valores em atraso descontados indevidamente e honorários advocatícios incidentes sobre a condenação.

Contrarrazões não apresentadas.

É o relatório.

Desembargadora Federal INÊS VIRGÍNIA - Relatora

VOTO

A EXMA. SRA. DESEMBARGADORA FEDERAL INÊS VIRGÍNIA (RELATORA): Segundo consta, MARIA PEREIRA DOS SANTOS LACERDA recebe pensão por morte, desde 28/10/2012, decorrente do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição de JOSÉ LOPES LACERDA (falecido em 28/10/2012).

Consta, porém, que JOSÉ LOPES recebeu benefício de auxílio-doença no período de 07/07/2003 a 29/07/2004, e, posteriormente, o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, com DIB em 28/06/2003 e DDB em 27/08/2008, sendo descontado desse benefício as parcelas de auxílio doença recebido no mesmo período, no percentual de 30%.

Diante disso, a pensionista ajuizou ação visando a restituição de valores descontados de beneficio previdenciário de aposentadoria por tempo de contribuição de titularidade do instituidor da pensão, tendo o Juízo "a quo" entendido por sua ilegitimidade.

Pois bem.

Com efeito, os recentes julgamentos realizados pela Egrégia Primeira Seção do C. STJ, ao apreciar os Resp 1856967/ES, 1856968/ES e 1856969/RJ, em acórdão publicado no dia 28.06.2021, enfrentou a questão relativa à "Possibilidade do reconhecimento da legitimidade ativa "ad causam" de pensionistas e sucessores para, em ordem de preferência, propor, em nome próprio, à falta de requerimento do segurado em vida, ação revisional da aposentadoria do "de cujus", com o objetivo de redefinir a renda mensal da pensão por morte - quando existente -, e, por conseguinte, receber, além das diferenças resultantes do recálculo do eventual pensionamento, os valores devidos e não pagos pela Administração ao instituidor quando vivo, referentes à readequação do benefício originário, a teor do disposto no art. 112 da Lei n. 8.213/1991" - tema repetitivo 1.057.

Na ocasião, firmou-se a seguinte tese jurídica:

> I. O disposto no art. 112 da Lei n. 8.213/1991 é aplicável aos âmbitos judicial e administrativo;
> II. Os pensionistas detêm legitimidade ativa para pleitear, por direito próprio, a revisão do benefício derivado (pensão por morte) - caso não alcançada pela decadência -, fazendo jus a diferenças pecuniárias pretéritas não prescritas, decorrentes da pensão recalculada;
> III. Caso não decaído o direito de revisar a renda mensal inicial do benefício originário do segurado instituidor, os pensionistas poderão postular a revisão da aposentadoria, a fim de auferirem eventuais parcelas não prescritas resultantes da readequação do benefício original, bem como os reflexos na graduação econômica da pensão por morte; e
> IV. À falta de dependentes legais habilitados à pensão por morte, os sucessores (herdeiros) do segurado instituidor, definidos na lei civil, são partes legítimas para pleitear, por ação e em nome próprios, a revisão do benefício original - salvo se decaído o direito ao instituidor - e, por conseguinte, de haverem eventuais diferenças pecuniárias não prescritas, oriundas do recálculo da aposentadoria do *de cujus*.

Com essas considerações, por analogia, é possível reconhecer a legitimidade ativa da pensionista, para requerer a devolução dos descontos que entende indevidos no benefício do instituidor da pensão, mesmo sem manifestação prévia deste, eis que, se de fato forem indevidos, tal valor estaria incorporado ao patrimônio jurídico do "*de cujus*".

Reconhecida a legitimidade da recorrente, estando o processo em condições de imediato julgamento, passo a analisar o mérito do pedido, nos termos do art. 1013, §3º, inciso I, do CPC.

Prossigo.

Da análise dos documentos juntados aos autos, limitados ao período que interessa aos fatos, observo que JOSÉ LOPES LACERDA recebeu auxílio doença nos períodos de 07/07/2003 a 29/07/2004 (NB 130.213.643-4) e de 03/06/2005 a 26/08/2008 (NB 514.354.010-7).

Consta, também, que foi concedido administrativamente o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição ao referido segurado (nº 42/127.884.605-8), a partir de 16/09/2008, com DIB em 26/08/2003, sendo o benefício cessado em 28/10/2012 (data do óbito).

De acordo com a Relação Detalhada de Crédito do benefício de aposentadoria de JOSÉ LOPES, observa-se que na competência de 02/2009, o segurado recebeu o valor dos atrasados, devidamente corrigidos, relativamente ao período de 26/08/2003 a 31/07/2008. Consta, também, que, a partir da competência de 02/2009, deu-se início aos descontos realizados pela rubrica "Consignação Débito com INSS", no percentual de 30% sobre o total do benefício, que perdurou até a cessação deste, pelo falecimento do segurado.

Na contestação, a Autarquia Previdenciária sustentou que o benefício de auxílio-doença do segurado JOSE LOPES LACERDA foi suspenso quando passou a receber o benefício de aposentadoria, conforme relação detalhada acima discriminada.

Dessa forma, considerando que a aposentadoria do "*de cujus*" foi concedida a partir de 16/09/2008, com DIB em 26/08/2003, e que neste interregno o segurado recebeu benefícios de auxílio doença (NB's 130.213.643-4 e 514.354.010-7), sendo o último cessado apenas em 26/08/2008, resta evidente que os descontos referem-se ao período de recebimento conjunto destes com a aposentadoria.

Fixada essa premissa, remanesce a questão sobre a exigibilidade/devolução de valores pagos indevidamente a título de benefício previdenciário, e sobre a qual a jurisprudência pátria controverte há longo tempo.

Isto porque, tem-se, de um lado, o caráter alimentar do benefício previdenciário e a boa-fé do segurado, e de outro, a indisponibilidade da verba pública e a vedação ao locupletamento ilícito.

De fato, a Administração Pública, constatando a existência de erro do ato administrativo - no caso específico da autarquia previdenciária na concessão ou pagamento dos benefícios - tem o poder de autotutela, que aqui se revela no poder-dever de proceder à correção do benefício, observando o devido processo legal. Além disso, o princípio da segurança jurídica deve ser compatibilizada com o poder de autotutela.

A Administração não pode conviver ou permitir atos eivados de ilegalidade. Desse modo, a convalidação é uma expressão do princípio da autotutela, "que significa o poder (na verdade, poder-dever) da Administração de prover o interesse público sem recorrer a outra autoridade, a ela estranha, para anular, corrigir e revogar atos administrativos ilegais ou, na última hipótese referida, inconvenientes ou inoportunos ao interesses públicos." (ARAÚJO, Edmar Netto de. A Convalidação dos atos administrativos e as leis de processo administrativo. *In* Processo Administrativo: Temas polêmicos da Lei nº 9.784/99, Irene Patrícia Nohara e Marco Antônio Praxedes de Moraes Filho (org), São Paulo: Atlas, 2011, p. 52)

O poder-dever de autotutela da Administração é guiado pelos princípios administrativos, já que a atividade dos órgãos públicos está estritamente vinculada à legalidade, devendo ser eficiente, resguardar o interesse público, sempre respeitando o contraditório e a ampla defesa, por meios de atos motivados que garantam a segurança jurídica dos administrados. Nas lições de Odete Medauar:

> "o processo administrativo estende a legalidade e dá ensejo ao surgimento de uma nova legalidade, em especial nas relações entre cidadão e Administração, o que não significa opção neopositivista ou ideia de onipotência da lei, mas a adequada compreensão da atividade administrativa, com base na realização dos princípios constitucionais, sem renúncia a um grau de certeza e de garantia, ou seja, um padrão de coerência sistêmica, segundo as linhas inerentes ao Estado de Direito." (MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 9. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005, p. 92).

O poder de autotutela guarda consonância com a Súmula 473 do STF, cujo enunciado é:

> "A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos."

Portanto, pacífico é o entendimento de que o INSS, no exercício de sua autotutela, deverá proceder à correção de benefício previdenciário pago incorretamente.

De outro lado, estabelece o artigo 876 do Código Civil que aquele que recebeu o que não lhe era devido fica obrigado a restituir. E o artigo 884 do mesmo Código Civil dispõe que o enriquecimento sem causa também implica a restituição.

Portanto, aquele que recebe benefício indevidamente, especialmente em razão de irregularidade ou fraude quando de sua concessão, está obrigado a restituir a importância devida, devidamente atualizada, nos termos do citado artigo 884 do CC.

Com efeito, a E. Primeira Seção do C. STJ, ao apreciar o tema repetitivo de n. 979, em que se submeteu a julgamento a questão acerca da *"Devolução ou não de valores recebidos de boa-fé, a título de benefício previdenciário, por força de interpretação errônea, má aplicação da lei ou erro da Administração da Previdência Social",* firmou a seguinte tese jurídica:

> "Com relação aos pagamentos indevidos aos segurados decorrentes de erro administrativo (material ou operacional), não embasado em interpretação errônea ou equivocada da lei pela Administração, são repetíveis, sendo legítimo o desconto no percentual de até 30% (trinta por cento) de valor do benefício pago ao segurado/beneficiário, ressalvada a hipótese em que o segurado, diante do caso concreto, comprova sua boa-fé objetiva, sobretudo com demonstração de que não lhe era possível constatar o pagamento indevido."

O acórdão ficou assim ementado:

> "PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. TEMA 979. ARTIGO 1.036 DO CPC/2015. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. ARTIGOS 884 E 885 DO CÓDIGO CIVIL/2002. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211 DO STJ. ART.115, II, DA LEI N. 8.213/1991. DEVOLUÇÃO DE VALORES RECEBIDOS POR FORÇA DE INTERPRETAÇÃO ERRÔNEA E MÁ APLICAÇÃO DA LEI. NÃO DEVOLUÇÃO. ERRO MATERIAL DA ADMINISTRAÇÃO. POSSIBILIDADE DE DEVOLUÇÃO SOMENTE NA HIPÓTESE DE ERRO EM QUE OS ELEMENTOS DO CASO CONCRETO NÃO PERMITAM CONCLUIR PELA INEQUÍVOCA PRESENÇA DA BOA-FÉ OBJETIVA.
> 1. Da admissão do recurso especial: Não se conhece do recurso especial quanto à alegada ofensa aos artigos 884 e 885 do Código Civil, pois não foram prequestionados. Aplica-se à hipótese o disposto no enunciado da Súmula 211 do STJ. O apelo especial que trata do dissídio também não comporta conhecimento, pois não indicou as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os precedentes colacionados e também por ausência de cotejo analítico e similitude entre as hipóteses apresentadas. Contudo, merece conhecimento o recurso quanto à suposta ofensa ao art. 115, II, da lei n. 8.213/1991.
> 2. Da limitação da tese proposta: A afetação do recurso em abstrato diz respeito à seguinte tese: Devolução ou não de valores recebidos de boa-fé, a título de benefício previdenciário, por força de interpretação errônea, má aplicação da lei ou erro da Administração da Previdência Social.
> 3. Irrepetibilidade de valores pagos pelo INSS em razão da errônea interpretação e/ou má aplicação da lei: O beneficiário não pode ser penalizado pela interpretação errônea ou má aplicação da lei previdenciária ao receber valor além do devido. Diz-se desse modo porque também é dever-poder da Administração bem interpretar a legislação que deve por ela ser aplicada no pagamento dos benefícios. Dentro dessa perspectiva, esta Corte Superior evoluiu a sua jurisprudência passando a adotar o entendimento no sentido de que, para a não devolução dos valores recebidos indevidamente pelo beneficiário da Previdência Social, é imprescindível que, além do caráter alimentar da verba e do princípio da irrepetibilidade do benefício, a presença da boa-fé objetiva daquele que recebe parcelas tidas por indevidas pela administração. Essas situações não refletem qualquer condição para que o cidadão comum compreenda de forma inequívoca que recebeu a maior o que não lhe era devido.

4. Repetição de valores pagos pelo INSS em razão de erro material da Administração previdenciária: No erro material, é necessário que se averigue em cada caso se os elementos objetivos levam à conclusão de que houve boa-fé do segurado no recebimento da verba. Vale dizer que em situações em que o homem médio consegue constatar a existência de erro, necessário se faz a devolução dos valores ao erário.
5. Do limite mensal para desconto a ser efetuado no benefício: O artigo 154, § 3º, do Decreto n. 3.048/1999 autoriza a Administração Previdenciária a proceder o desconto daquilo que pagou indevidamente; todavia, a dedução no benefício só deverá ocorrer quando se estiver diante de erro da administração. Nesse caso, caberá à Administração Previdenciária, ao instaurar o devido processo administrativo, observar as peculiaridades de cada caso concreto, com desconto no beneficio no percentual de até 30% (trinta por cento).
6. Tese a ser submetida ao Colegiado: Com relação aos pagamentos indevidos aos segurados decorrentes de erro administrativo (material ou operacional), não embasado em interpretação errônea ou equivocada da lei pela Administração, são repetíveis os valores, sendo legítimo o seu desconto no percentual de até 30% (trinta por cento) do valor do benefício mensal, ressalvada a hipótese em que o segurado, diante do caso concreto, comprova sua boa-fé objetiva, sobretudo com demonstração de que não lhe era possível constatar o pagamento indevido.
7. Modulação dos efeitos: Tem-se de rigor a modulação dos efeitos definidos neste representativo da controvérsia, em respeito à segurança jurídica e considerando o inafastável interesse social que permeia a questão sub examine, e a repercussão do tema que se amolda a centenas de processos sobrestados no Judiciário. Desse modo somente deve atingir os processos que tenham sido distribuídos, na primeira instância, a partir da publicação deste acórdão.
8. No caso concreto: Há previsão expressa quanto ao momento em que deverá ocorrer a cessação do benefício, não havendo margem para ilações quanto à impossibilidade de se estender o benefício para além da maioridade da beneficiária. Tratou-se, em verdade, de simples erro da administração na continuidade do pagamento da pensão, o que resulta na exigibilidade de tais valores, sob forma de ressarcimento ao erário, com descontos nos benefícios, tendo em vista o princípio da indisponibilidade do patrimônio público e em razão da vedação ao princípio do enriquecimento sem causa. Entretanto, em razão da modulação dos efeitos aqui definidos, deixa-se de efetuar os descontos dos valores recebidos indevidamente pelo segurado.
9. Dispositivo: Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido. Acórdão sujeito ao regime previsto no artigo 1.036 e seguintes do CPC/2015.
(REsp 1381734/RN, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/03/2021, DJe 23/04/2021)

Depreende-se, em resumo, que o aludido precedente firmou as seguintes balizas para solução da temática:

- os valores recebidos indevidamente em razão de má aplicação ou de interpretação errônea da lei não são passíveis de devolução pelo segurado;

- os valores recebidos indevidamente em razão de erro material ou operacional da Administração são passíveis de devolução, salvo comprovação da boa-fé do segurado;

- a comprovação da boa-fé será exigida para as ações ajuizadas a partir de 23/04/2021 (publicação do acórdão paradigma);

- a repetição, quando admitida, permite o desconto do percentual de até 30% do valor do benefício do segurado.

Cumpre destacar que o C. STJ andou bem ao distinguir as situações em que o pagamento indevido decorre de interpretação errônea e/ou má aplicação da lei daquelas em que o pagamento equivocado deflui de erro (material ou operacional) da autarquia. No particular, merece especial destaque o seguinte trecho do voto da lavra do e. Ministro Benedito Gonçalves:

> "Diferentemente das hipóteses anteriores (interpretação errônea e má aplicação da lei), onde o elemento objetivo é, por si, suficiente para levar à conclusão de que o segurado recebeu o benefício de boa-fé, assegurando-lhe o direito da não devolução do valor recebido indevidamente, a hipótese de erro material ou operacional deve ser analisado caso a caso, de modo a averiguar se o beneficiário/segurado tinha condições de compreender a respeito do não pertencimento dos valores recebidos, de modo a se lhe exigir comportamento diverso, diante do seu dever de lealdade para com a Administração Previdenciária."

Ou seja, em casos de má aplicação ou interpretação errônea da lei, em regra, não cabe a restituição. Já nos casos em que o recebimento indevido decorre de erro material ou operacional autárquico, é preciso verificar se tal equívoco era capaz de "despertar no beneficiário inequívoca compreensão da irregularidade do pagamento", *conditio sine qua non* para que a restituição seja devida.

A distinção entre os casos de cabimento (ou não) da restituição pelos segurados está de acordo com o princípio da segurança jurídica em suas duas dimensões: a objetiva, que é a segurança jurídica *stricto sensu*; e outra subjetiva, que é a proteção à confiança legítima. Como ensina Almiro do Couto e Silva:

> "A segurança jurídica é entendida como sendo um conceito ou um princípio jurídico que se ramifica em duas partes, uma de natureza objetiva e outra de natureza subjetiva. A primeira, de natureza objetiva, é aquela que envolve a questão dos limites à retroatividade dos atos do Estado até mesmo quando estes se qualifiquem como atos legislativos. Diz respeito, portanto, à proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada (...). A outra, de natureza subjetiva, concerne à proteção das pessoas no pertinente aos atos, procedimentos e condutas do Estado, nos mais diferentes aspectos de sua atuação" (COUTO E SILVA, Almiro. O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9784/99). Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº2, abril/maio/junho, 2005, p. 3/4. Disponível em http://www.direitodoestado.com.br/artigo/almiro-do-couto-e-silva/o-principio-da-seguranca-juridica-protecao-a-confianca-no-direito-publico-brasileiro-e-o-direito-da-administracao-publica-de-anular-seus-proprios-at)"

Convém mais uma vez citar o voto do e. Ministro Benedito Gonçalves, no qual Sua Excelência bem explica e exemplifica o que vem a ser um caso de erro administrativo que dá ensejo à repetição do indébito:

> "Nesse contexto, é possível afirmar que há erros materiais ou operacionais que se mostram incompatíveis com a indispensável boa-fé objetiva, dando ensejo ao ressarcimento do indébito, situação que foi muito bem retratada no MS n. 19.260/DF, da relatoria do Ministro Herman Benjamin, DJe 3/9/2014, ao exemplificar uma situação hipotética de um servidor que não possui filhos e recebeu, por erro da Administração, auxílio natalidade."

Mencionado precedente obrigatório, em deferência ao princípio da segurança jurídica e com esteio no artigo 927, §3º, do CPC, cuidou, ainda, de modular os efeitos da tese adotada, estabelecendo que, no que tange aos processos em curso no momento do mencionado julgamento, deve ser adotada a jurisprudência até então predominante.

Assim, a simples má aplicação ou a interpretação equivocada da lei e o erro da Administração não autorizam, por si só, a devolução de valores recebidos indevidamente a título de

benefício previdenciário, que, em tese, foram recebidos de boa-fé pelos segurados/beneficiários. Em casos tais, é imprescindível que seja comprovada a má-fé do beneficiário ou que seja ilidida a boa-fé da pessoa que recebeu de forma indevida o benefício previdenciário, a fim de obrigar o ressarcimento ao erário.

In casu, o INSS, ao cobrar o benefício de auxílio doença pago anteriormente à implantação da aposentadoria por tempo de contribuição, *somente após a implantação da aposentadoria,* buscou a restituição de valores pagos indevidamente ao segurado, configurando erro material ou operacional. Por outro lado, não há nos autos elementos a evidenciar nexo de causalidade entre tal fato e uma conduta do segurado contrária ao princípio da boa-fé, mormente porque os benefícios foram concedidos administrativamente e não é razoável exigir que o segurado compreenda a forma de cálculo dos atrasados, sendo certo que ao ser creditado do total retroativo, tem como certo o valor pago.

Sendo assim, em que pese a demonstração do pagamento indevido (pagamento de benefícios inacumuláveis), inexistindo nos autos elementos a demonstrar a má-fé do instituidor da pensão, a restituição dos valores descontados do benefício de aposentadoria de JOSE LOPES LACERDA, requerida pela pensionista, se mostra devida.

Destarte, deve o INSS restituir à parte autora os valores descontados do benefício de JOSÉ LOPES LACERDA, realizados no período de 02/2009 a 28/10/2012.

E como a presente ação foi ajuizada em 01/04/2013, não há que se falar em prescrição.

Aos atrasados devem incidir juros de mora e correção monetária, da seguinte forma: (1) até a entrada em vigor da Lei nº 11.960/2009, os índices previstos no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pelo Conselho da Justiça Federal; e, (2) na vigência da Lei nº 11.960/2009, considerando a natureza não-tributária da condenação, os critérios estabelecidos pelo Egrégio STF, no julgamento do RE nº 870.947/SE, realizado em 20/09/2017, na sistemática de Repercussão Geral, quais sejam, (2.1) os juros moratórios serão calculados segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança, nos termos do disposto no artigo 1º-F da Lei 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/2009; e (2.2) a correção monetária, segundo o Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial - IPCA-E.

Vencido o INSS, a ele incumbe o pagamento de honorários advocatícios, que fixo em 10% sobre o valor da causa atualizado até a sentença (Súmula 111 do STJ).

Ante o exposto, acolho a preliminar arguida, para reconhecer a legitimidade ativa da parte autora, e, com fulcro no art. 1013, §3º, inciso I, do CPC, julgo procedente a ação, condenando a parte ré nas verbas de sucumbência.

É o voto.

Desembargadora Federal INÊS VIRGÍNIA - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0000867-62.2015.4.03.6138

Apelantes: ALEXANDRE ANTONIO, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelados: OS MESMOS
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL DALDICE SANTANA
Disponibilização do Acórdão: DJEN 09/11/2021

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. ATIVIDADE RURAL. ATIVIDADE ESPECIAL. TRABALHADOR AGROPECUÁRIO. RUÍDO. MOTORISTA DE CAMINHÃO. ATIVIDADES NÃO PREVISTAS NOS DECRETOS REGULAMENTARES. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS PARA A CONCESSÃO DA APOSENTADORIA.
- A questão relativa à comprovação de atividade rural encontra-se pacificada no Superior Tribunal de Justiça (STJ), que exige início de prova material e afasta por completo a prova exclusivamente testemunhal (Súmula n. 149 do STJ).
- Conjunto probatório suficiente para demonstrar em parte o labor rural alegado, independentemente do recolhimento de contribuições, exceto para fins de carência e contagem recíproca (artigo 55, § 2º, e artigo 96, inciso IV, ambos da Lei n. 8.213/1991).
- O tempo de trabalho sob condições especiais poderá ser convertido em comum, observada a legislação aplicada à época na qual o trabalho foi prestado. Além disso, os trabalhadores assim enquadrados poderão fazer a conversão dos anos trabalhados a "qualquer tempo", independentemente do preenchimento dos requisitos necessários à concessão da aposentadoria.
- O enquadramento efetuado em razão da categoria profissional é possível somente até 28/4/1995 (Lei n. 9.032/1995).
- A exposição superior a 80 decibéis era considerada atividade insalubre até a edição do Decreto n. 2.172/1997, que majorou o nível para 90 decibéis. Com a edição do Decreto n. 4.882, de 18/11/2003, o limite mínimo de ruído para reconhecimento da atividade especial foi reduzido para 85 decibéis, sem possibilidade de retroação ao regulamento de 1997 (REsp n. 1.398.260, sob o regime do artigo 543-C do CPC).
- Constatadas anotações em Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) do exercício de atividades em estabelecimentos agropecuários, enquadrando-se nos exatos termos do código 2.2.1 do anexo do Decreto n. 53.831/1964. Precedentes do STJ.
- Ainda, quanto aos intervalos em relação aos quais a parte autora requereu o reconhecimento da especialidade até 28/4/1995, depreende-se, da documentação juntada aos autos, o exercício da função de motorista de caminhão, fato que permite o reconhecimento de sua natureza especial apenas pelo enquadramento profissional, nos termos dos códigos 2.4.4 do anexo do Decreto n. 53.831/1964 e 2.4.2 do anexo do Decreto n. 83.080/1979.
- A profissão de "mecânico", apontada nos registros em CTPS, não se encontra contemplada na legislação correlata e não há nenhum elemento de convicção que demonstre a sujeição a agentes nocivos, sobretudo agentes químicos, conforme alegado pela parte autora.

- Comprovada a exposição habitual e permanente a ruído em nível superior ao limite de tolerância previstos nas normas regulamentares.
- Diante das circunstâncias da prestação laboral descritas, conclui-se que, na hipótese, o EPI não é realmente capaz de neutralizar a nocividade dos agentes.
- A parte autora não faz jus à concessão da aposentadoria por tempo de contribuição, por estarem ausentes os requisitos dos artigos 52 da Lei n. 8.213/1991 e 201, § 7º, inciso I, da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 20/1998.
- Em virtude de sucumbência recíproca e da vedação à compensação (art. 85, § 14, da Lei 13.105/2015), fica condenado o INSS em verba honorária ao advogado da parte autora, arbitrada em 3% (três por cento) sobre o valor atualizado da causa, bem como a parte autora a pagar honorários de advogado ao INSS, fixados em 7% (sete por cento) sobre a mesma base de cálculo, ficando, porém, suspensa, a exigibilidade, na forma do artigo 98, § 3º, do CPC, por tratar-se de beneficiária da justiça gratuita.
- Apelação do INSS não provida.
- Apelação da parte autora parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento à apelação do INSS e dar parcial provimento à apelação da parte autora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargadora Federal DALDICE SANTANA - Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de ação de conhecimento proposta em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, na qual a parte autora busca o reconhecimento de atividade rural e especial, com vistas à concessão de aposentadoria especial ou aposentadoria por tempo de contribuição.

A sentença julgou parcialmente procedente o pedido para reconhecer a atividade rural no período de 20/08/1976 a 31/12/1976 e especiais nos interstícios de 01/08/1988 a 17/11/1989, 02/05/1991 a 19/10/1991, 21/04/1999 a 30/10/2001, 01/06/2004 a 31/08/2005 e de 29/04/2006 a 11/09/2006, bem como determinar a averbação respectiva.

Não resignada, a parte autora interpôs apelação, na qual requer o reconhecimento dos períodos de 25/06/1979 a 29/06/1980; 13/02/1983 a 30/07/1983; 01/06/1986 a 31/08/1986; 02/01/1992 a 06/08/1993, 01/10/1994 a 19/07/1995 e 01/08/1996 a 08/02/1997 e a majoração dos honorários.

Inconformada, a autarquia também interpôs recurso de apelação, no qual impugna o reconhecimento do labor rural e especial. Subsidiariamente, insurge-se contra os critérios de incidência dos consectários. Prequestiona a matéria para fins recursais.

Com contrarrazões, os autos subiram a esta Corte.

É o relatório.

Desembargadora Federal DALDICE SANTANA - Relatora

VOTO

Os recursos atendem aos pressupostos de admissibilidade e merecem ser conhecidos.

Passo à análise das questões trazidas a julgamento.

Do tempo de serviço rural

Segundo o artigo 55 e respectivos parágrafos da Lei n. 8.213/1991:

> "Art. 55. O tempo de serviço será comprovado na forma estabelecida no Regulamento, compreendendo, além do correspondente às atividades de qualquer das categorias de segurados de que trata o art. 11 desta Lei, mesmo que anterior à perda da qualidade de segurado:
> (...)
> § 1º A averbação de tempo de serviço durante o qual o exercício da atividade não determinava filiação obrigatória ao anterior Regime de Previdência Social Urbana só será admitida mediante o recolhimento das contribuições correspondentes, conforme dispuser o Regulamento, observado o disposto no § 2º.
> § 2º O tempo de serviço do segurado trabalhador rural, anterior à data de início de vigência desta Lei, será computado independentemente do recolhimento das contribuições a ele correspondentes, exceto para efeito de carência, conforme dispuser o Regulamento.
> § 3º A comprovação do tempo de serviço para os efeitos desta Lei, inclusive mediante justificação administrativa ou judicial, conforme o disposto no art. 108, só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no Regulamento."

Também dispõe o artigo 106 da mesma Lei:

> "Art. 106. Para comprovação do exercício de atividade rural será obrigatória, a partir 16 de abril de 1994, a apresentação da Carteira de Identificação e Contribuição - CIC referida no § 3º do art. 12 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.
> Parágrafo único. A comprovação do exercício de atividade rural referente a período anterior a 16 de abril de 1994, observado o disposto no § 3º do art. 55 desta Lei, far-se-á alternativamente através de:
> I - contrato individual de trabalho ou Carteira de Trabalho e Previdência Social;
> II - contrato de arrendamento, parceria ou comodato rural;
> III - declaração do sindicato de trabalhadores rurais, desde que homologada pelo INSS;
> IV - comprovante de cadastro do INCRA, no caso de produtores em regime de economia familiar;
> V - bloco de notas do produtor rural."

Sobre a prova do tempo de exercício da atividade rural, certo é que o legislador, ao garantir a contagem de tempo de serviço sem registro anterior, exigiu o início de prova material, no que foi secundado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), quando da edição da Súmula 149.

Também está assente, na jurisprudência daquela Corte, ser: *"(...) prescindível que o início de prova material abranja necessariamente esse período, dês que a prova testemunhal amplie a sua eficácia probatória ao tempo da carência, vale dizer, desde que a prova oral permita a sua vinculação ao tempo de carência."* (AgRg no REsp n. 298.272/SP, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, *in* DJ 19/12/2002)

Ressalto que no julgamento do Resp 1.348.633/SP, da relatoria do Ministro Arnaldo Esteves Lima, submetido ao rito do art. 543-C, do CPC/1973, o Superior Tribunal de Justiça,

examinando a matéria concernente à possibilidade de reconhecimento do período de trabalho rural anterior ao documento mais antigo apresentado, consolidou o entendimento de que a prova material juntada aos autos possui eficácia probatória tanto para o período anterior quanto para o posterior à data do documento, desde que corroborado por robusta prova testemunhal.

No caso, há início razoável de prova material, consubstanciado no título eleitoral da parte autora, emitido em 20/08/1976, qualificada como trabalhador braçal na lavoura e anotação em Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS de vínculo de natureza rural, de 25/06/1979 a 29/06/1980.

Ainda, a carteira de trabalho da parte autora demonstra que desempenhou atividade rurícola no decorrer de grande parte de sua vida laboral.

A prova testemunhal, por sua vez, foi coerente com o início de prova material apresentado e confirmou o labor asseverado, desde a tenra idade, em auxílio à família.

Deste modo, joeirado o conjunto probatório, entendo demonstrado o trabalho rural no interstício de 20/08/1976 a 31/12/1976, independentemente do recolhimento de contribuições, *exceto para fins de carência e contagem recíproca (artigo 55, § 2º, e artigo 96, inciso IV, ambos da Lei n. 8.213/1991).*

Do enquadramento de período especial

Editado em 3 de setembro de 2003, o Decreto n. 4.827 alterou o artigo 70 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto n. 3.048, de 6 de maio de 1999, o qual passou a ter a seguinte redação:

> "Art. 70. A conversão de tempo de atividade sob condições especiais em tempo de atividade comum dar-se-á de acordo com a seguinte tabela:
> (...)
> § 1º A caracterização e a comprovação do tempo de atividade sob condições especiais obedecerá ao disposto na legislação em vigor na época da prestação do serviço.
> § 2º As regras de conversão de tempo de atividade sob condições especiais em tempo de atividade comum constantes deste artigo aplicam-se ao trabalho prestado em qualquer período."

Por conseguinte, o tempo de trabalho sob condições especiais poderá ser convertido em comum, observada a legislação aplicada à época na qual o trabalho foi prestado. Além disso, os trabalhadores assim enquadrados farão jus à conversão dos anos trabalhados a "qualquer tempo", independentemente do preenchimento dos requisitos necessários à concessão da aposentadoria.

Ademais, em razão do novo regramento, encontram-se superadas a limitação temporal, prevista no artigo 28 da Lei n. 9.711/1998, e qualquer alegação quanto à impossibilidade de enquadramento e conversão dos lapsos anteriores à vigência da Lei n. 6.887/1980.

> Nesse sentido: STJ, REsp 1010028/RN, 5ª Turma; Rel. Ministra Laurita Vaz, julgado em 28/02/2008, DJe 07/04/2008.

Cumpre observar que antes da entrada em vigor do Decreto n. 2.172, de 5 de março de 1997, regulamentador da Lei n. 9.032, de 28 de abril de 1995, não se exigia (exceto em algumas hipóteses) a apresentação de laudo técnico para a comprovação do tempo de serviço especial, pois bastava o formulário preenchido pelo empregador (SB40 ou DSS8030) para atestar a existência das condições prejudiciais.

> Nesse particular, a jurisprudência majoritária, tanto nesta Corte quanto no Superior Tribunal de Justiça (STJ), assentou-se no sentido de que o enquadramento apenas pela categoria profissional é possível tão-somente até 28/4/1995 (Lei n. 9.032/1995). Nesse sentido: STJ, AgInt no AREsp 894.266/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/10/2016, DJe 17/10/2016.

Contudo, tem-se que, para a demonstração do exercício de atividade especial cujo agente agressivo seja o ruído, sempre houve a necessidade da apresentação de laudo pericial, independentemente da época de prestação do serviço.

Nesse contexto, a exposição superior a 80 decibéis era considerada atividade insalubre até a edição do Decreto n. 2.172/1997, que majorou o nível para 90 decibéis. Isso porque os Decretos n. 83.080/1979 e 53.831/1964 vigoraram concomitantemente até o advento do Decreto n. 2.172/1997.

Com a edição do Decreto n. 4.882, de 18 de novembro de 2003, o limite mínimo de ruído para reconhecimento da atividade especial foi reduzido para 85 decibéis (art. 2º, que deu nova redação aos itens 2.0.1, 3.0.1 e 4.0.0 do Anexo IV do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto n. 3.048/1999).

Quanto a esse ponto, à míngua de expressa previsão legal, não há como conferir efeito retroativo à norma regulamentadora que reduziu o limite de exposição para 85 dB(A) a partir de novembro de 2003.

Sobre essa questão, o STJ, ao apreciar o *Recurso Especial n. 1.398.260*, sob o regime do art. 543-C do CPC/1973, consolidou entendimento acerca da *inviabilidade da aplicação* retroativa do decreto que reduziu o limite de ruído no ambiente de trabalho (de 90 para 85 dB) para configuração do tempo de serviço especial (julgamento em 14/05/2014).

Com a edição da Medida Provisória n. 1.729/1998 (convertida na Lei n. 9.732/1998), foi inserida na legislação previdenciária a exigência de informação, no laudo técnico de condições ambientais do trabalho, quanto à utilização do Equipamento de Proteção Individual (EPI).

Desde então, com base na informação sobre a eficácia do EPI, a autarquia deixou de promover o enquadramento especial das atividades desenvolvidas posteriormente a 3/12/1998.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal (STF), ao apreciar o *ARE n. 664.335*, em regime de repercussão geral, decidiu que: (i) se o EPI for realmente capaz de neutralizar a nocividade, não haverá respaldo ao enquadramento especial; (ii) havendo, no caso concreto, divergência ou dúvida sobre a real eficácia do EPI para descaracterizar completamente a nocividade, deve-se optar pelo reconhecimento da especialidade; (iii) na hipótese de exposição do trabalhador a ruído acima dos limites de tolerância, a utilização do EPI não afasta a nocividade do agente.

Quanto a esses aspectos, sublinhe-se o fato de que o campo "*EPI Eficaz (S/N)*" constante no Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP) é preenchido pelo empregador considerando-se, tão somente, se houve ou não atenuação dos fatores de risco, consoante determinam as respectivas instruções de preenchimento previstas nas normas regulamentares. Vale dizer: essa informação não se refere à real eficácia do EPI para descaracterizar a nocividade do agente.

Em relação ao Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), instituído pelo art. 58, § 4º, da Lei n. 9.528/1997, este é emitido com base em laudo técnico elaborado pelo empregador, retrata as características do trabalho do segurado e traz a identificação do profissional legalmente habilitado pela avaliação das condições de trabalho, apto, portanto, a comprovar o exercício de atividade sob condições especiais.

Além disso, a lei não exige a contemporaneidade desses documentos (laudo técnico e PPP). É certo, ainda, que em razão dos muitos avanços tecnológicos e da fiscalização traba-

lhista, as circunstâncias agressivas em que o labor era prestado tendem a atenuar-se com o decorrer do tempo.

Neste caso, no tocante aos intervalos controversos de 25/06/1979 a 29/06/1980, 13/02/1983 a 30/07/1983, 01/06/1986 a 31/08/1986 e 02/01/1992 a 06/08/1993, a especialidade restou demonstrada, via CTPS, que indica o exercício de atividades em estabelecimento agropecuário, enquadrando-se nos exatos termos do código 2.2.1 do anexo do Decreto n. 53.831/1964.

> Nesse sentido: STJ, AINTARESP – Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial - 860631 2016.00.32469-5, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/6/2016; RESP – Recurso Especial - 1309245 2012.00.30818-2, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJE 22/10/2015.

Em relação aos períodos controversos de 01/08/1988 a 17/11/1989, 02/05/1991 a 19/10/1991, depreende-se dos registros no Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS) o exercício das atividades de motorista de caminhão (CBO 98560), fato que permite o reconhecimento de sua natureza especial, apenas pelo enquadramento profissional, nos termos dos códigos 2.4.4 do anexo do Decreto n. 53.831/1964 e 2.4.2 do anexo do Decreto n. 83.080/1979.

Quanto ao intervalo de 01/10/1994 a 19/07/1995, não assiste razão à parte autora, uma vez que a ocupação de "mecânico" em estabelecimento voltado à agricultura, como apontado nos registros em CTPS, não se encontra contemplada na legislação correlata e não há nenhum elemento de convicção que demonstre a sujeição a agentes nocivos, sobretudo agentes químicos, conforme alegado pela parte autora.

Com efeito, não foram juntados documentos hábeis a demonstrar a pretendida especialidade ou o alegado trabalho nos moldes previstos nos instrumentos normativos supramencionados.

Quanto aos intervalos controversos de 21/04/1999 a 30/10/2001, 01/06/2004 a 31/08/2005 e 29/04/2006 a 11/09/2006, a sentença não merece reparos, pois consta do laudo técnico que a parte autora exercia suas atividades com exposição habitual e permanente ao agente nocivo "ruído" em níveis superiores aos limites previstos nas normas em comento.

Diante das circunstâncias da prestação laboral descritas, conclui-se que, na hipótese, o EPI não é realmente capaz de neutralizar a nocividade do agente.

Por fim, em relação ao interregno de 01/08/1996 a 08/02/1997, deve ser mantida a sentença, pois, de fato, não há nenhum elemento de convicção que demonstre a sujeição a agentes nocivos.

Assim, a parte autora não se desincumbiu do ônus que realmente lhe toca quando instruiu a peça inicial (art. 373, I, do CPC), qual seja: carrear prova documental descritiva das condições insalubres às quais permaneceu exposta, com permanência e habitualidade, no ambiente laboral, como formulários padrão e laudo técnico individualizado ou PPP.

Em síntese, prospera o pleito de enquadramento dos interregnos de 25/06/1979 a 29/06/1980, 13/02/1983 a 30/07/1983, 01/06/1986 a 31/08/1986; 02/01/1992 a 06/08/1993, em acréscimo aos períodos reconhecidos pelo Juízo *a quo* (01/08/1988 a 17/11/1989, 02/05/1991 a 19/10/1991, 21/04/1999 a 30/10/2001, 01/06/2004 a 31/08/2005 e 29/04/2006 a 11/09/2006), ora mantidos.

Da aposentadoria por tempo de contribuição

Antes da edição da Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998, a aposentadoria por tempo de serviço estava prevista no art. 202 da Constituição Federal, assim redigido:

> "Art. 202. É assegurada aposentadoria, nos termos da lei, calculando-se o benefício sobre a média dos trinta e seis últimos salários-de-contribuição, corrigidos monetariamente mês a mês, e comprovada a regularidade dos reajustes dos salários-de-contribuição de modo a preservar seus valores reais e obedecidas as seguintes condições:
> (...)
> II - após trinta e cinco anos de trabalho, ao homem, e, após trinta, à mulher, ou em tempo inferior, se sujeitos a trabalho sob condições especiais, que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidas em lei:
> (...)
> § 1º - É facultada aposentadoria proporcional, após trinta anos de trabalho, ao homem, e, após vinte e cinco, à mulher."

Já na legislação infraconstitucional, a previsão está contida no artigo 52 da Lei n. 8.213/1991:

> "Art. 52. A aposentadoria por tempo de serviço será devida, cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que completar 25 (vinte e cinco) anos de serviço, se do sexo feminino, ou 30 (trinta) anos, se do masculino."

Assim, para fazer jus ao benefício de aposentadoria por tempo de serviço, o segurado teria de preencher somente dois requisitos, a saber: tempo de serviço e carência.

Com a inovação legislativa trazida pela citada Emenda Constitucional, de 15/12/1998, a aposentadoria por tempo de serviço foi extinta, restando, contudo, a observância do direito adquirido. Isso significa dizer: o segurado que tivesse satisfeito todos os requisitos da aposentadoria integral ou proporcional, sob a égide daquele regramento, poderia, a qualquer tempo, pleitear o benefício.

Àqueles, no entanto, que estavam em atividade e ainda não preenchiam os requisitos à época da Reforma Constitucional, a Emenda em comento, no seu artigo 9º, estabeleceu regras de transição e passou a exigir, para quem pretendesse se aposentar na forma proporcional, requisito de idade mínima (53 anos para os homens e 48 anos para as mulheres), além de um adicional de contribuições no percentual de 40% sobre o valor que faltasse para completar 30 anos (homens) e 25 anos (mulheres), consubstanciando o que se convencionou chamar de "pedágio".

No caso vertente, porém, somados os lapsos incontroversos ao período rural e especiais ora reconhecidos, a parte autora não conta 35 anos na data do requerimento administrativo (DER), de modo que não estão presentes todos os requisitos para a concessão da aposentadoria por tempo de contribuição.

Em virtude de sucumbência recíproca e da vedação à compensação (art. 85, § 14, da Lei 13.105/2015), fica condenado o INSS em verba honorária ao advogado da parte autora, arbitrada em 3% (três por cento) sobre o valor atualizado da causa, bem como a parte autora a pagar honorários de advogado ao INSS, fixados em 7% (sete por cento) sobre a mesma base de cálculo, ficando, porém, suspensa, a exigibilidade, na forma do artigo 98, § 3º, do CPC, por tratar-se de beneficiária da justiça gratuita.

No que concerne ao prequestionamento suscitado, assinalo não ter havido contrariedade alguma à legislação federal ou a dispositivos constitucionais.

Diante do exposto, *nego provimento* à apelação do INSS e *dou parcial provimento* à apelação da parte autora para, nos termos da fundamentação: (i) também reconhecer a espe-

cialidade da atividade desempenhada nos interstícios de 25/06/1979 a 29/06/1980, 13/02/1983 a 30/07/1983, 01/06/1986 a 31/08/1986 e 02/01/1992 a 06/08/1993, em acréscimo aos demais reconhecidos na sentença, e (ii) fixar a sucumbência recíproca.

É o voto.

Desembargadora Federal DALDICE SANTANA - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0000696-76.2016.4.03.6007

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: MARIA SANTA DE SOUZA LOPES
Relatora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA LEILA PAIVA
Disponibilização do Acórdão: DJEN 09/11/2021

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. RENDA MENSAL VITÁLICIA CONCEDIDA INDEVIDADEMENTE. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE RURAL À ÉPOCA DA INCAPACIDADE. REQUISITOS PARA APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. QUALIDADE DE SEGURADO COMPROVADA.
1. A concessão do benefício, em princípio, depende do reconhecimento da presença de três requisitos básicos: o óbito, a qualidade de segurado do falecido e a dependência econômica em relação a ele na data do falecimento.
2. Demonstrados o óbito e a dependência econômica presumida da autora.
3. A Renda Mensal Vitalícia está prevista na Lei nº 6.179/74. Cuida-se de amparo previdenciário concedido àqueles que, além do requisito idade ou a situação de invalidez, não exerçam atividade remunerada e nem aufiram rendimento, tendo cumprido o tempo de filiação ou o exercício de atividade remunerada, e estejam definitivamente incapacitados ao exercício laboral.
4. A comprovação do labor rural é realizada mediante indício de prova material, corroborada com a testemunhal, consoante entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do *Recurso Especial nº 1.321.493/PR – Tema 554,* julgado sob a sistemática prevista no artigo 543-C do CPC/1973.
5. A sintonia das provas inclina à demonstração de que o falecido laborava na atividade rural, que perdurou até o dia inicial da incapacidade laboral dele, restando demonstrado os requisitos necessários à concessão da aposentadoria por invalidez. Qualidade de segurado comprovada.
6. Preliminar rejeitada. Recurso não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por unanimidade, decidiu rejeitar a preliminar e negar provimento à apelação do INSS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Juíza Federal Convocada LEILA PAIVA - Relatora

RELATÓRIO

A Excelentíssima Senhora Juíza Federal convocada Leila Paiva (Relatora):

Cuida-se de *recurso de apelação* apresentado pelo *Instituto Nacional do Seguro Social – INSS –* em face de r. sentença proferida em *demanda previdenciária*, que *julgou procedente*

pedido de *pensão por morte* proposto por *Maria Santa de Souza Lopes,* em face do falecimento de seu cônjuge, por entender que restou comprovada a qualidade de segurado rural no dia do óbito.

Foi concedida a tutela antecipatória.

Em razões recursais, a autarquia federal sustenta, em síntese, o seguinte: a) sujeição da r. sentença à remessa necessária; b) inexistência de documento contemporâneo, além do recebimento de benefício de Renda Mensal Vitalícia por Incapacidade desde 1995; c) impossibilidade de comprovação da qualidade de rural mediante prova exclusivamente testemunhas; e d) a aplicação do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação introduzida pela Lei nº 11.960/09, no cálculo dos juros de mora e da correção monetária.

Com contrarrazões, vieram os autos a esta E. Corte Regional.

É o relatório.

Juíza Federal Convocada LEILA PAIVA - Relatora

VOTO

A Excelentíssima Senhora Juíza Federal convocada Leila Paiva (Relatora):

PRELIMINARMENTE - DA REMESSA OFICIAL

Trata-se sentença publicada após 18/03/2016, na vigência do CPC de 2015, razão pela qual a admissibilidade do recurso interposto deve observar o novel diploma processual (Enunciado Administrativo nº 3, do C. STJ).

O artigo 496, inciso I, § 3º, inciso I, do CPC estabelece que apenas as causas cuja condenação alcançar 1.000 (mil) salários mínimos devem ser submetidas à remessa necessária.

Não se desconhece que, sob a égide do CPC de 1973, o C. STJ havia cristalizado o entendimento no sentido do cabimento da remessa necessária, quando ilíquida a sentença proferida contra a União e suas autarquias, inclusive o INSS, nos termos do precedente emanado do *Resp Repetitivo nº 1.101.727/PR*, (Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Corte Especial, j. 04/11/2009). Além disso, editou a *Súmula 490*: "*A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica a sentenças ilíquidas*" (STJ, Corte Especial, j. 28/06/2012).

Entretanto, aplicando a técnica do *overrinding*, em homenagem à redação do artigo 496, inciso I, § 3º, inciso I, do CPC de 2015, aquela C. Corte de Justiça revisitou o tema anteriormente professado no *Recurso Especial nº 1.101.727/PR,* quanto às demandas previdenciárias, considerando que as condenações nesses casos, ainda que ilíquidas, regra geral não superam o valor de 1.000 (mil) salários mínimos, concluindo, assim, pela dispensa da remessa necessária. Precedentes: *STJ, REsp 1844937/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019. TRF 3ª Região, 9ª Turma, Remessa Necessária Cível - 6078868-74.2019.4.03.9999, Rel. Desembargador Federal GILBERTO RODRIGUES JORDAN, j. 02/04/2020.*

Nesse diapasão, ainda que aparentemente ilíquida a sentença, resta evidente que a condenação ou o proveito econômico pretendido pela parte autora não excede o novo valor de alçada do CPC de 2015, consistente em mil salários mínimos.

Assim sendo, rejeito a preliminar, estando correta a não submissão da r. sentença à remessa oficial

DA PENSÃO POR MORTE

A pensão por morte é benefício previdenciário assegurado pelo artigo 201, inciso V, da Constituição da República, consistente em prestação de pagamento continuado.

A concessão do benefício, em princípio, depende do reconhecimento da presença de três requisitos básicos: o óbito, a qualidade de segurado do falecido e a dependência econômica em relação a ele na data do falecimento.

Do óbito

O óbito do Sr. José Lopes Sobrinho ocorreu em 04/02/2016 (ID 90574231 – p. 20). Assim, em atenção ao princípio *tempus regit actum*, previsto na súmula 340 do Colendo Superior Tribunal de Justiça (STJ), a lei regente da concessão de pensão por morte é a vigente na data do falecimento, aplicando-se ao caso as normas dos artigos 16, 26, e 74 a 79, da Lei nº 8.213, de 24/07/1991, com a redação em vigor na data do óbito.

Da dependência econômica da autora

O artigo 16, I e § 4º, da Lei nº 8.213/91, estabelece o cônjuge como beneficiário do Regime Geral de Previdência Social, cuja dependência econômica é presumida. Tal condição resta demonstrada mediante a juntada da certidão de casamento (ID 90574231 – p. 19).

Da qualidade de segurado rural do falecido

A concessão do benefício requer a demonstração da qualidade de segurado ou o preenchimento dos requisitos para a concessão da aposentadoria, na forma do artigo 102 da Lei nº 8.213, de 24/07/1991, bem como do teor da súmula 416 do C. STJ: "*É devida a pensão por morte aos dependentes do segurado que, apesar de ter perdido essa qualidade, preencheu os requisitos legais para a obtenção de aposentadoria até a data do seu óbito*". (STJ, Terceira Seção, julgado em 09/12/2009, DJe 16/12/2009).

O acesso à Previdência Social foi erigido pela Constituição da República a direito fundamental de segunda geração, razão por que as Colendas Cortes Superiores flexibilizaram a rigidez da metodologia processual probatória, dada à natureza das lides previdenciárias, que instrumentalizam a discussão de direitos emanados de contexto social adverso, considerando-se as especiais condições do trabalho campesino.

Nessa esteira, a *comprovação da atividade rural* pode ser realizada mediante *início de prova material corroborada por prova testemunhal*, conforme o § 3º do artigo 55 da Lei nº 8.213, de 24/07/1991, *in verbis*:

> Art. 55. (...) § 3º A comprovação do tempo de serviço para os fins desta Lei, inclusive mediante justificativa administrativa ou judicial, observado o disposto no art. 108 desta Lei, só produzirá efeito quando for baseada em início de prova material contemporânea dos fatos, não admitida a prova exclusivamente testemunhal, exceto na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, na forma prevista no regulamento. (Redação dada pela Lei nº 13.846, de 2019)

O comando legal transcrito veda expressamente a exclusividade da prova testemunhal, impondo que conjunto probatório deve ser norteado pela harmonia das provas material e testemunhal idônea, vedado o reconhecimento de tempo de trabalho rurícola mediante somente a apresentação de testemunhos. Essa interpretação foi cristalizada pelo C. STJ no verbete da *Súmula 149 do C. STJ*: "*A prova exclusivamente testemunhal não basta a comprovação da atividade rurícola, para efeito da obtenção de benefício previdenciário*". (STJ, Terceira Seção, j. 07/12/1995, DJ 18/12/1995).

Acrescente-se que o comando do artigo 55, § 3º, da Lei nº 8.213, de 24/07/1991, e o precedente inserto na Súmula 149/STJ aplicam-se também aos trabalhadores rurais que laboram na informalidade, como os denominados "boias-frias", por força do que foi consignado pelo *Tema 554 pelo C. STJ* ((*REsp Repetitivo nº 1.321.493*, Relator Ministro Herman Benjamin, j. 10/10/2012, DJe 19/12/2012).

No que diz respeito às *provas materiais* consideradas aptas à demonstração do trabalho rural, elas foram enumeradas pelo *artigo 106 da Lei nº 8.213, de 24/07/1991, cujo rol tem natureza meramente exemplificativa*, conforme jurisprudência pacificada do C. STJ e deste C. Tribunal, (Precedentes: *AgInt no AREsp 1372590/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. 21/03/2019; DJe 28/03/2019; RESP nº 1.081.919/PB, Relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 03/08/2009; TRF3, Nona Turma, Apelação/Remessa Necessária AC6080974-09.2019.4.03.9999, Relator Desembargador Federal Gilberto Jordan, publ. 25/11/2020*)

A comprovação da atividade rural será realizada, ainda, mediante verificação dos registros de segurados especiais no Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS), na forma dos artigos 38-A e 38-B da Lei nº 8.213, de 24/07/1991.

Quanto à declaração de sindicato de trabalhadores rurais, o documento foi submetido a três disciplinas distintas. Inicialmente, por força do disposto pelo artigo 106 do PBPS, exigia-se a homologação do Ministério Público. A partir da edição da Lei nº 9.063, em *14/06/1995*, passou a ser necessária a homologação do INSS. No entanto, desde *18/01/2019*, com a edição da Medida Provisória nº 871/2019, convertida na Lei nº 13.846, de 2019, não pode ser aceita a referida declaração para fins de comprovação da atividade rural.

DO CASO DOS AUTOS

A autora defende que o falecido, em 1995, sofreu um Acidente Vascular Cerebral (AVC), ficando incapacitado ao labor, sendo, erroneamente, concedido a ele o benefício de renda mensal vitalícia por incapacidade (ID 90574231 – p. 21), em 14/03/1995, quando o correto seria a aposentadoria por invalidez, já que ele era trabalhador rural, viabilizando a concessão da pensão por morte.

A Renda Mensal Vitalícia trata-se de benefício previdenciário, previsto na Lei nº 6.179/74, concedido nas seguintes hipóteses:

> Art 1º Os maiores de 70 (setenta) anos de idade e os *inválidos*, *definitivamente incapacitados para o trabalho*, que, *num ou noutro caso, não exerçam atividade remunerada, não aufiram rendimento,* sob qualquer forma, superior ao valor da renda mensal fixada no artigo 2º, não sejam mantidos por pessoa de quem dependam obrigatoriamente e não tenham outro meio de prover ao próprio sustento, passam a ser amparados pela Previdência Social, urbana ou rural, conforme o caso, desde que:
> I - Tenham sido filiados ao regime do INPS, em qualquer época, no mínimo por 12 (doze) meses, consecutivos ou não, vindo a perder a qualidade de segurado; ou
> II - Tenham exercido atividade remunerada atualmente incluída no regime do INPS ou do FUNRURAL, mesmo sem filiação à Previdência Social, no mínimo por 5 (cinco) anos, consecutivos ou não; ou ainda
> III - Tenham ingressado no regime do INPS após completar 60 (sessenta) anos de idade sem direito aos benefícios regulamentares.

Em verdade cuida-se de amparo previdenciário concedido àqueles que, além do requisito idade ou da situação de invalidez, não exerçam atividade remunerada e nem aufiram rendi-

mento, tendo cumprido o tempo de filiação ou o exercício de atividade remunerada, e estejam definitivamente incapacitados ao exercício laboral.

Incontroversa a incapacidade do falecido, pois além de o INSS conceder o benefício, a certidão de óbito aponta que a causa do óbito foi *insuficiência respiratória aguda* e *sequelas de acidente vascular cerebral*.

A celeuma, portanto, consiste em dirimir se na época que sofreu o AVC (1995) ele era ou não trabalhador rural.

Vejamos.

A título de indício de prova material, destacam-se os seguintes documentos relevantes:

> *ID 90574231 – p. 22*: certidão de nascimento do filho Izaque, constando que o falecido era lavrador (1977)
> *ID 90574231 – p. 24*: certidão de nascimento da filha Isabel, constando que o falecido era lavrador (1979)
> *ID 90574231 – p. 25*: certidão de nascimento do filho Ivan, constando que o falecido era lavrador (1989)

Por sua vez, realizada a prova oral, as testemunhas, todas conhecidas da autora de longa data, foram firmes e coesas, asseverando, com eficácia, que e *de cujus* exercia há tempos atividade campesina na Colônia Taquari, trabalhando na chácara, no plantio de milho, feijão de corda, mandioca, arroz e na fabricação de farinha, sendo que após o AVC teve que se mudar para a cidade, em razão do tratamento médico necessário.

A sintonia das provas inclina, indubitavelmente, à demonstração de que o falecido laborava na atividade rural, ao menos desde 1977 até o dia do AVC, restando demonstrado os requisitos necessários à concessão da aposentadoria por invalidez.

Destaco ser irrelevante o fato de o *de cujus* ser enquadrado como industriário (ID 90574231 – p. 21) na previdência social, porquanto tal atividade destoa da campesina cabalmente demonstrada nos autos.

Desse modo, as provas constantes nos autos afastam as alegações da autarquia federal, pois corroboram com os fatos narrados pela autora, restando comprovada a qualidade de segurado especial do falecido no dia que sofreu o AVC.

Tendo sido preenchidos todos os requisitos necessários para a concessão do benefício aqui pleiteado, encontra-se escorreita a r. sentença recorrida, que deve ser mantida.

DA CORREÇÃO MONETÁRIA

Há incidência de correção monetária na forma da Lei n. 6.899, de 08/04/1981 e da legislação superveniente, conforme preconizado pelo Manual de Cálculos da Justiça Federal, consoante os precedentes do C. STF no julgamento do RE n. 870.947 (Tema 810), bem como do C. STJ no julgamento do Recurso Especial Repetitivo nº 1.492.221 (Tema 905).

DOS JUROS DE MORA

A incidência de juros de mora deve observar a norma do artigo 240 do CPC de 2015, correspondente ao artigo 219 do CPC de 1973, de modo que são devidos a partir da citação, à ordem de 6% (seis por cento) ao ano, até a entrada em vigor da Lei nº 10.406/02; após, à razão de 1% ao mês, por força do art. 406 do Código Civil e, a partir da vigência da Lei nº 11.960/2009 (art. 1º-F da Lei 9.494/1997), de acordo com a remuneração das cadernetas de poupança, conforme determinado na Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 870.947 (Tema 810) e no Recurso Especial Repetitivo nº 1.492.221 (Tema 905).

DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Em razão da sucumbência recursal, majoro os honorários advocatícios em 2% (dois por cento) do valor arbitrado na sentença, observadas as normas do artigo 85, §§ 1º, 2º, 3º, I, do CPC/2015.

Ante o exposto, *rejeito a preliminar* e *nego provimento* à *apelação* do *INSS*.

É como voto.

Juíza Federal Convocada LEILA PAIVA - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0006609-91.2016.4.03.9999

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: CLEUSA CANTARINO RODRIGUES
Relator: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA MONICA BONAVINA
Disponibilização do Acórdão: DJEN 09/11/2021

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. APOSENTADORIA POR IDADE. PEDIDO DE DESISTÊNCIA. RESP 1.267.995/PB. NÃO CONSENTIMENTO DO RÉU. SENTENÇA ANULADA.
- A pretensão da autarquia de condicionar a desistência da ação à renúncia do direito em que se funda a ação é destituída de fundamento razoável, configurando abuso de direito e, portanto, não poderia ser aceita.
- Todavia, o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de recurso sujeito à sistemática de repetitivo (Resp 1.267.995/PB), firmou entendimento em sentido contrário, com fundamento nos artigos 267, § 4º, do CPC/1973 e 3º da Lei nº 9.469/97.
- Anulação da sentença.
- Apelação provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por unanimidade, decidiu dar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Juíza Federal Convocada MONICA BONAVINA - Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta em face de sentença que acolheu o pedido de desistência da ação e extinguiu o processo, sem julgamento do mérito, nos termos do artigo 485, VIII, do Código de Processo Civil.

Nas razões de apelo, a autarquia sustenta que a autora efetuou pedido de desistência após contestado o feito e que não houve seu consentimento. Requer seja anulada a r. sentença, para que seja proferido novo julgamento a partir da análise da prova documental produzida, sem a nomeação de outro perito, com o decreto de improcedência do pedido e a inversão do ônus da sucumbência.

Sem contrarrazões, os autos subiram a esta Corte.

É o relatório.

Juíza Federal Convocada MONICA BONAVINA - Relatora

VOTO

O recurso preenche os pressupostos de admissibilidade e merece ser conhecido.

Discute-se o preenchimento dos requisitos necessários à concessão de aposentadoria por idade.

O INSS rechaça a sentença prolatada na origem que homologou pedido de desistência, sem renúncia ao direito de ação, julgando o feito sem resolução de mérito.

Com razão o INSS.

No caso dos autos, o requerimento de desistência foi veiculado após a apresentação da contestação pelo INSS, sem haver renúncia da parte autora ao direito sobre o qual se funda a ação.

Assim dispõe o Código de Processo Civil:

> "Art. 485. O Juiz não resolverá o mérito quando:
> (...) VIII - homologar a desistência da ação;
> (...) § 4º Oferecida a contestação, o autor não poderá, sem o consentimento do réu, desistir da ação."

No caso em tela, o INSS condiciona o pedido de desistência à renúncia do direito sobre o qual se funda a ação, situação que encontra amparo no entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.267.995/PB, afetado à condição de recurso repetitivo, em que o Tribunal Superior decidiu que a desistência da ação, após transcorrido o prazo da contestação, somente poderá ser homologada com o consentimento do réu e desde que haja renúncia expressa do autor ao direito sobre o qual se funda a ação, conforme o art. 3º da Lei n. 9.469/1997:

> PROCESSUAL CIVIL. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. DESISTÊNCIA DA AÇÃO. NÃO CONSENTIMENTO DO RÉU. ART. 3º DA LEI 9.469/97. LEGITIMIDADE.
> 1. Segundo a dicção do art. 267, § 4º, do CPC, após o oferecimento da resposta, é defeso ao autor desistir da ação sem o consentimento do réu. Essa regra impositiva decorre da bilateralidade formada no processo, assistindo igualmente ao réu o direito de solucionar o conflito. Entretanto, a discordância da parte ré quanto à desistência postulada deverá ser fundamentada, visto que a mera oposição sem qualquer justificativa plausível importa inaceitável abuso de direito.
> 2. No caso em exame, o ente público recorrente condicionou sua anuência ao pedido de desistência à renúncia expressa do autor sobre o direito em que se funda a ação, com base no art. 3º da Lei 9.469/97.
> 3. A existência dessa imposição legal, por si só, é justificativa suficiente para o posicionamento do recorrente de concordância condicional com o pedido de desistência da parte adversária, obstando a sua homologação.
> 4. A orientação das Turmas que integram a Primeira Seção desta Corte firmou-se no sentido de que, após o oferecimento da contestação, não pode o autor desistir da ação, sem o consentimento do réu (art. 267, § 4º, do CPC), sendo que é legítima a oposição à desistência com fundamento no art. 3º da Lei 9.469/97, razão pela qual, nesse caso, a desistência é condicionada à renúncia expressa ao direito sobre o qual se funda a ação.
> 5. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução stj n. 8/08.
> (REsp 1267995. Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, Dj 2.8-.012)

No mesmo sentido, o precedente deste Regional:

> DIREITO PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. HOMOLOGAÇÃO PEDIDO DE DESISTÊNCIA DO AUTOR SEM ANUÊNCIA DO INSS. IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA ANULADA.
> I. Após a contestação não é possível a desistência da ação sem a concordância do réu.
> II. No caso em apreço, o INSS condicionou a aceitação da desistência à renúncia do direito em que se funda a ação, situação não aceita pelo requerente.
> III. O C. STJ, em sede de julgamento de recurso repetitivo, entendeu que a justificativa com fundamento no art. 3º da Lei 9.469/97 é suficiente para o posicionamento de concordância condicional com o pedido de desistência da parte adversária, obstando a sua homologação (REsp 1267995/PB, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/06/2012, DJe 03/08/2012). IV. Apelo do INSS provido com anulação da r. sentença de primeiro grau.
> (TRF 3ª Região, 9ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL, 6203620 21.2019.4.03.9999, Rel. Desembargador Federal GILBERTO RODRIGUES JORDAN, julgado em 4/6/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 8/6/2020)

Em conclusão, a desistência da ação após a oferta de contestação só pode ser homologada com o consentimento do réu (CPC, art. 485, § 4º), se houver a concomitante renúncia do autor ao direito sobre o qual se funda ação (art. 3º da Lei n. 9.469/1997).

Por outro lado, visando a resguardar a ampla de defesa, impõe-se a anulação da sentença, dando-se à parte recorrida a oportunidade para dizer se renuncia ou não o direito sobre o qual se funda a presente ação e em caso negativo, que seja dado normal trâmite ao feito até a sentença de mérito.

Diante do exposto, dou provimento à apelação, para anular a sentença e determinar a baixa dos autos à Primeira Instância dando-se à parte recorrida a oportunidade para dizer se renuncia ou não o direito sobre o qual se funda a presente ação e em caso negativo para o prosseguimento do feito até sentença de mérito.

É o voto.

Juíza Federal Convocada MONICA BONAVINA - Relatora

AGRAVO EM APELAÇÃO CÍVEL
5004984-42.2017.4.03.6105

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Agravada: R. DECISÃO (ID 174939065)
Apelantes: JOSEMILDO JOÃO DA SILVA SANTOS, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelados: OS MESMOS
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL LUCIA URSAIA
Disponibilização do Acórdão: DJEN 03/11/2021

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. AGRAVO LEGAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. APOSENTADORIA ESPECIAL. RECONHECIMENTO DE ATIVIDADE ESPECIAL. USO DE EQUIPAMENTO DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL. NÃO COMPROVAÇÃO.
- Com relação ao fornecimento de equipamento de proteção individual pelo empregador, aprovado pelo órgão competente do Poder Executivo, seu uso adequado e a consequente eliminação do agente insalubre são circunstâncias que tornam inexigível o pagamento do adicional correspondente e retira o direito ao reconhecimento da atividade como especial para fins previdenciários.
- Contudo, no caso dos autos o uso de equipamento de proteção individual, por si só, não descaracteriza a natureza especial da atividade a ser considerada, uma vez que não restou comprovada a eliminação da insalubridade do ambiente de trabalho do segurado.
- De fato, não há nos autos prova de efetivo fornecimento do equipamento de proteção individual ao trabalhador, ou seja, Ficha de Controle de Entrega do EPI ao trabalhador, com o respectivo certificado de aprovação do EPI, restando insuficiente a informação sobre a eficácia do referido equipamento contida no PPP.
- A decisão agravada está em consonância com a decisão proferida pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, em repercussão geral (ARE 664.335/SC).
- Agravo interno desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Décima Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento ao agravo interno, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

RELATÓRIO

A Senhora Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora): Trata-se de agravo interno interposto pela autarquia previdenciária contra decisão monocrática de minha relatoria, em ação de conhecimento de natureza previdenciária objetivando a concessão de aposentadoria especial ou aposentadoria por tempo de serviço (Id 174939065).

Em suas razões recursais, a autarquia previdenciária sustenta, em síntese, a impossibilidade de reconhecimento de atividade urbana, como de natureza especial, uma vez que os documentos apresentados indicam a utilização de EPI eficaz no exercício da função. Assim, prequestiona a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário.

Vista à parte contrária, com a apresentação de contraminuta (Id 196446525).

É o relatório.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

VOTO

A Senhora Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora): Recebo o agravo interno interposto pela autarquia previdenciária, haja vista que tempestivo, nos termos do artigo 1.021 do Código de Processo Civil.

Insurge-se a autarquia previdenciária contra a r. decisão monocrática que negou provimento à sua apelação e deu parcial provimento à apelação da parte autora para reconhecer a atividade especial nos períodos de 06/03/1997 a 20/08/2004, 04/07/2005 a 08/11/2006, 07/02/2007 a 17/12/2007, 19/04/2008 a 09/05/2009 e de 01/10/2009 a 30/06/2013 e condenar o INSS a conceder o benefício de aposentadoria especial, com termo inicial e verba honorária, na forma da fundamentação.

Assim posta a questão, o presente recurso não merece provimento.

Com relação ao fornecimento de equipamento de proteção individual pelo empregador, aprovado pelo órgão competente do Poder Executivo, seu uso adequado e a consequente eliminação do agente insalubre são circunstâncias que tornam inexigível o pagamento do adicional correspondente e retira o direito ao reconhecimento da atividade como especial para fins previdenciários.

Contudo, no caso dos autos o uso de equipamento de proteção individual, por si só, não descaracteriza a natureza especial da atividade a ser considerada, uma vez que não restou comprovada a eliminação da insalubridade do ambiente de trabalho do segurado.

De fato, não há nos autos prova de efetivo fornecimento do equipamento de proteção individual ao trabalhador, ou seja, Ficha de Controle de Entrega do EPI ao trabalhador, com o respectivo certificado de aprovação do EPI, restando insuficiente a informação sobre a eficácia do referido equipamento contida no PPP.

Esse entendimento está em consonância com o decidido pelo C. Supremo Tribunal Federal, ao analisar o ARE 664.335/SC, em 04/12/2014, publicado no DJe de 12/02/2015, da relatoria do Ministro LUIZ FUX, reconheceu a repercussão geral da questão constitucional nele suscitada e, no mérito, fixou o entendimento de que a eficácia do Equipamento de Proteção Individual - EPI, não descaracteriza o tempo de serviço especial para aposentadoria, quando o segurado estiver exposto ao agente nocivo ruído, bem assim que *"o direito à aposentadoria especial pressupõe a efetiva exposição do trabalhador a agente nocivo à sua saúde, de modo que, se o EPI for realmente capaz de neutralizar a nocividade não haverá respaldo constitucional à aposentadoria especial. (...) Em caso de divergência ou dúvida sobre a real eficácia do Equipamento de Proteção Individual, a premissa a nortear a Administração e o Judiciário é pelo reconhecimento do direito ao benefício da aposentadoria especial. Isto porque o uso de EPI, no caso concreto, pode não se afigurar suficiente para descaracterizar completamente a relação nociva a que o empregado se submete."*.

Por outro lado, não há falar em ausência de prévia fonte de custeio para o reconhecimento da atividade especial, haja vista que a obrigação do desconto e o recolhimento das contribuições no que tange à figura do empregado são de responsabilidade exclusiva de seu empregador, inclusive no tocante ao recolhimento do Seguro de Acidente do Trabalho, cabendo ao INSS fiscalizar e exigir o cumprimento de tal obrigação.

Acresce relevar que em sede de *agravo legal*, ora sob análise, o INSS não trouxe argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada.

Assim considerando, mantenho a r. decisão recorrida.

Diante do exposto, *NEGO PROVIMENTO AO AGRAVO INTERNO*, nos termos da fundamentação.

É o voto.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA
5081550-53.2018.4.03.9999

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: ESPEDITA MATILDE DA SILVA
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS DELGADO
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 28/10/2021

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. SENTENÇA NÃO SUJEITA À REMESSA NECESSÁRIA. ART. 496, §3º, CPC. PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. QUALIDADE DE SEGURADO DEMONSTRADA. SITUAÇÃO DE DESEMPREGO. ART. 15, §2º, LEI 8.213/91. CUMPRIMENTO DA CARÊNCIA LEGAL. INCAPACIDADE TOTAL E TEMPORÁRIA PARA O TRABALHO. CONFIGURAÇÃO. LAUDO MÉDICO. INTERPRETAÇÃO *A CONTRARIO SENSU*. ART. 479, CPC. ADOÇÃO DAS CONCLUSÕES PERICIAIS. MATÉRIA NÃO ADSTRITA À CONTROVÉRSIA MERAMENTE JURÍDICA. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE INFIRMEM O PARECER DO EXPERTO. VALORAÇÃO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. CONVICÇÕES DO MAGISTRADO. AUXÍLIO-DOENÇA DEVIDO. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. REMESSA NECESSÁRIA NÃO CONHECIDA. APELAÇÃO DO INSS DESPROVIDA. ALTERAÇÃO DOS CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO DA CORREÇÃO MONETÁRIA E DOS JUROS DE MORA DE OFÍCIO. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE.

1 - Em que pese não ser possível aferir, de plano, o valor exato da condenação, levando em conta o termo inicial do benefício (02.12.2016) e a data da prolação da r. sentença (26.09.2017), ainda que a renda mensal inicial do benefício seja fixada no teto da Previdência Social, mesmo assim, o valor total da condenação, incluindo correção monetária, juros de mora e verba honorária, será inferior a 1.000 (mil) salários-mínimos, conforme previsto no inciso I do §3º do artigo 496 do Código de Processo Civil. Dessa forma, incabível a remessa necessária no presente caso.

2 - A cobertura da incapacidade está assegurada no art. 201, I, da Constituição Federal.

3 - Preconiza a Lei nº 8.213/91, nos arts. 42 a 47, que o benefício previdenciário de aposentadoria por invalidez será devido ao segurado que, cumprido, em regra, o período de carência mínimo exigido, qual seja, 12 (doze) contribuições mensais, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício da atividade que lhe garanta a subsistência.

4 - O auxílio-doença é direito daquele filiado à Previdência que tiver atingido, se o caso, o tempo supramencionado, e for considerado temporariamente inapto para o seu labor ou ocupação habitual, por mais de 15 (quinze) dias consecutivos (arts. 59 a 63 da *legis*).

5 - Independe de carência a concessão dos referidos benefícios nas hipóteses de acidente de qualquer natureza ou causa e de doença profissional ou do trabalho, bem como ao segurado que, após filiar-se ao Regime Geral da Previdência Social - RGPS, for acometido das moléstias elencadas taxativamente no art. 151 da Lei 8.213/91.

6 - A patologia ou a lesão que já portara o trabalhador ao ingressar no Regime não impede o deferimento dos benefícios, se tiver decorrida a inaptidão por progressão ou agravamento da moléstia.
7 - Para o implemento dos beneplácitos em tela, necessário revestir-se do atributo de segurado, cuja mantença se dá, mesmo sem recolher as contribuições, àquele que conservar todos os direitos perante a Previdência Social durante um lapso variável, a que a doutrina denominou "período de graça", conforme o tipo de filiado e a situação em que se encontra, nos termos do art. 15 da Lei de Benefícios. O §1º do artigo em questão prorroga por 24 (vinte e quatro) meses o lapso de graça constante no inciso II aos que contribuíram por mais de 120 (cento e vinte) meses, sem interrupção que acarrete a perda da qualidade de segurado. Por sua vez, o § 2º estabelece que o denominado "período de graça" do inciso II ou do § 1º será acrescido de 12 (doze) meses para o segurado desempregado, desde que comprovada essa situação pelo registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social.
8 - Havendo a perda da mencionada qualidade, o segurado deverá contar, a partir da nova filiação à Previdência Social, com um número mínimo de contribuições exigidas para o cumprimento da carência estabelecida para a concessão dos benefícios de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez.
9 - No que tange à incapacidade, o profissional médico indicado pelo Juízo *a quo*, com fundamento em exame realizado em 03 de maio de 2016, quando a demandante - de atividade habitual "*rurícola*" - possuía 58 (cinquenta e oito) anos, consignou o seguinte: "*É portadora de exames complementares com alterações articulares osteodegenerativas relacionadas à idade, especificamente espondilodiscoartropatia lombar (CID: M51.1 + M47.9), anterolisteses grau I com sinais de estenose lombar (CID: M48.0), atualmente com limitações e comprometimento no exame clínico pericial e com possibilidade de melhora com o tratamento. A obesidade (CID: E66.9) não é incapacitante, mas é fator de risco cardiovascular e sobrecarga articular, portanto deverá ser tratada com auxílio do médico assistente (...) Com base nos elementos e fatos expostos e analisados, conclui-se que a parte autora apresenta no momento incapacidade laboral total e temporária. Sugere-se 120 dias*". Por fim, fixou a DII em "*03.09.2016 (data de ressonância magnética da coluna lombo sacra)*".
10 - Da mesma forma que o juiz não está adstrito ao laudo pericial, *a contrario sensu* do que dispõe o art. 436 do CPC/73 (atual art. 479 do CPC) e do princípio do livre convencimento motivado, a não adoção das conclusões periciais, na matéria técnica ou científica que refoge à controvérsia meramente jurídica depende da existência de elementos robustos nos autos em sentido contrário e que infirmem claramente o parecer do experto. Atestados médicos, exames ou quaisquer outros documentos produzidos unilateralmente pelas partes não possuem tal aptidão, salvo se aberrante o laudo pericial, circunstância que não se vislumbra no caso concreto. Por ser o juiz o destinatário das provas, a ele incumbe a valoração do conjunto probatório trazido a exame. Precedentes: STJ, 4ª Turma, RESP nº 200802113000, Rel. Luis Felipe Salomão, DJE: 26/03/2013; AGA 200901317319, 1ª Turma, Rel. Arnaldo Esteves Lima, DJE. 12/11/2010.
11 - Saliente-se que a perícia médica foi efetivada por profissional inscrito no órgão competente, o qual respondeu aos quesitos elaborados e forneceu diagnóstico com base na análise de histórico da parte e de exames complementares por ela fornecidos, bem como efetuando demais análises que entendeu pertinentes, e, não sendo infirmado pelo conjunto probatório, referida prova técnica merece confiança e credibilidade.

12 - Informações extraídas do Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS, já anexadas aos autos, dão conta que a requerente manteve seus últimos vínculos empregatícios de 26.04.2010 a 07.06.2014, 08.10.2015 a 12.02.2016, 07.03.2016 a 06.04.2016, e, por fim, de 09.06.2016 a 01.08.2016.
13 - Sustenta o INSS que a autora não preenchia o requisito carência na data do início da incapacidade (09/2016), na medida em que à época, estava vigente a MP 739/2016, a qual exigia para a concessão de benefício previdenciário por incapacidade, em caso de reingresso no RGPS, 12 (doze) contribuições sem a perda da qualidade de segurado. Como após o vínculo que perdurou de 26.04.2010 a 07.06.2014, no entender do ente autárquico, a demandante havia perdido tal qualidade, a retomando apenas em outubro de 2015, não havia implementado a carência legal.
14 - No entanto, em consulta ao sítio eletrônico da Secretaria do Trabalho vinculada ao Ministério da Economia, cujo comprovante segue também anexo aos autos, vê-se que ficou em situação de desemprego após a rescisão do referido vínculo. Portanto, com relação a ele, permaneceu filiada ao RGPS, contabilizada a prorrogação de 24 (vinte e quatro) meses da qualidade de segurado, até 15.08.2016 (art. 30, II, da Lei 8.212/91 c/c art. 15, §2º, da Lei 8.213/91 c/c arts. 13, II, e 14, do Dec. 3.048/99).
15 - Dito de outro modo, a autora na DII não havia vertido apenas 6 (seis) recolhimentos sem se desfiliar do Sistema Previdenciário, mas sim 56 (cinquenta e seis), implementando o requisito carência legal, de modo que se mostra mesmo medida de rigor a concessão de auxílio-doença, nos termos do art. 59, da Lei 8.213/91.
16 - Correção monetária dos valores em atraso calculada de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal até a promulgação da Lei nº 11.960/09, a partir de quando será apurada, conforme julgamento proferido pelo C. STF, sob a sistemática da repercussão geral (Tema nº 810 e RE nº 870.947/SE), pelos índices de variação do IPCA-E, tendo em vista os efeitos *ex tunc* do mencionado pronunciamento.
17 - Juros de mora, incidentes até a expedição do ofício requisitório, fixados de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, por refletir as determinações legais e a jurisprudência dominante.
18 - Remessa necessária não conhecida. Apelação do INSS desprovida. Alteração dos critérios de aplicação da correção monetária e dos juros de mora de ofício. Sentença reformada em parte.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sétima Turma, por unanimidade, decidiu não conhecer da remessa necessária, negar provimento à apelação do INSS e, por fim, de ofício, estabelecer que a correção monetária dos valores em atraso deverá ser calculada de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal até a promulgação da Lei nº 11.960/09, a partir de quando será apurada pelos índices de variação do IPCA-E, e que os juros de mora, incidentes até a expedição do ofício requisitório, serão fixados de acordo com o mesmo Manual, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal CARLOS DELGADO - Relator

RELATÓRIO

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS DELGADO (RELATOR):

Trata-se de apelação interposta pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, em ação ajuizada por ESPEDITA MATILDE DA SILVA, objetivando a concessão de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez.

A r. sentença julgou procedente o pedido, condenando o INSS na concessão e no pagamento dos atrasados de auxílio-doença, desde a data da apresentação de requerimento administrativo, que se deu em 02.12.2016. Fixou correção monetária segundo o IPCA-E e juros de mora nos termos da Lei 11.960/09. Condenou o INSS, ainda, no pagamento de honorários advocatícios, arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor das parcelas em atraso, contabilizadas até a data da sua prolação. Por fim, determinou a imediata implantação do benefício, deferindo o pedido de tutela antecipada (ID 8922081).

Em razões recursais, o INSS pugna pela reforma da sentença, ao fundamento de que a demandante não preencheu o requisito carência na DII, não fazendo jus a auxílio-doença. Em sede subsidiária, requer a alteração dos critérios de aplicação da correção monetária (ID 8922100).

A autora apresentou contrarrazões (ID 8922114).

Devidamente processado o recurso, foram os autos remetidos a este Tribunal Regional Federal.

É o relatório.

Desembargador Federal CARLOS DELGADO - Relator

VOTO

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS DELGADO (RELATOR):

Inicialmente, em que pese não ser possível aferir, de plano, o valor exato da condenação, levando em conta o termo inicial do benefício (02.12.2016) e a data da prolação da r. sentença (26.09.2017), ainda que a renda mensal inicial do benefício seja fixada no teto da Previdência Social, mesmo assim, o valor total da condenação, incluindo correção monetária, juros de mora e verba honorária, será inferior a 1.000 (mil) salários-mínimos, conforme previsto no inciso I do §3º do artigo 496 do Código de Processo Civil.

Dessa forma, incabível a remessa necessária no presente caso.

Passo à análise do mérito.

A cobertura da incapacidade está assegurada no art. 201, I, da Constituição Federal.

Preconiza a Lei nº 8.213/91, nos arts. 42 a 47, que o benefício previdenciário de aposentadoria por invalidez será devido ao segurado que, cumprido, em regra, o período de carência mínimo exigido, qual seja, 12 (doze) contribuições mensais, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício da atividade que lhe garanta a subsistência.

Ao passo que o auxílio-doença é direito daquele filiado à Previdência que tiver atingido, se o caso, o tempo supramencionado, e for considerado temporariamente inapto para o seu labor ou ocupação habitual, por mais de 15 (quinze) dias consecutivos (arts. 59 a 63 da *legis*).

No entanto, independe de carência a concessão dos referidos benefícios nas hipóteses de acidente de qualquer natureza ou causa e de doença profissional ou do trabalho, bem como ao segurado que, após filiar-se ao Regime Geral da Previdência Social - RGPS, for acometido das moléstias elencadas taxativamente no art. 151 da Lei 8.213/91.

Cumpre salientar que, a patologia ou a lesão que já portara o trabalhador ao ingressar no Regime não impede o deferimento dos benefícios, se tiver decorrida a inaptidão por progressão ou agravamento da moléstia.

Ademais, é necessário, para o implemento dos beneplácitos em tela, revestir-se do atributo de segurado, cuja mantença se dá, mesmo sem recolher as contribuições, àquele que conservar todos os direitos perante a Previdência Social durante um lapso variável, a que a doutrina denominou "período de graça", conforme o tipo de filiado e a situação em que se encontra, nos termos do art. 15 da Lei de Benefícios.

É de se observar, ainda, que o §1º do artigo em questão prorroga por 24 (vinte e quatro) meses o lapso de graça constante no inciso II aos que contribuíram por mais de 120 (cento e vinte) meses, sem interrupção que acarrete a perda da qualidade de segurado.

Por sua vez, o § 2º estabelece que o denominado "período de graça" do inciso II ou do § 1º será acrescido de 12 (doze) meses para o segurado desempregado, desde que comprovada essa situação pelo registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social.

Por fim, saliente-se que, havendo a perda da mencionada qualidade, o segurado deverá contar, a partir da nova filiação à Previdência Social, com um número mínimo de contribuições exigidas para o cumprimento da carência estabelecida para a concessão dos benefícios de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez.

Do caso concreto.

No que tange à incapacidade, o profissional médico indicado pelo Juízo *a quo*, com fundamento em exame realizado em 03 de maio de 2016 (ID 8922017), quando a demandante - de atividade habitual "*rurícola*" - possuía 58 (cinquenta e oito) anos, consignou o seguinte:

> "É portadora de exames complementares com alterações articulares osteodegenerativas relacionadas à idade, especificamente espondilodiscoartropatia lombar (CID: M51.1 + M47.9), anterolisteses grau I com sinais de estenose lombar (CID: M48.0), atualmente com limitações e comprometimento no exame clínico pericial e com possibilidade de melhora com o tratamento. A obesidade (CID: E66.9) não é incapacitante, mas é fator de risco cardiovascular e sobrecarga articular, portanto deverá ser tratada com auxílio do médico assistente
> (...)
> Com base nos elementos e fatos expostos e analisados, conclui-se que a parte autora apresenta no momento incapacidade laboral total e temporária. Sugere-se 120 dias".

Por fim, fixou a DII em "03.09.2016 (data de ressonância magnética da coluna lombo sacra)".

Assevero que da mesma forma que o juiz não está adstrito ao laudo pericial, a *contrario sensu* do que dispõe o art. 436 do CPC/73 (atual art. 479 do CPC) e do princípio do livre convencimento motivado, a não adoção das conclusões periciais, na matéria técnica ou científica que refoge à controvérsia meramente jurídica depende da existência de elementos robustos nos autos em sentido contrário e que infirmem claramente o parecer do experto. Atestados médicos, exames ou quaisquer outros documentos produzidos unilateralmente pelas partes não possuem tal aptidão, salvo se aberrante o laudo pericial, circunstância que não se vislumbra no caso con-

creto. Por ser o juiz o destinatário das provas, a ele incumbe a valoração do conjunto probatório trazido a exame. Precedentes: STJ, 4ª Turma, RESP nº 200802113000, Rel. Luis Felipe Salomão, DJE: 26/03/2013; AGA 200901317319, 1ª Turma, Rel. Arnaldo Esteves Lima, DJE. 12/11/2010.

Saliente-se que a perícia médica foi efetivada por profissional inscrito no órgão competente, o qual respondeu aos quesitos elaborados e forneceu diagnóstico com base na análise de histórico da parte e de exames complementares por ela fornecidos, bem como efetuando demais análises que entendeu pertinentes, e, não sendo infirmado pelo conjunto probatório, referida prova técnica merece confiança e credibilidade.

Informações extraídas do Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS, já anexadas aos autos (ID 8922028, p. 02-03), dão conta que a requerente manteve seus últimos vínculos empregatícios de 26.04.2010 a 07.06.2014, 08.10.2015 a 12.02.2016, 07.03.2016 a 06.04.2016, e, por fim, de 09.06.2016 a 01.08.2016.

Sustenta o INSS que a autora não preenchia o requisito carência na data do início da incapacidade (09/2016), na medida em que à época, estava vigente a MP 739/2016, a qual exigia para a concessão de benefício previdenciário por incapacidade, em caso de reingresso no RGPS, 12 (doze) contribuições sem a perda da qualidade de segurado. Como após o vínculo que perdurou de 26.04.2010 a 07.06.2014, no entender do ente autárquico, a demandante havia perdido tal qualidade, a retomando apenas em outubro de 2015, não havia implementado a carência legal.

No entanto, em consulta ao sítio eletrônico da Secretaria do Trabalho vinculada ao Ministério da Economia, cujo comprovante ora faço anexar aos autos, vê-se que ficou em situação de desemprego após a rescisão do referido vínculo. Portanto, com relação a ele, permaneceu filiada ao RGPS, contabilizada a prorrogação de 24 (vinte e quatro) meses da qualidade de segurado, até 15.08.2016 (art. 30, II, da Lei 8.212/91 c/c art. 15, §2º, da Lei 8.213/91 c/c arts. 13, II, e 14, do Dec. 3.048/99).

Dito de outro modo, a autora na DII não havia vertido apenas 6 (seis) recolhimentos sem se desfiliar do Sistema Previdenciário, mas sim 56 (cinquenta e seis), implementando o requisito carência legal, de modo que se mostra mesmo medida de rigor a concessão de auxílio-doença, nos termos do art. 59, da Lei 8.213/91.

A correção monetária dos valores em atraso deverá ser calculada de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal até a promulgação da Lei nº 11.960/09, a partir de quando será apurada, conforme julgamento proferido pelo C. STF, sob a sistemática da repercussão geral (Tema nº 810 e RE nº 870.947/SE), pelos índices de variação do IPCA-E, tendo em vista os efeitos *ex tunc* do mencionado pronunciamento.

Os juros de mora, incidentes até a expedição do ofício requisitório, devem ser fixados de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, por refletir as determinações legais e a jurisprudência dominante.

Ante o exposto, não conheço da remessa necessária, nego provimento à apelação do INSS e, por fim, de ofício, estabeleço que a correção monetária dos valores em atraso deverá ser calculada de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal até a promulgação da Lei nº 11.960/09, a partir de quando será apurada pelos índices de variação do IPCA-E, e que os juros de mora, incidentes até a expedição do ofício requisitório, serão fixados de acordo com o mesmo Manual.

É como voto.

Desembargador Federal CARLOS DELGADO - Relator

AGRAVO EM APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA
0005542-86.2019.4.03.9999

Agravantes: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, DEVANEI FERREIRA
Agravada: R. DECISÃO (ID 154429230)
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SÉRGIO NASCIMENTO
Disponibilização do Acórdão: DJEN 03/11/2021

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021 DO NCPC. COISA JULGADA. OCORRÊNCIA. ATIVIDADE ESPECIAL. EXPOSIÇÃO A AGENTES NOCIVOS. RUÍDO. METODOLOGIA PREVISTA PELA FUNDACENTRO.
I - Trata de reprodução de demanda já ajuizada anteriormente, havendo plena coincidência de todos os elementos acima indicados, a saber: trata-se de igual pedido de concessão de aposentadoria por tempo de contribuição, com o mesmo suporte fático e jurídico, ambos propostos pela mesma parte.
II - Mantidos os termos do decisum que reconheceu a ocorrência da coisa julgada, a teor do disposto nos §§ 1º a 4º do artigo 337 do CPC, extinguindo o feito, sem resolução do mérito, no que tange à especialidade dos períodos de 24/04/1972 a 10/07/1984, 01/10/1985 a 13/11/1985, 01/09/1989 a 10/01/1990, 11/06/1990 a 01/06/1991, 17/06/1991 a 08/07/1991, 01/07/1993 a 29/08/1993, 01/10/1993 a 09/04/1994, 03/05/1994 a 13/12/1995, bem como os intervalos considerados comuns (03/12/1991 a 03/12/1992 e de 01/06/1997 a 23/07/1999), e também como comum a atividade de torneiro mecânico, na condição de autônomo, com base no art. 485, V, do Novo CPC.
III - A decisão agravada esclareceu no que tange à atividade especial, a jurisprudência pacificou-se no sentido de que a legislação aplicável para sua caracterização é a vigente no período em que a atividade a ser avaliada foi efetivamente exercida.
IV - Cumpre salientar que não há campo específico para preenchimento da metodologia adotada para fins de aferição do ruído, motivo pelo qual a ausência de indicação de histograma ou memória de cálculo não elide as conclusões vertidas no laudo pericial.
V - Mantidos os termos da decisão agravada que reconheceu a especialidade dos períodos de 01/03/2004 a 31/05/2004 (88,1dB), 01/01/2006 a 31/05/2006 (88,1dB), 01/09/2006 a 30/06/2007 (88,1dB), 01/11/2007 a 30/06/2008 (88,1dB) e de 01/04/2010 a 22/11/2010 (88,1dB), conforme laudo pericial, vez que o interessado esteve exposto a ruído em níveis superiores aos limites de tolerância de 85 decibéis (Decreto nº 3.048/1999 - código 2.0.1).
VI - O fato de o laudo ter sido elaborado posteriormente à prestação do serviço, não afasta a validade de suas conclusões, vez que tal requisito não está previsto em lei e, ademais, a evolução tecnológica propicia condições ambientais menos agressivas à saúde do obreiro do que aquelas vivenciadas à época da execução dos serviços.
VII - Os artigos 57 e 58 da Lei 8.213/91, os quais regem a matéria relativa ao reconhecimento de atividade especial, garantem a contagem diferenciada para fins previdenciários ao trabalhador que exerce atividades profissionais prejudiciais à saúde ou à integridade física e não vinculam o ato concessório do benefício previdenciário à eventual pagamento de encargo tributário.
VIII - Preliminar rejeitada. Agravos internos interpostos pelo INSS e autor improvidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, rejeitar a preliminar arguida pelo INSS e, no mérito, negar provimento aos agravos internos (art. 1.021, CPC/2015) interpostos pelo réu e pelo autor, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal Sérgio Nascimento (Relator): Trata-se de agravos internos previstos no art. 1.021 do CPC/15 em face de decisão monocrática que rejeitou a preliminar suscitada de sobrestamento do feito e acolheu parcialmente a preliminar arguida pelo réu para reconhecer a coisa julgada e extinguiu parcialmente o feito, sem resolução do mérito, nos termos do artigo 485, V, do CPC, apenas com relação às especialidades dos períodos de 24/04/1972 a 10/07/1984, 01/10/1985 a 13/11/1985, 01/09/1989 a 10/01/1990, 11/06/1990 a 01/06/1991, 17/06/1991 a 08/07/1991, 01/07/1993 a 29/08/1993, 01/10/1993 a 09/04/1994, 03/05/1994 a 13/12/1995), e os intervalos comuns (03/12/1991 a 03/12/1992, 01/06/1997 a 23/07/1999, 01/12/1984 a 30/06/1989). No mérito, deu parcial provimento à apelação do réu e à remessa oficial para afastar a especialidade do período de 01/04/2003 a 30/06/2003, declarando que o autor totalizou 29 anos, 7 meses e 12 dias de tempo de serviço até 16.12.1998 e 35 anos, 1 mês e 3 dias até 22.11.2010, condenando o réu a conceder o benefício de aposentadoria integral por tempo de contribuição, em 07.12.2010, data do requerimento administrativo, calculado nos termos do art.29, I, da Lei 8.213/91, na redação dada pela Lei 9.876/99.

O réu, ora agravante, sustenta em preliminar, não ser cabível o julgamento monocrático, havendo a necessidade de decisão colegiada para o caso concreto. No mérito, insurge-se contra o cômputo especial dos períodos delimitado na decisão agravada, bem como a extemporaneidade do laudo, porquanto sustenta que não foi observada a metodologia definida no Decreto nº 4.882/2003 (NHO 01 da FUNDACENTRO), e a ausência de fonte de custeio. Prequestiona a matéria para fins de acesso às instâncias recursais superiores.

Por sua vez, requer o autor, ora agravante, que seja afastado o reconhecimento da coisa julgada, aplicando a relativização, vez que se trata de benefício previdenciário de caráter alimentar, devendo ser concedido o benefício de aposentadoria especial por ter trabalhado mais de 25 anos consecutivos em atividades insalubres até a data do requerimento administrativo em 07/12/2010.

Devidamente intimados na forma do artigo 1.021, § 2º, do NCPC, a parte autora apresentou contraminuta e o INSS quedou-se inerte.

É o relatório.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

VOTO

Da preliminar

Observo, primeiramente, que a inexistência de Súmula dos Tribunais Superiores não enseja a nulidade da decisão monocrática atacada, tendo em vista que no julgamento do RESP

1306113/SC, pelo rito do recurso especial repetitivo, o STJ, ao analisar o exercício de atividade especial por exposição à tensão elétrica, deixou certo que o rol de agentes nocivos previsto nos decretos regulamentadores é meramente exemplificativo, o que autoriza a análise de atividade especial em situações não previstas em tais normas.

Ademais, a decisão agravada foi expressa no sentido de que o agravo interno (art. 1.021, CPC) é o meio processual adequado para exercer o controle de julgamento monocrático, pois devolverá a matéria impugnada ao colegiado, em observância ao princípio da colegialidade.

Assim, deve ser rejeitada a preliminar arguida pelo INSS.

Do mérito

Não assiste razão o autor agravante.

Com efeito, a decisão agravada fundamentou que foi verificado da decisão colegiada constante dos autos, proferida em sede recursal (Id.112412129 - Pág. 146-48, Id.112412130 - Pág. 1-3, Id.112412131 - Pág.3), o benefício perseguido pelo autor no presente feito já tinha sido objeto de deliberação pelo Juízo da Comarca de Batatais/SP (Processo nº 0000000546), ajuizado em 26 de maio de 2000, cuja sentença reconheceu 16 anos e 24 dias de trabalho na condição especial, correspondentes aos intervalos de 24/04/1972 a 10/07/1984, 01/10/1985 a 13/11/1985, 01/09/1989 a 10/01/1990, 01/06/1990 a 01/06/1991, 17/06/1991 a 08/07/1991, 01/07/1993 a 29/08/1993, 01/10/1993 a 09/04/1994, 03/05/1994 a 13/12/1995, conforme se verificou pelo demonstrativo de tempo em atividades insalubres (Id.112412131 - Pág. 89-90), tendo aquela sentença entendido que os períodos posteriores a 05 de março de 1997 não poderiam ser convertidos em especiais, e considerou como atividade comum o período de 03.12.1991 a 03.12.1992, bem como o intervalo laborado como contribuinte autônomo, não possuindo tempo suficiente para a concessão do benefício de aposentadoria por tempo proporcional, julgando improcedente o pedido formulado pelo autor (Id.112412131 - Pág. 92-101).

Foi esclarecido que para a ocorrência de litispendência ou coisa julgada, faz-se indispensável a tríplice identidade entre os elementos da ação. Assim, necessários que sejam idênticos, nas duas ações, o pedido, a causa de pedir e as partes.

E no caso daqueles autos, o autor pleiteou a especialidade dos períodos de 24/04/1972 a 10/07/1984, 01/10/1985 a 13/11/1985, 01/12/1984 a 31/06/1989, 01/09/1989 a 10/01/1990, 01/06/1990 a 11/06/1991, 17/06/1991 a 08/07/1991, 03/12/1991 a 03/12/1992, 01/07/1993 a 29/08/1993, 01/10/1993 a 09/04/1994, 03/05/1994 a 13/12/1995, 01/06/1997 a 23/07/1999, conforme inicial e demonstrativo (Id.112412131 - Pág. 85-90), interregnos estes abrangidos no pleito da presente ação.

Na ação acima mencionada, a sentença julgou improcedente o pedido por falta de tempo suficiente à concessão do benefício de aposentadoria por tempo proporcional, porém este Tribunal, em sede de decisão colegiada, entendeu que os períodos posteriores a 05 de março de 1997 podem ser convertidos em especiais, contudo não reconheceu a atividade especial de torneiro mecânico após 1997, em razão da ausência de comprovação da exposição ao agente nocivo por meio de prova técnica, bem como manteve a desconsideração da especialidade do período de 03.12.1991 a 03.12.1992, como ferramenteiro, na empresa GNATUS Equipamentos Médico-Odontológicos, e acrescentou o entendimento de não ser especial o período de atividade como torneiro mecânico na qualidade de contribuinte autônomo, com a ressalva de que "não há que se falar em *reformatio in pejus*, pois muito embora tenha neste julgado desconsiderado período tido como especial no julgado de primeiro grau, a conclusão sobre a ausência de tempo de serviço mínimo para a aposentadoria é a mesma", negando provimento ao recurso do autor, transitado em julgado o Acórdão em 19.10.2006 (Id.112412129 - Pág. 144).

Foi mencionado na decisão agravada que se trata de reprodução de demanda já ajuizada anteriormente, havendo plena coincidência de todos os elementos acima indicados, a saber: trata-se de igual pedido de concessão de aposentadoria por tempo de contribuição, com o mesmo suporte fático e jurídico, ambos propostos pela mesma parte.

Assim, deve ser mantido o decisum que reconheceu comprovada a ocorrência da coisa julgada, a teor do disposto nos §§ 1º a 4º do artigo 337 do CPC, extinguindo o feito, sem resolução do mérito, no que tange à especialidade dos períodos de 24/04/1972 a 10/07/1984, 01/10/1985 a 13/11/1985, 01/09/1989 a 10/01/1990, 11/06/1990 a 01/06/1991, 17/06/1991 a 08/07/1991, 01/07/1993 a 29/08/1993, 01/10/1993 a 09/04/1994, 03/05/1994 a 13/12/1995, bem como os intervalos considerados comuns (03/12/1991 a 03/12/1992 e de 01/06/1997 a 23/07/1999), e também como comum a atividade de torneiro mecânico, na condição de autônomo, com base no art. 485, V, do Novo CPC.

Também não assiste razão ao INSS agravante.

Com efeito, a decisão agravada esclareceu no que tange à atividade especial, a jurisprudência pacificou-se no sentido de que a legislação aplicável para sua caracterização é a vigente no período em que a atividade a ser avaliada foi efetivamente exercida.

Foi acrescentado ainda que está pacificado no E. STJ (Resp 1398260/PR) o entendimento de que a norma que rege o tempo de serviço é aquela vigente no momento da prestação, devendo, assim, ser considerado prejudicial até 05.03.1997 a exposição a ruídos superiores a 80 decibéis, de 06.03.1997 a 18.11.2003, a exposição a ruídos de 90 decibéis e, a partir de então, a exposição a ruídos de 85 decibéis.

Ademais, cumpre salientar que não há campo específico para preenchimento da metodologia adotada para fins de aferição do ruído, motivo pelo qual a ausência de indicação de histograma ou memória de cálculo não elide as conclusões vertidas no laudo pericial. Nesse sentido, é o entendimento desta Corte:

> Quanto à ausência de histograma ou memória de cálculo - metodologia e procedimento da NHol da fundacentro , deve ser expendido raciocínio similar em relação à idoneidade dos PPP's. Afinal, o empregado não pode ser prejudicado pela incúria do empregador, uma vez que, verificado o labor em condições insalubres e periculosas, compete à empregadora a emissão do PPP, nos termos do disposto no artigo 58, §4º, da Lei 8.213/91 e artigo 68, §6º, do Decreto 3.048/99.
> (AC n. 0031607-94.2014.4.03.9999/SP, TRF3, Oitava Turma, Rel. Des. Fed. Luiz Stefanini, DJ 24.04.2019, DJ-e 17.06.2019).

Portanto, mantidos os termos da decisão agravada que reconheceu a especialidade dos períodos de 01/03/2004 a 31/05/2004 (88,1dB), 01/01/2006 a 31/05/2006 (88,1dB), 01/09/2006 a 30/06/2007 (88,1dB), 01/11/2007 a 30/06/2008 (88,1dB) e de 01/04/2010 a 22/11/2010 (88,1dB), conforme laudo pericial, vez que o interessado esteve exposto a ruído em níveis superiores aos limites de tolerância de 85 decibéis (Decreto nº 3.048/1999 - código 2.0.1).

Reitere-se que o fato de o laudo ter sido elaborado posteriormente à prestação do serviço, não afasta a validade de suas conclusões, vez que tal requisito não está previsto em lei e, ademais, a evolução tecnológica propicia condições ambientais menos agressivas à saúde do obreiro do que aquelas vivenciadas à época da execução dos serviços.

Os artigos 57 e 58 da Lei 8.213/91, os quais regem a matéria relativa ao reconhecimento de atividade especial, garantem a contagem diferenciada para fins previdenciários ao trabalhador

que exerce atividades profissionais prejudiciais à saúde ou à integridade física e não vinculam o ato concessório do benefício previdenciário à eventual pagamento de encargo tributário.

Portanto, devem ser mantidos os termos do *decisum* agravado, por seus próprios fundamentos neste aspecto.

Diante do exposto, com fulcro no artigo 1.021, CPC/15, *rejeito a preliminar de impugnação à decisão monocrática arguida pelo INSS e, no mérito, nego provimento aos agravos internos interpostos pelo réu e pelo autor.*

É como voto.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO
5026092-41.2019.4.03.0000

Agravante: G.Z.
Agravados: JULIANA FERREIRA GONCALVES, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL THEREZINHA CAZERTA
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 26/10/2021

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. AÇÃO DE CANCELAMENTO DE COTA E INDENIZAÇÃO PELO INSS. PEDIDO DE SUSPENSÃO DO PAGAMENTO DA COTA E DEPÓSITO NOS AUTOS.
- A ação originária é uma ação de cancelamento de cota de pensão por morte e de indenização proposta em face de Juliana Ferreira Gonçalves e o INSS, ora agravados.
- O ora agravante já divide o valor da pensão por morte com Juliana Ferreira Gonçalves. Alega, porém, a inexistência da união estável entre Juliana e Tadeu, falecido e pai do agravante, e, por isso, na ação originária, pede, a título de tutela de urgência, o depósito em juízo da cota de Juliana.
- Em princípio, a matéria parece ser complexa para ser objeto de tutela de urgência e de uma análise perfunctória, própria dessa medida.
- Analisando-se com mais cuidado, porém, percebe-se que já se reconheceu judicialmente a inexistência de união estável entre o falecido Tadeu e Juliana e que a decisão judicial fez coisa julgada.
- Assim, é bastante prudente e razoável o pedido do agravante de suspensão do pagamento de cota da pensão por morte de Tadeu de Almeida Zabotto para Juliana Ferreira Gonçalves por meio de depósito pelo INSS nos autos originários do valor correspondente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Oitava Turma, por unanimidade, decidiu dar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto com o fim de suspender o pagamento da pensão por morte referente ao Benefício nº 164.472.338-4, em nome de Juliana Ferreira Gonçalves, por morte de Tadeu de Almeida Zabotto, determinando-se o depósito nos autos, ou, diante da alegada inexistência de união estável entre Juliana e Tadeu, que os pagamentos sejam efetuados diretamente à responsável legal do ora agravante.

A antecipação da tutela recursal foi deferida.

Sem contrarrazões.

O Ministério Público Federal opinou pelo provimento parcial do recurso, a fim de que seja suspenso o pagamento da pensão por morte à Juliana Ferreira Gonçalves, bem como seja depositado o valor suspenso em juízo.

É o relatório.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

VOTO

A ação originária é uma ação de cancelamento de cota de pensão por morte e de indenização proposta em face de Juliana Ferreira Gonçalves e o INSS, ora agravados.

O ora agravante já divide o valor da pensão por morte com Juliana Ferreira Gonçalves. Alega, porém, a inexistência da união estável entre Juliana e Tadeu, falecido e pai do agravante, e, por isso, na ação originária, pede, a título de tutela de urgência, o depósito em juízo da cota de Juliana.

Em princípio, a matéria parece ser complexa para ser objeto de tutela de urgência e de uma análise perfunctória, própria dessa medida.

Analisando-se com mais cuidado, porém, percebe-se que já se reconheceu judicialmente a inexistência de união estável entre o falecido Tadeu e Juliana e que a decisão judicial fez coisa julgada.

Assim, é bastante prudente e razoável o pedido do agravante de suspensão do pagamento de cota da pensão por morte de Tadeu de Almeida Zabotto para Juliana Ferreira Gonçalves por meio de depósito pelo INSS nos autos originários do valor correspondente.

Ante o exposto, dou provimento ao agravo de instrumento.

É o voto.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA
5648748-16.2019.4.03.9999

Apelante: ALCINDO DE CASTRO
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 05/11/2021

EMENTA

PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO DOENÇA. HABILITAÇÃO DOS HERDEIROS.
1. Os efeitos do mandato extinguem-se com a morte do autor, de modo que qualquer recurso interposto após o falecimento do outorgante não tem como ser conhecido, sem a necessária habilitação dos herdeiros.
2. Equivocada a decisão fundamentada no sentido de que "*... não há que se falar em habilitação, visto que não é possível aferir a existência de doença e consequentemente do direito ante o evento morte*", ante a possibilidade de realização da perícia indireta.
3. Sentença anulada, determinando-se o retorno dos autos ao Juízo de origem para a análise do pedido de habilitação dos herdeiros, prosseguindo-se o feito em seus ulteriores termos.
4. Apelação não conhecida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Décima Turma, por unanimidade, decidiu não conhecer da apelação e, de ofício, anular a sentença, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de apelação em face da sentença proferida nos autos da ação de conhecimento, na qual se pleiteia a concessão de auxílio doença ou de aposentadoria por invalidez, com o acréscimo de 25%

Noticiado o óbito do autor, ocorrido em 27/07/2018, foi requerida a habilitação por sua herdeira.

O MM. Juízo *a quo*, entendendo não ser o caso de promover a habilitação, por não ser possível aferir a existência de doença e consequentemente do direito ante o evento morte, julgou extinto o processo sem resolução do mérito, condenando a parte autora em custas e honorários advocatícios de 10% do valor da causa, observada a justiça gratuita concedida.

Inconformada, apela a parte interessada, arguindo, em preliminar, cerceamento de defesa. No mérito, pleiteia a reforma da r. sentença.

Sem contrarrazões, subiram os autos.

É o relatório.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

VOTO

Por primeiro, embora o autor tenha outorgado procuração válida, convém frisar que os efeitos do mandato extinguiram-se com a sua morte, de modo que qualquer recurso interposto após o falecimento do outorgante não tem como ser conhecido.

De outra parte, equivocou-se o douto Juízo sentenciante ao fundamentar sua decisão no sentido de que "*... não há que se falar em habilitação, visto que não é possível aferir a existência de doença e consequentemente do direito ante o evento morte*", ante a possibilidade de realização da perícia indireta.

A presente ação foi ajuizada em abril de 2018, objetivando o reconhecimento do direito do autor à percepção do benefício de aposentadoria por invalidez ou do auxílio doença desde a data do requerimento administrativo apresentado em 01/03/2018, instruída a petição inicial com documentos médicos que atestam que o autor era portador de CID Z24, constando do atestado de óbito como causa da morte: insuficiência respiratória, pneumonia, síndrome da imunodeficiência adquirida, caquexia, traqueostomia.

Consta, ainda, da certidão de óbito que o autor deixou 05 filhos menores e que vivia em união estável.

Vê-se, portanto, que tanto a companheira do falecido como seus filhos têm interesse no prosseguimento do feito, vez que, se procedente a demanda, teriam direito às prestações vencidas desde a data do requerimento administrativo até a data do óbito.

Assim, para que seja possível o conhecimento do recurso interposto, faz-se necessária a análise do pedido de habilitação dos sucessores.

Destarte, é de ser anulada a r. sentença, com remessa dos autos à origem, para que se proceda à análise do pedido de habilitação dos herdeiros, prosseguindo-se o feito em seus ulteriores termos.

Posto isto, não conheço da apelação e, de ofício, anulo a r. sentença.

É o voto.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
5004070-79.2020.4.03.6102

Apelante: ROSA MARIA FRANCELINA DA SILVA
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL DAVID DANTAS
Disponibilização do Acórdão: DJEN 21/10/2021

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. INCLUSÃO DOS VALORES DO AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO NOS SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO. POSSIBILIDADE.
- Inclusão dos valores percebidos a título de auxílio-alimentação durante o intervalo entre janeiro de 1995 a 30/10/2007, período em que a parte autora laborou para o Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo.
- Valores pagos à parte autora habitualmente e em pecúnia, consubstanciados na forma de vales alimentação e operacionalizados por um cartão eletrônico. Verba de natureza salarial, com obrigação de recolhimento das contribuições.
- Sendo devida a contribuição sobre a verba que compõe o auxílio-alimentação, desarrazoado vedar a sua inclusão nos salários-de-contribuição.
- Apelo da parte autora provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Oitava Turma, por unanimidade, decidiu DAR PROVIMENTO à apelação da parte autora e julgar procedente o pedido, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL DAVID DANTAS:

Trata-se de pedido de revisão de benefício de aposentadoria (NB 42/171.120.922-5 - DIB 17/11/2014) com a inclusão do auxílio-alimentação nos salários-de-contribuição. Requereu também a soma dos salários-de-contribuição das atividades concomitantes.

Documentos.

Deferidos os benefícios da justiça gratuita.

Contestação.

O MM Juízo *a quo* julgou extinto o processo sem resolução do mérito no tocante ao pedido de revisão do benefício com base na soma dos salários-de-contribuição das atividades concomitantes exercidas pela parte autora. No tocante à inclusão do auxílio-alimentação nos salários-de-contribuição, julgou improcedente a demanda.

Recorreu a parte autora sustentando que, conforme previsão legal e sumular, a verba alimentar recebida pela parte recorrente integra o salário-de-contribuição. Quanto a ausência de custeio, ou seja, de recolhimento previdenciário sobre tal verba não pode o segurado ser responsabilizado e penalizado por tal omissão. Com relação ao termo inicial da revisão, este deve ser fixado desde a data da concessão do benefício.

Sem contrarrazões, remetidos os autos a esta Corte.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL DAVID DANTAS:

A parte autora é beneficiária de aposentadoria (NB 42/171.120.922-5 - DIB 17/11/2014) e pretende, na presente ação, a revisão deste benefício mediante o cômputo da importância relativa ao auxílio-alimentação.

Nesta demanda, pleiteia a inclusão dos valores percebidos a título de auxílio-alimentação durante o intervalo entre janeiro de 1995 a 30/10/2007 (id 174938387), período em que laborou para o Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo.

Os respectivos valores foram pagos à parte autora habitualmente e em pecúnia, consubstanciada na forma de vales alimentação e operacionalizado por um cartão eletrônico, consoante a declaração emitida pela ex-empregadora (id 174938387), que indicou a FAEPA como entidade pagadora.

Ressalte-se que a Função de Apoio ao Ensino, Pesquisa e Assistência do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo – FAEPA, constitui uma entidade de caráter privado, sem fins lucrativos, com estrutura intimamente ligada ao Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto, dada a coincidência de alguns membros da direção e administração das duas entidades.

Por outro lado, resta evidente a natureza salarial embutida na verba em questão. A corroborar este entendimento o Superior Tribunal de Justiça tem acenado no sentido de que sobre o mesmo incide a contribuição previdenciária:

> "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. SUBMISSÃO A REGRA PREVISTA NO ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. TRIBUTÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA. DECADÊNCIA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO. APLICAÇÃO DA REGRA CONTIDA NO ART. 173, I, DO CTN. TERMO INICIAL. EXERCÍCIO SEGUINTE AO VENCIMENTO DA OBRIGAÇÃO. PRECEDENTES. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 150, § 4º, DO CTN, BEM COMO, NO TOCANTE À APLICAÇÃO DA TR, AOS ARTS. 18, 20, 21, 23 E 24 DA LEI N. 8.177/91 E 161 DO CTN. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. ÓBICE DAS SÚMULAS 282 E 356/STF. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA A CARGO DA EMPRESA. REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. INCIDÊNCIA SOBRE O AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO. PRETENDIDA ANÁLISE DA PROPORÇÃO EM QUE SE DEU A SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. QUESTÃO ATRELADA AO REEXAME DE MATÉRIA DE FATO.
> 1. O recurso especial não merece ser conhecido em relação à questão que não foi tratada no acórdão recorrido, sobre a qual nem sequer foram apresentados embargos de declaração, ante a ausência do indispensável prequestionamento (Súmulas 282 e 356/STF, por analogia).

> 2. No que concerne à verba denominada auxílio-alimentação, não há falar na incidência de contribuição previdenciária quando pago *in natura*, esteja ou não a empresa inscrita no PAT. No entanto, pago habitualmente e em pecúnia, há a incidência da contribuição. Nesse sentido: REsp 1.196.748/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 28.9.2010; AgRg no REsp 1.426.319/SC, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 13.5.2014; REsp 895.146/CE, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 19.4.2007.
> 3. O reexame de matéria de prova é inviável em sede de recurso especial (Súmula 7/STJ).
> 4. Agravo interno não provido.
> (AgInt no REsp 1.694.824/SP, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/12/2018, DJe 14/12/2018)

> TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. DÉCIMO TERCEIRO PROPORCIONAL AO AVISO PRÉVIO INDENIZADO. AUXÍLIO ALIMENTAÇÃO PAGO EM PECÚNIA, COM HABITUALIDADE. INCIDÊNCIA.
> 1. Pacífico o entendimento jurisprudencial deste Tribunal Superior pela incidência da contribuição previdenciária sobre o décimo terceiro proporcional ao aviso prévio indenizado em razão da natureza remuneratória, como também sobre o auxílio-alimentação pago em pecúnia e com habitualidade.
> 2. O Supremo Tribunal Federal, após o reconhecimento da repercussão geral no RE 565.160/SC, decidiu que "a contribuição social a cargo do empregador incide sobre ganhos habituais do empregado, a qualquer título, quer anteriores, quer posteriores à Emenda Constitucional n. 20/1998 - inteligência dos artigos 195, inciso I, e 201, § 11, da Constituição Federal".
> 3. Agravo interno não provido.
> (AgInt no REsp 1.719.071/CE, Rel. Min. GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/9/2018, DJe 22/10/2018)

De outra parte, a jurisprudência do STJ, congruente com a previsão do artigo 28, §9º, "c", da Lei n. 8.212/91, também é unânime em esquivar a incidência da contribuição previdenciária sobre o auxílio-alimentação entregue 'in natura'.

> EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO. 1. O pagamento *in natura* do auxílio-alimentação, vale dizer, quando a própria alimentação é fornecida pela empresa, não sofre a incidência da contribuição previdenciária, por não possuir natureza salarial, esteja o empregador inscrito ou não no Programa de Alimentação do Trabalhador - PAT ou decorra o pagamento de acordo ou convenção coletiva de trabalho. 2. Ao revés, quando o auxílio alimentação é pago em dinheiro ou seu valor creditado em conta-corrente, como na hipótese dos autos, em caráter habitual e remuneratório, integra a base de cálculo da contribuição previdenciária. 3. Embargos de divergência conhecidos e improvidos (STJ, EResp n. 603509/CE, relator Ministro Castro Meira, data 22/9/2004)

> PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO. PAGAMENTO EM DINHEIRO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. INCIDÊNCIA. 1. Hipótese em que, configurada, à época, a divergência entre o acórdão embargado (que determina a incidência da Contribuição Social sobre o auxílio-alimentação creditado em conta-corrente) e o acórdão paradigma (que entende pela não incidência no caso de auxílio-alimentação pago em decorrência de acordo coletivo de trabalho, em período anterior à vigência da Lei 8.212/91) aplica-se o posicionamento pacificado na Primeira Seção, no sentido da decisão recorrida. 2. "Ao revés, quando o auxílio alimentação é pago em dinheiro ou seu valor creditado em conta-corrente, em caráter habitual e remuneratório, integra a base de cálculo da contribuição previdenciária" (EREsp 476.194/PR, DJ de 01/08/2005). 3. Embargos de Divergência não providos (STJ, EResp 498.983/CE, Ministro Herman Benjamin, data 22/11/2006);

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INCIDÊNCIA SOBRE FÉRIAS GOZADAS, ADICIONAIS NOTURNO, INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE E AUXÍLIO ALIMENTAÇÃO PAGO EM PECÚNIA. PRECEDENTES.
1. É assente a jurisprudência desta Corte no sentido de que incide contribuição previdenciária sobre as férias gozadas e o adicional de insalubridade, por possuírem natureza salarial e integrarem o salário de contribuição. Precedentes: AgRg nos EREsp 1.510.699/AL, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe 3/9/2015; AgRg nos EDcl no AREsp 684.226/RN, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 8/10/2015; AgRg no REsp 1.514.976/PR, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 5/8/2016.
2. Esta Corte no julgamento do REsp 1.358.281/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado sob o rito do art. 543-C do CPC/1973, decidiu que incide contribuição previdenciária sobre adicional noturno e adicional de periculosidade.
3. A jurisprudência desta Corte Superior firmou o entendimento no sentido de que o auxílio-alimentação pago *in natura* não integra a base de cálculo da contribuição previdenciária, esteja ou não a empresa inscrita no PAT; por outro lado, quando pago habitual e em pecúnia, incide a referida contribuição. Precedentes: AgRg no REsp 1.420.135/SC, Rel. Min. Sergio Kukina, Primeira Turma, DJe 16/9/2014; AgRg no REsp 1.426.319/SC, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 13/5/2014.
4. Agravo interno não provido. (STJ, AgInt Resp 1617204/RS, Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 3/2/2017)

Desta feita, sendo devida a respectiva contribuição sobre a verba que compõe o auxílio-alimentação, desarrazoado vedar a sua inclusão nos salários-de-contribuição.

A reforma da sentença se impõe para se julgar procedente o pedido.

A revisão deverá ter início a partir da DIB do benefício, com observância da prescrição das prestações vencidas antes do quinquênio que precede a propositura da presente ação (Súmula 85 do C. STJ).

Sobre as diferenças devem incidir correção monetária e taxas de juros de acordo com o julgamento proferido pelo C. Supremo Tribunal Federal na Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 870.947.

Quanto à verba honorária, fixo-a em 10% (dez por cento), considerados a natureza, o valor e as exigências da causa, nos termos do art. 85, §§ 2º e 8º, do CPC, sobre as parcelas vencidas até a data deste *decisum*.

No que tange às despesas processuais, são elas devidas, à observância do disposto no artigo 11 da Lei nº 1060/50, combinado com o artigo 91 do Novo Código de Processo Civil. Porém, a se considerar a hipossuficiência da parte autora e os benefícios que lhe assistem, em razão da assistência judiciária gratuita, a ausência do efetivo desembolso desonera a condenação da autarquia federal à respectiva restituição.

Por fim, cabe destacar que para o INSS não há custas e despesas processuais em razão do disposto no artigo 6º da Lei Estadual 11.608/2003, que afasta a incidência da Súmula 178 do STJ.

Ante o exposto, *DOU PROVIMENTO* à apelação da parte autora e julgo procedente o pedido. Consectários na forma acima.

É o voto.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
5002742-29.2021.4.03.9999

Apelante: JEAN CARLOS PEREIRA DOS SANTOS
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELSON PORFÍRIO
Disponibilização do Acórdão: DJEN 03/11/2021

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DE AUXÍLIO-DOENÇA / APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. NECESSIDADE DE PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO DESPROVIDA.
1. Restou definida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 631.240, com repercussão geral reconhecida, a questão relativa à necessidade de requerimento administrativo para os processos judiciais envolvendo a concessão, a revisão ou o restabelecimento de benefício previdenciário, estabelecendo-se, ainda, regras de transição para as ações distribuídas até 03.09.2014.
2. Tratando-se de pedido de concessão de benefício previdenciário, é indispensável a formulação de prévio requerimento administrativo, não se configurando ameaça ou lesão a direito antes de sua análise e rejeição pelo INSS.
3. Não obstante a parte autora tenha formulado requerimento administrativo em 19.08.2020, este não foi concluído diante do não cumprimento de exigência pelo próprio requerente.
4. Considerando que a parte autora não comprovou o cumprimento da exigência indicada no procedimento administrativo, nem a efetiva conclusão da análise do requerimento - ingressando com a presente ação judicial menos de 10 dias após o pedido -, deve ser reconhecida a sua falta de interesse de agir, sendo de rigor a manutenção da r. sentença de extinção do feito sem resolução do mérito.
5. Apelação da parte autora desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Décima Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento à apelação da parte autora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Desembargador Federal Nelson Porfirio (Relator): Trata-se de ação proposta por JEAN CARLOS PEREIRA DOS SANTOS em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, objetivando a concessão do benefício de auxílio-doença ou de aposentadoria por invalidez.

Juntados procuração e documentos.

Deferido o pedido de gratuidade da justiça.

O INSS apresentou contestação.

Réplica da parte autora.

Foi realizada Perícia Judicial.

O MM. Juízo de origem extinguiu o processo sem julgamento do mérito, por falta de interesse de agir, nos termos do artigo 485, VI, do CPC.

Inconformada, a parte autora interpôs recurso de apelação.

Sem contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO - Relator

VOTO

O Exmo. Desembargador Federal Nelson Porfirio (Relator): Não assiste razão à parte autora.

Restou definida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 631.240, com repercussão geral reconhecida, a questão relativa à necessidade de requerimento administrativo para os processos judiciais envolvendo a concessão, a revisão ou o restabelecimento de benefício previdenciário, estabelecendo-se, ainda, regras de transição para as ações distribuídas até 03.09.2014:

> "RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO E INTERESSE EM AGIR.
> 1. A instituição de condições para o regular exercício do direito de ação é compatível com o art. 5º, XXXV, da Constituição. Para se caracterizar a presença de interesse em agir, é preciso haver necessidade de ir a juízo.
> 2. A concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise. É bem de ver, no entanto, que a exigência de prévio requerimento não se confunde com o exaurimento das vias administrativas.
> 3. A exigência de prévio requerimento administrativo não deve prevalecer quando o entendimento da Administração for notória e reiteradamente contrário à postulação do segurado.
> 4. Na hipótese de pretensão de revisão, restabelecimento ou manutenção de benefício anteriormente concedido, considerando que o INSS tem o dever legal de conceder a prestação mais vantajosa possível, o pedido poderá ser formulado diretamente em juízo - salvo se depender da análise de matéria de fato ainda não levada ao conhecimento da Administração -, uma vez que, nesses casos, a conduta do INSS já configura o não acolhimento ao menos tácito da pretensão.
> 5. Tendo em vista a prolongada oscilação jurisprudencial na matéria, inclusive no Supremo Tribunal Federal, deve-se estabelecer uma fórmula de transição para lidar com as ações em curso, nos termos a seguir expostos.
> 6. Quanto às ações ajuizadas até a conclusão do presente julgamento (03.09.2014), sem que tenha havido prévio requerimento administrativo nas hipóteses em que exigível, será observado o seguinte: (i) caso a ação tenha sido ajuizada no âmbito de Juizado Itinerante, a ausência de anterior pedido administrativo não deverá implicar a extinção do feito; (ii) caso o INSS já tenha apresentado contestação de mérito, está caracterizado o interesse em agir

pela resistência à pretensão; (iii) as demais ações que não se enquadrem nos itens (i) e (ii) ficarão sobrestadas, observando-se a sistemática a seguir.
7. Nas ações sobrestadas, o autor será intimado a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção do processo. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado a se manifestar acerca do pedido em até 90 dias, prazo dentro do qual a Autarquia deverá colher todas as provas eventualmente necessárias e proferir decisão. Se o pedido for acolhido administrativamente ou não puder ter o seu mérito analisado devido a razões imputáveis ao próprio requerente, extingue-se a ação. Do contrário, estará caracterizado o interesse em agir e o feito deverá prosseguir.
8. Em todos os casos acima - itens (i), (ii) e (iii) -, tanto a análise administrativa quanto a judicial deverão levar em conta a data do início da ação como data de entrada do requerimento, para todos os efeitos legais.
9. Recurso extraordinário a que se dá parcial provimento, reformando-se o acórdão recorrido para determinar a baixa dos autos ao juiz de primeiro grau, o qual deverá intimar a autora - que alega ser trabalhadora rural informal - a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado para que, em 90 dias, colha as provas necessárias e profira decisão administrativa, considerando como data de entrada do requerimento a data do início da ação, para todos os efeitos legais. O resultado será comunicado ao juiz, que apreciará a subsistência ou não do interesse em agir." (STF, Tribunal Pleno, RE 631240 / MG, Rel. Min. Roberto Barroso, j. em 03/09/14, DJe em 10/11/2014) (grifou-se)

No caso concreto, distribuída a ação originária em 27.08.2020 e tratando-se de pedido de concessão de benefício previdenciário, é indispensável a formulação de prévio requerimento administrativo, não se configurando ameaça ou lesão a direito antes de sua análise e rejeição pelo INSS.

E, não obstante a parte autora tenha formulado requerimento administrativo em 19.08.2020, este não foi concluído diante do não cumprimento de exigência pelo próprio requerente (páginas 55/57 - ID 178397452).

Dessarte, considerando que a parte autora não comprovou o cumprimento da exigência indicada no procedimento administrativo, nem a efetiva conclusão da análise do requerimento - ingressando com a presente ação judicial menos de 10 dias após o pedido -, deve ser reconhecida a sua falta de interesse de agir, sendo de rigor a manutenção da r. sentença de extinção do feito sem resolução do mérito.

Ante o exposto, *nego provimento à apelação da parte autora*.

É o voto.

Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
5022458-42.2021.4.03.9999

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: ILDA SOCORRO BALTAZAR
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL TORU YAMAMOTO
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 07/10/2021

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL AO DEFICIENTE. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. IMPRESCRITÍVEL.. PREENCHIDOS REQUISITOS. TERMO INICIAL CORRIGIDO. BENEFICIO CONCEDIDO.
1. Quanto à ocorrência da prescrição do fundo de direito, a jurisprudência firmou entendimento no sentido de que os benefícios previdenciários e assistenciais guardam relação com o direito à vida e, portanto, são direitos sociais que compõem o quadro dos direitos fundamentais. Desta forma, tem-se que a pretensão ao benefício previdenciário/assistencial em si não prescreve, mas tão somente as prestações não reclamadas em certo tempo.
2. O benefício de prestação continuada, de um salário mínimo mensal, previsto no art. 203, V, da Constituição Federal e regulamentado pelo art. 20 e parágrafos da Lei nº 8.742/93, é devido à pessoa portadora de deficiência (sem limite de idade) e ao idoso, com mais de 65 anos, que comprovem não ter condições econômicas de se manter e nem de ter sua subsistência mantida pela família.
3. O E.STF, na Reclamação (RCL) 4374 e sobretudo nos Recursos Extraordinários (REs) 567985 e 580963 (ambos com repercussão geral), em 17 e 18 de abril de 2013, reconheceu superado o decidido na ADI 1.232-DF, de tal modo que o critério de renda per capita de ¼ do salário mínimo não é mais aplicável, motivo pelo qual a miserabilidade deverá ser aferida pela análise das circunstâncias concretas do caso analisado (à míngua de novo critério normativo). Aliás, esse já era o entendimento que vinha sendo consagrado pela jurisprudência, como se pode notar no E. STJ, no REsp 314264/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Félix Fischer, j. 15/05/2001, v.u., DJ 18/06/2001, p. 185, afirmando que "o preceito contido no art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93 não é o único critério válido para comprovar a condição de miserabilidade preceituada no artigo 203, V, da Constituição Federal. A renda familiar per capita inferior a ¼ do salário-mínimo deve ser considerada como um limite *mínimo, um quantum objetivamente considerado insuficiente à subsistência do portador de deficiência e do idoso, o que não impede que o julgador faça uso de outros fatores que tenham o condão de comprovar a condição de miserabilidade da família do autor"*. No mesmo sentido, também no STJ, vale mencionar o decidido nos EDcl no AgRg no REsp 658705/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. 08/03/2005, v.u., DJ 04/04/2005, p. 342, e ainda o contido no REsp 308711/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 19/09/2002, v.u., DJ 10/03/2003, p. 323.
4 - Restou demonstrada, *quantum satis*, no caso em comento, situação de miserabilidade, prevista no art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993, a ensejar a concessão do benefício assistencial, bem como a incapacidade laborativa.

5. Em relação ao termo inicial, em que pese a existência de pedido administrativo, considerando o largo lapso temporal decorrido entre o pedido administrativo e o ajuizamento do feito, não se pode presumir que a condição socioeconômica da família àquele tempo fosse a mesma da apurada neste feito, ou mesmo que estivesse a parte autora incapacitada, razão pela qual fixo o termo inicial do benefício na data da citação.
6. Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sétima Turma, por unanimidade, decidiu dar parcial provimento à apelação do INSS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

RELATÓRIO

Exmo. Desembargador Federal Toru Yamamoto (Relator):

Trata-se de ação previdenciária ajuizada em face do Instituto Nacional Do Seguro Social - INSS, objetivando a concessão de benefício de prestação continuada.

A r. sentença julgou procedente a ação, para condenar o INSS à conceder o beneficio de amparo social ao deficiente, a partir do requerimento administrativo (01/03/2013) no valor de um salário mínimo, devendo as parcelas em atraso serem acrescidas de correção monetária e juros de mora. Condenou, ainda, a autarquia ao pagamento dos honorários advocatícios fixados em 10% do valor das parcelas vencidas até a sentença. Isento de custas.

Dispensado o reexame necessário.

O INSS apresentou apelação, querendo preliminarmente o reconhecimento da prescrição do fundo de direito tendo em vista que a parte autora só ajuizou a demanda após o decurso de mais de cinco anos do requerimento administrativo. No mérito, alegando que a parte autora não preenche os requisitos necessários à concessão do beneficio. Subsidiariamente pugna pela reforma da sentença no tocante ao termo inicial do benefício, o reconhecimento da remessa oficial e critérios de juros e correção monetária.

Com as contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

O órgão do Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

VOTO

O Exmo. Desembargador Federal Toru Yamamoto (Relator):

Verifico, em juízo de admissibilidade, que o recurso ora analisado mostra-se formalmente regular, motivado (artigo 1.010 CPC) e com partes legítimas, preenchendo os requisitos de adequação (art. 1009 CPC) e tempestividade (art. 1.003 CPC). Assim, presente o interesse recursal e inexistindo fato impeditivo ou extintivo, recebo-o e passo a apreciá-lo nos termos do artigo 1.011 do Código de Processo Civil.

Rejeito a questão preliminar arguida pelo INSS.

Quanto à ocorrência da prescrição do fundo de direito, a jurisprudência firmou entendimento no sentido de que os benefícios previdenciários e assistenciais guardam relação com o direito à vida e, portanto, são direitos sociais que compõem o quadro dos direitos fundamentais.

Desta forma, tem-se que a pretensão ao benefício previdenciário/assistencial em si não prescreve, mas tão somente as prestações não reclamadas em certo tempo.

Confira-se a jurisprudência:

> APELAÇÃO CÍVEL. PRELIMINAR REJEITADA. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. INOCORRÊNCIA. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO INCONTROVERSA. TERMO INICIAL. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. MANUAL DE CÁLCULOS NA JUSTIÇA FEDERAL. CUSTAS. ESFERA ESTADUAL.
> 1. Prescrição do fundo de direito. Inocorrência. Os benefícios previdenciários e assistenciais compõem o quadro dos direitos fundamentais. A pretensão ao benefício previdenciário/assistencial em si não prescreve, mas tão somente as prestações não reclamadas em certo tempo. Precedentes STJ.
> 2. O benefício de prestação continuada é devido ao portador de deficiência (§2º do artigo 20 da Lei nº 8.742/93, com a redação dada pela Lei nº 12.470/2011) ou idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais (artigo 34 da Lei nº 10.741/2003) que comprove não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família, nos termos dos artigos 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93.
> 3. Concessão incontroversa do benefício incontroversa.
> 4. Termo inicial do benefício fixado na data da citação. Considerando a natureza do benefício assistencial e decorrido largo lapso temporal entre a cessação administrativa e o ajuizamento do feito, evidencia-se a impossibilidade da concessão desde seu pedido na esfera administrativa.
> 5. Juros e correção monetária pelos índices constantes do Manual de Orientação para a elaboração de Cálculos na Justiça Federal vigente à época da elaboração da conta, observando-se, em relação à correção monetária, a aplicação do IPCA-e em substituição à TR – Taxa Referencial. Correção de ofício.
> 6. A cobrança de custas nas causas ajuizadas perante a Justiça Estadual, no exercício da jurisdição federal, rege-se pela legislação estadual. Art. 1º, §1º, da Lei 9.289/96. A Lei Estadual nº 3.779/2009 impõe o pagamento das custas processuais ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS nas ações que tramitam perante a Justiça Estadual de Mato Grosso do Sul.
> 7. Sentença corrigida de ofício. Preliminar arguida pelo INSS rejeitada. Apelação do INSS parcialmente provida.
> (TRF 3ª Região, 7ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000795-76.2017.4.03.9999, Rel. Desembargador Federal PAULO SERGIO DOMINGUES, julgado em 30/11/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 03/12/2020)

Passo a analise do mérito:

Em face dos critérios de direito intertemporal, e tendo em vista a legislação vigente à data da formulação do pedido, que provoca a presente análise recursal, os requisitos (independentes de carência ou contribuição, por força do art. 203, *caput*, do ordenamento constitucional vigente) a serem observados para a concessão do benefício assistencial são os previstos no art. 203, V, da Constituição Federal, versado na Lei n. 8.742/1993. Por força desses diplomas, a concessão do benefício de prestação continuada depende de, cumulativamente: a) idade igual ou superior a 65 anos (art. 34 da Lei 10.741/2003) ou invalidez para o exercício de atividade remunerada (comprovada mediante exame pericial); b) não ter outro meio de prover o próprio

sustento; c) família (ou pessoa de quem dependa obrigatoriamente, desde que vivam sob o mesmo teto) impossibilitada de promover o sustento do requerente, devendo apresentar renda mensal per capita não superior a ¼ (um quarto) do salário mínimo. A ausência de prova de qualquer um dos requisitos implica o indeferimento do pleito.

Observe-se que o Supremo Tribunal Federal, na Reclamação (RCL) 4374 e, sobretudo, nos Recursos Extraordinários (REs) 567985 e 580963 (ambos com repercussão geral), em 17 e 18 de abril de 2013, reconheceu superado o decidido na ADI 1.232-DF, de tal modo que o critério de renda per capita de ¼ do salário mínimo não é mais aplicável, motivo pelo qual a miserabilidade deverá ser aferida pela análise das circunstâncias concretas do caso analisado (à míngua de novo critério normativo). Aliás, esse já era o entendimento que vinha sendo consagrado pela jurisprudência, como se pode notar no julgamento do REsp 314264/SP pelo Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, Rel. Min. Félix Fischer, j. 15/05/2001, v.u., DJ 18/06/2001, p. 185, afirmando que "o preceito contido no art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93 não é o único critério válido para comprovar a condição de miserabilidade preceituada no artigo 203, V, da Constituição Federal. A renda familiar per capita inferior a ¼ do salário-mínimo deve ser considerada como um limite mínimo, um quantum objetivamente considerado insuficiente à subsistência do portador de deficiência e do idoso, o que não impede que o julgador faça uso de outros fatores que tenham o condão de comprovar a condição de miserabilidade da família do autor". No mesmo sentido, também no STJ, vale mencionar o decidido nos EDcl no AgRg no REsp 658705/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. 08/03/2005, v.u., DJ 04/04/2005, p. 342, e ainda o teor do REsp 308711/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 19/09/2002, v.u., DJ 10/03/2003, p. 323.

No presente caso, pleiteia a autora a concessão do benefício de assistência social ao portador de deficiência.

Nesse passo, o laudo médico pericia realizado em 12/05/2020, atesta que a autora com 51 anos é portadora de *transtorno de discos lombares e invertebrais com mielopatia, espondiloartrose lombar e hérnia de disco,* estando parcial e permanentemente incapacitada, apresentando incapacidade por período superior a dois anos, estando impossibilitada de exercer sua atividade habitual de trabalhadora braçal.

Desse modo, restou comprovado que a parte autora sofre impedimento de longo prazo que obstrui ou dificulta sua participação em igualdade de condições com as demais pessoas.

Resta perquirir se a demandante pode ter a subsistência provida pela família.

A propósito, não incumbe investigar, aqui, se a proteção social seria supletiva à prestação de alimentos pela família. É bastante analisar, por ora, se a demandante poderia ter a subsistência provida pelos seus (art. 20 da Lei 8.742/1993). Só então, evidenciada a impossibilidade, buscar-se-ia o amparo do Estado.

Nessa seara, colhe-se do relatório social realizado em 02/12/2019, que a autora reside em imóvel próprio financiado, composto de 05 (cinco) cômodos em companhia de seu companheiro Sr. Cicero Pereira Pinto com 68 anos.

Relata, ainda, a Assistente Social que a renda familiar é proveniente da aposentadoria do companheiro no valor de um salário mínimo e os gastos básicos totalizam o valor de R$ 802,79, e eventualmente gasta R$ 300,00 com medicamentos não encontrados no sistema publico.

Em consulta ao extrato do sistema CNIS/DATAPREV verifica-se que o Sr. Cicero é beneficiário de auxilio doença a partir de 14/07/2009, convertido em aposentadoria por invalidez em 23/06/2017 no valor de R$ 1.063,35.

No caso em comento, há elementos para se afirmar que se trata de família que vive em estado de miserabilidade. Os recursos obtidos pela família do requerente são insuficientes para cobrir os gastos ordinários, bem como os tratamentos médicos e cuidados especiais imprescindíveis.

Em relação ao termo inicial, em que pese a existência de pedido administrativo efetuado em 01/03/2013 (Id. 150882970), considerando o largo lapso temporal (seis anos) decorrido entre o pedido administrativo e o ajuizamento do feito ocorrido em 10/2019, não se pode presumir que a condição socioeconômica da família àquele tempo fosse a mesma da apurada neste feito, ou mesmo que estivesse a parte autora incapacitada, razão pela qual fixo o termo inicial do benefício na data da citação, ocorrida em 13/05/2020 (Id. 150882989).

Assim mantida a concessão do beneficio de amparo social ao deficiente, a partir da citação (13/05/2020).

Apliquem-se, para o cálculo dos juros de mora e correção monetária, os critérios estabelecidos pelo Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal vigente à época da elaboração da conta de liquidação, observando-se o decidido nos autos do RE 870947.

Ante o exposto, *dou parcial provimento à apelação do INSS* para corrigir o termo inicial, mantendo no mais, a sentença proferida.

É como voto.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
5131189-35.2021.4.03.9999

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelados: G. D. D. B., K. G. D. D. B.
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GILBERTO JORDAN
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 08/10/2021

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-RECLUSÃO. AÇÃO DE COBRANÇA. PRISÕES SUCESSIVAS ENTRE 2007 E 2019. FILHO ABSOLUTAMENTE INCAPAZ. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PRESUMIDA. PERÍODO DE GRAÇA. ÚLTIMO SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO INFERIOR AO LIMITE ESTABELECIDO POR PORTARIA DO MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO ENTRE AS PRISÕES. ÚLTIMA PRISÃO EM 2019. INCIDÊNCIA DA LEI Nº 13.846/2019. MÉDIA SALARIAL SUPERIOR AO LIMITE LEGAL.
- O auxílio-reclusão é benefício previdenciário devido aos dependentes do segurado nos termos do artigo 80 da Lei nº 8.213/1991.
- A dependência econômica é presumida em relação ao filho absolutamente incapaz.
- Objetivam os autores o recebimento de parcelas do benefício previdenciário de auxílio-reclusão, referentes aos seguintes interregnos em que o genitor estivera recolhido ao cárcere: 14/06/2007 a 31/07/2007, 21/01/2008 a 24/01/2008, 09/06/2008 a 11/07/2008, 15/09/2008 a 18/09/2008, 09/02/2009 a 15/05/2009, 30/07/2010 a 24/05/2016 e 16/10/2019 a 03/02/2020.
- Por ocasião do recolhimento prisional ocorrido em 14 de junho de 2007, o detento ostentava a qualidade de segurado, por força do disposto no art. 15, II da Lei nº 8.213/91. Da mesma forma, no que se refere aos recolhimentos prisionais ocorridos em 21/01/2008, 09/06/2008, 15/09/2009 e, em 15/05/2009.
- Também restou superado o requisito da baixa renda, no que se refere às referidas prisões, já que o último salário-de-contribuição integral pertinente ao mês de outubro de 2006 (R$ 656,01), era inferior ao previsto pela Portaria MPS nº 142/07, vigente na data da primeira prisão, correspondente a R$ 676,27.
- No que se tange à prisão ocorrida em 15/09/2009, seu último salário-de-contribuição integral, pertinente ao mês de novembro de 2008, no importe de R4 234,55, também era inferior ao limite estabelecido pela Portaria MPS nº 48/09, correspondente a R$ 752,12.
- Por outro lado, tendo decorrido mais de 12 (doze) meses entre a soltura, ocorrida em 15/05/2009 e a prisão ocorrida em 30/07/2010, tem-se que a este tempo o preso já não mais ostentava a qualidade de segurado, sendo inaplicáveis qualquer das hipóteses de ampliação do período de graça preconizadas pelo art. 15, §§ 1º e 2º da Lei de Benefícios.
- Quanto à prisão ocorrida em 16 de outubro de 2019, tem-se por cumprida a carência mínima de 24 contribuições preconizada pelo art. 25, IV da Lei de Benefícios. Isso porque, conforme estabelecido pelo art. 27-A da norma em comento, na hipótese de perda da qualidade de segurado, o segurado deverá contar, a partir da data da nova filiação à Previdência Social, com metade dos períodos previstos nos incisos I, III e IV do *caput* do art. 25.

- Após a perda da qualidade de segurado, os contratos de trabalhos estabelecidos entre 01/09/2017 e 30/09/2017, 01/11/2017 e 30/11/2017, 01/01/2018 e 31/07/2018, 23/08/2018 e 03/01/2019, 28/02/2019 e 27/07/2019, perfazem 18 (dezoito) contribuições.
- É de se observar que a prisão ocorrida em 16 de outubro de 2019, se verificou na vigência da Lei nº 13.846, de 18/06/2019, que incluiu o § 4º ao artigo 80 da LBPS, preconizando que a apuração da renda bruta será a partir da média dos salários de contribuição nos 12 (doze) meses antes do encarceramento, conforme o § 4º do artigo 80 da LBPS.
- A média aritmética simples dos doze últimos salários-de-contribuição, no importe de R$ 1.571,01, foi superior ao limite estabelecido pela Portaria nº 09/2019 do Ministério da Economia, no patamar de R$ 1.364,43.
- Condenação do INSS ao pagamento das parcelas de auxílio-reclusão, pertinentes aos interregnos de 14/06/2007 a 31/07/2007, 21/01/2008 a 24/01/2008, 09/06/2008 a 11/07/2008, 15/09/2008 a 18/09/2008, 09/02/2009 a 15/05/2009.
- Tendo em vista que o nascimento do autor K.G.D.D.B. ocorreu em 15/02/2010, apenas a autora G.D.D.B., nascida em 25/07/2005, faz jus ao recebimento das referidas parcelas.
- Os honorários advocatícios deverão ser fixados na liquidação do julgado, nos termos do inciso II, do § 4º, c.c. §11, do artigo 85, do CPC/2015.
- Apelação do INSS provida parcialmente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por unanimidade, decidiu dar parcial provimento à apelação do INSS, a fim de restringir sua condenação ao pagamento das parcelas de auxílio-reclusão, vencidas entre 14/06/2007 e 31/07/2007, 21/01/2008 e 24/01/2008, 09/06/2008 e 11/07/2008, 15/09/2008 e 18/09/2008, 09/02/2009 e 15/05/2009, exclusivamente em favor da autora G.D.D.B, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta em ação ajuizada por G.D.D.B., K.G.D.D.B. (incapazes), representado pela genitora, em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, objetivando o recebimento de parcelas do benefício previdenciário de auxílio-reclusão.

A r. sentença recorrida julgou procedente o pedido e condenou a Autarquia Previdenciária à concessão do benefício pleiteado, com parcelas acrescidas dos consectários legais (id 165259173 - p. 1/4).

Os embargos de declaração opostos pela parte autora foram acolhidos, a fim de condenar o INSS ao pagamento das parcelas de auxílio-reclusão pertinentes aos seguintes interregnos: 14/06/2007 a 31/07/2007, 21/01/2008 a 24/01/2008, 09/06/2008 a 11/07/2008, 15/09/2008 a 18/09/2008, 09/02/2009 a 15/05/2009, 30/07/2010 a 24/05/2016 e 16/10/2019 a 03/02/2020 (id. 165259182 – p. 1/2).

Em razões recursais, requer o INSS que seja reconhecida a decadência do direito, já que o ajuizamento da demanda se verificou após mais de dez anos do penúltimo encarceramento. Subsidiariamente, aduz que deve ser reconhecida a prescrição das prestações vencidas antes de cinco anos do ajuizamento da demanda. Argui que, por ocasião da prisão ocorrida em 30/07/2010, o recluso já não ostentava a qualidade de segurado, por haver decorrido mais de 12 (doze) meses após o livramento. No que tange ao último período, sustenta que o instituidor foi preso em 16.10.2019, não tendo cumprido a carência necessária para a concessão do benefício (24 meses, a teor do artigo 25, inciso IV, da Lei 8.213), já que trabalhou em apenas dois vínculos empregatícios, totalizando 10 contribuições para carência, o que implica na improcedência do pedido (id. 165259186 – p. 1/4).

Contrarrazões (id 165259193 – p. 1/5).

Devidamente processado o recurso, subiram os autos a esta instância para decisão.

Parecer do Ministério Público Federal, em que se manifesta pelo provimento parcial da apelação do INSS para excluir as parcelas do benefício do auxílio-reclusão referentes ao período de 30/07/10 a 24/05/2016 (id. 167908550 – p. 1/9).

É o relatório.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

VOTO

Tempestivo o recurso e respeitados os demais pressupostos de admissibilidade recursais, passo ao exame da matéria objeto de devolução.

DO AUXÍLIO-RECLUSÃO

Disciplinado inicialmente pelo art. 80 da Lei nº 8.213/91 (LBPS), "O auxílio-reclusão será devido, nas mesmas condições da pensão por morte aos dependentes do segurado recolhido à prisão, que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, de aposentadoria ou de abono de permanência em serviço".

Com a edição do Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, que aprovou o Regulamento da Previdência Social - RPS, foram definidos os critérios para a concessão do benefício (arts. 116/119).

Assim, a prestação é paga aos dependentes do preso, os quais detêm a legitimidade *ad causam* para pleiteá-lo, e não ele próprio, nos mesmos moldes da pensão por morte, consoante o disposto no art. 16 da LBPS.

Com efeito, as regras gerais da pensão aplicam-se à concessão do auxílio-reclusão naquilo que se compatibilizar e não houver disposição em sentido contrário, no que se refere aos beneficiários, à forma de cálculo e à sua cessação, assim como é regido pela legislação vigente à data do ingresso à prisão, em obediência ao princípio *tempus regit actum*, sobretudo quanto à renda do instituidor. Precedentes STJ: 5ª Turma, RESP nº 760767, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 06/10/2005, DJU 24/10/2005, p. 377.

O segurado deve estar recolhido sob o regime fechado (penitenciária) ou semiaberto (colônia agrícola, industrial e similares), não cabendo a concessão nas hipóteses de livramento condicional ou de cumprimento da pena em regime aberto (casa do albergado) e, ainda, no caso de auferir qualquer remuneração como empregado, auxílio-doença, aposentadoria ou abono de permanência em serviço.

Comprova-se a privação da liberdade mediante "certidão do efetivo recolhimento do segurado à prisão, firmada pela autoridade competente", a qual instruirá o pedido no âmbito administrativo ou judicial (art. 1º, § 2º, do RPS).

Embora o auxílio-reclusão prescinda de carência mínima (art. 26, I, da LBPS), exige-se a manutenção da qualidade de segurado no momento da efetiva reclusão ou detenção (art. 116, § 1º, do RPS), observadas, portanto, as regras do art. 15 da LBPS em todos os seus termos.

O Poder Constituinte derivado, pautado pelo princípio da seletividade, restringiu o benefício unicamente aos dependentes do segurado de baixa renda, *ex vi* da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, que deu nova redação ao art. 201, IV, do Texto Maior e instituiu o teto de R$360,00, corrigido pelos mesmos índices aplicados às prestações do Regime Geral da Previdência Social.

Daí, além da comprovação do encarceramento e da qualidade de segurado, os dependentes regularmente habilitados terão de atender ao limite da renda bruta mensal para a obtenção do auxílio-reclusão, nos termos do art. 116 do RPS, tendo por base inicial o valor acima.

Muito se discutiu acerca do conceito desse requisito, se tal renda se referiria à do grupo familiar dependente ou à do próprio segurado preso, dividindo-se tanto a doutrina como a jurisprudência.

Coube então ao Pleno do E. Supremo Tribunal Federal enfrentar o tema em sede de repercussão geral e dar a palavra final sobre a matéria, decidindo que *"I - Segundo decorre do art. 201, IV, da Constituição, a renda do segurado preso é que a deve ser utilizada como parâmetro para a concessão do benefício e não a de seus dependentes. II - Tal compreensão se extrai da redação dada ao referido dispositivo pela EC 20/1998, que restringiu o universo daqueles alcançados pelo auxílio-reclusão, a qual adotou o critério da seletividade para apurar a efetiva necessidade dos beneficiários. III - Diante disso, o art. 116 do Decreto 3.048/1999 não padece do vício da inconstitucionalidade"* (RE nº 587365, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 25/03/2009, DJE 08/05/2009).

Nesse passo, o auxílio-reclusão será concedido ao segurado que, detido ou recluso, possuir renda bruta mensal igual ou inferior ao limite legal (originariamente fixado em R$360,00), considerado o último salário-de-contribuição vigente à época da prisão ou, à sua falta, na data do afastamento do trabalho ou da cessação das contribuições, e, em se tratando de trabalhador rural desprovido de recolhimentos, o salário mínimo. Precedentes TRF3: 7ª Turma, AG nº 2008.03.00.040486-7, Rel. Des. Fed. Antonio Cedenho, j. 09/11/2009, DJF3 17/12/2009, p. 696; 10ª Turma, AC nº 2006.03.99.033731-5, Rel. Des. Fed. Diva Malerbi, j. 06/10/2009, DJF3 14/10/2009, p. 1314.

Por força da Emenda Constitucional nº 20/98, acometeu-se ao Ministério da Previdência Social a tarefa de atualizar monetariamente o limite da renda bruta mensal de R$360,00, segundo os índices aplicáveis aos benefícios previdenciários (art. 13), tendo a Pasta editado sucessivas portarias no exercício de seu poder normativo.

A renda bruta do segurado, na data do recolhimento à prisão, não poderá exceder os seguintes limites, considerado o salário-de-contribuição em seu valor mensal, nos respectivos períodos: até 31/05/1999 - R$360,00 (EC nº 20/98); de 1º/06/1999 a 31/05/2000 - R$ 376,60 (Portaria MPS nº 5.188/99); de 1º/06/2000 a 31/05/2001 - R$ 398,48 (Portaria MPS nº 6.211/00); de 1º/06/2001 a 31/05/2002 - R$ 429,00 (Portaria MPS nº 1.987/01); de 1º/6/2003 a 31/04/2004 - R$560,81 (Portaria MPS nº 727/03); de 1º/05/2004 a 30/04/2005 - R$586,19 (Portaria MPS nº479/04); de 1º/05/2005 a 31/3/2006 - R$623,44 (Portaria MPS nº 822/05); de 1º/04/2006 a 31/03/2007 - R$654,61 (Portaria MPS nº119/06); *de 1º/04/2007 a 29/02/2008*

- *R$676,27 (Portaria MPS nº142/07*); de 1º/03/2008 a 31/01/2009 - R$710,08 (Portaria MPS nº 77/08); de 1º/02/2009 a 31/12/2009 - R$752,12 (Portaria MPS nº 48/09); de 1º/01/2010 a 31/12/2010 - R$810,18 (Portaria MPS nº 333/2010); de 1º/01/2011 a 14/7/2011 - R$862,11 (Portaria MPS nº568/2010); de 15/7/2011 a 31/12/2011 - R$ 862,60 (Portaria MPS nº 407/2011); de 01/01/2012 a 31/12/2012- R$ 915,05 (Portaria MPS 02/2012); de 01/01/2013 e 31/12/2013- R$ 971,78 (Portaria MPS 15/2013); de 01/01/2014 a 31/12/2014- R$ 1.025,81 (Portaria MPS/MF 19/2014); de 01/01/2015 a 31/12/2015, R$ 1.089,72 (Portaria MPS/MF 13/2015); de 01/01/2016 a 31/12/2016- R$ 1.212,64 - (Portaria MTPS/MF Nº 1/2016). de 01/01/2017 a 31/12/2017 - R$ 1.292,43 (Portaria MF nº 8/2017); de 01/01/2018 a 31/12/2018 - R$ 1.319,18 (Portaria MF nº 15/2018); *entre 01/01/2019 e 31/12/2019 – R$ 1.364,43 (Portaria nº 9/2019 – Ministério da Economia);* entre 01/01/2020 e 31/12/2020 – R$ 1.425,56 (Portaria nº 914/2020- Ministério da Economia). A partir de 01/01/2021 - R$ 1.503,25 (um mil quinhentos e três reais e vinte e cinco centavos) - Portaria nº 477/2021 - Ministério da Economia.

O termo inicial é fixado na data do efetivo recolhimento à prisão, se requerido no prazo de trinta dias a contar desta, ou se posterior a tal prazo, na do requerimento (art. 116, §4º, do RPS), respeitada a causa impeditiva de prescrição contra incapazes (art. 198 do CC).

A renda mensal inicial - RMI do benefício é calculada na conformidade dos arts. 29 e 75 da LBPS, a exemplo da pensão por morte, observadas as redações vigentes à época do encarceramento.

Até o advento da Medida Provisória nº 871, de 18 de janeiro de 2019, convertida na Lei n. 13.846, de 18 de junho de 2019, a concessão do benefício não dependia de carência. Contudo, desde a vigência dessa norma, a qual conferiu nova redação ao art. 25, IV da Lei nº 8.213/91, passou a ser exigido o cumprimento de carência correspondente a 24 (vinte e quatro) contribuições mensais.

Ressalte-se, além disso, que até o advento da Medida Provisória nº 871, de 18 de janeiro de 2019, o pagamento do benefício dependia da comprovação do recolhimento à instituição prisional, em regime fechado (sujeito à execução de pena em estabelecimento de segurança máxima ou média) ou semiaberto (sujeito à execução em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar).

A partir da vigência da Medida Provisória nº 871, de 18/01/2019, convertida na Lei nº 13.846, de 18/06/2019, somente o encarceramento em regime fechado, autoriza a concessão do auxílio-reclusão, consoante a redação conferida ao art. 80, § 1º, da Lei nº 8.213, de 24/07/1991.

Constitui motivo de suspensão do benefício a fuga do preso, ressalvada a hipótese de recaptura, data a partir da qual se determina o restabelecimento das prestações, desde que mantida a qualidade de segurado, computando-se, a tal fim, a atividade desempenhada durante o período evadido (art. 117, §§ 2º e 3º).

DO CASO DOS AUTOS

Objetivam os autores o recebimento das parcelas de auxílio-reclusão, na condição de filhos de Rodrigo de Jesus Silva Brito, que, conforme evidenciam as certidões de recolhimento prisional, estivera recolhido à prisão nos seguintes interregnos: 14/06/2007 a 31/07/2007, 21/01/2008 a 24/01/2008, 09/06/2008 a 11/07/2008, 15/09/2008 a 18/09/2008, 09/02/2009 a 15/05/2009, 30/07/2010 a 24/05/2016 e 16/10/2019 a 03/02/2020 (id. 165259148 – p. 1/4).

As Certidões de Nascimento revelam que, por ocasião do requerimento administrativo, os postulantes, nascidos em 25/07/2005 e, em 15/02/2010, eram menores absolutamente incapazes. Desnecessária a demonstração da dependência econômica, pois, segundo o art. 16, I, § 4º,

da Lei de Benefícios, a mesma é presumida em relação ao filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente.

Deve ser afastada a prescrição e a decadência suscitadas pelo INSS, tendo em vista a natureza prescricional do prazo estipulado no art. 74 e o disposto no parágrafo único do art. 103, ambos da Lei nº 8.213/91 e art. 198, I, do Código Civil (Lei 10.406/2002), os quais vedam a incidência da prescrição e da decadência contra os menores de dezesseis anos. Precedente: EDcl no AgRg no AgRg no REsp 1265042/PR, Relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 02/06/2016, DJe 14/06/2016.

Os extratos do CNIS reportam-se aos seguintes vínculos empregatícios estabelecidos pelo genitor dos postulantes: 1/8/2006 a 13/11/2006, 03/11/2008 a 26/11/2008, 01/09/2017 a 30/09/2017, 1/11/2017 a 30/11/2017, 01/01/2018 a 31/07/2018, 23/08/2018 a 03/01/2019, 28/02/2019 a 27/07/2019, totalizando 1 ano, 10 meses e 17 dias de tempo de contribuição (id. 165259149 – p. 1).

Por ocasião do recolhimento prisional ocorrido em 14 de junho de 2007, o detento ostentava a qualidade de segurado, por força do disposto no art. 15, II da Lei nº 8.213/91. Da mesma forma, no que se refere aos recolhimentos prisionais ocorridos em 21/01/2008, 09/06/2008, 15/09/2009 e, em 15/05/2009.

Também restou superado o requisito da baixa renda, no que se refere às referidas prisões, já que o último salário-de-contribuição integral pertinente ao mês de outubro de 2006 (R$ 656,01), era inferior ao previsto pela Portaria MPS nº 142/07, vigente na data da primeira prisão, correspondente a R$ 676,27.

Quanto à prisão ocorrida em 15/09/2009, seu último salário-de-contribuição integral, pertinente ao mês de novembro de 2008, no importe de R4 234,55, era inferior ao limite estabelecido pela Portaria MPS nº 48/09, correspondente a R$ 752,12.

Por outro lado, tendo decorrido mais de 12 (doze) meses entre a soltura, ocorrida em 15/05/2009 e a prisão ocorrida em 30/07/2010, tem-se que a este tempo o preso já não mais ostentava a qualidade de segurado, sendo inaplicáveis qualquer das hipóteses de ampliação do período de graça preconizadas pelo art. 15, §§ 1º e 2º da Lei de Benefícios.

No que tange à prisão ocorrida em 16 de outubro de 2019, tem-se por cumprida a carência mínima de 24 contribuições preconizada pelo art. 25, IV da Lei de Benefícios. Isso porque, conforme estabelecido pelo art. 27-A da norma em comento, na hipótese de perda da qualidade de segurado, o segurado deverá contar, a partir da data da nova filiação à Previdência Social, com metade dos períodos previstos nos incisos I, III e IV do *caput* do art. 25.

Após a perda da qualidade de segurado, os contratos de trabalhos estabelecidos entre 01/09/2017 e 30/09/2017, 01/11/2017 e 30/11/2017, 01/01/2018 e 31/07/2018, 23/08/2018 e 03/01/2019, 28/02/2019 e 27/07/2019, perfazem 18 (dezoito) contribuições.

Não obstante, é de se observar que esta prisão se verificou na vigência da Lei nº 13.846, de 18/06/2019, que incluiu o § 4º ao artigo 80 da LBPS, preconizando que a apuração da renda bruta será a partir da média dos salários de contribuição nos 12 (doze) meses antes do encarceramento, conforme o § 4º do artigo 80 da LBPS.

Os extratos do CNIS apontam para os seguintes salários-de-contribuição auferidos nos doze meses anteriores à prisão: agosto de 2018 (1.159,56); setembro de 2018 (R$ 1.438,33); outubro de 2018 (R$ 1.349,19); novembro de 2018 (R$ 1.509,25); dezembro de 2018 (R$ 1.168,55); janeiro de 2019 (R$ 1.233,30); fevereiro de 2019 (1.416,80); março de 2019 (R$ 1.416,92); abril

de 2019 (R$ 1.416,92); maio de 2019 (R$ 1.416,92); junho de 2019 (R$ 1.416,92); julho de 2019 (R$ 1.259,47), o que resulta na média aritmética simples de R$ 1.571,01, vale dizer, superior ao limite estabelecido pela Portaria nº 09/2019 do Ministério da Economia, no patamar de R$ 1.364,43.

Dentro deste quadro, a condenação do INSS se restringe ao pagamento das parcelas de auxílio-reclusão, pertinentes aos seguintes interregnos: 14/06/2007 a 31/07/2007, 21/01/2008 a 24/01/2008, 09/06/2008 a 11/07/2008, 15/09/2008 a 18/09/2008, 09/02/2009 a 15/05/2009.

Tendo em vista que o nascimento do autor K.G.D.D.B. ocorreu em 15/02/2010, apenas a autora G.D.D.B., nascida em 25/07/2005, faz jus ao recebimento das referidas parcelas.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Com o advento do novo Código de Processo Civil, foram introduzidas profundas mudanças no princípio da sucumbência, e em razão destas mudanças e sendo o caso de sentença ilíquida, a fixação do percentual da verba honorária deverá ser definida somente na liquidação do julgado, com observância ao disposto no inciso II, do § 4º c.c. § 11, ambos do artigo 85, do CPC/2015, bem como o artigo 86, do mesmo diploma legal.

Os honorários advocatícios a teor da Súmula 111 do E. STJ incidem sobre as parcelas vencidas até a sentença de procedência.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, *dou parcial provimento à apelação do INSS, a fim de restringir sua condenação ao pagamento das parcelas de auxílio-reclusão*, vencidas entre 14/06/2007 e 31/07/2007, 21/01/2008 e 24/01/2008, 09/06/2008 e 11/07/2008, 15/09/2008 e 18/09/2008, 09/02/2009 e 15/05/2009, *exclusivamente em favor da autora G.D.D.B.* Os honorários advocatícios serão fixados por ocasião da liquidação do julgado, nos termos da fundamentação.

É o voto.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

Direito Processual Civil



INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS
0000453-43.2018.4.03.0000

Suscitante: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Suscitada: DERECK IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA
Disponibilização do Acórdão: DJEN 01/09/2021

EMENTA

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. EXTINÇÃO DO FEITO. AUSÊNCIA DE RESISTÊNCIA POR PARTE DA EXEQUENTE. CONDENAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. IMPOSSIBILIDADE. INCIDENTE ACOLHIDO.

1. Cuida-se de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas objetivando a fixação de tese jurídica aplicável às demandas que visam discutir a "condenação da Fazenda Nacional ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência, quando a exequente, oposta exceção de pré-executividade pelo executado, reconhece a ocorrência da prescrição intercorrente da execução fiscal que se encontra sobrestada nos termos do art. 40 da LEF".

2. A prescrição intercorrente encontra regulação no art. 40 da Lei de Execuções Fiscais (Lei nº 6.830/80) e decorre basicamente do fato de, após a propositura da execução fiscal, o feito ficar paralisado por tempo superior ao prazo prescricional (de acordo com a natureza do débito), em razão da não localização da parte devedora ou de bens sobre os quais possa recair penhora, podendo ser reconhecida "de ofício" pelo Poder Judiciário.

3. Com a tese firmada pelo STJ julgamento do REsp nº 1.340.553/RS, afastou-se a dependência de uma análise subjetiva da inércia do titular da ação, deliberando de forma definitiva que: "Não havendo a citação de qualquer devedor por qualquer meio válido e/ou não sendo encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora (o que permitiria o fim da inércia processual), inicia-se automaticamente o procedimento previsto no art. 40 da Lei n. 6.830/80, e respectivo prazo, ao fim do qual restará prescrito o crédito fiscal", cujo reconhecimento e decretação poderá ocorrer de ofício pelo juiz.

4. O dever de arcar com a verba honorária decorre de uma premissa condutora básica, a saber, a derrota de uma das partes em demanda judicial. Trata-se do chamado princípio da sucumbência, que conduz a concepção de que é direito do advogado da parte vencedora receber honorários da parte sucumbente na ação, haja vista, essencialmente, que o processo judicial tem razão de existir por um comportamento violador do ordenamento jurídico da parte vencida.

5. No entanto, o critério da sucumbência não tem aplicação absoluta e mostrou-se insuficiente para a solução de casos específicos deve ser adotado "apenas como um primeiro parâmetro para a distribuição das despesas do processo, sendo necessária a sua articulação com o princípio da causalidade" (REsp 684.169/RS), a fim de se aferir corretamente qual das partes litigantes arcará com o pagamento dos honorários advocatícios e das custas processuais.

6. O Superior Tribunal de Justiça tem prestigiado em alguns casos a aplicação do princípio da causalidade para definir a condenação em honorários advocatícios sucumbenciais, especialmente nas situações em que a "vitória" alcançada por uma das partes não necessariamente permita concluir que o ajuizamento da demanda deu-se em razão da postura resistente da parte vencida. Precedentes.
7. Tais precedentes e o raciocínio neles empregados repercutem também, respeitadas as especificidades, na solução do caso objeto deste Incidente de Resolução de Demanda Repetitiva – IRDR, na medida em que o reconhecimento da prescrição intercorrente por ausência de localização do devedor ou de bens penhoráveis, ainda que resulte na extinção da execução fiscal, não atrai absolutamente a sucumbência para a parte exequente (vencida).
8. A jurisprudência majoritária da Corte Superior caminha no sentido de afastar a condenação em honorários contra a exequente, quando a extinção da execução decorre do reconhecimento de prescrição intercorrente consumada pela não localização de bens do executado, uma vez que não deu causa ao pedido executório. Precedentes.
9. Reunidas todas as condições para a cobrança do crédito tributário, a União Federal move o processo executivo fiscal munido de título executivo que goza de presunção de veracidade e legitimidade, concebido por autoridade adstrita ao princípio da legalidade mediante atividade administrativa de cobrança plenamente vinculada, que não atinge seu objetivo precípuo, primeiramente e principalmente, em virtude da conduta faltosa do devedor.
10. A existência da execução deve-se, sob qualquer ótica, à parte executada que dá azo a judicialização ao deixar de adimplir suas obrigações tributárias regulares, cujos atributos de certeza e liquidez não foram afastados. A ação executiva não existiria e a máquina pública não seria movimentada se o executado tivesse exercido regularmente sua obrigação tributária, sendo a prescrição intercorrente mera decorrência secundária e subordinada à própria existência da execução.
11. O devedor é quem torna necessária a judicialização por sua conduta antijurídica, de sorte que, havendo ou não inércia da Fazenda Pública na busca pela satisfação do crédito – elemento subjetivo cuja ponderação perdeu relevo com o entendimento firmado no julgamento do REsp. 1.340.553/RS – não poderá ser responsabilizada pelo custeio de honorários sucumbenciais, na medida em que o princípio da causalidade baseia-se na imputação da culpa a quem protagonizou a conduta geradora da existência do processo.
12. Caminhar noutro sentido redundaria em punir o já combalido erário por duas vezes e beneficiar o devedor pelo não cumprimento de sua obrigação, que provocou a instauração da execução e tornou necessário o serviço público da administração da justiça e, em alguns casos, premiar atos atentatórios à dignidade da Justiça, como a utilização de manobras para não ser localizado ou não ter identificados bens passíveis de penhora, em manifesta violação aos princípios da efetividade do processo e da boa-fé processual.
13. À luz do princípio da causalidade, respaldado pela recente jurisprudência do STJ, é seguro concluir que não cabe condenação em honorários sucumbenciais contra o exequente nos casos de reconhecimento de prescrição intercorrente em execução fiscal após acolhimento de exceção de pré-executividade, posição válida tanto na vigência do novo diploma processual civil quanto nos casos em que ainda vigora o seu predecessor.

14. Com o advento da Lei n. 12.844, de julho de 2013, e a nova disciplina legal introduzida ao art. 19 da Lei n. 10.522, de 19 de julho de 2002, tornou-se absolutamente despicienda a discussão sobre a possibilidade ou não de condenação da Fazenda Nacional em honorários advocatícios nos casos de acolhimento de exceção de pré-executividade ou embargos à execução fiscal, havendo reconhecimento procedência do pedido pela exequente.
15. Pelos termos do §1º, inciso I, do art. 19 da Lei n. 10.522/02, não há que se falar em condenação em honorários nas matérias elencadas no aludido diploma legal, tais como as ações que versem sobre tema decidido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça, definido em sede de repercussão geral ou recurso repetitivo (inc. VI, a), ou então, tema que seja objeto de parecer, vigente e aprovado, pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional, que conclua no mesmo sentido do pleito do executado (inc. II), em que há reconhecimento da procedência do pedido pela Procuradoria da Fazenda quando citada para apresentar contestação em exceção de pré-executividade ou embargos à execução fiscal.
16. Relativamente à extinção da execução fiscal pelo reconhecimento de prescrição intercorrente, tendo a matéria sido pacificada pelo STJ no julgamento do REsp 1.340.553-RS, em julgamento proferido na sistemática dos recursos repetitivos, e considerando o teor do Ato Declaratório da PGFN nº 1, de 22 de março de 2011, originado a partir do Parecer PGFN/CRJ nº 202/2011, que dispensa a PFN de contestar e recorrer nesta hipótese, caso o Procurador da Fazenda Nacional tenha reconhecido expressamente a procedência da alegação, a União Federal estará isenta do pagamento de honorários advocatícios.
17. Quanto ao caso paradigma, trata-se de recurso de apelação interposto pela UNIÃO FEDERAL, nos autos de execução fiscal movida em face de DERECK IMP. E EXP. LTDA, em face de sentença proferida pela 9ª Vara Federal de Execuções Fiscais de São Paulo, que acolheu exceção de pré-executividade da executada e reconheceu a prescrição intercorrente da pretensão executória, condenando a Fazenda Pública ao pagamento de honorários sucumbenciais fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, com base no art. 85, §3º, inciso I, do Código de Processo Civil.
18. A Fazenda Nacional moveu execução fiscal fundada em Certidão de Dívida Ativa compreendendo os elementos exigidos no art. 2º, §§5º e 6º, da Lei 6.830/1980 (LEF) e no art. 202 do CTN, para a cobrança de dívida tributária relativa a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL e consectários legais. O feito ficou paralisado na forma do art. 40 da Lei 6.830/1980 por período superior ao prazo prescricional em razão da não localização da parte executada em seu domicílio fiscal, o que motivou, após a oposição de exceção de pré-executividade da parte executada, a extinção da execução pelo reconhecimento de prescrição intercorrente, nos termos do art. 487, inciso II, do CPC.
20. Consoante a tese apresentada no presente IRDR, a conduta antijurídica adotada pela executada/excipiente de deixar de cumprir oportunamente com sua obrigação tributária deu razão à judicialização da cobrança do débito fiscal, cujas premissas que autorizavam sua inscrição em dívida ativa não foram infirmadas pela prescrição intercorrente da execução, não havendo que se falar na possibilidade de condenação da Fazenda Pública exequente/excepto ao pagamento de honorários advocatícios, com base no princípio da causalidade e na regra de isenção prevista no art. 19, §1º, I, da Lei n. 10.522/02.

21. Incidente acolhido e, para os efeitos dos artigos 984 e 985 do Código de Processo Civil, fixa-se a seguinte tese jurídica: *"Não cabe condenação de honorários advocatícios contra a União Federal nos casos de acolhimento de exceção de pré-executividade, sem que haja objeção da exequente, reconhecendo a prescrição intercorrente em execução fiscal, com fulcro no art. 40, § 4º , da Lei nº 6.830/80."* APLICAÇÃO DO CASO CONCRETO: Recurso de Apelação interposto pela União Federal provido para reformar parcialmente a sentença e afastar a condenação em honorários contra a parte exequente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, Sustentação oral: Juliana Furtado Costa Araújo, pela Fazenda Nacional O Órgão Especial, à unanimidade, julgou procedente o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas para fixar a seguinte tese jurídica: Não cabe condenação de honorários advocatícios contra a União Federal nos casos de acolhimento de exceção de pré-executividade, sem que haja objeção da exequente, reconhecendo a prescrição intercorrente em execução fiscal, com fulcro no art. 40, § 4º , da Lei nº 6.830/80; e deu provimento ao apelo da União, nos termos do voto do Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA (Relator). Votaram os Desembargadores Federais CONSUELO YOSHIDA, SOUZA RIBEIRO, WILSON ZAUHY, MARISA SANTOS, NINO TOLDO, PAULO DOMINGUES, VALDECI DOS SANTOS, ANDRÉ NEKATSCHALOW (convocado para compor quórum), LUIZ STEFANINI (convocado para compor quórum), DIVA MALERBI, ANDRÉ NABARRETE, PEIXOTO JÚNIOR, THEREZINHA CAZERTA e NERY JUNIOR. O Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS (convocado para compor quórum) acompanha o relator, mas não fixa tese sobre causalidade. Fará declaração de voto o Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS (convocado para compor quórum) Ausentes, justificadamente, os Desembargadores Federais BAPTISTA PEREIRA, MARLI FERREIRA, NEWTON DE LUCCA e INÊS VIRGÍNIA. , nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

RELATÓRIO

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA (RELATOR):

Trata-se de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR, promovido pela União, em face de DERECK IMP. E EXP. LTDA., relacionado ao Apelo Cível nº 0082660-13.2020.403.6182, objetivando, em suma, a unificação e fixação de tese no sentido de que a Fazenda Nacional não poderá ser condenada ao pagamento de honorários advocatícios, em sede de execução de pré-executividade oposta sob a alegação de ocorrência de prescrição intercorrente, já devidamente reconhecida pela exequente.

Inicialmente, expõe a União um breve resumo sobre o desenvolvimento das execuções fiscais, nos termos da Lei nº 6.830/80 – LEF, especificamente, nas situações em que a pretensão resta infrutífera, quer pela não localização do executado, quer pela não localização de bens passíveis de penhora e liquidação da dívida exequenda.

Aduz que, em situações tais, o procedimento segue o quanto estabelecido no art. 40 da LEF, com a suspensão da execução pelo prazo máximo de 01 ano e seu consequente arquivamento e curso da prescrição intercorrente.

Alega que "a postura institucional da Procuradoria – Geral da Fazenda Nacional é a de concordância e reconhecimento da prescrição intercorrente identificada na hipótese em que observados os trâmites do artigo 40 da LEF. Ou seja, a Fazenda Nacional não opõe resistência ao reconhecimento de ofício pelo juízo da prescrição intercorrente".

Prossegue argumentando que:

> "Todavia, tem se tornado comum e repetitiva perante o Poder Judiciário a discussão acerca da possibilidade de condenação da Fazenda Nacional ao pagamento de honorários advocatícios na hipótese de a parte executada comparecer em juízo, por meio de advogado constituído após o decurso do prazo prescricional, apresentando exceção de pré-executividade sob alegação de prescrição intercorrente.
> Trata-se de uma situação curiosa, para não dizer de má-fé, em que a parte executada impede a efetividade da execução fiscal e a satisfação do crédito tributário, apresentando-se em juízo quando do decurso do prazo prescricional. Se a questão se resumisse ao mero reconhecimento da prescrição intercorrente, não haveria problema. Ocorre que a Fazenda Nacional tem sido condenada ao pagamento de honorários advocatícios.
> Essa é a discussão objeto do IRDR, qual seja, a condenação da exequente ao pagamento de honorários advocatícios quanto a parte executada comparece aos autos da execução fiscal, por meio de advogado constituído, após o decurso do prazo quinquenal, alegando prescrição intercorrente, reconhecida pela Fazenda Nacional."

Afirma que o recurso de apelação do qual foi extraído o presente requerimento de instauração de IRDR bem retrata essa situação, tendo em vista que a execução fiscal permaneceu arquivada por 14 anos, tendo o executado apresentado exceção de pré-executividade sustentado prescrição intercorrente, sendo que a Fazenda Nacional não se opôs ao pleito. Contudo, o Juízo *a quo*, extinguindo a ação de execução fiscal com resolução do mérito, reconhecida a prescrição intercorrente, condenou a exequente ao pagamento de honorários advocatícios, arbitrados em 10% do valor atualizado da causa.

Sustenta a presença dos requisitos para instauração do incidente, asseverando a necessidade de uniformização da jurisprudência, prestigiando a isonomia e segurança jurídica.

Defende ser parte legítima para requerer instauração, nos termos do art. 977, inc. II do CPC.

Assevera ser questão eminentemente de direito e repetida em inúmeros processos submetidos às diversas Turmas integrantes deste Tribunal, tanto aquelas que apreciam matéria previdenciária, como aquelas que julgam questões tributárias.

Tece considerações sobre a tese jurídica sustentada e pugna pela instauração do IRDR, suspendendo-se os processos pendentes que envolvam a matéria veiculada neste incidente, seguindo seu regular processamento, com a uniformização de tese no sentido de vedar a condenação da Fazenda Pública em pagamento de honorários advocatícios em sede de exceção da pré-executividade oposta com fundamento na prescrição intercorrente, reconhecida pela exequente.

Subsidiariamente, na hipótese de não acolhimento da tese principal, seja firmada a tese de que a condenação em honorários observe o disposto no § 8º, do art. 85 c.c. art. 90, § 4º, ambos do CPC.

Nos termos do art. 976, §2º do CPC, foi dada vista ao Ministério Público Federal, que se manifestou pela admissibilidade do presente IRDR (id 90268592).

Diante da admissão do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR, por unanimidade (id 107819972), nos termos art. 976 do CPC, por decisão do Órgão Especial deste Tribunal, determinou-se:

1 - considerando a relevância da matéria em debate e a fim de acautelar a prolação de decisões conflitantes, nos termos do inc. I do art. 981 do CPC, *a suspensão* do processos, individuais e coletivos, pendentes que tramitam no âmbito de competência deste Tribunal Regional Federal da 3ª Região;

2 – intimação do Ministério Público Federal (inc. III, art. 982, CPC);

3 – Nos termos do art. 983 do CPC, intimação das partes do presente incidente para manifestação em 15 dias;

4 – diante da natureza da matéria, intimação da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção São Paulo, para os fins do art. 983 do CPC.

Reputado, no caso concreto, dispensável a realização de audiência pública, podendo os esclarecimentos ser apresentados na forma de manifestações escritas.

Comunicou-se ao Núcleo de Gerenciamento de Precedentes – NUGEP deste Tribunal, conferindo publicidade do presente incidente e da suspensão ora determinada.

Comunicou-se, também, aos Juízos com competência em execuções fiscais, no âmbito desta Terceira Região e ao Conselho Nacional de Justiça – CNJ para os fins do art. 979, *caput*, do CPC.

Foram expedidos os devidos ofícios às autoridades competentes, comunicando-lhes a suspensão dos processos individuais e coletivos objetos do presente incidente, inclusive à Presidência dessa E. Corte Regional (id 126283327) e das Diretorias do Foro da Seção de São Paulo e de Mato Grosso do Sul (id´s 126285985 e 126286016).

O pleito do MPF de comunicação de suspensão de processos individuais e coletivos à OAB de Mato Grosso do Sul (id 1282226345) foi indeferido por essa Relatoria (id 1370781958), uma vez que a representatividade da entidade da advocacia encontra-se adequada com a intimação do Presidente da OAB/SP, não se divisando a necessidade de intimação de todas as Seções existentes na área de jurisdição do Tribunal. Contra essa decisão não houve recurso.

Foi, ainda, indeferido pedido de advogado Dr. Daniel Oliveira Matos para inclusão no feito como “amicus curae” (id 33985712).

No parecer (id 138826079) a i. representante do Ministério Público Federal opinou pela resolução do presente IRDR, com a uniformização da tese aventada, nos termos da jurisprudência predominante do E. STJ.

A OAB Seção de São Paulo, na pretensa qualidade de amicus curiae, manifestou-se em defesa do direito do advogado pelo recebimento de honorários sucumbenciais, sob o fundamento de que nos casos discutidos no presente IRDR é “inegável que houve a necessidade do trabalho do advogado constituído pelo executado e que quem deu causa à exceção de pré-executividade fora a própria exequente, que permaneceu inerte, (...)”.

O pedido foi indeferido nos termos da decisão Id 163706815.

Assim, vieram a mim os autos conclusos para julgamento.

Incluído em pauta para julgamento na sessão de 14.07.2021, sobreveio pedido de adiamento formulado pela União, a fim de que fosse incluída em sessão com possibilidade de realização de sustentação oral.

Foi, então, o julgamento adiado para a presente data.

É o relatório.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

VOTO

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA (RELATOR):

Conforme dicção do art. 976, "caput" do CPC, cabível o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) existindo simultaneamente a efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão de direito e o risco de afronta à isonomia e segurança jurídica, como é a hipótese dos presentes autos.

Assim, o tratamento isonômico de processos diversos versando sobre a mesma matéria jurídica, produzindo segurança jurídica é a justificativa do incidente ora em tela.

Da delimitação da questão controvertida

Cuida-se de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, objetivando a fixação de tese jurídica aplicável às demandas que visam discutir a "condenação da Fazenda Nacional ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência, quando a exequente, oposta exceção de pré-executividade pelo executado, reconhece a ocorrência da prescrição intercorrente da execução fiscal que se encontra sobrestada nos termos do art. 40 da LEF".

O presente incidente resolverá a questão de direito, fixando a tese jurídica para dirimir os conflitos de entendimento, a qual será posteriormente aplicada tanto no caso que serviu como substrato para a formação do incidente, como nos demais casos presentes e futuros que versem idêntica questão de direito e tramitem no território de competência do tribunal (art. 985 do CPC).

Pois bem, após essas considerações iniciais, passo à análise do mérito do tema a ser pacificado.

Do mérito da questão controvertida

Eminentes colegas.

Cinge-se a controvérsia sobre a possibilidade do Estado exequente responder, em sede de execução fiscal, por honorários advocatícios em decorrência do reconhecimento de prescrição intercorrente arguida em exceção de pré-executividade, sem apresentação de resistência do exequente/excepto, e consequente extinção do executivo, que se encontra paralisado na forma do art. 40 da LEF.

Inicialmente, cumpre tecer breves observações acerca da prescrição intercorrente nas execuções fiscais e sua constatação.

A prescrição intercorrente encontra regulação no art. 40 da Lei de Execuções Fiscais (Lei nº 6.830/80) e decorre basicamente do fato de, após a propositura da execução fiscal, o feito ficar paralisado por tempo superior ao prazo prescricional (de acordo com a natureza do débito), em razão da não localização da parte devedora ou de bens sobre os quais possa recair penhora, podendo ser reconhecida "de ofício" pelo Poder Judiciário, após o advento da Lei nº 11.051/04, cujo art. 6º acrescentou o §4º ao art. 40 da LEF.

Como se sabe, o Superior Tribunal de Justiça apreciou de forma minuciosa as questões envolvendo a prescrição após a propositura da ação (intercorrente), quando do julgamento do REsp nº 1.340.553/RS, submetido à sistemática dos recursos repetitivos (Temas 566, 567, 568, 569, 570 e 571), com o propósito de pacificar os dissídios a respeito do tema, sobretudo quanto às diretrizes para a aplicação do art. 40 da LEF, resultando do acórdão a seguinte ementa:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ARTS. 1.036 E SEGUINTES DO CPC/2015 (ART. 543-C, DO CPC/1973). PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. SISTEMÁTICA PARA A CONTAGEM DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE (PRESCRIÇÃO APÓS A PROPOSITURA DA AÇÃO) PREVISTA NO ART. 40 E PARÁGRAFOS DA LEI DE EXECUÇÃO FISCAL (LEI N. 6.830/80).
1. O espírito do art. 40, da Lei n. 6.830/80 é o de que nenhuma execução fiscal já ajuizada poderá permanecer eternamente nos escaninhos do Poder Judiciário ou da Procuradoria Fazendária encarregada da execução das respectivas dívidas fiscais.
2. Não havendo a citação de qualquer devedor por qualquer meio válido e/ou não sendo encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora (o que permitiria o fim da inércia processual), inicia-se automaticamente o procedimento previsto no art. 40 da Lei n. 6.830/80, e respectivo prazo, ao fim do qual restará prescrito o crédito fiscal. Esse o teor da Súmula n. 314/STJ: "Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição qüinqüenal intercorrente".
3. Nem o Juiz e nem a Procuradoria da Fazenda Pública são os senhores do termo inicial do prazo de 1 (um) ano de suspensão previsto no *caput*, do art. 40, da LEF, somente a lei o é (ordena o art. 40: "[...] o juiz suspenderá [...]"). Não cabe ao Juiz ou à Procuradoria a escolha do melhor momento para o seu início. No primeiro momento em que constatada a não localização do devedor e/ou ausência de bens e intimada a Fazenda Pública, inicia-se automaticamente o prazo de suspensão, na forma do art. 40, *caput*, da LEF. Indiferente aqui, portanto, o fato de existir petição da Fazenda Pública requerendo a suspensão do feito por 30, 60, 90 ou 120 dias a fim de realizar diligências, sem pedir a suspensão do feito pelo art. 40, da LEF. Esses pedidos não encontram amparo fora do art. 40 da LEF que limita a suspensão a 1 (um) ano. Também indiferente o fato de que o Juiz, ao intimar a Fazenda Pública, não tenha expressamente feito menção à suspensão do art. 40, da LEF. O que importa para a aplicação da lei é que a Fazenda Pública tenha tomado ciência da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido e/ou da não localização do devedor. Isso é o suficiente para inaugurar o prazo, *ex lege*.
4. Teses julgadas para efeito dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015 (art. 543-C, do CPC/1973):
4.1.) O prazo de 1 (um) ano de suspensão do processo e do respectivo prazo prescricional previsto no art. 40, §§ 1º e 2º da Lei n. 6.830/80 - LEF tem início automaticamente na data da ciência da Fazenda Pública a respeito da não localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido, havendo, sem prejuízo dessa contagem automática, o dever de o magistrado declarar ter ocorrido a suspensão da execução;
4.1.1.) Sem prejuízo do disposto no item 4.1., nos casos de execução fiscal para cobrança de dívida ativa de natureza tributária (cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido antes da vigência da Lei Complementar n. 118/2005), depois da citação válida, ainda que editalícia, logo após a primeira tentativa infrutífera de localização de bens penhoráveis, o Juiz declarará suspensa a execução.
4.1.2.) Sem prejuízo do disposto no item 4.1., em se tratando de execução fiscal para cobrança de dívida ativa de natureza tributária (cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido na vigência da Lei Complementar n. 118/2005) e de qualquer dívida ativa de natureza não tributária, logo após a primeira tentativa frustrada de citação do devedor ou de localização de bens penhoráveis, o Juiz declarará suspensa a execução.
4.2.) Havendo ou não petição da Fazenda Pública e havendo ou não pronunciamento judicial nesse sentido, findo o prazo de 1 (um) ano de suspensão inicia-se automaticamente o prazo prescricional aplicável (de acordo com a natureza do crédito exequendo) durante o qual o processo deveria estar arquivado sem baixa na distribuição, na forma do art. 40, §§ 2º, 3º e 4º da Lei n. 6.830/80 - LEF, findo o qual o Juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato;
4.3.) A efetiva constrição patrimonial e a efetiva citação (ainda que por edital) são aptas a interromper o curso da prescrição intercorrente, não bastando para tal o mero peticionamento em juízo, requerendo, v.g., a feitura da penhora sobre ativos financeiros ou sobre outros bens. Os re-

> querimentos feitos pelo exequente, dentro da soma do prazo máximo de 1 (um) ano de suspensão mais o prazo de prescrição aplicável (de acordo com a natureza do crédito exequendo) deverão ser processados, ainda que para além da soma desses dois prazos, pois, citados (ainda que por edital) os devedores e penhorados os bens, a qualquer tempo – mesmo depois de escoados os referidos prazos –, considera-se interrompida a prescrição intercorrente, retroativamente, na data do protocolo da petição que requereu a providência frutífera.
> 4.4.) A Fazenda Pública, em sua primeira oportunidade de falar nos autos (art. 245 do CPC/73, correspondente ao art. 278 do CPC/2015), ao alegar nulidade pela falta de qualquer intimação dentro do procedimento do art. 40 da LEF, deverá demonstrar o prejuízo que sofreu (exceto a falta da intimação que constitui o termo inicial - 4.1., onde o prejuízo é presumido), por exemplo, deverá demonstrar a ocorrência de qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição.
> 4.5.) O magistrado, ao reconhecer a prescrição intercorrente, deverá fundamentar o ato judicial por meio da delimitação dos marcos legais que foram aplicados na contagem do respectivo prazo, inclusive quanto ao período em que a execução ficou suspensa.
> 5. Recurso especial não provido. Acórdão submetido ao regime dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015 (art. 543-C, do CPC/1973).
> (REsp nº 1.340.553/RS, 1ª Seção, relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, julgado em 12/09/2018).

Em resumo, o STJ fixou cinco teses que devem ser observadas nos processos que tratam de prescrição intercorrente em execução fiscal, adotando o entendimento de que o prazo de um ano de suspensão do processo executivo e do respectivo prazo prescricional previsto no art. 40 da LEF, iniciam-se de forma automática a partir da data da ciência da Fazenda Pública sobre a não localização do devedor ou inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido. Logo, findo o prazo prescricional, frustrada a efetiva localização de bens penhoráveis ou a citação do devedor, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá reconhecer a prescrição intercorrente de ofício e decretá-la de imediato.

De acordo com a orientação firmada pela Corte Superior, percebe-se que para o reconhecimento da prescrição intercorrente basta essencialmente o encerramento do prazo de suspensão a partir data da ciência da Fazenda Pública a respeito da não localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis, e, imediatamente, a contagem automática e o decurso do prazo prescricional aplicável (conforme a natureza do crédito exequendo), sendo prescindível a análise dos esforços empreendidos pela exequente para buscar a satisfação do crédito no decorrer da execução.

Tal exegese das regras previstas no art. 40 da LEF representou uma abrupta mudança de entendimento do STJ quando comparado com sua anterior jurisprudência, que recusava uma análise meramente temporal do prazo prescricional, mas julgava indispensável ser ponderado pelo julgador o histórico dos atos processuais durante à execução, para a pertinente certificação de que o decurso do prazo, sem a efetiva localização do devedor ou de seus bens, resultava da desídia da exequente em deixar de buscar o fim ordinário da execução.

Em verdade, a jurisprudência da Excelsa Corte era iterativa em destacar a impossibilidade de reconhecimento de prescrição intercorrente se não constatada a inércia da exequente:

> PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. DECLARAÇÃO DE OFÍCIO. VIABILIDADE. ART. 219, §5º, DO CPC. CITAÇÃO. INÉRCIA DA FAZENDA PÚBLICA. SÚMULA 7 DO STJ. 1. A configuração da prescrição intercorrente não se faz apenas com a aferição do decurso do lapso quinquenal após a data da citação. Antes,

> também deve ficar caracterizada a inércia da Fazenda exequente. 2. A Primeira Seção desta Corte também já se pronunciou sobre o tema em questão, entendendo que "a perda da pretensão executiva tributária pelo decurso de tempo é consequência da inércia do credor, que não se verifica quando a demora na citação do executado decorre unicamente do aparelho judiciário" (REsp n. 1102431 / RJ, DJe 1.2.10 - regido pela sistemática do art. 543-C, do CPC). Tal entendimento, mutatis mutandis, também se aplica na presente lide. 3. A verificação acerca da inércia da Fazenda Pública implica indispensável reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado a esta Corte Superior, na estreita via do recurso especial, ante o disposto na Súmula 07/STJ. 4. Esta Corte firmou entendimento que o regime do § 4º do art. 40 da Lei 6.830/80, que exige a prévia oitiva da Fazenda Pública, somente se aplica às hipóteses de prescrição intercorrente nele indicadas, a saber: a prescrição intercorrente contra a Fazenda Pública na execução fiscal arquivada com base no § 2º do mesmo artigo, quando não localizado o devedor ou não encontrados bens penhoráveis. Nos demais casos, a prescrição, a favor ou contra a Fazenda Pública, pode ser decretada de ofício com base no art. 219, § 5º, do CPC. 5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. (REsp 1222444/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/04/2012, DJe 25/04/2012).

No mesmo sentido: REsp 1222444/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/04/2012, DJe 25/04/2012; AgRg no AREsp 90.490/PE, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/05/2014, DJe 28/05/2014; AgRg no REsp 1450731/PE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/03/2015, DJe 25/03/2015; AgRg no AREsp 171.563/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/02/2015, DJe 23/02/2015; AgRg no REsp 1479745/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/12/2014, DJe 16/12/2014; AgRg no AREsp 539.563/SE, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/12/2014, DJe 11/12/2014; AgRg no AREsp 33.751/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/11/2014, DJe 12/12/2014; AgRg no AREsp 475.332/PE, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/11/2014, DJe 25/11/2014.

Certo é que, com a tese firmada pelo STJ, afastou-se a dependência de uma análise subjetiva da inércia do titular da ação, deliberando de forma definitiva que: "Não havendo a citação de qualquer devedor por qualquer meio válido e/ou não sendo encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora (o que permitiria o fim da inércia processual), inicia-se automaticamente o procedimento previsto no art. 40 da Lei n. 6.830/80, e respectivo prazo, ao fim do qual restará prescrito o crédito fiscal", cujo reconhecimento e decretação poderá ocorrer de ofício pelo juiz.

Realizadas tais ponderações sobre a prescrição intercorrente e os parâmetros para aplicação do art. 40 da LEF, cumpre analisar, doravante, a possibilidade de condenação da exequente em verba honorária sucumbencial, em execução fiscal paralisada na forma do referido artigo, quando reconhecida e decretada a prescrição intercorrente após requerimento da parte executada em exceção de pré-executividade, contra a qual a exequente/excepta não apresenta resistência.

Os honorários advocatícios sucumbenciais, fixados na sentença de origem e revistos ou não em grau recursal, são expressamente definidos como prerrogativa do advogado vencedor, nos termos do art. 85, *caput* e §14, do Código de Processo Civil e arts. 22 e 23 do Estatuto da Advocacia (Lei n. 8.96/1994), cuja responsabilidade pelo pagamento atinge o vencido em ação judicial.

Em regra geral, o dever de arcar com a verba honorária decorre de uma premissa condutora básica, a saber, a derrota de uma das partes em demanda judicial. Trata-se do chamado princípio da sucumbência, que conduz a concepção de que é direito do advogado da parte vencedora receber honorários da parte sucumbente na ação, haja vista, essencialmente, que o processo judicial tem razão de existir por um comportamento violador do ordenamento jurídico da parte vencida.

A experiência forense tem revelado eficiente o paradigma da sucumbência para resolver a maior parte dos litígios levados ao Poder Judiciário, na medida em que a parte sucumbente no processo, na maioria das situações, é também quem indevidamente deu causa a demanda e, consequentemente, quem deverá suportar com os encargos decorrentes da derrota processual. (art. 85, *caput*, do CPC)

Ocorre que tal premissa não tem aplicação absoluta e mostrou-se insuficiente para a solução de casos específicos, conforme pondera Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (Código de Processo Civil Comentado e Legislação em Vigor, 16ª Ed. São Paulo: RT, 2016, p. 472), Yussef Said Cahali (Honorários advocatícios. 3ª. Ed. São Paulo: RT, 1997) e Araken de Assis (Processo Civil Brasileiro – Volume II [Tomos 1 e 2], 1ª Ed. São Paulo: RT, 2015).

Em alguns casos, apesar de restar vencida em sua pretensão, fica evidente que a parte sucumbente não favoreceu à instauração processual. Nessas hipóteses, em que somente o princípio da sucumbência não é capaz de imputar com justiça a responsabilidade de arcar com os custos do processo, o sistema processual civil brasileiro adotou o princípio da causalidade, de forma supletiva e preponderante, conferindo àquele que, por ação ou omissão, deu motivo para a instauração do processo o ônus de remunerar o advogado da parte contrária.

Dessa forma, doutrina e jurisprudência entendem que o critério da sucumbência deve ser adotado "apenas como um primeiro parâmetro para a distribuição das despesas do processo, sendo necessária a sua articulação com o princípio da causalidade" (REsp 684.169/RS, rel. Min. Sidnei Beneti, 3.ª T., j. 24.03.2009), a fim de se aferir corretamente qual das partes litigantes arcará com o pagamento dos honorários advocatícios e das custas processuais.

A esse respeito, há uniformidade entre os doutrinadores e deve ser mencionada a respeitada posição dos processualistas Rogério Licastro Torres de Mello, Teresa Arruda Alvim, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Maria Lúcia Lins Conceição, no sentido de que a parte vitoriosa em sua pretensão "(...) podem vir a suportar condenação sucumbencial, particularmente, nas situações em que, a despeito da vitória no plano do direito material, tenham dado causa à existência da ação, como ocorre na ação de exigir contas. (...) Apesar de vitorioso no plano do direito material (credor de valores do autor), suportará os ônus da sucumbência, pois deu causa à ação. O princípio da sucumbência, neste passo, deve ser considerado em conjunto com o princípio da causalidade. (Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020).

Sobre o princípio da causalidade, entendo que merece ser enfatizada a forma como os Tribunais têm aplicado tal premissa norteadora, sobretudo nos processos de execução e nos instrumentos de defesa do executado e de terceiros.

Convém aludir, por exemplo, aos casos de acolhimento de embargos de terceiro para afastar penhora sobre bem imóvel constrito em garantia à execução, nos quais, se verificado que a parte embargante deu causa ao litígio por não providenciar a alteração da titularidade dominial em Cartório de Registro de Imóvel, ainda que tenha obtido êxito com a demanda, deve ser condenada a pagar honorários. O Colendo Superior Tribunal de Justiça consagrou o entendimento no âmbito do julgamento do REsp 1.452.840/SP, submetido ao rito dos recurso

repetitivos (Tema 872), segundo o qual: "Nos Embargos de Terceiro cujo pedido foi acolhido para desconstituir a constrição judicial, os honorários advocatícios serão arbitrados com base no princípio da causalidade, responsabilizando-se o atual proprietário (embargante), se este não atualizou os dados cadastrais (...)".

Semelhante raciocínio conduziu o STJ no julgamento do REsp n. 1.406.296/RS, submetido também ao regime do art. 543-C do CPC (Tema 721), ao afastar a condenação de honorários contra a Fazenda em sede de execução não embargada, promovida sob o rito do art. 730 do CPC, na hipótese da parte exequente renunciar, a posteriori, ao excedente previsto no art. 87 do ADCT, sob o fundamento de que "à luz do princípio da causalidade, a Fazenda Pública não deu causa à instauração do rito executivo, uma vez que se revelava inicialmente impositiva a observância do art. 730 CPC, segundo a sistemática de pagamento de precatórios".

Não foi diferente a lógica utilizada para o deslinde dos casos de extinção de execução fiscal em virtude de cancelamento de débito pela Fazenda Pública. O STJ fixou tese em julgamento submetido à sistemática dos recursos repetitivos (Tema 143), apesar da extinção da execução, pela "necessidade de se perquirir quem deu causa à demanda a fim de imputar-lhe o ônus pelo pagamento dos honorários advocatícios" (REsp 1.111.002/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/09/2009, DJe 01/10/2009).

Bem se vê que o Superior Tribunal de Justiça tem prestigiado em alguns casos, para fins de condenação em honorários advocatícios sucumbenciais, a aplicação do princípio da causalidade, especialmente nas situações em que a "vitória" alcançada por uma das partes não necessariamente permita concluir que o ajuizamento da demanda deu-se em razão da postura resistente da parte vencida.

Tais precedentes e o raciocínio neles empregados repercutem também, respeitadas as especificidades, na solução do caso objeto deste Incidente de Resolução de Demanda Repetitiva – IRDR, na medida em que o reconhecimento da prescrição intercorrente por ausência de localização do devedor ou de bens penhoráveis, ainda que resulte na extinção da execução fiscal, não atrai absolutamente a sucumbência para a parte exequente (vencida).

A respeito disso, tem se manifestado a Corte Superior, cuja jurisprudência majoritária caminha no sentido de afastar a condenação em honorários contra a exequente, quando a extinção da execução decorre do reconhecimento de prescrição intercorrente consumada pela não localização de bens do executado, uma vez que não deu causa ao pedido executório. A matéria foi muito bem elucidada pela eminente Ministra Maria Isabel Gallotti no julgamento do REsp n. 1.769.201/SP, cujo excerto do seu voto passo a transcrever:

> "A consumação da prescrição intercorrente, segundo o entendimento hoje estabelecido na 2ª Seção, não mais depende da inércia do devedor em dar andamento à execução processo, após para tanto intimado. A prescrição intercorrente decorre de fato objetivo, o mero decurso do tempo sem a localização de bens penhoráveis.
> O sistema jurídico tem como escopo a harmonia, a segurança e a paz social. A submissão a suas regras e o dever de cumprimento das obrigações que delas se extrai é pressuposto da higidez do sistema. Na impossibilidade de exercício arbitrário das próprias razões, o recurso ao Poder Judiciário é a via adequada para obter o adimplemento de obrigações não cumpridas espontaneamente.
> O credor de título executivo - judicial ou extrajudicial - tem o direito de receber do devedor, no prazo avençado, a obrigação expressa no título. O não adimplemento da obrigação líquida e certa é conduta antijurídica, e dá causa ao ajuizamento de medida executória.
> O credor que promove a execução teve seu patrimônio desfalcado e promove a execução devido à falta de cumprimento da obrigação pelo devedor. Se não logra localizar bens penhoráveis

durante o prazo de prescrição aplicável à relação jurídica, a consequência inevitável será a prescrição, a perpetuação do desfalque patrimonial, em prol de valor maior, a paz social. Não se pode, todavia, ao meu sentir, considerar que foi o credor insatisfeito o causador do ajuizamento da execução, penalizando-o não apenas com a perda irremediável de seu patrimônio, mas também com o pagamento de honorários ao advogado do devedor."

Esse entendimento tem prevalecido na hodierna jurisprudência do STJ, como se verifica dos precedentes citados a seguir:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. DECRETAÇÃO. HONORÁRIOS EM FAVOR DO DEVEDOR. DESCABIMENTO. RECONHECIMENTO DO PEDIDO. INOCORRÊNCIA. 1. O reconhecimento da prescrição intercorrente não infirma a existência das premissas que autorizavam o ajuizamento da execução, relacionadas com a presunção de certeza e liquidez do título executivo e com a inadimplência do devedor, de modo que é inviável atribuir ao credor os ônus sucumbenciais com fundamento no princípio da causalidade, sob pena de indevidamente beneficiar a parte que não cumpriu oportunamente com a sua obrigação. Precedentes. 2. Hipótese em que, extinta a execução fiscal com base na prescrição intercorrente, sem resistência da exequente, não é possível reconhecer que a parte devedora sagrou-se vencedora na demanda e, por conseguinte, que obteve algum proveito econômico da Fazenda Pública credora, a justificar que essa venha a pagar honorários advocatícios. 3. Inocorrência de reconhecimento do pedido pela Fazenda Pública, nos termos do que dispõe o art. 90 do CPC, pois o ente fazendário apenas concordou com fato que ocorreu no curso processual (prescrição intercorrente). 4. Agravo interno desprovido. (AgInt no REsp 1849437/SC, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/10/2020, DJe 28/10/2020).

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PRESSUPOSTOS. INEXISTÊNCIA. 1. Os embargos de declaração têm por escopo sanar decisão judicial eivada de obscuridade, contradição, omissão ou erro material (art. 1.022-CPC/2015). 2. Hipótese em que, para desprover a pretensão recursal de majoração dos honorários advocatícios estabelecida pela instância de origem, a fundamentação consignada no acórdão embargado foi clara no sentido de que, nos presentes autos, a verba honorária nem sequer seria devida, dada a impossibilidade de imputar o princípio da causalidade em desfavor da Fazenda Pública exequente, uma vez que a extinção da execução fiscal se deu pelo escoamento do prazo da prescrição intercorrente sem que fossem localizados bens penhoráveis. 3. Embargos de declaração rejeitados. (EDcl no REsp 1768530/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/09/2020, DJe 22/09/2020).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. EXTINÇÃO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. HONORÁRIOS EM FAVOR DO EXECUTADO. DESCABIMENTO. CAUSALIDADE. 1. Esta Corte de Justiça já se manifestou no sentido de que, pelo princípio da causalidade, é incabível a condenação em honorários nos casos de extinção da execução pela prescrição intercorrente em decorrência da ausência de localização de bens do executado. 2. Precedente específico: REsp 1.834.500/PE, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 20/9/2019. (...) (AgInt no AREsp 1532496/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/02/2020, DJe 27/02/2020).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. HONORÁRIOS EM FAVOR DO EXECUTADO. DESCABIMENTO. CAUSALIDADE. AUSÊNCIA DE SUCUMBÊNCIA DO EXEQUENTE. 1. Conforme jurisprudência do STJ, "declarada a prescrição intercorrente por ausência de localização de bens, incabível a fixação de verba honorária em favor do executado, eis que, diante dos princí-

pios da efetividade do processo, da boa-fé processual e da cooperação, não pode o devedor se beneficiar do não-cumprimento de sua obrigação. A prescrição intercorrente por ausência de localização de bens não retira o princípio da causalidade em desfavor do devedor, nem atrai a sucumbência para o exequente" (REsp 1.769.201/SP, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 12/03/2019, DJe 20/03/2019). 2. Agravo interno não provido. (AgInt no REsp 1.837.468/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 04/02/2020, DJe 11/02/2020).

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. HONORÁRIOS EM FAVOR DO EXECUTADO. DESCABIMENTO. CAUSALIDADE. AUSÊNCIA DE SUCUMBÊNCIA DO EXEQUENTE. 1. Declarada a prescrição intercorrente por ausência de localização de bens, incabível a fixação de verba honorária em favor do executado, eis que, diante dos princípios da efetividade do processo, da boa-fé processual e da cooperação, não pode o devedor se beneficiar do não-cumprimento de sua obrigação. 2. A prescrição intercorrente por ausência de localização de bens não retira o princípio da causalidade em desfavor do devedor, nem atrai a sucumbência para o exequente. 3. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 1.769.201/SP, Rel. Min. MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 12/3/2019, DJe 20/3/2019).

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. RECONHECIMENTO DA EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO, PELA FAZENDA NACIONAL. OMISSÃO NÃO CONFIGURADA. ART. 19, § 1º, I, DA LEI 10.522/2002, COM A REDAÇÃO DA LEI 12.844/2003. NÃO CABIMENTO DA CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. O acórdão recorrido consignou: "Primeiramente, observo que foi o executado quem deu causa ao processo, em razão do inadimplemento das suas obrigações tributárias, não tendo a Fazenda feito mais do que cumprir a sua obrigação legal ao ajuizar a execução fiscal. Ademais, a alegação de prescrição intercorrente foi imediatamente reconhecida pela exequente, de forma que não houve qualquer litígio a justificar a condenação em honorários advocatícios. Assim, deve ser negado provimento à apelação" (fl. 377, e-STJ). 2. O Tribunal de origem, confirmando a sentença, excluiu o arbitramento da verba honorária porque verificou que, em resposta à Exceção de Pré-Executividade, a Fazenda Nacional expressamente reconheceu a ocorrência de prescrição intercorrente. 3. Não merece acolhida a pretensão veiculada (arbitramento de honorários advocatícios no contexto específico em que ocorreu a extinção da Execução Fiscal). 4. Desde quando entrou em vigor a Lei 12.844/2003, se a Fazenda Nacional, ao responder à Exceção de Pré-Executividade, expressamente manifestar concordância com a tese do executado/excipiente, não há condenação ao pagamento de honorários advocatícios. Precedentes do STJ. 5. A sentença extintiva do feito foi proferida em 15.2.2018 (fls. 327-332, e-STJ), quando já estava em vigor a norma do art. 19, § 1º, da Lei 10.522/2002, com a redação da Lei 12.844/2013. 6. O recurso repetitivo foi julgado em 2010, quando era materialmente impossível a solução do caso ser feita com a interpretação do regime jurídico específico, que só veio a ser implementado em 2013 (Lei 12.844/2013, modificando a redação do art. 19, § 1º, da Lei 10.522/2002). 7. No julgamento do recurso repetitivo constou expressamente que "embora possível a condenação em honorários, deve ser observado, em cada caso, o princípio da causalidade, conforme já pacificado no STJ no julgamento do REsp 1.111.002/SP". 8. Essa circunstância foi respeitada no caso concreto, em que o Tribunal de origem expressamente invocou o referido princípio para afastar o arbitramento da verba honorária. 9. Recurso Especial não provido. (REsp 1838973/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/10/2019, DJe 05/11/2019).

Semelhantemente, caminham no mesmo sentido alguns precedentes da 4ª e 6ª Turmas desta e. Corte:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO DESPROVIDA. EXECUÇÃO FISCAL. EXTINÇÃO POR PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. CONCORDÂNCIA DA EXEQUENTE. ART. 19, § 1º, I, DA LEI 10.522/2002, COM A REDAÇÃO DA LEI 12.844/2003. HONORÁRIOS INCABÍVEIS. APELAÇÃO DESPROVIDA.
1. Nos casos de extinção da execução fiscal, com fundamento no art. 26, da Lei n. 6.830/80, o cabimento da condenação do exequente ao pagamento de verba honorária deve ser analisado à luz do princípio da causalidade.
2. A excetuada apresentou a exceção de pré-executividade, oposta em 14 de maio de 2018, requerendo o reconhecimento da prescrição intercorrente (id. 147386420 - Pág. 49/57).
3. A União concordou com a extinção do processo por prescrição intercorrente, sobrevindo a r. sentença extintiva da execução fiscal, nos termos do artigo 40, § 4º, da Lei Federal 6.830/80, na qual não houve condenação da exequente em honorários advocatícios.
4. Desse modo, verifico que a execução foi regularmente proposta para cobrança dos créditos constantes das CDAs, logo, foi a apelante que deu causa à inscrição dos débitos em dívida ativa e ao ajuizamento da presente execução fiscal.
5. Portanto, por aplicação do princípio da causalidade, que estabelece a responsabilidade pelo pagamento dos honorários advocatícios e das despesas processuais àquele que deu causa à instauração do processo, não há como condenar a exequente aos honorários advocatícios na espécie.
6. De outra parte, cumpre observar que, nos termos do artigo 19, §1º, inciso I, da Lei n. 10.522/2002, com redação dada pela Lei n. 12.844/2013, não haverá condenação da União Federal em honorários advocatícios, na hipótese em que o Procurador da Fazenda Nacional reconhecer a procedência do pedido, em exceção de pré-executividade ou embargos à execução fiscal.
7. No caso dos autos, intimada para se manifestar quanto à exceção de pré-executividade, a Fazenda Nacional reconheceu a procedência da arguição de prescrição intercorrente, sendo, portanto, descabida sua condenação ao pagamento de honorários advocatícios, por aplicação do princípio da causalidade e da regra especial inserta no artigo 19, §1º, inciso I, da Lei n. 10.522/2002, com redação dada pela Lei 12.844/2013.
8. Apelação improvida.
(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 0058079-26.2003.4.03.6182, Rel. Desembargador Federal TORU YAMAMOTO, julgado em 07/03/2021, Intimação via sistema DATA: 12/03/2021).

EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. RECONHECIMENTO EXPRESSO PELA FAZENDA PÚBLICA. LEI Nº 10.522/2002, ARTIGO 19. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. NÃO CABIMENTO.
Segundo jurisprudência consolidada do e. Superior Tribunal de Justiça, em caso de extinção da execução fiscal, em razão do reconhecimento da prescrição intercorrente, é o princípio da causalidade que deve nortear o julgador para fins de verificação da responsabilidade pelo pagamento de honorários advocatícios e custas judiciais. Precedentes: AgInt no AREsp 1.659.982/MS, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe 26/08/2020; AgInt no AREsp 1.180.127/PR, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, DJe 01/07/2020; AgInt no AREsp 1.355.818/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, DJe 02/04/2020.
Nos termos do artigo 19, §1º, inciso I da Lei nº 10.522/2002, reconhecendo a Fazenda Pública a procedência do pedido, inclusive em embargos à execução fiscal e exceções de pré-executividade, não haverá condenação em honorários advocatícios. Precedente: AgInt no REsp 1871998/ES, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, DJe 23/09/2020.
Tendo em vista a existência do Ato Declaratório da PGFN nº 01, de 22/03/2011, determinando a dispensa de contestar e recorrer pelo Procurador da Fazenda Nacional em caso de consumação da prescrição intercorrente, incabíveis honorários advocatícios.

Inaplicável, pois, o tema 421 do STJ, na medida em que houve reconhecimento expresso pela Fazenda Pública da ocorrência da prescrição intercorrente.
Apelação improvida.
(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 0505366-95.1995.4.03.6182, Rel. Desembargador Federal MARLI MARQUES FERREIRA, julgado em 03/02/2021, Intimação via sistema DATA: 26/02/2021)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CONDENAÇÃO DA FAZENDA PUBLICA EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. VERBA HONORÁRIA INDEVIDA. RECURSO PROVIDO.
- A condenação em honorários advocatícios deve observar o princípio da sucumbência, norteado pelo princípio da causalidade, que estabelece a responsabilidade pelo pagamento dos honorários advocatícios e das despesas processuais àquele que deu causa à instauração do processo.
- O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp. 1.111.002/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, submetido ao rito do art. 543-C do CPC/73, pacificou o entendimento de que extinta a execução fiscal após a citação do devedor e apresentação de defesa, deve-se perquirir quem deu causa à demanda a fim de imputar-lhe o ônus pelo pagamento dos honorários, em face do princípio da causalidade.
- Da análise dos fatos, verifica-se que o ajuizamento indevido da execução fiscal quanto à parcela do crédito tributário equivocadamente lançado não pode ser imputado à União Federal.
- Assim, em conformidade com o princípio da causalidade, a exequente, ora embargada, não deve suportar os ônus sucumbenciais, devendo ser afastada a sua condenação em honorários advocatícios. - Apelação provida.
(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL, 0001449-30.2016.4.03.6105, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 11/12/2020, Intimação via sistema DATA: 21/12/2020).

Por outro lado, há quem se oponha a esse dominante posicionamento alegando que à parte exequente deve ser imputada o ônus da sucumbência, sobretudo em vista da tese fixada pelo próprio STJ no julgamento REsp n. 1.185.036/PE (Tema 421), no sentido de que "É possível a condenação da Fazenda Pública ao pagamento de honorários advocatícios em decorrência da extinção da Execução Fiscal pelo acolhimento de Exceção de Pré-Executividade."

Porém, sem razão.

A posição jurisprudencial perfilhada no aludido julgamento não colide, por exemplo, com a tese sedimentada no REsp n. 1.111.002/RS (Tema 143), a qual perfaz sobre a "necessidade de se perquirir quem deu causa à demanda a fim de imputar-lhe o ônus pelo pagamento dos honorários advocatícios". O próprio Ministro Herman Benjamim, eminente relator do REsp n. 1.185.036/PE, esclareceu de forma inequívoca em seu voto exarado no REsp n. 1.838.973/RS, que o entendimento firmado pela Corte Superior no Tema 421, converge com as diretrizes do Tema 143, pois naquele "constou expressamente que 'embora possível a condenação em honorários, deve ser observado, em cada caso, o princípio da causalidade, conforme já pacificado no STJ no julgamento do REsp 1.111.002/SP'".

Outra questão alçada por quem defende a condenação da Fazenda Pública diz respeito à inércia da exequente em deixar de suscitar de forma espontânea a prescrição intercorrente nos autos da execução, o que supostamente levaria à conclusão de que teria dado causa à oposição da exceção de pré-executividade e, por conseguinte, à contratação de advogado pela parte executada.

Quanto a isso, não obstante seja matéria passível de ser reconhecida de ofício, há de se destacar que não existe qualquer determinação legal imposta à exequente, que está adstrita ao princípio da legalidade, para reconhecer espontaneamente a prescrição intercorrente na execução. Além disso, creio ser uma tentativa de desvirtuação do princípio da causalidade argumentar que a exequente deve pagar honorário por supostamente ter dado causa à exceção de pré-executividade. Por óbvio, se não existisse a execução fiscal ou se o devedor tivesse apresentado meios para cumprir a sua obrigação com o fisco, não existiria, consequentemente, a exceção de pré-executividade, e quem deu causa à primeira não foi a exequente.

Há, ainda, quem procure comparar o caso ora em debate com outras hipóteses de acolhimento de exceção de pré-executividade e extinção da execução fiscal, nas quais há amparo jurisprudencial para a condenação da exequente em honorários, observado o princípio da causalidade. No entanto, julgo não ser apropriada a equiparação, de forma absoluta e irrestrita, dos casos de decretação de prescrição intercorrente em executivo fiscal com as demais hipóteses de extinção, como se o fim da execução fosse o único critério a ser considerado quando distribuído o ônus da sucumbência. Merece ser ponderado, que a prescrição intercorrente, diversamente das outras causas extintivas da execução, não desfigura materialmente a dívida executada tampouco a condição de devedor do executado.

Nessa linha, segundo as palavras do ilustre Ministro Gurgel de Faria, no julgamento do AgInt no REsp 1.849.437/SC, o reconhecimento da prescrição intercorrente "não infirma a existência das premissas que autorizavam o ajuizamento da execução relacionadas com a presunção de certeza e liquidez do título executivo e com a inadimplência do devedor, de modo que é inviável atribuir ao credor os ônus sucumbenciais com fundamento no princípio da causalidade, sob pena de indevidamente beneficiar a parte que não cumpriu oportunamente com a sua obrigação".

Com o máximo respeito ao exercício da função da advocacia, de caráter indispensável e essencial à administração da justiça (art. 133 da Constituição Federal), entendo que a questão fundamental posta em discussão não coloca em dúvida o direito do advogado de perceber honorários por serviços prestados, e sim o dever da Fazenda Pública em ter que arcar com a verba honorária sucumbencial na hipótese em que não foi o agente causador da conduta motivadora da instauração da ação judicial.

Com efeito, estando presentes todas as condições para a cobrança do crédito tributário, a União Federal move o processo executivo fiscal munido de título executivo que goza de presunção de veracidade e legitimidade, concebido por autoridade adstrita ao princípio da legalidade mediante atividade administrativa de cobrança plenamente vinculada, que não atinge seu objetivo precípuo, primeiramente e principalmente, em virtude da conduta faltosa do devedor.

Não há como negar que o fato de existir a execução deve-se, sob qualquer ótica, à parte executada, que dá azo a judicialização ao deixar de adimplir suas obrigações tributárias regulares, cujos atributos de certeza e liquidez não foram afastados. A ação executiva não existiria e a máquina pública não seria movimentada se o executado tivesse exercido regularmente sua obrigação tributária, sendo a prescrição intercorrente mera decorrência secundária e subordinada à própria existência da execução.

O devedor é quem torna necessária a judicialização por sua conduta antijurídica, de sorte que, havendo ou não inércia da Fazenda Pública na busca pela satisfação do crédito – elemento subjetivo cuja ponderação perdeu relevo com o entendimento firmado no julgamento do REsp. 1.340.553/RS – não poderá ser responsabilizada pelo custeio de honorários sucumbenciais, na medida em que o princípio da causalidade baseia-se na imputação da culpa a quem protagonizou a conduta geradora da existência do processo.

Caminhar noutro sentido redundaria em punir o já combalido erário público por duas vezes e beneficiar o devedor pelo não cumprimento de sua obrigação, que provocou a instauração da execução e tornou necessário o serviço público da administração da justiça e, em alguns casos, premiar atos atentatórios à dignidade da Justiça, como a utilização de manobras para não ser localizado ou não ter identificados bens passíveis de penhora, em manifesta violação aos princípios da efetividade do processo e da boa-fé processual (art. 6º do CPC).

Deste modo, à luz do princípio da causalidade, respaldado pela recente jurisprudência do STJ, é seguro concluir que não cabe condenação em honorários sucumbenciais contra a exequente, nos casos de reconhecimento de prescrição intercorrente em execução fiscal após acolhimento de exceção de pré-executividade, posição válida tanto na vigência do novo diploma processual civil quanto nos casos em que ainda vigora o seu predecessor, já que em ambos os regimes não há conflito com a posição ora perfilhada.

Ademais, conforme consta dos autos, advogados, cientes de decretação de extinção do feito diante de declaração de prescrição intercorrente, interpõe singela exceção de pré-executividade, obtendo, com a extinção do executivo, em alguns casos, verba sucumbencial, sem o efetivo labor exigido e tempo dispendido a justificá-la, já que inexistente a pretensão resistida pela parte *ex adversa*.

Sem embargo do que foi exposto, com o advento da Lei n. 12.844, de julho de 2013, e a nova disciplina legal introduzida ao art. 19 da Lei n. 10.522, de 19 de julho de 2002, parece-me que a discussão sobre a possibilidade ou não de condenação da Fazenda Nacional em honorários advocatícios nos casos de acolhimento de exceção de pré-executividade ou embargos à execução fiscal, havendo reconhecimento procedência do pedido pela exequente, tornou-se despicienda.

Pelos termos do §1º, inciso I, do art. 19 da Lei n. 10.522/02, verifica-se que há expressa previsão, que nas matérias elencadas no aludido diploma legal, tais como as ações que versem sobre tema decidido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça, definido em sede de repercussão geral ou recurso repetitivo (inc. VI, a), ou então, tema que seja objeto de parecer, vigente e aprovado, pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional, que conclua no mesmo sentido do pleito do executado (inc. II), havendo reconhecimento da procedência do pedido pela Procuradoria da Fazenda quando citada para apresentar contestação em exceção de pré-executividade ou embargos à execução fiscal, não há que se falar em condenação em honorários, *in verbis*:

> Art. 19 (...)
> § 1º. Nas matérias de que trata este artigo, o Procurador da Fazenda Nacional que atuar no feito deverá, expressamente:
> I - reconhecer a procedência do pedido, quando citado para apresentar resposta, inclusive em embargos à execução fiscal e exceções de pré-executividade, hipóteses em que não haverá condenação em honorários;

Aqui cabe um aparte para comentar o entendimento do C. STJ no âmbito da 1ª Seção, pela inaplicabilidade do art. 19 da Lei 10.522/2002 nas ações de execução fiscal, regidas pela Lei 6.830/80, sob o entendimento de que a LEF, por ser legislação especial, teria predominância sobre as disposições da Lei 10.522/02, prevalecendo, portanto, a posição de que o diploma legal estabelecia regra de isenção à condenação de honorários em processos submetidos ao rito previsto no Código de Processo Civil, não cabendo a aplicação extensiva aos procedimentos regidos pela Lei de Execução Fiscal. (EREsp 1215003/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 28/03/2012, DJe 16/04/2012).

Sucede que a convicção acima esposada firmou-se antes da depuração legislativa levada a efeito pela Lei 12.844/2013, modificando a redação original do art. 19 da Lei nº 10.522, para determinar em seu §1º, inciso I, expressamente, que não haverá condenação da Fazenda Nacional em honorários advocatícios, inclusive em embargos à execução fiscal e exceções de pré-executividade, quando a Procuradoria, citada para apresentar resposta, reconhecer a procedência do pedido.

Assim, desde a superveniente alteração legislativa em referência, a orientação anterior da Corte Superior, pelo qual deveria prevalecer a LEF e afastava a aplicação da regra isentiva do art. 19 da Lei nº 10.522 nas execuções fiscais, restou superada e não mais se sustenta. Nessa linha de raciocínio, colaciono fragmento da recente decisão, de lavra do Ministro Gurgel de Faria, que bem explicita a temática aqui tratada:

> "(...) O inciso I do § 1º do art. 19 da Lei n. 10.522/2002 isenta a FAZENDA NACIONAL da condenação em honorários de sucumbência nos casos em que, citada para apresentar resposta, inclusive em embargos à execução fiscal e em exceções de pré-executividade, reconhecer a procedência do pedido nas hipóteses dos arts. 18 e 19 da Lei n. 10.522/2002.
> Ocorre que a atual redação desse dispositivo foi dada pela Lei n. 12.844/2013. Em seu texto original, o art. 19 da Lei n. 10.522/2002 apenas previa a autorização para o ente público não interpor recursos ou desistir daqueles que já tivessem sido interpostos. Vide: Art. 19. (...)
> Posteriormente, a redação do dispositivo legal foi alterada pela Lei n. 11.033/2004, passando o art. 19, § 1º, da Lei n. 10522/2002 a prever a isenção da FAZENDA NACIONAL dos honorários de sucumbência: "nas matérias de que trata este artigo, o Procurador da Fazenda Nacional que atuar no feito deverá, expressamente, reconhecer a procedência do pedido, quando citado para apresentar resposta, hipótese em que não haverá condenação em honorários, ou manifestar o seu desinteresse em recorrer, quando intimado da decisão judicial".
> Assim, antes da Lei n. 12.844/2013, em respeito ao disposto no art. 26 da Lei n. 6.830/1980 (*lex specialis*) e à sua interpretação constante na Súmula 153 desta Corte Superior, no EREsp n. 1.215.003/RS, firmou-se entendimento segundo o qual o art. 19, § 1º, da Lei n. 10.522/2002 seria inaplicável às ações regidas pela Lei n. 6.830/1980, de modo que não haveria isenção de honorários em embargos à execução fiscal e em exceção de executividade, mesmo que a FAZENDA PÚBLICA não contestasse ou reconhecesse o pedido do contribuinte. Vide:
> PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. RECONHECIMENTO DO PEDIDO PELA FAZENDA. VERBA HONORÁRIA. CABIMENTO. ART. 19, § 1º, DA LEI 10.522/02. NÃO INCIDÊNCIA EM PROCEDIMENTO REGIDO PELA LEI 6.830/80. APLICAÇÃO DA SÚMULA 153/STJ.
> 1. Embargos de divergência que tem por escopo dirimir dissenso interno acerca do cabimento da verba honorária nos casos em que a Fazenda Pública reconhece a pretensão da contribuinte no âmbito dos embargos à execução fiscal.
> 2. Dispõe o art. 19, § 1º, da Lei 10.522/02: "Nas matérias de que trata este artigo, o Procurador da Fazenda Nacional que atuar no feito deverá, expressamente, reconhecer a procedência do pedido, quando citado para apresentar resposta, hipótese em que não haverá condenação em honorários, ou manifestar o seu desinteresse em recorrer, quando intimado da decisão judicial".
> 3. Observa-se que o legislador, com a edição da aludida norma, teve por escopo reduzir a litigiosidade entre a Fazenda Nacional e os contribuintes, facilitando a extinção dos processos de conhecimento em que o ente público figure na condição de réu, dado que impede a sua condenação em honorários advocatícios nos casos em que não contestar o pedido autoral; o que não é o caso dos autos, haja vista que a iniciativa da demanda, na execução fiscal, é da PFN.
> 4. Tem-se, portanto, que o aludido artigo de lei constitui regra voltada a excepcionar a condenação de honorários em processos submetidos ao rito previsto no Código de Processo

Civil, não podendo ser estendida aos procedimentos regidos pela Lei de Execução Fiscal, lei especial, que, por sua vez, já dispõe de comando normativo próprio para a dispensa de honorários à Fazenda Pública, estampado no art. 26: "Se, antes da decisão de primeira instância, a inscrição de Dívida Ativa for, a qualquer título, cancelada, a execução fiscal será extinta, sem qualquer ônus para das partes".
5. Identificado o diploma legal pertinente, deve-se prestigiar a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça acerca de sua interpretação, a qual foi sedimentada pela Súmula 153: "A desistência da execução fiscal, após o oferecimento dos embargos, não exime o exequente dos encargos da sucumbência".
6. Prevalece, pois, o entendimento de que a Fazenda Pública deve arcar com a verba honorária, em face do princípio da causalidade, porquanto foi ela quem injustamente deu causa a oposição dos embargos pela contribuinte. Precedentes nesse sentido: REsp 1.239.866/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 15/4/2011; AgRg no REsp 1.004.835/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 25/6/2009; REsp 1.019.316/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 30/3/2009.
7. Embargos de divergência não providos.
(EREsp 1.215.003/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 28/03/2012, DJe 16/04/2012).
Como se percebe, com a superveniente alteração legislativa, o entendimento firmado no EREsp n. 1.215.003/RS não mais se sustenta, sendo, expressamente, aplicável o art. 19, §1º, I, da Lei n. 10.522/2002 ao rito das execuções fiscais. Assim, na atual redação, desde que haja o reconhecimento da procedência do pedido de forma ampla e irrestrita para as hipóteses legalmente permitidas, não há falar em condenação da Fazenda em verba honorária de sucumbência.
Nesse sentido:
TRIBUTÁRIO. IRPF. VERBAS TRABALHISTAS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRETENSÃO RESISTIDA. ART. 19, § 10. DA LEI 10.522/2002. CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO. REDUÇÃO. REEXAME FÁTICO.
1. A pretensão não merece trânsito, pois o acórdão impugnado harmoniza-se com a jurisprudência consolidada no Superior Tribunal de Justiça, incidindo, na espécie, o óbice da Súmula 83/STJ.
2. Inaplicável o disposto no § 1º do art. 19 da Lei n. 10.522, de 2002 pois, como bem salientou o Tribunal de origem, ao contestar, a União apontou a necessidade de prever a sistemática da declaração retificadora para apuração de eventual valor a repetir, considerando a totalidade dos rendimentos recebidos no período das declarações retificadas, o que exigiu manifestação judicial a respeito. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 436.146/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/02/2014, DJe 20/02/2014). (Grifos acrescidos).
RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. SUCUMBÊNCIA DA FAZENDA PÚBLICA. APRESENTAÇÃO DE CONTESTAÇÃO. PRETENSÃO RESISTIDA. ART. 19, § 1º, DA LEI 10.522/2002. CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO. RECURSO ESPECIAL A QUE SE DÁ PROVIMENTO.
1. O art. 19, § 1º, da Lei 10.522/2002 prevê o afastamento da condenação em honorários advocatícios quando a Fazenda Pública reconhecer expressamente a procedência do pedido.
2. No caso dos autos, a Fazenda Pública apresentou contestação, impugnando o pedido da autora, configurando, assim, a pretensão resistida, o que, ante a procedência do pedido, impõe sua condenação em honorários advocatícios.
3. Recurso Especial a que se dá provimento, para reconhecer o cabimento da verba honorária e determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que seja fixado o seu quantum, nos termos do art. 20, § 4o. do CPC.
(REsp 1202551/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/10/2011, DJe 08/11/2011). (Grifos acrescidos).

> Na hipótese dos autos, a sentença foi proferida quando já vigorava a nova redação do art. 19, § 1º, I da Lei n. 10.522/2002, tendo as instâncias ordinárias aferido a inexistência de resistência da Fazenda quanto ao reconhecimento do pedido, razão pela qual incabível a verba honorária de sucumbência.
> Consigna-se que eventuais anotações processuais da Fazenda na mesma petição em que manifesta sua concordância com o pedido da parte *ex adversa* não equivale à resistência injustificada apta ao afastamento da regra do art. 19, § 1º, I, da Lei n. 10.522/2002. Ante o exposto, com base no art. 255, § 4º, I, do RI-STJ, NÃO CONHEÇO do recurso especial.
> Publique-se. Intimem-se.
> (RECURSO ESPECIAL Nº 1.596.908 - RS (2016/0107831-3), RELATOR MINISTRO GURGEL DE FARIA, publicado em 22/08/2018).

Portanto, a partir da previsão normativa dada pela nova redação do art. 19, § 1º, I da Lei n. 10.522/2002, a Fazenda Nacional está desobrigada a pagar honorários de sucumbência nos casos em que, citada para apresentar resposta, inclusive em embargos à execução fiscal e em exceções de pré-executividade, reconhecer a procedência do pedido nas hipóteses elencadas nos arts. 18 e 19 da Lei n. 10.522/2002.

No caso da controvérsia objeto do presente incidente, relativamente à extinção da execução fiscal pelo reconhecimento de prescrição intercorrente nos termos do art. 40 da Lei nº 6.830/80 LEF, tendo a matéria sido pacificada pelo STJ no julgamento do REsp 1.340.553-RS, em julgamento proferido na sistemática dos recursos repetitivos, e considerando o teor do Ato Declaratório da PGFN nº 1, de 22 de março de 2011, originado a partir do Parecer PGFN/CRJ nº 202/2011, que dispensa a PFN de contestar e recorrer nesta hipótese, caso o Procurador da Fazenda Nacional tenha reconhecido expressamente a procedência da alegação, não há que se falar em condenação em honorários advocatícios contra a União Federal.

Neste sentido posicionou-se a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, no julgamento do REsp 1.850.404/SC:

> TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIIVL. AGRAVO INTERNO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. EXTINÇÃO DO FEITO. RECONHECIMENTO PELA FAZENDA. CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS DESCABIDA. ATUAL REDAÇÃO DO ART. 19, § 1º, DA LEI 10.522/2002. SÚMULA 83/STJ. REEXAME PROBATÓRIO VEDADO. SÚMULA 7/STJ. 1. Conforme consignado anteriormente, não houve ofensa aos arts. 489, 1.013 e 1.022 do CPC/2015, pois o Tribunal de origem fundamentadamente afastou a condenação da recorrida em honorários em razão do princípio da causalidade e das peculiaridades do caso concreto (fls. 562-564, e-STJ). 2. A sentença foi exarada quando já estava em vigor a norma do art. 19, § 1º, da Lei 10.522/2002, com a redação dada pela Lei 12.844/2013. O Tribunal *a quo* consignou no acórdão que, na exceção de pré-executividade, "a União prontamente reconheceu a consumação da prescrição", ademais "não existem notícias de que o Fisco tenha oferecido qualquer resistência, inclusive na via extrajudicial" (fl. 563, e-STJ). 3. "Com o advento da Lei n. 12.844/2013, prevalece o entendimento de que 'a Fazenda Nacional é isenta da condenação em honorários de sucumbência nos casos em que, citada para apresentar resposta, inclusive em embargos à execução fiscal e em exceções de pré-executividade, reconhecer a procedência do pedido nas hipóteses dos arts. 18 e 19 da Lei n. 10.522/2002.'" (AgInt no AgInt no AREsp 886.145/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe em 25/5/2016). 4. Tal fundamento é suficiente, por si só, para manter o acórdão intacto, sendo despicienda a averiguação das demais teses. 5. Rever a premissa processual em que se apoiou a Corte regional é inviável ante a Súmula 7/STJ. 6. Agravo Interno não provido. (AgInt no REsp 1850404/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/10/2020, DJe 12/11/2020).

Outros julgados de Ministros integrantes da 1º e 2º Turmas do STJ seguem a mesma direção: (REsp 1.915.981/SP, Ministro GURGEL DE FARIA, 11/03/2021); (AREsp n. 1.760.305, Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, 11/02/2021); (AREsp 1.757.642, Ministro SÉRGIO KUKINA, 04/02/2021), *bem como os seguintes precedentes do TRF3*: (ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL, 0004175-27.2019.4.03.9999, Rel. Desembargador Federal OTAVIO PEIXOTO JUNIOR, julgado em 24/04/2020, Intimação via sistema DATA: 14/06/2020); (TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 0000297-17.2010.4.03.6182, Rel. Desembargador Federal NERY DA COSTA JUNIOR, julgado em 02/02/2021, Intimação via sistema DATA: 03/02/2021); (TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000278-39.2020.4.03.6128, Rel. Desembargador Federal DENISE APARECIDA AVELAR, julgado em 04/12/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 09/12/2020).

Penso que, diante da clareza do texto legal (*in claris cessat interpretatio*), negar tal orientação legislativa por decisão judicial representaria mais que recusar sua vigência ou apenas relativizá-la, mas uma patente violação à tripartição de poderes e às competências constitucionais definidas a cada um dos Poderes da República, sustentáculos do regime de Estado Democrático de Direito.

À vista do exposto, *acolho o incidente* e, para os efeitos dos artigos 984 e 985 do Código de Processo Civil, fixo a seguinte tese jurídica: "*Não cabe condenação de honorários advocatícios contra a União Federal nos casos de acolhimento de exceção de pré-executividade, sem que haja objeção da exequente, reconhecendo a prescrição intercorrente em execução fiscal, com fulcro no art. 40, § 4º , da Lei nº 6.830/80.*"

Passo ao exame do caso-piloto, conforme previsto no parágrafo único do art. 978 do CPC: "(...) o órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente."

Sobre a necessidade de processo em trâmite perante a Corte e o julgamento do feito primitivo, o abalizado escólio de Daniel Amorim Assumpção Neves:

> Apesar de não estar previsto como requisito de admissibilidade do IRDR, já se discute, na doutrina, a necessidade de haver ao menos um processo em trâmite no tribunal, seja em grau recursal ou em razão do reexame necessário, para que se admita a instauração do incidente processual ora analisado.
> [...]
> Prefiro a corrente doutrinária que defende a necessidade de ao menos um processo em trâmite no tribunal, justamente o processo no qual deverá ser instaurado o IRDR. Esse requisito não escrito decorre da opção do legislador de prever, no art. 978, parágrafo único, do novo CPC, a competência do mesmo órgão para fixar a tese jurídica, decidindo o IRDR, e julgar o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente ("Novo Código de Processo Civil comentado", Juspodium, 2016, p. 1595)

Pois bem.

Trata-se de recurso de apelação interposto pela UNIÃO FEDERAL, nos autos de execução fiscal movida em face de DERECK IMP. E EXP. LTDA, em face de sentença proferida pela 9ª Vara Federal de Execuções Fiscais de São Paulo, que acolheu exceção de pré-executividade da executada e reconheceu a prescrição intercorrente da pretensão executória, condenando a Fazenda Pública ao pagamento de honorários sucumbenciais fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, com base no art. 85, §3º, inciso I, do Código de Processo Civil.

Em suas razões, insurge-se contra a condenação em honorários com considerações acerca da responsabilidade da parte executada em dar causa ao ajuizamento da execução fiscal, por não honrar com o pagamento dos débitos tributários devidamente inscritos em dívida ativa nem garantir a execução fiscal. Sustentou não haver motivo para condená-la ao pagamento de honorários de sucumbência, de acordo com o princípio da causalidade, tendo o devedor dado causa à instauração do processo.

Alegou, ainda, que há base legal para afastar a condenação da Fazenda Nacional ao pagamento de honorários sucumbenciais, em razão do disposto no art. 19, §1º, inciso I, da Lei n. 10.522/02, após redação dada pela Lei n. 12.844/2013. Logo, subsidiariamente, caso não afastada a condenação da exequente ao pagamento de honorários com base no princípio da causalidade, requer que seja pela aplicação da isenção prevista no referido artigo.

Apresentadas as contrarrazões de apelação. Decido.

A Fazenda Nacional moveu execução fiscal fundada em Certidão de Dívida Ativa compreendendo os elementos exigidos no art. 2º, §§5º e 6º, da Lei 6.830/1980 (LEF) e no art. 202 do CTN, para a cobrança de dívida tributária relativa a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL e consectários legais.

O feito ficou paralisado na forma do art. 40 da Lei 6.830/1980 por período superior ao prazo prescricional em razão da não localização da parte executada em seu domicílio fiscal, o que motivou, após a oposição de exceção de pré-executividade da parte executada, a extinção da execução pelo reconhecimento de prescrição intercorrente, nos termos do art. 487, inciso II, do CPC.

Consoante a tese apresentada no presente IRDR, a conduta antijurídica adotada pela executada/excipiente de deixar de cumprir oportunamente com sua obrigação tributária deu razão à judicialização da cobrança do débito fiscal, cujas premissas que autorizavam sua inscrição em dívida ativa não foram infirmadas pela prescrição intercorrente da execução, não havendo que se falar, com base no princípio da causalidade, na possibilidade de condenação da Fazenda Pública exequente/excepto ao pagamento de honorários advocatícios.

Cumpre ressaltar que não pode ser ignorado o obstáculo criado pela executada à sua regular citação e ao prosseguimento da execução, a partir do momento em que não foi encontrada exercendo sua atividade no seu domicílio fiscal (id. 45561067 – págs. 9 e 10), situação não devidamente comunicada aos órgãos competentes, violando o dever do contribuinte de informar à Administração Tributária qualquer alteração de seus dados jurídicos e econômicos, e que conduz à presunção iuris tantum de que houve dissolução irregular da empresa, segundo o enunciado da Súmula 435/STJ.

Portanto, de acordo com o princípio da causalidade, considerando que a pretensão executiva foi devidamente exercida com amparo jurídico por fato imputável à executada, os encargos de sucumbência não devem ser suportados pela União Federal.

Por fim, tendo a matéria relativa à extinção da execução fiscal pelo reconhecimento de prescrição intercorrente nos termos do art. 40 da Lei nº 6.830/80 LEF sido pacificada pelo STJ no julgamento do REsp 1.340.553-RS, em julgamento proferido na sistemática dos recursos repetitivos, e considerando o teor do Ato Declaratório da PGFN nº 1, de 22 de março de 2011, originado a partir do Parecer PGFN/CRJ nº 202/2011, que dispensa a PFN de contestar e recorrer nesta hipótese, incide a regra de isenção prevista no art. 19, §1º, I, da Lei n. 10.522/02, uma vez que intimado para responder à exceção de pré-executividade apresentada pela executada, a Procuradoria da Fazenda não se opôs ao reconhecimento da prescrição intercorrente (id. 45561067 – págs. 31 a 33).

Deste modo, estando a r. sentença em desacordo com o entendimento firmado no presente IRDR, deve ser dado provimento ao recurso de apelação da União Federal para reformar parcialmente a sentença e afastar a condenação em honorários contra a parte exequente.

Dispositivo:

Diante do exposto, julgo *procedente* o presente Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e *dou provimento* ao apelo da União, nos termos da fundamentação supra.

É como voto.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
5000273-21.2019.4.03.6138

Apelante: CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMOVEIS DA 2ª REGIÃO
Apelado: DIMAS TADEU MARQUES RIBEIRO
Relator Originário: DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS
Relator para o Acórdão: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 11/10/2021

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO PROFSSIONAL. DESPESAS COM CITAÇÃO DA PARTE CONTRÁRIA. INTIMAÇÃO ELETRÔNICA. EFEITOS DE INTIMAÇÃO PESSOAL. APELAÇÃO DESPROVIDA.
1. Cuida-se de execução fiscal ajuizada pelo Conselho Regional de Corretores de Imóveis do Estado De São Paulo – CRECI 2ª Região, com o objetivo de cobrar as anuidades dos exercícios de 2014, 2015, 2016 e 2017.
2. Uma vez determinando o recolhimento das custas de distribuição e diligências do Oficial de Justiça, para expedição da carta precatória de citação do executado, o exequente quedou-se inerte, não obstante advertido de que, decorrido o prazo sem a comprovação do recolhimento, o processo seria extinto por falta de promoção da citação, nos termos do artigo 321, § único, ou abandono, nos termos do artigo 485, III, ambos do Código de Processo Civil.
3. Sobrevinda sentença terminativa, insurge-se o recorrente alegando que a intimação eletrônica de que trata a Lei nº 11.491/06 não afasta o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de repetitivo, tema 580, no sentido de que em execução fiscal ajuizada por Conselho de Fiscalização Profissional, o seu representante judicial possui a prerrogativa de ser pessoalmente intimado.
4. Equivoca-se o apelante ao alegar que subsiste a necessidade de intimação pessoal por Oficial de Justiça. No Recurso Especial nº 1.330.473/SP, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos, o e. Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima registrou a existência da obrigatoriedade para a hipótese do art. 4º da Lei nº 11.419/06, e não do art. 5º.
5. O art. 4º da Lei nº 11.419/06 prevê a criação dos diários de justiça eletrônicos pelos Tribunais, que substituem outros meios de divulgação para todos os efeitos legais. Trata-se da publicação eletrônica, em que se considera data de publicação o primeiro dia útil ao da disponibilização da publicação no Diário de Justiça Eletrônico (§ 3º), iniciando-se os prazos processuais no primeiro dia útil seguinte ao determinado como sendo o da data da publicação (§ 4º). Já o art. 5º da Lei nº 11.419/06 diz respeito às intimações feitas por meio eletrônico em portal próprio aos advogados cadastrados. Os usuários previamente cadastrados no sistema disponibilizado pelo Poder Judiciário recebem a intimação por meio eletrônico, dispensando-se a publicação no órgão oficial, considerando-se esta como pessoal para todos os efeitos legais (§ 6º). Neste caso, reputa-se realizada a intimação na data da consulta pelo intimando de seu teor, devidamente certificada nos autos (§ 1º), sendo postergada ao primeiro dia útil subsequente, no caso da consulta efetivar-se em dia não útil (§ 2º).

6. No caso em apreço, verifica-se que o Conselho apelante encontra-se cadastrado no sistema PJE como parceiro para expedição eletrônica, nos termos do art. 5º. Consta no menu "expediente" do PJE de 1º grau que a intimação do apelante não ocorreu por meio do Diário Oficial, mas por Expedição Eletrônica, com ciência registrada em 12/12/2019. Nesse contexto, tenho que os requisitos legais das comunicações eletrônicas foram observados, razão pela qual não vislumbro qualquer equívoco na intimação do apelante.
7. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, Prosseguindo o julgamento, a Turma, por maioria, negou provimento à apelação, nos termos do voto do Des. Fed. ANTONIO CEDENHO, vencidos o Relator e o Des. Fed. CARLOS MUTA, que lhes davam provimento. Lavrará o acórdão o Des. Fed. ANTONIO CEDENHO., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator para o Acórdão

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposta pelo Conselho Regional de Corretores de Imóveis da 2ª Região, contra a sentença proferida na execução fiscal, ajuizada em face de Dimas Tadeu Marques Ribeiro.

O MM. Juiz de primeiro grau julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, IV, do Código de Processo Civil, pelo fato de o exequente ter deixado de recolher custas processuais, após ser regularmente intimada.

Irresignado, o apelante aduz, em síntese, que não foi observado o disposto no art. 25 da Lei 6830/80. Assim, por não ter sido intimado das decisões proferidas no processo, a sentença deve ser desconstituída.

Sem contrarrazões, os autos vieram a este Tribunal.

É o relatório.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Nelton dos Santos (Relator): Trata-se de execução fiscal ajuizada pelo Conselho Regional de Corretores de Imóveis da 2ª Região, para cobrança de anuidades previstas para os exercícios de 2014, 2015, 2016 e 2017 (ID de nº 149667520, páginas 01-04).

O MM. Juiz de primeiro grau determinou que o exequente comprovasse o recolhimento do valor relativo à carta registrada com aviso de recebimento (AR) (despacho de ID de nº 149667526, página 01).

O Conselho exequente efetuou o recolhimento das custas e juntou aos autos (ID de nº 149667529, página 01 e ID de nº 149667530, página 01).

Após, houve a tentativa de citação do executado, que restou infrutífera (ID de nº 149668682, página 01).

Em seguida, o exequente foi intimado para que, no prazo de 15 (quinze) dias, comprovasse nos autos, o recolhimento das custas de distribuição e diligências do oficial de justiça, para expedição da carta precatória de citação/intimação/penhora da parte executada (ID de nº 149668684, página 01-02).

Diante da ausência de manifestação do exequente, o MM. Juiz de primeiro grau julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, IV, do Código de Processo Civil (ID de nº 149668686, páginas 01-02).

A sentença deve ser reformada.

O C. Superior Tribunal de Justiça, em julgamento realizado pelo regime do art. 543-C do CPC, entendeu que em execução fiscal ajuizada pelos Conselhos de Classe, seu representante legal possui a prerrogativa de ser intimado pessoalmente dos atos decisórios praticados nos autos. Veja-se:

> "ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (ART. 543-C DO CPC). EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. INTIMAÇÃO PESSOAL . ART. 25 DA LEI 6.830/80. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.
> 1. Em execução fiscal ajuizada por conselho de Fiscalização Profissional, seu representante judicial possui a prerrogativa de ser pessoalmente intimado, conforme disposto no art. 25 da Lei 6.830/80.
> 2. Recurso especial conhecido e provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 8/08."
> (STJ, Primeira Seção, Resp de nº 1330473, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, data da decisão: 12/06/2013, Dje de 02/08/2013).

Também neste sentido, já decidiu este Tribunal. Vejam-se:

> "PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EXTINÇÃO. INDEFERIMENTO DA INICIAL, ANTE AO NÃO RECOLHIMENTO DE CUSTAS. CONSELHO - ENTIDADE FISCALIZADORA DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PESSOAL, NOS TERMOS DO ART. 25 DA LEI Nº 6.830/80.
> 1. Hipótese em que a exeqüente foi intimada, por intermédio de publicação no Diário Oficial, para recolher as custas iniciais da execução fiscal, sob pena de indeferimento da inicial.
> 2. Nos termos do art. 4º, § único, da Lei nº 9.289/96, as entidades fiscalizadoras do exercício profissional não gozam do privilégio da isenção de custas. Todavia, cumpre ponderar que, como autarquias, não estão excluídas do conceito de Fazenda Pública. Permanece, portanto, o direito à intimação pessoal, nos termos do art. 25 da Lei nº 6.830/80, eis que se trata de entidade com personalidade jurídica de direito público, como, alías, decidido pelo Colendo STF, na ADI nº 1.717-DF.
> 3. Precedentes do TRF da 2ª Região e do TRF da 4ª Região. 4. Apelação provida."
> (TRF-3, Terceira Turma, AC 1180836 - 0007817-93.2005.4.03.6120, rel. Des. Fed. CECÍLIA MARCONDES, Data da Decisão: 10/10/2007, DJU de 31/10/2007, pág. 394).

> "PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - CONSELHO S DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL - RITO DA L.E.F. - POSSIBILIDADE - INTIMAÇÃO PESSOAL OU VIA A.R. - NATUREZA PÚBLICA DO CONSELHO.
> 1. O artigo 58 da Lei nº 9.649/98, por conferir natureza privada aos serviços de fiscalização profissional, foi declarado inconstitucional pelo C. STF em 07/11/2002 no julgamento da ADIn nº 1.717-6/DF (Rel. Min. Sidney Sanches).

2. O rito da Lei de Execuções Fiscais é adequado às execuções fiscais ajuizadas pelo CRF em razão de sua natureza pública. Súmula nº 66 do C. STJ.
3. As intimações do CRF deverão ser realizadas pessoalmente, ou via carta com aviso de recebimento (A.R.) em cidades onde não haja procurador autárquico ali residente, em virtude da prerrogativa legal do conselho -exequente.
4. Deverá prosseguir a execução fiscal mediante a anulação da sentença e a baixa dos autos ao juízo do 1º grau, uma vez que a inicial do presente feito é regular."
(TRF-3, Sexta Turma, AC 683064, rel. Des. Fed. MAIRAN MAIA, Data da Decisão: 08/02/2009, e- DJF3 de 26/10/2009, pág. 518).

In casu, não houve a intimação pessoalmente ou via carta com aviso de recebimento (em cidades onde não haja procurador autárquico ali residente) do Conselho exequente sobre a determinação de recolhimento das custas de distribuição e diligências do oficial de justiça, para expedição da carta precatória de citação/intimação/penhora da parte executada (ID de nº 149668684, página 01-02), devendo o processo prosseguir a partir da prática do referido ato.

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso de apelação, para desconstituir a sentença e determinar o prosseguimento da execução fiscal, nos termos da fundamentação supra.

É como voto.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

VOTO

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO:

Cuida-se de execução fiscal ajuizada em 20/03/2019 pelo CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMÓVEIS DO ESTADO DE SÃO PAULO – CRECI 2ª REGIÃO, com o objetivo de cobrar as anuidades dos exercícios de 2014, 2015, 2016 e 2017.

Distribuída a ação, o juiz *a quo* determinou que o exequente, no prazo de 15 (quinze) dias e sob pena de extinção do processo, comprovasse o recolhimento do valor relativo à carta registrada com aviso de recebimento.

Intimado via sistema eletrônico, o Conselho exequente procedeu à juntada da GRU, comprovando o recolhimento.

Frustrada a tentativa de citação via correio, a Secretaria do Juízo expediu ato ordinatório, determinando o recolhimento das custas de distribuição e diligências do Oficial de Justiça, para expedição da carta precatória de citação do executado. Conforme referido ato (ID 149668684), o exequente foi advertido de que, decorrido o prazo sem a comprovação do recolhimento, o processo seria extinto por falta de promoção da citação, nos termos do artigo 321, § único, ou abandono, nos termos do artigo 485, III, ambos do Código de Processo Civil.

Em 07 de fevereiro de 2020, sobreveio sentença de extinção do processo, nos termos art. 485, IV, do Código de Processo Civil, ao fundamento de que "o feito não reúne condições de regular processamento, diante da ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo" (ID 149668686).

Inconformado, apelou o exequente, alegando que a intimação eletrônica de que trata a Lei nº 11.491/06 não afasta o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de repetitivo, tema 580, no sentido de que em execução fiscal ajuizada por Conselho de Fiscalização Profissional, o seu representante judicial possui a prerrogativa de ser pessoalmente

intimado. Pugna pela anulação da sentença para que o apelante seja "intimado pessoalmente ou através de carga para o recolhimento da referida guia de custa" (ID 149668689).

Com a devida vênia, tenho por ocorrida a intimação pessoal do apelante.

Com efeito, nos termos da Lei nº 11.419/2006, que trata da informatização do processo judicial, as intimações eletrônicas em portal próprio aos que se cadastrarem no PJE serão consideradas pessoais para todos os efeitos legais. É o que estabelece o artigo 5º:

> Art. 5º As intimações serão feitas por meio eletrônico em portal próprio aos que se cadastrarem na forma do art. 2º desta Lei, dispensando-se a publicação no órgão oficial, inclusive eletrônico.
> § 1º Considerar-se-á realizada a intimação no dia em que o intimando efetivar a consulta eletrônica ao teor da intimação, certificando-se nos autos a sua realização.
> § 2º Na hipótese do § 1º deste artigo, nos casos em que a consulta se dê em dia não útil, a intimação será considerada como realizada no primeiro dia útil seguinte.
> § 3º A consulta referida nos §§ 1º e 2º deste artigo deverá ser feita em até 10 (dez) dias corridos contados da data do envio da intimação, sob pena de considerar-se a intimação automaticamente realizada na data do término desse prazo.
> § 4º Em caráter informativo, poderá ser efetivada remessa de correspondência eletrônica, comunicando o envio da intimação e a abertura automática do prazo processual nos termos do § 3º deste artigo, aos que manifestarem interesse por esse serviço.
> § 5º Nos casos urgentes em que a intimação feita na forma deste artigo possa causar prejuízo a quaisquer das partes ou nos casos em que for evidenciada qualquer tentativa de burla ao sistema, o ato processual deverá ser realizado por outro meio que atinja a sua finalidade, conforme determinado pelo juiz.
> *§ 6º As intimações feitas na forma deste artigo, inclusive da Fazenda Pública, serão consideradas pessoais para todos os efeitos legais.*

Equivoca-se o apelante ao alegar que subsiste a necessidade de intimação pessoal por Oficial de Justiça.

No Recurso Especial nº 1.330.473/SP, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos, o e. Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima registrou a existência da obrigatoriedade para a hipótese do art. 4º da Lei nº 11.419/2006, e não do art. 5º.

Há que se proceder à interpretação sistemática da lei acima mencionada.

O artigo 4º prevê a criação dos diários de justiça eletrônicos pelos tribunais, que substituem outros meios de divulgação para todos os efeitos legais. Trata-se da publicação eletrônica, em que se considera data de publicação o primeiro dia útil ao da disponibilização da publicação no Diário de Justiça Eletrônico (§ 3º), iniciando-se os prazos processuais no primeiro dia útil seguinte ao determinado como sendo o da data da publicação (§ 4º).

Já o artigo 5º diz respeito às intimações feitas por meio eletrônico em portal próprio aos advogados cadastrados. Os usuários previamente cadastrados no sistema disponibilizado pelo Poder Judiciário recebem a intimação por meio eletrônico, dispensando-se a publicação no órgão oficial, considerando-se esta como pessoal para todos os efeitos legais (§ 6º). Neste caso, reputa-se realizada a intimação na data da consulta pelo intimando de seu teor, devidamente certificada nos autos (§ 1º), sendo postergada ao primeiro dia útil subsequente, no caso da consulta efetivar-se em dia não útil (§ 2º).

Ou seja, são dois tipos de intimação, com diferentes contagens de prazo, reguladas pelos artigos 4º e 5º da Lei nº 11.419/06, sendo o primeiro desses artigos voltado à publicação por

meio do Diário Oficial eletrônico, e o segundo, voltado à intimação em portal próprio, nos endereços eletrônicos fornecidos pelas próprias partes.

No caso em apreço, verifica-se que o Conselho apelante encontra-se cadastrado no sistema PJE como parceiro para expedição eletrônica, nos termos do art. 5º.

Consta no menu "expediente" do PJE de 1º grau que a intimação do apelante não ocorreu por meio do Diário Oficial, mas por Expedição Eletrônica, com ciência registrada em 12/12/2019.

Nesse contexto, tenho que os requisitos legais das comunicações eletrônicas foram observados, razão pela qual não vislumbro qualquer equívoco na intimação do apelante.

Como os valores relativos à diligência do oficial de justiça corresponde à despesa processual não compreendida no montante das custas e despesas de ingresso previstas no momento da distribuição, sua falta de recolhimento caracteriza omissão da parte autora em adotar providências efetivas para dar andamento ao feito, que autoriza o julgamento de extinção do processo, sem apreciação do mérito, com base no artigo 485, III, do CPC, após a intimação pessoal estabelecida em seu parágrafo primeiro, a qual, diga-se, foi realizada na espécie.

Ante o exposto, peço vênia para divergir do e. Relator a fim de NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO.

É o voto.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator para o Acórdão

APELAÇÃO CÍVEL
5000746-82.2019.4.03.6113

Apelantes: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, JOVACELI INDÚSTRIA DE CALÇADOS E ARTEFATOS DE COURO LTDA.
Apelados: OS MESMOS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS FRANCISCO
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 01/11/2021

EMENTA

PROCESSO CIVIL. EXTENSÃO DO JUÍZO DE RETRATAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE A RECEITA BRUTA. E.STF, TEMA 1048. TESE FIRMADA EM SISTEMA DE PRECEDENTES. UNIFICAÇÃO DO DIREITO.
- Decorrente do sistema de precedentes adotado pela ordem constitucional e pela legislação processual civil, o juízo de retratação tem a extensão da divergência constatada entre o julgamento proferido pelas instâncias recursais ordinárias e as teses definidas pelas instâncias competentes. Por esse motivo, e em favor da unidade do direito e da pacificação dos litígios e da otimização da prestação jurisdicional, o novo julgamento deve se ater ao objeto dessa divergência (incluídos os aspectos dela obrigatoriamente derivados ou inevitavelmente conexos), respeitados os mandamentos constitucionais e legais do processo.
- No caso dos autos, no âmbito de recurso extraordinário interposto pela União Federal, os autos foram devolvidos a esta Turma pela Vice-Presidência desta E. Corte Federal, para verificação da pertinência de se proceder a um juízo positivo de retratação tendo em vista o julgamento, pelo E.STF, do RE nº 1.187.264/SP, fixando a tese de que *"É constitucional a inclusão do Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS na base de cálculo da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta – CPRB."* (Tema 1048). É imperativo que a decisão recorrida seja ajustada, em favor da unificação do direito e da celeridade processual.
- Apelação da União Federal provida. Apelo da parte-autora prejudicado. Juízo de retratação positivo.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Segunda Turma decidiu, por unanimidade, em juízo positivo de retratação, dar provimento à apelação da União Federal, julgando prejudicado o apelo da parte-autora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal CARLOS FRANCISCO - Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS FRANCISCO (RELATOR): Trata-se de apelações interpostas pela parte-autora e pela União Federal contra sentença que, nos

autos de ação declaratória c/c repetição de indébito, julgou procedente o pedido para determinar a exclusão do ICMS da base de cálculo da contribuição previdenciária sobre a receita bruta- CPRB, bem como autorizou a recuperação dos valores indevidamente pagos, "nos termos do art. 26-A da Lei nº 11.457/2007 (introduzido pela Lei 13.670/18) e da Instrução Normativa RFB n. 1.717/17, com as alterações da Instrução Normativa RFB 1.810/18", observada a prescrição quinquenal.

A C. Segunda Turma desta Corte negou provimento aos recursos, tendo a União oposto embargos de declaração que foram desprovidos.

Interpostos recursos especial e extraordinário pela União Federal, com apresentação de contrarrazões pela parte-autora.

Antes de apreciar a admissibilidade dos recursos, a Vice-Presidência determinou a devolução dos autos à Turma Julgadora, para verificação da pertinência de se proceder a um juízo positivo de retratação na espécie, tendo em vista o julgamento do RE nº 1.187.264/SP - Tema 1048, decidido sob a sistemática de repercussão geral da matéria.

É o breve relatório. Passo a decidir.

Desembargador Federal CARLOS FRANCISCO - Relator

VOTO

O EXMO. SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS FRANCISCO (RELATOR): Decorrente do sistema de precedentes adotado pela ordem constitucional e pela legislação processual civil, o juízo de retratação tem a extensão da divergência constatada entre o julgamento proferido pelas instâncias recursais ordinárias e as teses definidas pelas instâncias competentes. Por esse motivo, e em favor da unidade do direito e da pacificação dos litígios e da otimização da prestação jurisdicional, o novo julgamento deve se ater ao objeto dessa divergência (incluídos os aspectos dela obrigatoriamente derivados ou inevitavelmente conexos), respeitados os mandamentos constitucionais e legais do processo.

No caso dos autos, no âmbito de recurso extraordinário interposto pela União Federal, a Vice-Presidência deste E.TRF devolveu os autos a esta Turma para verificação da pertinência de se proceder a um juízo positivo de retratação, tendo em vista o julgamento do RE nº 1.187.264/SP - Tema 1048, decidido sob a sistemática de repercussão geral da matéria.

Nesse julgamento, o E.STF assim decidiu:

> "EMENTA. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE A RECEITA BRUTA. POSSIBILIDADE. DESPROVIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.
> 1. A Emenda Constitucional 42/2003 inaugurando nova ordem previdenciária, ao inserir o parágrafo 13 ao artigo 195 da Constituição da República, permitiu a instituição de contribuição previdenciária substitutiva daquela incidente sobre a folha de salários e pagamentos.
> 3. Diante da autorização constitucional, foi editada a Lei 12.546/2011 (objeto de conversão da Medida Provisória 540/2011), instituindo contribuição substitutiva (CPRB), com o escopo de desonerar a folha de salários/pagamentos e reduzir a carga tributária. Quando de sua instituição, era obrigatória às empresas listadas nos artigos 7º e 8º da Lei 12.546/2011; todavia, após alterações promovidas pela Lei 13.161/2015, o novo regime passou a ser facultativo.
> 4. As empresas listadas nos artigos 7º e 8º da Lei 12.546/2011 têm a faculdade de aderir ao novo sistema, caso concluam que a sistemática da CPRB é, no seu contexto, mais benéfica do que a contribuição sobre a folha de pagamentos.

> 5. Impossibilidade da empresa optar pelo novo regime de contribuição por livre vontade e, ao mesmo tempo, se beneficiar de regras que não lhe sejam aplicáveis.
> 5. Impossibilidade de a empresa aderir ao novo regime, abatendo do cálculo da CPRB o ICMS sobre ela incidente, pois ampliaria demasiadamente o benefício fiscal, pautado em amplo debate de políticas públicas tributárias, em grave violação ao artigo 155, § 6º, da CF/1988, que determina a edição de lei específica para tratar sobre redução de base de cálculo de tributo.
> 6. Recurso Extraordinário a que se nega provimento. Tema 1.048, fixada a seguinte tese de repercussão geral: "É constitucional a inclusão do Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS na base de cálculo da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta - CPRB".
> (RE 1187264, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2021, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-096 DIVULG 19-05-2021 PUBLIC 20-05-2021)

Nesse referido RE nº 1.187.264/SP, o E.STF firmou a seguinte Tese no Tema 1048: "É constitucional a inclusão do Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS na base de cálculo da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta - CPRB".

É imperativo que a decisão recorrida seja ajustada, em favor da unificação do direito e da celeridade processual.

Ante o exposto, voto pela realização de juízo positivo de retratação, para dar provimento à apelação da União Federal a reconhecer devida a inclusão do ICMS na base de cálculo da CPRB, julgando prejudicado o apelo da parte-autora.

Devolvam-se à Vice-Presidência, para as providências cabíveis.

Considerando a modificação do julgamento em relação à inclusão do ICMS na base de cálculo da CPRB, configurada a sucumbência da parte-autora, nos termos do art. 85 do CPC, condeno-a ao pagamento da verba honorária, fixada mediante aplicação do percentual mínimo das faixas previstas sobre o montante atribuído à causa (correspondente ao proveito econômico tratado nos autos). Custas e demais ônus processuais têm os mesmos parâmetros.

É o voto.

Desembargador Federal CARLOS FRANCISCO - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO
5003444-67.2019.4.03.0000

Agravante: VEDIC HINDUS INDÚSTRIA COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO EIRELI
Agravado: INMETRO - INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 19/10/2021

EMENTA

AGRAVO INTERNO. NEGATIVA DE SEGUIMENTO. ART. 1.030, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. JULGADO EM CONSONÂNCIA COM ENTENDIMENTOS FIRMADOS EM SEDE DE RECURSOS REPETITIVOS. TEMAS 104, 212 E 636 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AGRAVO IMPROVIDO.
1. No julgamento do REsp 1.104.900/ES (tema 104), consolidou-se o entendimento de que a exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória. O acórdão impugnado não destoa desse entendimento.
2. Por ocasião do julgamento do REsp 1.125.627/PE – Tema 212, foi firmada Tese no sentido de que a extinção das ações de pequeno valor é faculdade da Administração Federal, vedada a atuação judicial de ofício.
3. O Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o REsp 1.343.591/MA – Tema 636, igualmente sob a sistemática dos recursos repetitivos, assentou o entendimento de que o disposto no art. 20 da Lei n. 10.522/2002 não se aplica às execuções de créditos das autarquias federais cobrados pela Procuradoria-Geral Federal. Essa é a hipótese dos autos, que trata de execução fiscal relativa a crédito de ente autárquico.
4. A agravante não traz nenhum fundamento novo capaz de alterar o entendimento firmado.
5. Agravo interno não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, O Órgão Especial, por unanimidade, decidiu negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto da Desembargadora Federal Vice-Presidente CONSUELO YOSHIDA (Relatora). Votaram os Desembargadores Federais SOUZA RIBEIRO, WILSON ZAUHY, MARISA SANTOS, PAULO DOMINGUES, INÊS VIRGÍNIA, VALDECI DOS SANTOS, ANDRÉ NEKATSCHALOW (convocado para compor quórum), ANTONIO CEDENHO (convocado para compor quórum), DALDICE SANTANA (convocada para compor quórum), DIVA MALERBI, BAPTISTA PEREIRA, ANDRÉ NABARRETE, NEWTON DE LUCCA, PEIXOTO JÚNIOR, THEREZINHA CAZERTA e HÉLIO NOGUEIRA. Ausentes, justificadamente, os Desembargadores Federais MARLI FERREIRA, NERY JÚNIOR e NINO TOLDO., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno interposto pelo contribuinte contra decisão desta Vice-Presidência que negou seguimento ao recurso especial quanto à matéria objeto de recursos repetitivos (Temas 104, 212 e 636) e não o admitiu com relação às demais questões.

A parte recorrente alega, em síntese: (i) quanto ao Tema 104: "Evidente que é vedada a dilação probatória em exceção de pré-executividade, porém de acordo com as razões recursais, nota-se que o objetivo da agravante, no caso em tela, não é ver analisadas as provas e os fatos apresentados, e sim ver analisadas matérias estritamente de direito"; (ii) com relação aos Temas 212 e 636: a) trouxe "jurisprudência no sentido de que o Magistrado, *ex ofício*, pode determinar o arquivamento da ação cujo débito é abaixo do patamar mínimo fixado pelos artigos 1º-A e 1º-B da Lei 9.469/97"; b) "estando claro que o agravado é carecedor de ação, verifica-se que a execução fiscal de origem não deve prosseguir, devendo ser arquivada".

É o relatório.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

VOTO

O agravo interno não merece prosperar.

Insurge-se a agravante contra decisão que negou seguimento ao recurso especial quanto à matéria objeto de recursos repetitivos (Temas 104, 212 e 636) e não o admitiu com relação às demais questões.

O acórdão da turma julgadora, contra o qual a ora agravante interpôs recurso excepcional, está assim ementado:

> AGRAVO INTERNO. ARTIGO 1.021 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. MATÉRIA QUE DEMANDA DILAÇÃO PROBATÓRIA. INADMISSIBILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO.
> 1. Por intermédio da exceção de pré-executividade pode a parte vir a juízo arguir nulidade sem que necessite utilizar-se dos embargos à execução, uma vez que se trata de vício fundamental que priva o processo de toda e qualquer eficácia, além de ser matéria cuja cognição deve ser efetuada de ofício pelo Juiz.
> 2. Sustenta a agravante que o valor da multa foi fixado acima do patamar mínimo sem a devida fundamentação, disso decorrendo a nulidade do título executivo por incerteza e liquidez.
> 3. Atender-se o pleito da parte agravada nos moldes em que colocado importa em transformar o Poder Judiciário em legislador positivo, ampliando indevidamente o âmbito de uma providência que não passa de uma criação jurisprudencial, visto que a exceção de pré-executividade não é prevista em lei. Essa é a posição sumulada do Superior Tribunal de Justiça (Súmula 393, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/09/2009, DJe 07/10/2009).
> 4. No que diz respeito ao descabimento da propositura de execuções fiscais para cobrança de dívida inferior a R$ 10.000,00 em razão do art. 1º da Lei 9.469 /97 , a questão já se encontra pacificada pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.125.627/PE, 1ª Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 28.10.09, DJ 06.11.09), nos seguintes termos: essa norma simplesmente confere uma faculdade à Administração, não se podendo extrair de seu comando normativo a virtualidade de extinguir a obrigação, nem de autorizar o juiz a, sem o consentimento do credor, indeferir a demanda executória.
> 5. Agravo interno não provido.

Como mencionado na decisão desta Vice-Presidência que negou seguimento ao referido recurso especial, no julgamento do *REsp 1.104.900/ES* (*tema 104*), consolidou-se o entendimento de que "a exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória".

Restou consignado, assim, que há precedente repetitivo acerca das hipóteses de cabimento da exceção de pré-executividade.

O acórdão impugnado, por sua vez, assinalou que "Atender-se o pleito da parte agravada nos moldes em que colocado importa em transformar o Poder Judiciário em legislador positivo, ampliando indevidamente o âmbito de uma providência que não passa de uma criação jurisprudencial, visto que a exceção de pré-executividade não é prevista em lei".

A conclusão em apreço está em sintonia com a matéria decidida pelo STJ no Tema 104, de modo que deve ser mantida a negativa de seguimento ao recurso excepcional quanto a esse tópico.

No mais, conforme consignado na decisão agravada, por ocasião do julgamento do *REsp 1.125.627/PE – Tema 212*, alçado como representativo de controvérsia, foi firmada Tese no sentido de que "A extinção das ações de pequeno valor é faculdade da Administração Federal, *vedada a atuação judicial de ofício*" (destaque nosso).

Esta Vice-Presidência destacou também que o Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o *REsp 1.343.591/MA – Tema 636*, igualmente sob a sistemática dos recursos repetitivos, assentou o entendimento de que "O disposto no art. 20 da Lei n. 10.522/2002 não se aplica às execuções de créditos das autarquias federais cobrados pela Procuradoria-Geral Federal".

Essa é a hipótese dos autos, que trata de execução fiscal relativa a crédito de ente autárquico (Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia – INMETRO).

Resolvida a questão em julgamento efetuado sob a sistemática dos recursos repetitivos, cumpre à Vice-Presidência negar seguimento ao recurso excepcional se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do tribunal superior exarada no regime de julgamento de recursos repetitivos, a exemplo do que ocorre no caso concreto.

Por conseguinte, deve ser mantida a negativa de seguimento ao recurso especial.

A parte agravante não traz nenhum fundamento novo capaz de alterar o entendimento firmado.

Ressalte-se, ainda, não ser admitida a rediscussão dos termos do acórdão paradigma, devendo o Presidente ou o Vice-Presidente do Tribunal de origem verificar tão somente a adequação entre o julgado recorrido e o acórdão representativo de controvérsia, *isso porque foi opção do legislador dar a máxima efetividade à sistemática dos recursos repetitivos, atribuindo, aos Tribunais estaduais e regionais, em caráter exclusivo e definitivo, a competência para proferir juízo de adequação do caso concreto ao precedente abstrato formado no recurso paradigma* (Pet 011999, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data da Publicação 27/06/2017).

Em face do exposto, *nego provimento* ao agravo interno.

É como voto.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

AGRAVO DE INSTRUMENTO
5003096-15.2020.4.03.0000

Agravante: BRENDAU DA SILVA
Agravado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 22/10/2021

EMENTA

AGRAVO INTERNO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. JUROS DE MORA. COISA JULGADA.
I- O C. Supremo Tribunal Federal, em 14/4/21, ao analisar o pedido de *Suspensão Nacional do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas-SIRDR nº 14* (que versa sobre a incidência da Súmula Vinculante nº 17 a precatórios expedidos antes de sua edição), fez constar da decisão: "(...) não há como se considerar eventual determinação pela incidência de juros até a data do pagamento constante do título judicial executado como óbice à incidência da Súmula Vinculante 17, na medida em que *a jurisprudência deste Supremo Tribunal tem se pacificado no sentido de que 'juros e correção monetária não estão abarcados pela coisa julgada',* de modo que a condenação ao pagamento de juros moratórios, firmada em sentença transitada em julgado, não impede a incidência da jurisprudência da Corte sobre a matéria."
II- A taxa de juros deve incidir de acordo com a remuneração das cadernetas de poupança (art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09), conforme determinado na Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 870.947 (*Tema 810*) e no Recurso Especial Repetitivo nº 1.492.221 (*Tema 905*).
III- Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Oitava Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA (RELATOR): Trata-se de agravo interno interposto contra a decisão monocrática que negou provimento ao agravo de instrumento interposto contra a decisão proferida pelo Juízo Federal da 1ª Vara de Americana/SP que, nos autos do processo nº 5000856-52.2018.4.03.6134, "*determinou para fins de cálculo dos juros de mora a aplicação da Lei 11.960/2009*". (ID 123788339).

Agravou Brendau da Silva, alegando em breve síntese:

- a violação da coisa julgada no tocante aos juros de mora, já que o título executivo judicial previu, expressamente, a sua incidência à taxa de 1% ao mês.

Requer seja reconsiderado o R. *decisum*.

É o breve relatório.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA (RELATOR): Inicialmente, observo que o próprio C. Supremo Tribunal Federal, em 14/4/21, ao analisar o pedido de Suspensão Nacional do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas-SIRDR nº 14 (que versa sobre a incidência da Súmula Vinculante nº 17 a precatórios expedidos antes de sua edição), fez constar da decisão: "(...) *não há como se considerar eventual determinação pela incidência de juros até a data do pagamento constante do título judicial executado como óbice à incidência da Súmula Vinculante 17, na medida em que a jurisprudência deste Supremo Tribunal tem se pacificado no sentido de que* 'juros e correção monetária não estão abarcados pela coisa julgada'*, de modo que a condenação ao pagamento de juros moratórios, firmada em sentença transitada em julgado, não impede a incidência da jurisprudência da Corte sobre a matéria*."

Nesse mesmo sentido posicionou-se o C. Superior Tribunal de Justiça, conforme julgamento proferido no Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.497.616/RS, Relator Ministro Benedito Gonçalves, 1ª Turma, j. em 3/5/21, DJe 5/5/2021: "(...) *consoante jurisprudência do STJ, 'os juros de mora e a correção monetária são obrigações de trato sucessivo, que se renovam mês a mês, devendo, portanto, ser aplicadas no mês de regência a legislação vigente. Por essa razão, fixou-se o entendimento de que a lei nova superveniente que altera o regime dos juros moratórios deve ser aplicada imediatamente a todos os processos, abarcando inclusive aqueles em que já houve o trânsito em julgado e estejam em fase de execução. Não há, pois, nesses casos, que falar em violação da coisa julgada.' (EDcl no AgRg no REsp 1.210.516/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 25/9/2015).*"

Dessa forma, a taxa de juros deve incidir de acordo com a remuneração das cadernetas de poupança (art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09), conforme determinado na Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 870.947 (Tema 810) e no Recurso Especial Repetitivo nº 1.492.221 (Tema 905).

Tendo em vista que, no agravo, não foi apresentado nenhum fundamento apto a alterar a decisão impugnada, forçoso manter-se o posicionamento adotado.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

É o meu voto.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL
5009360-48.2020.4.03.0000

Suscitante: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 9ª VARA FEDERAL PREVIDENCIÁRIA
Suscitada: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 13ª VARA FEDERAL CÍVEL
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARISA SANTOS
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 07/10/2021

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA ENTRE VARA PREVIDENCIÁRIA E VARA CÍVEL. AÇÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. POLO PASSIVO. SEGURADO E SERVIDORA PÚBLICA FEDERAL. ALEGAÇÃO DE CONDUTA ILÍCITA DE SERVIDORA RESPONSÁVEL PELA CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS. AFASTAMENTO DA SÚMULA N. 37 DO TRF3. COMPETÊNCIA DA VARA CÍVEL.

I. Ação de ressarcimento ao erário ajuizada pelo INSS contra segurado já falecido e servidora pública federal responsável pela concessão de benefício previdenciário.

II. Inexiste dúvida quando a ação é proposta apenas em face do segurado/beneficiário. Cabe à vara previdenciária processar e julgar as ações de ressarcimento de benefício pago indevidamente. Precedentes da 3ª Seção. No caso, contudo, o INSS ajuizou ação contra servidora pública, objetivando sua condenação solidária no ressarcimento de valores.

III. A situação narrada não se amolda às hipóteses abrangidas pela Súmula n. 37 desta Corte - *Compete à 3ª Seção julgar as ações referentes à devolução dos valores recebidos indevidamente a título de benefício previdenciário, independentemente do tipo de ação proposta* -, que pressupõe o ajuizamento de ação contra aquele que *efetivamente recebeu benefício*, seja como segurado ou dependente.

IV. As alegações contra a conduta ilícita da ré, que teria concedido benefícios mediante fraude, devem ser analisadas pelo juízo cível, sendo que eventuais recursos estariam no âmbito da competência da 2ª Seção (direito público). Precedentes desta Corte.

V. Conflito negativo de competência julgado procedente, a fim de declarar competente o juízo federal da 13ª Vara Cível de São Paulo/SP.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, O Órgão Especial, por unanimidade, julgou procedente este conflito negativo de competência, a fim de declarar competente o juízo federal da 13ª Vara Cível de São Paulo/SP.nos termos do voto da Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora). Votaram os Desembargadores Federais NINO TOLDO, PAULO DOMINGUES, INÊS VIRGÍNIA, ANDRÉ NEKATSCHALOW (convocado para compor quórum), GILBERTO JORDAN (convocado para compor quórum), DIVA MALERBI, BAPTISTA PEREIRA, MARLI FERREIRA, NEWTON DE LUCCA, PEIXOTO JÚNIOR, THEREZINHA CAZERTA, NERY JÚNIOR, HÉLIO NOGUEIRA, CONSUELO YOSHIDA, SOUZA

RIBEIRO e WILSON ZAUHY. Ausentes os Desembargadores Federais ANDRÉ NABARRETE e VALDECI DOS SANTOS., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

RELATÓRIO

A Desembargadora Federal MARISA SANTOS (RELATORA):

Conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo da 9ª Vara Federal Previdenciária de São Paulo/SP em face do Juízo da 13ª Vara Federal Cível de São Paulo/SP, nos autos de n. 5015915-30.2018.4.03.6183.

O juízo suscitado, em decisão declinatória de competência, diz tratar-se de ação de procedimento comum, por meio da qual o INSS objetiva a condenação do réu ao ressarcimento de benefício indevidamente recebido, matéria de direito previdenciário, a atrair a competência da 3ª Seção, conforme Súmula n. 37 desta Corte.

O juízo suscitante sustenta que o caso comporta particularidades, a saber: (i) o INSS ingressou com a ação contra o beneficiário da aposentadoria, porém também incluiu no polo passivo Rosana Soares Vicente, que teria realizado diversas concessões fraudulentas de benefícios previdenciários no exercício de suas funções como servidora da autarquia, dentre as quais o concedido ao corréu Ângelo Francisco de Assis; (ii) no caso da corré, o substrato do pedido não diz respeito à devolução dos valores recebidos, mas sim a ressarcimento por dano ao erário, em decorrência de violação do dever funcional; (iii) será necessário comprovar a prática do fato típico denominado "*ato de improbidade administrativa*", competindo às varas federais cíveis processar e julgar esse tipo de ação; (iv) conforme consulta processual ao sistema PJe, Rosana Soares Vicente é ré na ação por improbidade administrativa n. 0019360-41.2014.403.6100, movida pelo INSS, e que tramita perante a 22ª Vara Federal Cível de São Paulo; (v) em caso de cumulação de ação de ressarcimento ao erário com ação civil de improbidade administrativa, o rito processual que deve prevalecer é o do último tipo de ação, devido à sua especialidade, o que reafirma a natureza administrativa da matéria a ser analisada nos autos; (vi) o beneficiário Ângelo Francisco de Assis faleceu em 15/01/2013, data anterior ao ajuizamento da ação, sendo que o INSS já havia noticiado o óbito antes da citação por edital, não tendo informado eventual administrador do espólio, o que indica que a ação não prosseguirá para esse corréu.

O conflito de competência foi distribuído à Relatoria da Desembargadora Federal Therezinha Cazerta, no âmbito da 3ª Seção. Sua Excelência determinou a redistribuição ao Órgão Especial, nos termos de precedentes desta Corte, por se tratar de conflito entre unidades judiciárias especializadas (ID 131057141).

Redistribuído à minha relatoria, designei o juízo suscitante para resolver, em caráter provisório, eventuais medidas urgentes, nos termos do art. 955, *caput*, parte final, do CPC (ID 132153923).

Considerando as informações dos autos, foi dispensada a oitiva do suscitado.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela procedência do conflito de competência (ID 133032232).

É o relatório.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

VOTO

A Desembargadora Federal MARISA SANTOS (RELATORA):

Conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo da 9ª Vara Federal Previdenciária de São Paulo/SP em face do Juízo da 13ª Vara Federal Cível de São Paulo/SP, nos autos de n. 5015915-30.2018.4.03.6183.

Ao argumento da necessidade de uniformização dos julgados, foi firmada a competência do Órgão Especial para dirimir conflitos envolvendo juízos federais, suscitados com fundamento na natureza da relação jurídica em litígio, desde que haja Seções especializadas nesta Corte (CC 00256309220074030000, Des. Fed. Baptista Pereira, TRF3 - Órgão Especial, DJU de 30/08/2007).

É o caso dos autos.

Firmada a competência, penso que assiste razão ao suscitante.

O INSS ajuizou ação de ressarcimento ao erário contra Ângelo Francisco de Assis, segurado, e Rosana Soares Vicente, então servidora pública federal.

Após tentativas infrutíferas de citação de ambos, o autor veio informar o óbito do Sr. Ângelo e a inexistência de inventário (ID 11204118 – autos originários). Diz que realizará diligências para "*localizar eventual administrador provisório do espólio*", o que não se concretizou até o momento.

Em contestação, a Defensoria Pública Federal, nomeada como curadora especial dos réus, requer a extinção do feito em relação a Ângelo Francisco de Assis, em virtude de seu falecimento. Quanto à corré, defende a ocorrência de prescrição da pretensão ressarcitória e, no mérito, a inexigibilidade de devolução de verbas de caráter alimentar.

Pois bem.

Não se ignora que cabe à vara previdenciária processar e julgar as ações de ressarcimento de benefício pago indevidamente. Nesse sentido, há dezenas de precedentes da 3ª Seção desta Corte, em julgamento recursal: (AC 5000015-88.2016.4.03.6114, Rel. Des. Fed. Carlos Delgado, 7ª Turma; AC 5010348-39.2019.4.03.6100, Rel. Des. Fed. David Dantas, 8ª Turma; AC 0041622-30.2011.4.03.9999, Rel. Des. Fed. Gilberto Jordan, 9ª Turma; AC 0008645-94.2015.4.03.6102, Rel. Juíza Federal Convocada Giselle França, 10ª Turma).

Inexiste dúvida quando a ação é proposta apenas em face do segurado/beneficiário. No caso, contudo, o INSS ajuizou ação contra servidora pública, objetivando sua condenação solidária no ressarcimento de valores.

Quer me parecer que a situação narrada não se amolda às hipóteses abrangidas pela Súmula n. 37 desta Corte - *Compete à 3ª Seção julgar as ações referentes à devolução dos valores recebidos indevidamente a título de benefício previdenciário, independentemente do tipo de ação proposta* -, que pressupõe o ajuizamento de ação contra aquele que *efetivamente recebeu benefício*, seja como segurado ou dependente.

As alegações contra a conduta ilícita da ré, que teria concedido benefícios mediante fraude, devem ser analisadas pelo juízo cível, sendo que eventuais recursos estariam no âmbito da competência da 2ª Seção (direito público). Nesse sentido:

> AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: T.S.S.C., servidora pública federal junto ao INSS, expediu certidão de tempo de serviço com inserção de vínculos empregatícios fictícios em favor de E.H.F., servidora pública federal junto à Receita Federal do Brasil, que utilizou o documento para obtenção de aposentaria voluntária, causando aos cofres

públicos prejuízo de R$ 305.417,05, entre 18/4/1997 a 5/2/2004. PEDIDO DE SUSPENSÃO PROCESSUAL AFASTADO: inexistência de identidade de pedido e de causa de pedir com as ações ordinárias ajuizadas por E.H.F. contra o INSS e a UNIÃO FEDERAL, objetivando a reintegração ao cargo público que ocupava e indenização por danos matérias e morais decorrentes da sua demissão. PRESCRIÇÃO NÃO CONSUMADA: os fatos tratados nesses autos também são objeto de ação penal onde as corrés foram denunciadas como incursas no artigo 171, §3º, do Código Penal, motivo pelo qual foi aplicado o disposto nos artigos 23, II, da Lei nº 8.429/92 e 142, §2º, da Lei nº 8.112/90, aferindo-se que o lapso prescricional dessa ação civil pública não está consumado. Ademais, a pretensão de ressarcimento ao erário é imprescritível, conforme exposto no artigo 37, §5º, da Constituição Federal (STJ - REsp 1630958/SP, DJe 27/09/2017; REsp 1314597/SP, DJe 09/11/2016). INOCORRÊNCIA DE OFENSA À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO: a existência de processo administrativo disciplinar e, nessa esteira, de questionamentos atinentes a sua instauração ou ao seu trâmite, não afeta o processamento da ação civil pública, haja vista a independência das esferas administrativa e judicial (STJ - AgRg no REsp 1502179/PE, DJe 19/12/2016). Também não configura cerceamento de defesa o indeferimento do pedido de prova reputado impreciso pelo Juízo *a quo*. Compete ao magistrado avaliar a necessidade e conveniência das provas requeridas para a formação da sua convicção (STJ - AgInt nos EDcl nos EDcl no REsp 1677316/SP, DJe 14/12/2017; AgInt no AREsp 1044194/SP, DJe 27/10/2017). DOSIMETRIA DAS PENAS: as sanções previstas na Lei nº 8.429/92 não são necessariamente cumulativas e o critério de aplicação deve ser pautado nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Mantidas as penas de suspensão dos direitos políticos e de multa civil impostas na sentença, pela adequação à natureza e às consequências dos atos ímprobos praticados. RESSARCIMENTO DO DANO: as escusas fornecidas por E.H.F. não justificam o desfalque provocado aos cofres públicos, dolosamente. Em juízo, a apelante confirmou que tinha ciência das inverdades contidas na certidão de tempo de serviço e mesmo assim utilizou o documento para obter a aposentadoria. CONDENAÇÃO SOLIDÁRIA: acatado o pedido ministerial de condenação solidária de T.S.S.C. ao ressarcimento integral do dano, pois a expedição da certidão de tempo de serviço com informações falsas foi essencial para a consecução da improbidade administrativa.
(Apelação Cível 0011836-12.2008.4.03.6000. Relator: Desembargador Federal Johonsom Di Salvo, Sexta Turma, e-DJF3 Judicial 1 de 04/04/2018)

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE. APELAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO DO AGRAVO RETIDO. SERVIDORA DO INSS. IRREGULARIDADES NA CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS. DANO MORAL. RECURSO DESPROVIDO.
- Nos termos do artigo 523 do Código de Processo Civil de 1973, vigente à época da interposição do agravo retido, caberia à agravante requerer seu conhecimento nas razões da apelação ou na sua resposta, o que não ocorreu no caso.
- A ação civil pública encontra-se embasada nos resultados da apuração realizada nos autos do processo administrativo nº 35366.000561/2006-48, instaurado pela Corregedoria Regional do INSS em São Paulo, que culminou com a demissão da ré apelante que, nos termos expostos na exordial, "omitiu propositalmente informações referentes aos registros civis nos documentos do CADPF, mesmo com a apresentação de certidões de casamento pelos requerentes e deixava de pesquisar os sistemas informativos a fim verificar a real situação destes e dos respectivos cônjuges,- de forma a não detectar o recebimento de benefícios do INSS é nem a existência de benefícios já requeridos e indeferidos, anteriormente, pelos interessados". Nada tem a ver com o outro procedimento administrativo disciplinar, igualmente instaurado pelo INSS contra a apelante, cujos autos tomaram o nº 35664.000867/2009-82 e que culminou em sua absolvição.
- Os autos revelam haver prova robusta das condutas ímprobas perpetradas pela apelante contra a autarquia previdenciária, tudo orquestrado de maneira a obter vantagens ilícitas

em proveito próprio, com destaque para o recebimento de três pagamentos mensais no valor recebido pelos segurados por ela "atendidos".
- Os atos ímprobos perpetrados pela apelante certamente geraram abalo no nível de confiabilidade institucional do INSS como órgão apto a gerenciar os recursos públicos da previdência social, situação que vem sendo interpretada pelas Cortes como dano moral a ser reparado pelo agente causador do dano. Diante de um cenário que notoriamente vem colocando em xeque, perante a sociedade civil, a probidade institucional de importantes órgãos governamentais, é de rigor que o valor do dano moral tenha um caráter efetivamente educativo e, sobretudo, desestimulador da prática de novos atos semelhantes.
- Agravo retido não conhecido e apelação desprovida.
(Apelação Cível 0003614-69.2010.4.03.6102 Relator: Juiz Federal Convocado Marcelo Guerra, 4ª Turma, intimação via sistema em 21/02/2020)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA APURAÇÃO DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. LITISPENDÊNCIA: INEXISTÊNCIA. RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. PRESCRIÇÃO. CONTAGEM INDIVIDUAL. PRAZO PREVISTO PARA A APURAÇÃO DO CRIME. AGRAVO DESPROVIDO. AGRAVO INTERNO PREJUDICADO.
1. A ação civil pública (Lei Federal nº. 7.347/85), a ação popular (Lei Federal nº. 4.717/65) e ação civil pública destinada a apurar ato de improbidade administrativa (Lei Federal nº. 8.429/92) compõem o microssistema processual coletivo. Nesse quadro, é viável a aplicação subsidiária da Lei Federal nº. 7.347/85. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.
2. Na petição inicial, o INSS fez referência ao prévio ajuizamento de ação civil pública pelo Ministério Público Federal. O objeto das ações civis públicas é distinto. Ademais, o INSS pretende a consideração de outros fundamentos de fato, em decorrência da conclusão do processo administrativo. A matéria deverá ser analisada pelo Juízo de origem, sob o contraditório.
3. Em atos de improbidade administrativa, a contagem da prescrição deve ser realizada de forma individual, com relação aos agentes públicos. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.
4. A prescrição para ajuizamento da ação de improbidade observará o prazo penal independentemente da efetiva persecução penal. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.
5. No caso concreto, a petição inicial descreve a concessão indevida de benefícios previdenciários. Nos termos do artigo 109, inciso III, do Código Penal, a eventual prática de estelionato previdenciário está sujeito ao prazo prescricional de doze anos.
6. A agravante foi "destituída de seu cargo de confiança de Gerente da Agência da Previdência Social de Orlândia em 01.04.2010". A ação civil pública foi ajuizada em 15 de agosto de 2014. Não ocorreu prescrição.
7. No caso concreto e no atual momento processual, as teses defensivas não autorizam a extinção do processo.
8. A petição inicial da ação de improbidade expõe os fatos de forma minuciosa e específica. A análise da matéria defensiva deverá ocorrer ao longo da instrução processual, com a produção de provas que permita o esclarecimento dos fatos.
9. Agravo de instrumento a que se nega provimento. Agravo interno prejudicado.
(Agravo de instrumento 5022727-76.2019.4.03.0000, Relator: Desembargador Federal Toru Yamamoto, 6ª Turma, intimação via sistema em 23/03/2021).

DIREITO ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE. INSERÇÃO DE DADOS NO SISTEMA DO INSS. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO INDEVIDO. ASUÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO CABAL DA FRAUDE. ATO INFRACIONAL APURADO NA ESFERA ADMINISTRATIVA. PENALIDADE DE DEMISSÃO. REMESSA NECESSÁRIO E APELO IMPROVIDO.
01. O cerne da controvérsia versa sobre a aferição da prática de ato de improbidade administrativa, pelo demandado, inserta no art. 11, I da Lei nº 8.429/92, em razão de suposta violações

dos deveres e proibições impostas aos servidores públicos, perpetradas em razão da habilitação e da concessão de benefício previdenciário, sem a observância de procedimentos legais.
02. Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça, órgão encarregado da interpretação da legislação infraconstitucional, definiu que apenas os atos de improbidade administrativa que causam danos ao erário (art. 10 da Lei nº 8.429/92) podem ser sancionados a título de dolo ou culpa, sendo os demais atos de improbidade sancionados somente se comprovada a má-fé do agente, ou seja, a atuação dolosa. Além disso, no que tange à caracterização do ato ímprobo, por ofensa a princípios da Administração Pública, a jurisprudência do STJ tem se firmado pela exigência da demonstração, apenas, do dolo genérico, sendo dispensável a demonstração da ocorrência de dano para a Administração Pública ou o enriquecimento ilícito.
03. No presente caso, as condutas descritas na inicial se pautaram em atos negligenciais praticados pelo recorrido, então servidor do INSS na data dos fatos, não evidenciada a conduta dolosa ou a má-fé do agente, tal como pleiteia o apelante.
04. Em relação à alegação de inserção de vínculo empregatício fictício, com amparo em dados constantes de uma CTPS rasurada, cumpre mencionar que a aludida carteira de trabalho não foi objeto de juntada (cópia) nos presentes autos, impossibilitando a este juízo a aferição da veracidade das alegações recursais, notadamente diante da necessidade de realização de perícia técnica sobre a materialidade e autoria da suposta fraude no lançamento das informações no sistema previdenciário.
05. Ainda, não consta nos autos cópia do requerimento do benefício pleiteado pelo segurado Francisco Magalhães Filho, emitido pelo PRISMA, a fim de se averiguar que o réu habilitou o benefício de aposentadoria, sem a presença do segurado ou procurador ou que deixou de exigir a apresentação do instrumento de procuração para a concessão da benesse.
06. De se verificar que a produção de provas testemunhais não restou exaurida na esfera administrativa, na medida em que o segurado, então beneficiário da suposta fraude, deixou de comparecer à audiência para prestar depoimento, nos autos do aludido processo administrativo, mesmo tendo sido intimado
07. Diante das circunstâncias objetivas em apreço, considerando a ausência de provas periciais e testemunhais que possibilitassem o cotejo entre os elementos de prova colhidos nas vias administrativa e judicial, não é possível afirmar a prática de conduta dolosa por parte do recorrido, apta a configurar ato de improbidade administrativa que atente contra os princípios da administração pública e notadamente, que vise fim proibido em lei ou regulamento ou tenha por objetivo favorecer terceiro em detrimento do erário.
08. A despeito da condenação do ex-servidor Ailton Issamu Arimura à pena de demissão no julgamento do PAD nº 35664.000763/2009-78, e a fundamentação da autoridade administrativa ter adjetivado a conduta do recorrido como dolosa, os elementos dos autos não se mostram suficientes para qualificar referida conduta, já que a descrição dos atos perpetrados pelo acusado sugere conduta culposa derivada de atos negligenciais na condução e execução do serviço público, que mais se assemelham a atos infracionais, já solucionados na via administrativa.
09. Sentença mantida. Sem condenação em honorários advocatícios.
10. Remessa Oficial e Apelação improvidas.
(Apelação Cível 0000756-27.2017.4.03.6100, Relator: Desembargador Federal Nery Júnior, 3ª Turma, DJEN de 04/08/2021)

Descabe tecer considerações sobre o acerto (ou desacerto) do autor ao nomear as partes que, a seu ver, deveriam figurar no polo passivo. Fato é que propôs a demanda contra o segurado (já falecido) e a servidora pública federal responsável pela concessão do benefício.

Assim, nesse processo que ainda está no final da fase postulatória, com a vinda da contestação – sem alegação de ilegitimidade passiva da corré -, cabe ao magistrado da vara cível dar prosseguimento ao feito.

Destaco, por fim, excerto do parecer do Ministério Público Federal (ID 133032232):

> "(...) versando o feito sobre restituição de valores recebidos indevidamente a título de aposentadoria por tempo de contribuição (ação de ressarcimento ao erário), pela constatação de irregularidades na concessão do benefício, inclusive com a participação de uma terceira pessoa, no caso a corré Rosana Soares Vicente, é evidente a natureza não previdenciária da lide."

Diante do exposto, *julgo procedente* este conflito negativo de competência, a fim de declarar competente o juízo federal da 13ª Vara Cível de São Paulo/SP.

É o voto.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

AGRAVO EM MANDADO DE SEGURANÇA CÍVEL
5017909-47.2020.4.03.0000

Agravante: IDEALMICRO COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE PRODUTOS E SERVIÇOS DE INFORMÁTICA LTDA - ME
Agravada: R. DECISÃO (ID 151200758)
Impetrante: IDEALMICRO COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE PRODUTOS E SERVIÇOS DE INFORMÁTICA LTDA - ME
Impetrados: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 3ª REGIÃO, DESEMBARGADOR FEDERAL PRESIDENTE DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 04/10/2021

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. JUSTIÇA GRATUITA. PESSOA JURÍDICA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS. CUSTAS INICIAIS. AUSÊNCIA. CANCELAMENTO DA DISTRIBUIÇÃO.
Segundo entendimento das Cortes Superiores, será concedido o benefício da gratuidade processual às pessoas jurídicas com fins lucrativos, em casos excepcionalíssimos, desde que as mesmas comprovem por meio de documentos a carência de recursos financeiros, capaz de lhe impossibilitar o recolhimento das custas. Esse entendimento restou cristalizado na Súmula nº 481 do STJ: "Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais".
In casu, não há elementos probatórios autorizadores do alcance à parte agravante do benefício previsto na Lei nº 1.060/50, considerando que os dados presentes na ação levam a crer que a situação econômico-financeira da empresa possibilita o pagamento das custas processuais sem prejuízo de suas atividades.
A simples inatividade da empresa inativa não significa, necessariamente, impossibilidade de pagamento de custas processuais, da mesma forma que não a isenta de outras taxas, uma vez que a gratuidade de justiça pressupõe a ausência de numerário para bancar as despesas processuais, o que não é consequência da ausência de atividade. Desta forma, mesmo inativa, podem ter restado bens em montante suficiente para arcar com eventuais custos processuais.
Nesse contexto, devidamente intimada a recolher as custas iniciais a partir do indeferimento do pedido de gratuidade de justiça, e deixando a agravante de comprovar o devido pagamento, impõe-se o cancelamento da distribuição do feito.
Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, O Órgão Especial, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, para o fim de manter a r. decisão monocrática, nos termos do voto da Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora). Votaram os Desembargadores Federais NEWTON DE LUCCA, PEIXOTO JÚNIOR, THERE-

ZINHA CAZERTA, NERY JÚNIOR, HÉLIO NOGUEIRA, CONSUELO YOSHIDA (Presidente em exercício), SOUZA RIBEIRO, WILSON ZAUHY, MARISA SANTOS, NINO TOLDO, PAULO DOMINGUES, INÊS VIRGÍNIA, ANDRÉ NEKATSCHALOW (convocado para compor quórum), GILBERTO JORDAN (convocado para compor quórum), DIVA MALERBI e BAPTISTA PEREIRA. Impedido o Desembargador Federal MAIRAN MAIA (Presidente). Ausentes os Desembargadores Federais ANDRÉ NABARRETE e VALDECI DOS SANTOS., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

RELATÓRIO

A Excelentíssima Senhora Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora):

Trata-se de agravo interno interposto por IDEALMICRO COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE PRODUTOS E SERVIÇOS DE INFORMÁTICA LTDA – ME da r. decisão id 151200758 que indeferiu a inicial por ausência de recolhimento das custas iniciais após o indeferimento do pedido de gratuidade de justiça.

Alega a agravante que a documentação acostada aos autos comprova, à saciedade, que faz jus ao deferimento do pedido de justiça gratuita.

Esclarece que juntou à inicial declaração de faturamento atualizada, além de outros documentos extraídos da Receita Federal demonstrativos da impossibilidade de arcar com as despesas do processo.

Pede, portanto, o provimento do agravo interno para que lhe seja deferida a gratuidade de justiça e, em decorrência, o regular prosseguimento do feito.

É o relatório.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

VOTO

A Excelentíssima Senhora Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora):

In casu, ao contrário do que afirma a agravante, não restou demonstrada a sua incapacidade financeira para fins de deferimento do pedido de justiça gratuita.

Relativamente às pessoas jurídicas, o e. Superior Tribunal de Justiça, na linha de precedentes do STF, pacificou entendimento no julgamento do EREsp. 1.185.828/RS de Relatoria do Ministro CESAR ASFOR ROCHA, DJU 9.6.2011, segundo o qual as pessoas jurídicas podem ser beneficiárias da justiça gratuita de que trata a Lei nº 1.060/50, desde que comprovem a impossibilidade de pagamento dos encargos do processo, sem comprometer a sua existência.

A orientação restou cristalizada na Súmula 481 daquele Sodalício:

> "Súmula 481 - Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais".

No caso concreto, a agravante não logrou comprovar mediante documentação hábil, a impossibilidade de arcar com os encargos processuais, sobretudo porque se trata de documentos confeccionados unilateralmente e, como tais destituídos de força probatória plena, cuja veracidade depende da confirmação de outros elementos de prova.

Outrossim, observa-se do documento acostado no id 136003245 – p.1, expedido pela Receita Federal em 09/01/2016, e portanto dotado de fé pública, que consta como situação cadastral da agravante a condição de "INAPTA", circunstância distinta da condição de "INATIVA", nos termos da Instrução Normativa da RFB vigente à época da expedição do documento e atualmente regulamentada pela IN 1.863 RFB, de 27/12/2018.

A simples inatividade da empresa inativa não significa, necessariamente, impossibilidade de pagamento de custas processuais, da mesma forma que não a isenta de outras taxas, uma vez que a gratuidade de justiça pressupõe a ausência de numerário para bancar as despesas processuais, o que não é consequência da ausência de atividade. Desta forma, mesmo inativa, podem ter restado bens em montante suficiente para arcar com eventuais custos processuais.

De fato. O entendimento jurisprudencial sedimentado acerca da matéria é no sentido de que, quando o benefício for postulado por pessoa jurídica com fins lucrativos, deve-se analisar a receita bruta, a existência de bens, número de funcionários, as dívidas e outras informações que indiquem a capacidade financeira da sociedade empresária.

Isso porque o critério para concessão da justiça gratuita para pessoas jurídicas deve ser mais rigoroso do que aquele feito para pessoa física, dada a presunção de maior potencial financeiro.

Não há, portanto, elementos probatórios autorizadores do alcance à parte agravante do benefício previsto na Lei nº 1.060/50, considerando que os dados presentes nesta ação levam a crer que a situação econômico-financeira da empresa possibilita o pagamento das custas processuais, calculada à base de 1% (um por cento) do valor da causa, atribuído pela agravante em 1.800 UFIRs.

Nesse sentido, já decidiu esta Egrégia Seção, em acórdãos de minha relatoria, *verbis*:

> "PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. JUSTIÇA GRATUITA. PESSOA JURÍDICA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS. DEPÓSITO PRÉVIO. DIFERIMENTO. IMPOSSIBILIDADE.
> Segundo entendimento das Cortes Superiores, será concedido o benefício da gratuidade processual às pessoas jurídicas com fins lucrativos, em casos excepcionalíssimos, desde que as mesmas comprovem por meio de documentos a carência de recursos financeiros, capaz de lhe impossibilitar o recolhimento das custas.
> *In casu*, não há elementos probatórios autorizadores do alcance à parte agravante do benefício previsto na Lei nº 1.060/50, considerando que os dados presentes na ação levam a crer que a situação econômico-financeira da empresa possibilita o pagamento das custas processuais sem prejuízo de suas atividades.
> O depósito exigido no artigo 968, II do CPC é condição de procedibilidade da ação rescisória, cuja ausência impõe o indeferimento da inicial, razão pela qual não pode ser postergado para o final da ação.
> Agravo improvido."
> (AR nº 5001617-26.2016.4.03.0000, Rel. Desemb. Fed. MARLI FERREIRA, DJF3 14/12/2017)

> "PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. JUSTIÇA GRATUITA. PESSOA JURÍDICA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS. AGRAVO IMPROVIDO.
> Segundo entendimento das Cortes Superiores, será concedido o benefício da gratuidade processual às pessoas jurídicas com fins lucrativos, em casos excepcionalíssimos, desde que as mesmas comprovem por meio de documentos a carência de recursos financeiros, capaz de lhe impossibilitar o recolhimento das custas.

> *In casu*, não há elementos probatórios autorizadores do alcance à parte agravante do benefício previsto na Lei nº 1.060/50, considerando que os dados presentes na ação levam a crer que a situação econômico-financeira da empresa possibilita o pagamento do depósito prévio de 5% (cinco por cento) do valor da causa, sem prejuízo de suas atividades.
> Agravo regimental improvido."
> (AR 0022364-87.2013.4.03.0000, DJF3 22/10/2013)

> "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO RESCISÓRIA. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. PESSOA JURÍDICA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS. AGRAVO IMPROVIDO.
> A pessoa jurídica necessita comprovar a insuficiência de recursos financeiros para fazer jus ao benefício da assistência judiciária gratuita. Precedentes.
> *In casu*, a autora não comprovou, de maneira inequívoca, situação de precariedade financeira que comprometa o desempenho das atividades empresariais.
> A documentação acostada aos autos, partes da declaração do Imposto de Renda (ano-calendário 2009) e os balancetes dos anos de 2008 a 2010, além de consubstanciarem informação unilateral, são insuficientes para comprovar a situação fática alegada pela autora, que poderia ser melhor demonstrada mediante a apresentação de cópia do resumo da declaração de Imposto de Renda, livros contábeis registrados na Junta Comercial, ou ainda extratos bancários da empresa. Os protestos não são documentos bastantes para apontar a situação financeira da empresa, pois indicam apenas inadimplemento das obrigações na data do vencimento. Não foi apresentada prova da existência de execuções relativas aos títulos. As execuções fiscais, a seu turno, demonstram tão somente que a empresa não pagava tributos.
> Agravo regimental improvido."
> (AR nº 2010.03.00.037089-0/SP, DJe de 15.09.2011)

Assim, não há fundamento para o deferimento do benefício, o que não viola o art.5º, incisos XXXV e LXXIV, da Constituição Federal ou os arts.4º e 5º da Lei 1.060/50, pois as normas legais devem ser interpretadas no sentido de se alcançar seu objetivo.

Nesse contexto, devidamente intimada a recolher as custas iniciais a partir do indeferimento do pedido de gratuidade de justiça, e deixando a agravante de comprovar o devido pagamento, impõe-se o cancelamento da distribuição do feito.

Efetivamente tendo a agravante quedado inerte, ou seja, tendo deixado de efetuar o recolhimento das custas inerentes à ação mandamental pretendida, restou inobservado requisito objetivo de que depende o regular processamento do feito, impondo-se a extinção do processo sem resolução do mérito, tal como decidido na decisão que ora se agrava.

Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente do STJ:

> "RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. GRATUIDADE DA JUSTIÇA. INDEFERIMENTO. NÃO COMPROVAÇÃO DA HIPOSSUFICIÊNCIA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. DESERÇÃO.
> 1. Não se afigura possível a mudança de entendimento do julgado proferido pelo Tribunal *a quo*, que extinguiu, sem o julgamento do mérito, o mandado de segurança impetrado, em face da ausência do recolhimento das custas judiciais (deserção).
> 2. Na hipótese, os recorrentes não demonstraram ser merecedores do benefício da gratuidade da justiça, uma vez que ausente qualquer prova nos autos da hipossuficiência. Outrossim, mesmo intimados a efetuarem o pagamento das custas necessárias à impetração do mandado de segurança, deixaram escoar o prazo para o seu recolhimento, restando, pois, evidente a inobservância de 'requisito objetivo de que depende o regular processamento do feito' (fl. 32).

3. Recurso desprovido."
(RMS 13.563/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, DJ 02/05/2005, p. 378)

Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno, para o fim de manter a r. decisão monocrática.

É como voto.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

AGRAVO EM AÇÃO RESCISÓRIA
5034017-54.2020.4.03.0000

Agravado: ZAQUEU SILVA
Agravada: R. DECISÃO (ID 158515785)
Autor: ZAQUEU SILVA
Réu: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO MARCELO GUERRA MARTINS
Disponibilização do Acórdão: DJEN 08/11/2021

EMENTA

PROCESSO CIVIL - AÇÃO RESCISÓRIA CONTRA ATO JUDICIAL PROFERIDO NO ÂMBITO DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL - INCOMPETÊNCIA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL.
1- No caso concreto, foi determinada, tão-somente, a redistribuição no âmbito das Turmas Recursais. Não ocorreu a extinção da ação, de forma que não cabe sustentação oral pelo interessado a teor do artigo 937, § 3º, do Código de Processo Civil.
2- A decisão determinou a redistribuição da ação rescisória com fundamento na incompetência desta C. Corte Regional. Não tratou do cabimento da ação rescisória no âmbito do Juizado nem proferiu qualquer juízo interpretativo quanto ao artigo 59 da Lei Federal nº. 9.099/95. Nesse ponto, portanto, as razões recursais estão dissociadas da decisão agravada e não podem ser conhecidas.
3- As impugnações apresentadas contra decisões dos Juizados Especiais devem ser analisadas por Turmas de Juízes Federais de 1º grau de jurisdição, nos estritos termos do artigo 98, inciso I, da Constituição Federal.
4- Nesse quadro, o Tribunal Regional Federal não possui competência para a análise da ação rescisória contra julgado de Turma Recursal ou Juiz do Juizado Especial Federal. Precedente do entendimento do Superior Tribunal de Justiça.
5- Pedido de sustentação oral indeferido. Agravo interno conhecido em parte e desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Seção, por maioria, conhecer de parte do agravo interno para, na parte conhecida, negar-lhe provimento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Juiz Federal Convocado MARCELO GUERRA MARTINS - Relator

RELATÓRIO

O Juiz Federal Convocado Marcelo Guerra:

Trata-se de agravo interno interposto contra decisão que declarou a incompetência desta C. Corte Regional para o julgamento da presente ação rescisória, determinando a redistribuição no âmbito das Turmas Recursais do Juizado Especial Federal Cível de São Paulo (ID 158515785).

A parte autora, ora agravante (ID 160275769), afirma que deve ser realizada uma interpretação sistemática do artigo 59 da Lei Federal nº. 9.099/95. Defende, assim, que

> "a adoção de posicionamento impeditivo à utilização do pedido rescisório, tal como se inclina a recente jurisprudência, viola literalmente o disposto no art. 108, I, b, da CF/88, expresso não apenas em admitir a previsão e o cabimento do remédio processual, mas também em atribuir competência constitucional originária aos TRF's para o processo e julgamento destas ações desconstitutivas em face de suas próprias decisões ou de decisões de juízes federais vinculados ao Tribunal".

Nesse ponto, enfatiza que o Magistrado atuante no Juizado Especial é vinculado ao Tribunal Regional Federal da Região.

Aduz que a competência legal das Turmas Recursais para julgamento de recursos não afasta a competência constitucional dos Tribunais Regionais para julgamento das rescisórias nos termos dos artigos 108, inciso I, "b", e 98, inciso I, da Constituição.

Intimado, o INSS não apresentou resposta.

A agravante requer a realização de sustentação oral (ID 199556773).

É o relatório.

Juiz Federal Convocado MARCELO GUERRA MARTINS - Relator

VOTO

O Juiz Federal Convocado Marcelo Guerra:

O artigo 937, § 3º, do Código de Processo Civil, determina:

> § 3º. Nos processos de competência originária previstos no inciso VI, caberá sustentação oral no agravo interno interposto contra decisão de relator que o *extinga*.

No caso concreto, foi determinada, tão-somente, a redistribuição no âmbito das Turmas Recursais, não tendo ocorrido a extinção do processo.

É descabida, portanto, a sustentação oral pelo interessado.

A decisão agravada assim consignou (ID 158515785):

> "Vistos.
> Trata-se de ação rescisória aforada por Zaqueu Silva contra o Instituto Nacional do Seguro Social-INSS, com fundamento no art. 966, VII do Código de Processo Civil, visando desconstituir o acórdão proferido pela Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais de São Paulo que reformou a sentença e julgou improcedente o pedido versando a conversão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição em aposentadoria especial.
> Feito o breve relatório, decido.
> O Tribunal Regional Federal da 3ª Região é absolutamente incompetente para o julgamento da presente ação rescisória.
> Os julgados proferidos por Juízes integrantes do Juizado Especial Federal não se inserem no comando do artigo 108, I, "b" da Constituição Federal, não estando vinculados ao Tribunal Regional Federal, mas submetidos à competência revisional das próprias Turmas Recursais, a teor do disposto no artigo 98, I da Constituição Federal, consoante o precedente seguinte:

"PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. AÇÃO RESCISÓRIA. JULGADO RESCINDENDO DE JUIZADO ESPECIAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO. INCOMPETÊNCIA DESTE E. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO.
1. O artigo 108, I, "b", da Constituição estabelece a competência dos Tribunais Regionais Federais para processar e julgar, originariamente, ações rescisórias de julgados seus ou dos juízes federais da região. Contudo, no que tange aos processos de competência dos Juizados Especiais há que se considerar a especialidade do procedimento, que prevê a submissão dos recursos às Turmas (artigo 98, I, da CF), de sorte que as decisões terminativas dos Juizados Especiais não estão sujeitas à jurisdição do Tribunal.
2. As Turmas Recursais são órgãos jurisdicionais independentes, cuja subordinação ao Tribunal respectivo é de natureza administrativa. Precedente da Corte Especial do C. STJ.
3. Sedimentado o entendimento desta Seção quanto à incompetência do órgão para processar e julgar ação rescisória que visa desconstituir julgado proferido por Juízo não submetido à jurisdição desta Corte.
4. Agravo legal do autor desprovido.
(TRF 3ª Região, TERCEIRA SEÇÃO,AR - AÇÃO RESCISÓRIA - 10036 - 0021974-83.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS DELGADO, julgado em 09/03/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:21/03/2017)
"AÇÃO RESCISÓRIA. DESCISÃO RESCINDENDA PROFERIDA POR JUIZADO ESPECIAL. COMPETÊNCIA DA TURMA RECURSAL PARA ANÁLISE DO EVENTUAL CABIMENTO DA AÇÃO RESCISÓRIA. AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO
1. A E. Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que, tratando-se de ação rescisória para desconstituir sentença proferida por juiz federal investido de jurisdição no Juizado Especial Federal, inaplicável o disposto na letra "b", do inciso I do art. 108 da Constituição Federal, sendo a competência para o seu exame atribuída à Turma Recursal. Nesse sentido: STJ, Resp nº 722.237-PR, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ: 03.05.2005; STJ, Resp nº 811.958-RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJ: 22.08.2008; STJ, Resp nº 967.265-RS, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ: 26.08.2009; STJ, Resp nº 883.218-RS, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ: 26.08.2009.
2. Da mesma forma, a E. Terceira Seção desta Corte, por ampla maioria, vem entendendo que a competência para análise e julgamento das ações rescisórias ajuizadas em face de decisão proferida em juizado especial é da Turma Recursal respectiva.
3. Outrossim, observado o princípio da colegialidade, ressalvo meu entendimento pessoal, devendo a análise do cabimento de ação rescisória contra decisão de juizado especial ser feita pela Turma Recursal competente.
4. Agravo parcialmente provido. Competência da Turma Recursal reconhecida."
(TRF 3ª Região, TERCEIRA SEÇÃO, AR - AÇÃO RESCISÓRIA - 10986 - 0002978-66.2016.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI, julgado em 28/06/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:07/08/2018)
Ante o exposto, nos termos do art. 108, I, b da Constituição Federal, RECONHEÇO A INCOMPETÊNCIA deste E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região para o julgamento da presente ação rescisória e determino a redistribuição do feito a uma das Turmas Recursais do Juizado Especial Federal Cível de São Paulo.
Int.
São Paulo, 30 de abril de 2021".

Nota-se que a decisão retro determinou a redistribuição da ação rescisória com fundamento na incompetência desta C. Corte Regional. Não tratou do cabimento da ação rescisória no âmbito do Juizado Especial nem proferiu qualquer juízo interpretativo quanto ao artigo 59 da Lei Federal nº. 9.099/95.

Nesse ponto, portanto, as razões recursais estão dissociadas da decisão agravada e não podem ser conhecidas.

Prossigo na análise da competência.

A Constituição Federal determina (grifei):

> Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:
> I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação *e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;*
>
> Art. 108. Compete aos Tribunais Regionais Federais:
> I - processar e julgar, originariamente: (...)
> b) as revisões criminais e as *ações rescisórias de julgados seus ou dos juízes federais da região*;

As impugnações apresentadas contra decisões dos Juizados Especiais devem ser analisadas por Turmas de Juízes Federais de 1º grau de jurisdição, nos estritos termos do artigo 98, inciso I, da Constituição Federal.

Nesse quadro, o Tribunal Regional Federal não possui competência para a análise da ação rescisória contra julgado de Turma Recursal ou Juiz do Juizado Especial Federal.

Esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRF'S. DECISÕES ADVINDAS DA JUSTIÇA ESPECIALIZADA. JULGAMENTO. INCOMPETÊNCIA. ARTIGOS 98 DA CF E 41 DA LEI 9.099/95. INTELIGÊNCIA. TURMA RECURSAL. COMPETÊNCIA. JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. REVISÃO DOS JULGADOS. PRECEDENTE. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. AUSÊNCIA. CONCLUSÃO LÓGICO SISTEMÁTICA DO DECISUM. INCOMPETÊNCIA. IMPUGNAÇÃO. INOCORRÊNCIA. JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS. LEI 9.099/95. APLICABILIDADE. NÃO APRECIAÇÃO. RECURSO NÃO CONHECIDO.
> *I - Escorreita a decisão do Eg. Tribunal Regional Federal da 4ª Região ao asseverar não ser competente para o caso vertente, tendo em vista não se inserir a hipótese no comando do artigo 108, inciso I, alínea "b" da Constituição Federal. Neste sentido, os juízes integrantes do Juizado Especial Federal não se encontram vinculados ao Tribunal Regional Federal. Na verdade, as decisões oriundas do Juizado Especial, por força do sistema especial preconizado pela Carta da República e legislação que a regulamenta, submetem-se ao crivo revisional de Turma Recursal de juízes de primeiro grau.*
> II - Segundo o artigo 98 da Constituição Federal, as Turmas Recursais possuem competência exclusiva para apreciar os recursos das decisões prolatadas pelos Juizados Especiais Federais. Portanto, não cabe recurso aos Tribunais Regionais Federais, pois a eles não foi reservada a possibilidade de revisão dos julgados dos Juizados Especiais.
> III - A teor do artigo 41 e respectivo § 1º da Lei 9.099/95 (aplicável aos Juizados Especiais Federais, por força do artigo 1º da Lei 10.259/01), os recursos cabíveis das decisões dos juizados especiais devem ser julgados por Turmas Recursais, IV - No RMS. 18.433/MA, julgado por esta Eg. Turma recentemente, restou assentado o entendimento de que os Juizados Especiais foram instituídos no pressuposto de que as respectivas causas seriam resolvidas no âmbito de sua jurisdição. *Caso assim não fosse, não haveria sentido sua criação e, menos ainda, a instituição das respectivas Turmas Recursais, pois a estas foi dada a competência de revisar os julgados dos Juizados Especiais.*

V - Descabida a interposição do recurso especial com base no art. 535 do Código de Processo Civil, sob a alegação de pretensa omissão, quando a matéria objeto do recurso restou apreciada à exaustão pela instância *a quo*.
VI - Ademais, compete ao magistrado fundamentar todas as suas decisões, de modo a robustecê-las, bem como afastar qualquer dúvida quanto a motivação tomada, tudo em respeito ao disposto no artigo 93, IX da Carta Magna de 1988. Cumpre destacar que deve ser considerada a conclusão lógico-sistemática adotada pelo *decisum*, como ocorre *in casu*. Precedentes.
VII - Evidencia-se, ainda, inviável a apreciação de qualquer defeito na decisão atacada, tendo em vista ter o Tribunal de origem declinado de sua competência em favor da Turma Recursal da Seção Judiciária do Paraná. Desta forma, seria o caso de o Instituto Previdenciário impugnar diretamente o fundamento da incompetência e não alegar ofensa ao artigo 535 do Código de Processo Civil. Precedente.
VIII - No tocante à violação ao artigo 1º da Lei 10.259/01, descabido seu conhecimento em sede de recurso especial, porquanto a Corte Regional limitou-se a declinar de sua competência à Turma Recursal, sem apreciar a questão da aplicabilidade ou não da Lei 9.099/95 no âmbito dos Juizados Especiais Federais. Em conseqüência, não se examinou a possibilidade do ajuizamento de ação rescisória na esfera dos Juizados Especiais Federais.
IX - Recurso especial não conhecido.
(5ª Turma, REsp 722.237/PR, j. 03/05/2005, DJ 23/05/2005, p. 345, Rel. Ministro GILSON DIPP – grifei).

Por tais fundamentos, indefiro o requerimento de sustentação oral. Conheço de parte do agravo interno para, na parte conhecida, negar-lhe provimento.

É o voto.

Juiz Federal Convocado MARCELO GUERRA MARTINS - Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO

Trata-se de agravo interno contra decisão que reconheceu a incompetência deste Tribunal para apreciar ação rescisória proposta com o objetivo de rescindir acórdão proferido no âmbito do Juizado Especial Federal de São Paulo/SP e determinou a redistribuição do feito a uma das Turmas Recursais.

O eminente Relator, Juiz Federal Convocado Marcelo Guerra, conhece de parte do agravo interno para negar-lhe provimento, por entender que "*as impugnações apresentadas contra decisões dos Juizados Especiais devem ser analisadas por Turmas de Juízes Federais de 1º grau de jurisdição*".

Com a devida vênia, ouso divergir.

O Art. 108, I, "b", da CF outorga competência ao Tribunal Regional Federal para processar e julgar "as ações rescisórias de julgados seus ou dos juízes federais da região".

Os Juizados Especiais foram previstos constitucionalmente, no Art. 98, I, com competência para "conciliação, o julgamento e a execução de *causas cíveis de menor complexidade* e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau (grifo nosso).

Em matéria de competência, a interpretação é sempre restritiva, sob pena de ofensa ao princípio do juiz natural.

Como visto, o legislador constituinte somente reservou ao legislador ordinário a função de regulamentar as hipóteses de transação e julgamento de recursos por turmas de juízes, de modo que, caso a Lei 9099/95 e Lei 10259/01 tivessem excedido sua esfera de atuação, delimitada constitucionalmente, prevendo competência mais ampla do que os recursos às turmas recursais, padeceriam do vício de inconstitucionalidade.

Ocorre que nem a Lei 9099/95, nem a Lei 10259/01, preveem competência às Turmas Recursais para processamento e julgamento da ação rescisória, que não é recurso, e sim, ação autônoma de impugnação.

O Plenário do STF, no julgamento do RE 590409-1/RJ, em 26/08/09, em que reconhecida a repercussão geral do tema, firmou posicionamento no sentido de que os juízes atuantes nos Juizados Especiais Federais estão vinculados aos Tribunais Regionais Federais, e por isso têm seus atos jurisdicionais submetidos ao controle dos Tribunais, à exceção dos recursos, constitucionalmente delegados às Turmas.

Ressalte-se, ainda, que a competência dos Juizados Especiais estabelecida no Art. 98, I, da CF cinge-se às causas de menor complexidade. As ações rescisórias somente reflexamente, se superado o juízo rescindente, julgam as causas de menor complexidade. Sua utilidade primordial é rescindir julgados que contenham um dos vícios estritamente previstos no Art. 485 do CPC. É a desconstituição da coisa julgada seu objeto principal e imediato, matéria diversa das relacionadas na competência do Juizado.

Destarte, reconheço a competência desta Corte para o processamento e julgamento da presente ação rescisória, e passo a seu exame.

O Art. 59 da Lei 9099/95 prescreve que "não se admitirá ação rescisória nas causas sujeitas ao procedimento instituído por esta Lei".

A Lei 10259/01, que instituiu os Juizados Especiais Federais, autorizou a aplicação da Lei 9099/95, "no que não conflitar com esta Lei".

Assim, não cabe ação rescisória nas causas decididas pelos Juizados Especiais, conforme Art. 59 da Lei 9099/95, c/c o Art. 1º da Lei 10259/01.

Nesse sentido, o enunciado nº 44 do Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais (FONAJEF), *in verbis*:

> "Enunciado nº. 44
> Não cabe ação rescisória no Juizado Especial Federal. O artigo 59 da Lei n 9.099/95 está em consonância com os princípios do sistema processual dos Juizados Especiais, aplicando-se também aos Juizados Especiais Federais".

Na mesma linha de interpretação:

> "PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA FUNDADA NO ARTIGO 485, INCISO V, DO CPC. VIOLAÇÃO AO PARÁGRAFO 3º DO ARTIGO 55 DA LEI Nº 8.213/91. DECISÃO RESCINDENDA PROFERIDA NO ÂMBITO DO JUIZADO ESPECIAL DE PEQUENAS CAUSAS. INADMISSIBILIDADE. - A teor do artigo 59 da Lei nº 9.099/95 (aplicável aos Juizados Especiais Federais, por força do artigo 1º da Lei nº 10.259/01), não é cabível ação rescisória das decisões proferidas pelos Juizados Especiais. - Embora a jurisprudência venha admitindo que a competência para decidir acerca do cabimento de ação rescisória de sentença proferida no âmbito dos Juizados Especiais Federais não seja do Tribunal Regional Federal, porque não existe vínculo jurisdicional entre os Juizados Especiais Fede-

> rais e os Tribunais Regionais Federais, tem-se a vedação expressa de ajuizamento de ação rescisória contra decisão sujeita ao procedimento do juizado especial, contida no artigo 59 da Lei nº 9.099/1995. - Em nome dos princípios da efetividade e da economia processual, deve a inadmissibilidade desta ação rescisória ser reconhecida, desde já, por este Tribunal. (AR 00112670720114050000, Desembargadora Federal Nilcéa Maria Barbosa Maggi, TRF5 - Pleno, DJE - Data::17/04/2012 - Página::114)".

Logo, por haver expressa vedação legal ao ajuizamento de ações rescisórias contra decisões proferidas no âmbito dos Juizados Especiais Federais, deve ser reconhecida a ausência do interesse de agir, pela inadequação da via eleita, nos termos do Art. 485, VI, do CPC.

A perfilhar esse entendimento, os precedentes do E. Tribunal Regional Federal da Segunda Região:

> "PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. ACÓRDÃO PROFERIDO POR TURMA RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. EXTINÇÃO DO PROCESSO.
> 1. Trata-se de Ação Rescisória proposta com fulcro no art.485, IV,V, do CPC c/c art. 12, §1, I ,a , do RITRF da 2ª Região, objetivando desconstituir o acórdão proferido pela Segunda Turma Recursal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro.
> 2. Cumpre reconhecer, de pronto, a impossibilidade jurídica do pedido formulado na presente ação rescisória, haja vista que o art. 59 da Lei nº 9.099/1995, aplicável aos Juizados Especiais Federais por força do disposto no art. 1º da Lei nº 10.259/2001, veda expressamente o manejo de ação rescisória no rito processual dos Juizados Especiais.
> 3. De tal sorte, ante a proibição legal de ação rescisória contra sentença proferida por Juiz Federal investido de jurisdição nos Juizados Especiais Federais ou contra acórdão proferido por Turma Recursal, deve o próprio Tribunal Regional Federal reconhecer a impossibilidade jurídica do pedido rescisório.
> 4. Assim, no caso vertente, tendo em vista tratar-se de ação rescisória contra acórdão proferido por Turma Recursal, é patente a carência de ação, em razão da impossibilidade jurídica do pedido.
> 5. Além do mais, aos Tribunais Regionais Federais não foi reservado qualquer poder revisional das decisões dos Juizados Especiais Federais, bem como das Turmas Recursais, tendo em vista a inexistência de vinculação entre os Juizados Especiais Federais e a Justiça Federal comum.
> 6. Processo extinto sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC. (AR 200802010204307, Desembargadora Federal LANA REGUEIRA, TRF2 - 2ª SEÇÃO ESPECIALIZADA, E-DJF2R - 28/05/2010 - p. 21); e
>
> PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. ACÓRDÃO PROFERIDO POR TURMA RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. EXTINÇÃO DO PROCESSO.
> 1. Trata-se de Ação Rescisória proposta com fulcro no art. 485, VII, do CPC, objetivando desconstituir o acórdão de fl. 45, proferido pela Segunda Turma Recursal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro.
> 2. Cumpre reconhecer, de pronto, a impossibilidade jurídica do pedido formulado na presente ação rescisória, haja vista que o art. 59 da Lei nº 9.099/1995, aplicável aos Juizados Especiais Federais por força do disposto no art. 1º da Lei nº 10.259/2001, veda expressamente o manejo de ação rescisória no rito processual dos Juizados Especiais.
> 3. De tal sorte, ante a proibição legal de ação rescisória contra sentença proferida por Juiz Federal investido de jurisdição nos Juizados Especiais Federais ou contra acórdão proferido por Turma Recursal, deve o próprio Tribunal Regional Federal reconhecer a impossibilidade jurídica do pedido rescisório.

4. Assim, no caso vertente, tendo em vista tratar-se de ação rescisória contra acórdão proferido por Turma Recursal, é patente a carência de ação, em razão da impossibilidade jurídica do pedido.
5. Processo extinto sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC. (AR 200602010062437, Desembargador Federal GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA, TRF2 - 3ª SEÇÃO ESPECIALIZADA, DJU 03/04/2009 - p. 168)".

Ante o exposto, com a devida vênia, divirjo do e. Relator para dar parcial provimento ao agravo interno, extinguindo o processo sem resolução de mérito, nos termos do Art. 485, VI, do CPC.

É o voto.

Juiz Federal Convocado MARCELO GUERRA MARTINS - Relator

MANDADO DE SEGURANÇA CÍVEL
5002483-58.2021.4.03.0000

Impetrante: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL
Impetrada: COMARCA DE SÃO PAULO/SP - 11ª VARA DE FAMÍLIA E SUCESSÕES DO FORO CENTRAL
Interessados: JOSÉ VITOR DA COSTA FACCIOLLA, BRANCA LESCHER FACCIOLLA
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VALDECI DOS SANTOS
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 14/10/2021

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. FGTS. TITULAR DA CONTA VINCULADA. DIVÓRCIO. PARTILHA DE BENS. LEVANTAMENTO DO SALDO PELA DIVORCIANDA. POSSIBILIDADE. DESNECESSIDADE DE CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS DO ARTIGO 20 DA LEI Nº 8.036/90.
I. Inicialmente, cumpre salientar que a Lei nº 8.036/90 determina que o levantamento do saldo de conta vinculada ao FGTS somente poderá ocorrer mediante a ocorrência de uma das hipóteses previstas em seu artigo 20.
II. Nessa esteira, é importante esclarecer que o rol previsto no referido artigo 20 da Lei nº 8.036/90 é exemplificativo, e não taxativo, conforme jurisprudência pacífica desta Corte Regional e do Superior Tribunal de Justiça.
III. No presente caso, em decorrência de Escritura Pública de Divórcio e Partilha de Bens, firmada entre José Vítor da Costa Facciola e Branca Lescher Facciola, restou acordado entre as partes que metade do saldo da conta vinculada ao FGTS do divorciando José Vítor da Costa Facciola caberá à divorcianda Branca Lescher Facciola.
IV. Explicitado tal fato, constata-se que a metade do saldo do FGTS de José Vítor da Costa Facciola passou a pertencer a Branca Lescher Facciola.
V. Portanto, como os valores não integram mais o patrimônio do titular da conta, não há justificativa para se exigir que o seu levantamento esteja condicionado a uma das hipóteses previstas no artigo 20 da Lei nº 8.036/90.
VI. Isso porque as condições impostas ao titular da conta não podem ser óbice para que terceiros recebam os valores que lhes são devidos.
VII. Desta forma, a divorcianda Branca Lescher Facciola faz jus ao seu direito de levantar a metade do saldo da conta vinculada ao FGTS do titular José Vítor da Costa Facciola, sem a necessidade de observância dos limites estabelecidos na Lei nº 8.036/90.
VIII. Mandado de segurança julgado parcialmente procedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Primeira Turma, por unanimidade, julgou parcialmente procedente o pedido, concedendo a segurança apenas para esclarecer que o levantamento do saldo da conta vinculada ao FGTS não deve ultrapassar o percentual de 50% (cinquenta por cento) da totalidade do valor depositado, tendo o Des. Fed. Wilson Zauhy ressalvado o entendimento de que o levantamento do saldo da conta vinculada

ao FGTS não deve ultrapassar 50% do valor depositado ao tempo do divórcio, com as devidas correções, nos termos da escritura pública de partilha que instrui os autos, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança impetrado pela Caixa Econômica Federal - CEF em face de decisão proferida pelo Juízo da 11ª Vara de Família e Sucessões do Foro Central Cível da Comarca de São Paulo/SP que determinou a expedição de alvará de levantamento de saldo da conta vinculada ao FGTS do titular José Vítor da Costa Facciola em razão de partilha de divórcio formulada entre este e sua esposa Branca Lescher Facciola, que estipulou o rateio de 50% (cinquenta por cento) do saldo para cada cônjuge.

Narra a impetrante que o levantamento do saldo da conta vinculada ao FGTS somente poderá ser levada a efeito após a superveniência de alguma das hipóteses do artigo 20 da Lei nº 8.036/90.

Foi deferida parcialmente a liminar, apenas esclarecer que o levantamento do saldo da conta vinculada ao FGTS não deve ultrapassar o percentual de 50% (cinquenta por cento) da totalidade do valor depositado.

A autoridade coatora prestou as informações necessárias.

O Ministério Público Federal se manifestou pelo prosseguimento do feito.

É o relatório.

Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS - Relator

VOTO

Inicialmente, cumpre salientar que a Lei nº 8.036/90 determina que o levantamento do saldo de conta vinculada ao FGTS somente poderá ocorrer mediante a ocorrência de uma das hipóteses previstas em seu artigo 20.

Nessa esteira, é importante esclarecer que o rol previsto no referido artigo 20 da Lei nº 8.036/90 é exemplificativo, e não taxativo, conforme jurisprudência pacífica desta Corte Regional e do Superior Tribunal de Justiça.

No presente caso, em decorrência de Escritura Pública de Divórcio e Partilha de Bens, firmada entre José Vítor da Costa Facciola e Branca Lescher Facciola, restou acordado entre as partes que metade do saldo da conta vinculada ao FGTS do divorciando José Vítor da Costa Facciola caberá à divorcianda Branca Lescher Facciola.

Explicitado tal fato, constata-se que a metade do saldo do FGTS de José Vítor da Costa Facciola passou a pertencer a Branca Lescher Facciola.

Portanto, como os valores não integram mais o patrimônio do titular da conta, não há justificativa para se exigir que o seu levantamento esteja condicionado a uma das hipóteses previstas no artigo 20 da Lei nº 8.036/90.

Isso porque as condições impostas ao titular da conta não podem ser óbice para que terceiros recebam os valores que lhes são devidos.

Desta forma, a divorcianda Branca Lescher Facciola faz jus ao seu direito de levantar a metade do saldo da conta vinculada ao FGTS do titular José Vítor da Costa Facciola, sem a necessidade de observância dos limites estabelecidos na Lei nº 8.036/90.

Isto posto, *julgo parcialmente procedente o pedido*, concedendo a segurança apenas para esclarecer que o levantamento do saldo da conta vinculada ao FGTS não deve ultrapassar o percentual de 50% (cinquenta por cento) da totalidade do valor depositado.

É o voto.

Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS - Relator

VOTO

O DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ZAUHY:

Pedi vista para melhor análise da discussão aqui travada e, após exame dos pontos debatidos na lide, não tenho dúvida em acompanhar o E. Relator, com a ressalva que faço a seguir.

Da leitura dos autos, verifica-se que os interessados Branca Lescher Facciolla e José Vitor da Costa Facciolla acordaram, em escritura pública de divórcio e partilha de bens (IDs 152373470 a 152373540), que *"metade, ou seja, 50% do valor referente ao FGTS do Divorciando, melhor descrito no item "8.5.1.13" acima, no valor de R$ 168.454,84 (cento e sessenta e oito mil, quatrocentos e cinquenta e quatro reais e oitenta e quatro centavos)"* caberia a Branca (f. 2 – ID 152373481).

Considerando que, de fato, a parcela do saldo atribuída a Branca deixou de integrar o patrimônio do titular da conta vinculada, bem como que ela não mantém vínculo algum com o empregador deste ou com o próprio fundo de garantia, tenho que não há como impô-la o cumprimento de quaisquer dos requisitos do art. 20 da Lei n. 8.036/1990, seja em relação a si ou ao titular (o que é ainda mais irrazoável).

Contudo, entendo que o valor levantado deve limitar-se àquele estabelecido na escritura pública de divórcio e partilha, correspondente a 50% do saldo na conta vinculada quando da dissolução da sociedade conjugal, com as correções próprias do FGTS.

Ante o exposto, voto por acompanhar o E. Relator, com a ressalva de que o levantamento do saldo da conta vinculada ao FGTS não deve ultrapassar 50% do valor depositado ao tempo do divórcio, com as devidas correções, nos termos da escritura pública de partilha que instrui os autos.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY

CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL
5016802-31.2021.4.03.0000

Suscitante: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE PIRACICABA/SP - JEF
Suscitado: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE PIRACICABA/SP - 2ª VARA FEDERAL
Parte Autora: PAULO SERGIO PREZOTTO
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JÚNIOR
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 24/09/2021

EMENTA

CONFLITO DE COMPETÊNCIA – AÇÃO DE PROCEDIMENTO COMUM – JUIZADO ESPECIAL FEDERAL - EXCLUSÃO DO PARCELAMENTO CANCELAMENTO DE ATO ADMINISTRATIVO – EXCEÇÃO PREVISTA NO ART. 3º, § 1º, III, LEI 10.259/01 – CONFLITO PROCEDENTE.
1.Competência desta Egrégia Corte para dirimir o conflito de competência entre Juizados Especiais e Juízo de primeiro grau da Justiça Federal da mesma Subseção Judiciária, considerando o entendimento firmado no RE 590.409/RJ, em regime de repercussão geral, sob o Tema 128. Neste sentido, também a Súmula 428 do C. Superior Tribunal de Justiça: "*Compete ao Tribunal Regional Federal decidir os conflitos de competência entre juizado especial federal e juízo federal da mesma subseção judiciária*".
2.A Lei 10.259/01, que instituiu o Juizado Especial Federal, dispõe, expressamente, que não se incluem na competência do Juizado Especial Federal as causas que visam à anulação ou o cancelamento de ato administrativo federal, conforme disposto no inciso III do §1º, do artigo 3º da Lei 10.259/01, salvo o de natureza previdenciária e o de lançamento fiscal.
3.O autor não discute o lançamento fiscal, mas o ato administrativo que excluiu seu débito do parcelamento, por falta de consolidação. Desta forma, forçoso concluir que a matéria em discussão não se inclui na competência do Juizado Especial Federal.
4.Conflito de competência procedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Segunda Seção, por unanimidade, decidiu julgar procedente o conflito e declarar competente o Juízo (suscitado) da 2ª Vara Federal de Piracicaba/SP, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de conflito negativo de competência, tendo como suscitante o Juizado Especial Federal Cível de Piracicaba/SP e como suscitado o Juízo da 2ª Vara Federal de Piracicaba/SP,

em sede de ação proposta por PAULO SÉRGIO PREZOTTO em face da UNIÃO FEDERAL, na qual se busca o reconhecimento da inexistência do crédito tributário inscrito sob o número 13.1.19.000299-51.

Considerando o valor atribuído à causa (R$ 21.115,83), entendeu o Juízo suscitado tratar-se de competência absoluta do Juizado Especial Federal, nos termos do artigo 3º, § 3º da Lei 10.259/200

O Juízo suscitante, por sua vez, entendeu que a parte autora, ao pretender a anulação da decisão que indeferiu o seu pedido de parcelamento tributário, procura a anulação ou cancelamento de ato administrativo, providência expressamente excluída da competência deste juizado, nos termos do art. 3º, § 1º, inciso I da Lei 10.259/01.

Foi designado o Juízo Suscitante para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes até o julgamento final deste incidente.

Dispensadas as informações do Juízo Suscitado, considerando o quanto consta nos presentes autos.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo prosseguimento do feito.

É o relatório.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

VOTO

De início, ressalta-se a competência desta Egrégia Corte para dirimir o conflito de competência entre Juizados Especiais e Juízo de primeiro grau da Justiça Federal da mesma Subseção Judiciária, considerando o entendimento firmado no RE 590.409/RJ, em regime de repercussão geral, sob o Tema 128.

Neste sentido, também a Súmula 428 do C. Superior Tribunal de Justiça: *"Compete ao Tribunal Regional Federal decidir os conflitos de competência entre juizado especial federal e juízo federal da mesma subseção judiciária".*

A Lei 10.259/01, que instituiu o Juizado Especial Federal, dispõe, expressamente, que não se incluem na competência do Juizado Especial Federal as causas que visam à anulação ou o cancelamento de ato administrativo federal, conforme disposto no inciso III do §1º, do artigo 3º da Lei 10.259/01, salvo o de natureza previdenciária e o de lançamento fiscal.

Compulsando-se os autos, verifica-se que, na ação subjacente, narra o autor que ingressou no Programa Especial de Regularização Tributária (PERT), na época regido pela Medida Provisória 783 de 2017, posteriormente alterada pela Medida Provisória 798/2017 e convertida na Lei 13.496/17, em 14/11/2017, sendo seu débito quitado em 31/01/2018 e que o parcelamento foi cancelado de ofício pela Receita Federal pela falta de consolidação em dezembro de 2018. Requer, ao final, a procedência da demanda, "*a fim de que seja declarada a inexistência dos débitos identificados no processo fiscal 10140.402365/2015-19 (numeração da Receita Federal), declarando-se a sua quitação pelo parcelamento feito pelo requerente e, como consequência, sejam extintos os procedimentos de cobrança porventura existentes na Procuradoria da Fazenda Nacional, relacionados aos mesmos débitos*".

Conclui-se que o autor não discute o lançamento fiscal, mas o ato administrativo que excluiu seu débito do parcelamento, por falta de consolidação. Desta forma, forçoso concluir que a matéria em discussão não se inclui na competência do Juizado Especial Federal.

Nesse sentido já entendeu esta Segunda Seção:

> PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DECLARATÓRIA. REINCLUSÃO NO REFIS. ATO ADMINISTRATIVO. ART. 3º, § 1º, III, DA LEI N. 10.259, DE 12 DE JULHO DE 2001. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.
> 1. O pedido de reinclusão de contribuinte em Programa de Recuperação Fiscal/REFIS, pressupõe a anulação ou cancelamento da Portaria oriunda da Delegacia da Receita Federal do Brasil que o excluiu do referido Programa. Tal portaria, que deriva de ato administrativo federal da Procuradoria da Fazenda Nacional, não detém natureza de lançamento fiscal, tampouco previdenciária, restando, pois, o tema excluído da competência dos Juizados Especiais por determinação expressa do art. 3º, 1º, III, da Lei n. 10.259/2001.
> 2. Conflito negativo julgado procedente para declarar a competência do Juízo Federal. (TRF 3ª Região, CC 5022576-81.2017.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Nelton dos Santos, Segunda Seção, Intimação via sistema DATA: 10/12/2018).

Neste sentido, já se manifestou o E. STJ, conforme aresto:

> PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO (NEGATIVO) DE COMPETÊNCIA. DEMANDA PARA SE OBTER A REINCLUSÃO NO REFIS. EXCLUSÃO REALIZADA POR PORTARIA DO COMITÊ GESTOR DO PROGRAMA DE RECUPERAÇÃO FISCAL. INCOMPETÊNCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS. APLICAÇÃO DO ART. 3º, §1º, III, DA LEI 10.259/2001.
> 1. Verificadas as previsões da Lei 10.259/2001, e não se tratando de ato administrativo federal enquadrado nas exceções previstas no art. 3º, § 1º, do mencionado diploma legal, percebe-se a incompetência das varas dos juizados especiais federais para o julgamento da lide, não sendo suficiente, no caso, apenas o enquadramento do valor da causa na previsão do art. 3º, *caput*, da citada lei.
> 2. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da 20ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, o suscitado.
> (STJ, CC 99486/DF, processo: 2008/0226836-8, Ministra DENISE ARRUDA, DJe 04/05/2009)

Ante o exposto, *julgo procedente* o presente conflito de competência, para declarar competente o Juízo suscitado da 2ª Vara Federal de Piracicaba /SP.

É o voto.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL
5018279-89.2021.4.03.0000

Suscitante: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE CAMPO GRANDE/MS - 1ª VARA FEDERAL
Suscitada: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE CAMPO GRANDE/MS - JEF
Parte Autora: VALDECI NASCIMENTO DOS SANTOS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ZAUHY
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 19/10/2021

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR PREJUÍZOS SOFRIDOS EM RAZÃO DE EQUACIONAMENTOS EM PLANO DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. NOMEN JURIS ATRIBUÍDO PELO AUTOR À DEMANDA. IRRELEVÂNCIA. PREVALÊNCIA DA NATUREZA DA RELAÇÃO JURÍDICA DISCUTIDA E DO OBJETO DELINEADO NA LIDE. DEBATE SOBRE RELAÇÃO CONTRATUAL DE TRATO SUCESSIVO. CUMULAÇÃO DE PEDIDOS. NÃO CARACTERIZAÇÃO. VALOR DA CAUSA. SOMA DE PRESTAÇÕES VENCIDAS E VINCENDAS, ESTAS NO IMPORTE DE UMA ANUIDADE. ARTIGO 292, §§ 1º E 2º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. APLICAÇÃO.

1. Conflito de competência deflagrado pelo Juízo da 1ª Vara Federal de Campo Grande, tendo como suscitado o Juízo do Juizado Especial Federal de Campo Grande, em sede de ação ajuizada em face da Caixa Econômica Federal e da PREVIC – Superintendência Nacional de Previdência Complementar, pela qual o autor pleiteia a "indenização" por prejuízos causados com equacionamentos de deficit do Plano REG/REPLAN.

2. Conquanto o autor nomine a demanda de origem de "ação de indenização/regresso por prejuízos causados com o equacionamento", o que se vê é que o pedido do postulante é um só: afastar a responsabilidade pelo custeio do equacionamento supostamente necessário ao equilíbrio das contas do plano de previdência complementar. Almeja o postulante que tal responsabilidade recaia sobre as demandadas, de modo que tem por alvo tanto a) a devolução das parcelas já descontadas de seu contracheque a tal título, como b) a suspensão das prestações a serem devidamente cobradas, de modo a se evitar futuros descontos.

3. Debate o autor sobre a relação jurídica que mantém com a CEF (como patrocinadora do plano de previdência complementar), sob fiscalização da PREVIC. O cerne da controvérsia gira, assim, em torno de uma avença contratual de natureza privada (ainda que tutelada pelo Estado), entabulada entre autor e CEF, supervisionada pela autarquia federal corré. Embora se discuta sobre a responsabilização das demandadas pelos equacionamentos a serem aplicados ao plano, tal discussão se dá tendo como pano de fundo uma relação contratual entre as partes (CEF-autor) e o consequente dever estatal de fiscalização dessa relação (PREVIC-CEF).

4. Pouco importa o nomen juris que o autor atribua à ação, devendo prevalecer a natureza da relação jurídica discutida e o objeto delineado na lide. Salta aos olhos que no caso presente não se tem propriamente uma ação de indenização, mas sim uma demanda na qual se discute o cabal cumprimento de um contrato. Importante ressaltar que o autor não controverte sobre a integralidade da relação contratual,

mas antes debate sobre determinada e pontual faceta, relativa à gestão que reputa fraudulenta e que gerou a necessidade de equacionamentos no plano de previdência complementar nos anos de 2014, 2015 e 2016 (cobrados do autor, respectivamente, desde maio/2016, setembro/2017 e maio/2018).
5. Não se trata de cumulação de pedidos. Embora o autor tenha desdobrado o pedido entre parcelas vencidas (com pleito de repetição) e vincendas (com requerimento de suspensão dos descontos em contracheque), o pedido é um só: uma vez considerada a relação contratual mantida com a CEF e o dever de fiscalização da PREVIC, pretende afastar de si a responsabilidade pelo custeio do equacionamento das contas do plano de previdência complementar e imputar tal ônus à parte ré. Não se trata, portanto, de pedidos cumulados.
6. A hipótese se amolda ao quanto disposto no artigo 292, §§ 1º e 2º do Código de Processo Civil.
7. Conquanto o benefício econômico almejado norteie a fixação do valor da causa, o legislador estipulou critério fechado para a hipótese em que se pleiteiam parcelas vencidas e vincendas, determinando que aquelas serão valoradas em sua integralidade, enquanto estas últimas serão tomadas pela "prestação anual [vale dizer: a soma de doze prestações], se a obrigação for por tempo indeterminado ou por tempo superior a 1 (um) ano", o que equivale ao caso presente, em que se tem relação contratual de trato continuado consistente na manutenção do plano de previdência complementar.
8. Não se justifica a retificação do valor da causa empreendido pelo Suscitado, uma vez que o autor atribuiu corretamente o montante ao considerar o total das prestações vencidas, acrescidas de doze parcelas vincendas, de modo que o total não extrapola o limite de alçada do Juizado.
9. Considerando os critérios adotados, sequer há que se cogitar da renúncia ao limite de alçada, irrelevante para a solução do caso.
10. Conflito de competência julgado procedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Primeira Seção, por unanimidade, decidiu julgar procedente o conflito para declarar a competência do Juízo do Juizado Especial Federal de Campo Grande para o processamento do feito de origem , nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado

Desembargador Federal WILSON ZAUHY - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de Conflito Negativo de Competência deflagrado pelo Juízo da 1ª Vara Federal de Campo Grande, tendo como suscitado o Juízo do Juizado Especial Federal de Campo Grande.

O processo de origem – ação ajuizada em face da Caixa Econômica Federal e da PREVIC – Superintendência Nacional de Previdência Complementar, pela qual o autor pleiteia a indenização por prejuízos causados com equacionamentos de deficit do Plano REG/REPLAN - foi distribuído inicialmente perante o Juízo do Juizado Especial Federal de Campo Grande, que, retificando o valor da causa sob o fundamento de que este deveria corresponder ao montante

total das parcelas vencidas e vincendas, o que superaria o limite de alçada, declinou em favor do Juízo da 1ª Vara Federal de Campo Grande.

Este, por sua vez, ponderou que o valor da causa indicado pela parte autora estaria correto, já que ancorado no quanto disposto no artigo 292, §§ 1º e 2º do Código de Processo Civil (soma das parcelas vencidas e de doze prestações vincendas), acrescentando, ainda, no tocante à renúncia ao montante de alçada, que "diante dos critérios ora adotados para atribuição do valor da causa, não traz reflexos para fins de fixação da competência". Suscitou, então, o presente conflito.

Nesta sede, designou-se o Juízo suscitante para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo prosseguimento do conflito.

É o relatório.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY - Relator

VOTO

Tenho que assiste razão ao suscitante.

No processo de origem, o autor pleiteia a "indenização" por prejuízos sofridos com equacionamentos empreendidos para equilíbrio de plano de previdência complementar mantido junto à CEF e fiscalizado pela PREVIC.

Narra que, em decorrência de alegada gestão fraudulenta, o referido plano acumulou resultados deficitários, o que acarretou a necessidade de cobrança de valores adicionais a título de equacionamento, daí porque passou a sofrer descontos mensais expressivos em sua remuneração. Impugna a atribuição de responsabilidade pelo pagamento do equacionamento.

Salienta que suportou "uma redução em seu contracheque até a presente data na ordem de R$ 37.670,04".

Ao final da exordial, postula a) a condenação das rés à "indenização" pelos prejuízos ocasionados com os equacionamentos vigentes que foram descontados dos seus contracheques, renunciando ao valor que eventualmente extrapolar a alçada do Juizado, bem como b) a ratificação da tutela de urgência, com a suspensão definitiva da exigência de que o requerente arque com a contribuição extraordinária atinente aos equacionamentos, de modo que o ônus recaia sobre as requeridas.

O autor valora a causa originária em R$ 56.839,68, esclarecendo a composição desse montante: "prestações vencidas (R$ 37.670,04) e vincendas (12 x R$1.597,47 = R$ 19.169,64)".

Pois bem. Duas apropriações me parecem importantes para o deslinde do presente conflito.

Conquanto o autor nomine a demanda de origem de "ação de indenização/regresso por prejuízos causados com o equacionamento", o que se vê é que o pedido do postulante é um só: afastar a responsabilidade pelo custeio do equacionamento supostamente necessário ao equilíbrio das contas do plano de previdência complementar. Almeja o postulante que tal responsabilidade recaia sobre as demandadas, de modo que tem por alvo tanto a) a devolução das parcelas já descontadas de seu contracheque a tal título, como b) a suspensão das prestações a serem devidamente cobradas, de modo a se evitar futuros descontos.

Como se vê, debate o autor sobre a relação jurídica que mantém com a CEF (como patrocinadora do plano de previdência complementar), sob fiscalização da PREVIC. O cerne da

controvérsia gira, assim, em torno de uma avença contratual de natureza privada (ainda que tutelada pelo Estado), entabulada entre autor e CEF, supervisionada pela autarquia federal corré. Embora se discuta sobre a responsabilização das demandadas pelos equacionamentos a serem aplicados ao plano, tal discussão se dá tendo como pano de fundo uma relação contratual entre as partes (CEF-autor) e o consequente dever estatal de fiscalização dessa relação (PREVIC-CEF).

De há muito cristalizado na doutrina e na jurisprudência que pouco importa o *nomen juris* que o autor atribua à ação, devendo prevalecer a natureza da relação jurídica discutida e o objeto delineado na lide. Assim, salta aos olhos que no caso presente não se tem propriamente uma ação de indenização, mas sim uma demanda na qual se discute o cabal cumprimento de um contrato. Importante ressaltar que o autor não controverte sobre a integralidade da relação contratual, mas antes debate sobre determinada e pontual faceta, relativa à gestão que reputa fraudulenta e que gerou a necessidade de equacionamentos no plano de previdência complementar nos anos de 2014, 2015 e 2016 (cobrados do autor, respectivamente, desde maio/2016, setembro/2017 e maio/2018).

À luz desse entendimento, quadra mencionar a segunda ressalva importante para a solução deste conflito. É que não se trata de cumulação de pedidos, como já se pode ver das razões acima fundamentadas. Vale repetir: embora o autor tenha desdobrado o pedido entre parcelas vencidas (com pleito de repetição) e vincendas (com requerimento de suspensão dos descontos em contracheque), o pedido é um só: uma vez considerada a relação contratual mantida com a CEF e o dever de fiscalização da PREVIC, pretende afastar de si a responsabilidade pelo custeio do equacionamento das contas do plano de previdência complementar e imputar tal ônus à parte ré. Não se trata aqui, portanto, de pedidos cumulados.

Traçados tais entendimentos preliminares, tenho que a hipótese se amolda ao quanto disposto no artigo 292, §§ 1º e 2º do Código de Processo Civil, *verbis*:

> "Art. 292. *O valor da causa* constará da petição inicial ou da reconvenção e *será*:
> I - na ação de cobrança de dívida, a soma monetariamente corrigida do principal, dos juros de mora vencidos e de outras penalidades, se houver, até a data de propositura da ação;
> II - *na ação que tiver por objeto a existência, a validade, o cumprimento, a modificação, a resolução, a resilição ou a rescisão de ato jurídico, o valor do ato ou o de sua parte controvertida*;
> III - na ação de alimentos, a soma de 12 (doze) prestações mensais pedidas pelo autor;
> IV - na ação de divisão, de demarcação e de reivindicação, o valor de avaliação da área ou do bem objeto do pedido;
> V - na ação indenizatória, inclusive a fundada em dano moral, o valor pretendido;
> VI - na ação em que há cumulação de pedidos, a quantia correspondente à soma dos valores de todos eles;
> VII - na ação em que os pedidos são alternativos, o de maior valor;
> VIII - na ação em que houver pedido subsidiário, o valor do pedido principal.
> § 1º *Quando se pedirem prestações vencidas e vincendas, considerar-se-á o valor de umas e outras.*
> § 2º *O valor das prestações vincendas será igual a uma prestação anual, se a obrigação for por tempo indeterminado ou por tempo superior a 1 (um) ano, e, se por tempo inferior, será igual à soma das prestações.*
> § 3º O juiz corrigirá, de ofício e por arbitramento, o valor da causa quando verificar que não corresponde ao conteúdo patrimonial em discussão ou ao proveito econômico perseguido pelo autor, caso em que se procederá ao recolhimento das custas correspondentes." (grifei)

Conquanto o benefício econômico almejado norteie a fixação do valor da causa, o legislador estipulou critério fechado para a hipótese em que se pleiteiam parcelas vencidas e vincendas, determinando que aquelas serão valoradas em sua integralidade, enquanto estas últimas serão tomadas pela "prestação anual [vale dizer: a soma de doze prestações], se a obrigação for por tempo indeterminado ou por tempo superior a 1 (um) ano", o que equivale ao caso presente, em que se tem relação contratual de trato continuado consistente na manutenção do plano de previdência complementar.

Assim, entendo que não se justifica a retificação do valor da causa empreendido pelo Suscitado, uma vez que o autor atribuiu corretamente o montante ao considerar o total das prestações vencidas (no importe de R$ 37.670,04), acrescidas de doze parcelas vincendas (12 x R$1.597,47 = R$ 19.169,64), de modo que o total não extrapola o limite de alçada do Juizado.

Por fim, considerando os critérios adotados, sequer há que se cogitar da renúncia ao limite de alçada, irrelevante para a solução do caso.

Face ao exposto, julgo *procedente* o conflito para declarar a competência do Juízo do Juizado Especial Federal de Campo Grande para o processamento do feito de origem.

É como voto.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY - Relator

Direito Processual Penal



APELAÇÃO CRIMINAL
0001155-92.2014.4.03.6122

Apelantes: ROBISON LUIZ VANZELLA, MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP
Apelados: OS MESMOS
Relator Originário: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW
Relator para o Acórdão: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES
Disponibilização do Acórdão: DJEN 08/11/2021

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ARTIGO 289, PARÁGRAFO § 1º, DO CÓDIGO PENAL. DENÚNCIA ANÔNIMA. BUSCA DOMICILIAR. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DO COMETIMENTO DO CRIME DENTRO DA RESIDÊNCIA. ENTRADA DOS POLICIAIS NÃO AUTORIZADA. PROVIMENTO DO RECURSO PARA ABSOLVER.
1. Por primeiro, cumpre destacar que o artigo 5º, inciso XI, da Constituição da República, consagrou o direito fundamental relativo à inviolabilidade domiciliar, ao dispor que "a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial".
2. O texto constitucional traz a regra de que a residência é asilo inviolável, dando-lhe contorno de direito fundamental atrelado ao direito à proteção da vida privada e ao direito à intimidade. Contudo, em *numerus clausus*, previu exceções à regra, quais sejam: consentimento do morador; flagrante delito; desastre; prestação de socorro; e, durante o dia, por determinação judicial.
3. Em relação ao estado de flagrância, cujas situações estão previstas no artigo 302 do Código de Processo Penal, é necessário avaliar o caso concreto, para se constatar a legalidade do procedimento utilizado pelos Policiais para a violação do domicílio.
4. Quanto ao artigo 303, do Código de Processo Penal, vale ressaltar que, embora seja incontroverso que nos delitos permanentes o estado de flagrância se protraia ao longo do tempo, devem ser analisadas as circunstâncias que antecederam a violação de domicílio, de forma a verificar se evidenciam fundadas razões que embasem o ingresso no domicílio e eventual prisão em flagrante, na forma do artigo 240, § 1º, do Código de Processo Penal.
5. Assim, apenas na hipótese de estar configurada a justa causa para o ato invasivo, com base em elementos concretos de que o crime esteja ocorrendo no interior do domicílio, é que estará configurada a exceção ao direito previsto no artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal, em decorrência do flagrante delito.
6. Não obstante, no presente caso, não havia fundadas razões para que os policiais realizassem a busca e apreensão no interior da residência.
7. Diante do referido quadro fático, é possível verificar a ilegalidade na busca domiciliar realizada pelos policiais militares, uma vez que, ainda que havia uma denúncia anônima no sentido da guarda das notas falsas pelo casal, os acusados não se encontravam em estado de flagrância naquele momento da abordagem policial, não havendo qualquer cédula no veículo e na posse deles.

8. Além de não estarem em estado de flagrância, não há nos autos notícias de que, com a demora da corré na busca dos documentos dentro da casa, tenha sido franqueada a entrada dos policiais na residência pelo réu ou por outro morador do local.
9. Verifica-se que o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento pacífico no sentido de que "a denúncia anônima, desacompanhada de outros elementos indicativos da ocorrência de crime, não legitima o ingresso de policiais no domicílio indicado" (REsp n. 1.871.856/SE, relator Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, julgado em 23/6/2020, DJe de 30/6/2020).
10. Ademais, a fuga do réu, por si só, não pode ser vista como sinalizadora do flagrante, com o fim de possibilitar a invasão de domicílio, desprovida de autorização judicial, se não estiver presentes elementos que a justifiquem.
11. Destarte, diante da ilegalidade da busca domiciliar, na há provas nos autos que sustentem a condenação do réu, sendo devida a sua absolvição nos termos do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.
12. Recurso da defesa provido e recurso da acusação prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Turma, por maioria, decidiu dar provimento ao recurso da defesa para absolver o réu, nos termos do art. 386, VII, do CPP e julgar prejudicado o recurso da acusação, nos termos do voto do Des. Fed. Paulo Fontes, acompanhado pelo voto do Des. Fed. Mauricio Kato, vencido o Des. Fed. Relator que negava provimento à apelação da acusação e dava parcial provimento ao recurso da defesa, para reduzir a pena-base, aumentar a fração da confissão e regime inicial menos gravoso, fixando a pena de Robison Luiz Vanzella em 3 anos e 6 meses de reclusão, regime inicial aberto, e 12 dias-multa, no valor unitário de 1/30 do salário mínimo, pela prática do crime do art. 289, § 1º, do Código Penal, e substituía a pena privativa de liberdade por 2 restritivas de direitos. Lavrará o acórdão o Des. Fed. Paulo Fontes, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator para o Acórdão

RELATÓRIO

Trata-se de apelação criminal interposta pelo Ministério Público Federal e por Robison Luiz Vanzella contra a sentença que o condenou à pena de 4 (quatro) anos, 9 (nove) meses e 22 (vinte e dois) dias de reclusão, em regime semiaberto, e 97 (noventa e sete) dias-multa pelo delito do art. 289, § 1º, do Código Penal (fls. 77/83, Id n. 158403263).

Recorre o Ministério Público Federal, em síntese, alegando o seguinte:

a) a pena-base deve ser majorada em vista da personalidade do réu e das consequências do delito;

b) seja afastada a atenuante da confissão, em vista de não ser prescindível para fundamentar a condenação;

c) o regime inicial deve ser o fechado em vista das circunstâncias desfavoráveis do art. 59 do Código Penal (fls. 92/103, Id n. 158403263).

Apela a defesa, em síntese, para que:

a) o delito deve ser desclassificado para estelionato, em vista das cédulas serem falsificação grosseira, com números de série repetidos, algumas sem número de série impresso e utilização de papel grosso;

b) a pena-base seja reduzida ao mínimo legal, em vista de se tratar de réu primário, com bons antecedentes, família constituída, ocupação lícita e residência fixa;

c) a fração da atenuante da confissão deve ser maior do que a redução mínima de 1/12 (um doze avos) concedida;

d) seja fixado o regime inicial aberto;

e) devem ser aplicados os mesmos critérios utilizados na condenação da corré Priscila, em vista de tratar-se dos mesmos fatos, ambos serem primários e com bons antecedentes (fls. 5/12, Id n. 158403264).

Fora apresentadas contrarrazões pela defesa e pela acusação (fls. 17/20 e 30/36, Id n. 158403264).

A Ilustre Procuradora Regional da República, Dra. Adriana Scordamaglia, manifestou-se pelo desprovimento da apelação da acusação e pelo parcial provimento do recurso da defesa, apenas para incidir o percentual de 1/6 (um sexto) pela atenuante da confissão, reduzindo proporcionalmente a pena privativa de liberdade e a pena de multa (Id n. 158984308).

É o relatório.

Encaminhem-se os autos ao revisor, nos termos regimentais.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

VOTO

Denúncia. Robison Luiz Vanzella e Priscila da Silva Peixoto de Farias foram denunciados pela prática do crime do art. 289, § 1º, do Código Penal, porque em 16.07.14, em Lucélia (SP), Policiais Militares receberam uma denúncia anônima e flagraram os denunciados guardando 288 (duzentos e oitenta e oito) cédulas falsificadas no valor de R$ 50,00 (cinquenta reais) cada.

Consta da denúncia que, na ocasião, policiais militares receberam denuncia anônima de que um casal estaria em posse de cédulas falsas em um veículo GM Corsa, cor prata, Placas BMK-8166 e lograram êxito em localizar o automóvel estacionado em frente a uma residência na Av. Brasil, n. 495, Lucélia (SP).

Robison Luiz Vanzella estava no interior do veículo e Priscila da Silva Peixoto de Farias, em frente a residência. Nada ilícito foi encontrado no automóvel, como ambos não portavam documentos, Priscila foi autorizada a entrar na casa, para que os buscasse. No entanto, a demora para retornar à rua levantou suspeita e um dos policiais adentrou na residência, surpreendendo a acusada no momento em que ela tentava ocultar um invólucro plástico, cuja abertura revelou as notas falsas.

Enquanto os policiais procediam à constatação do crime e prisão de Priscila, Robison logrou empreender fuga. Posteriormente, a perícia confirmou a inautenticidade das cédulas e asseverou que as falsificações não são grosseiras. (fls. 3/6, Id n. 158403259).

Do processo. Os autos foram desmembrados em relação a Robison Luiz Vanzella, uma vez que o réu estava foragido, conforme consta da decisão de fls. 7/8, Id n. 158403259.

Materialidade. A materialidade foi provada por meio dos seguintes elementos:

a) auto de prisão em flagrante de Priscila da Silva Peixoto de Farias, no qual consta que Robison Luiz Vanzella evadiu do local do flagrante (fls. 9/5, Id n. 158403255);

b) auto de apresentação e apreensão, que descreve 288 (duzentos e oitenta e oito) "exemplares semelhantes à cédula de R$ 50,00" (fls. 18/19, Id n. 158403255);

c) laudo documentoscópico, que confirma a inautenticidade das notas apreendidas e conclui que não podem ser consideradas falsificações grosseiras (fls. 33/38, Id n. 158403257);

d) auto de qualificação indireta de Robison Luiz Vanzella (fl. 43, Id n. 158403257).

Autoria. A autoria resta comprovada.

Em Juízo, o réu Robison Luiz Vanzella, respondeu que já teve passagem pela polícia, mas não nunca foi preso anteriormente. Reside em Taquaritinga (SP), possui um bar alugado. É casado com a corré Priscila da Silva Peixoto de Farias com quem tem um filho de 4 (quatro) anos e outros 2 (dois) filhos de outra relação. Além do comércio, faz bicos como pintor, sendo sua renda mensal de aproximadamente R$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) líquido do bar e R$ 50,00 (cinquenta reais) por dia como pintor quando consegue algum serviço. Confessou o delito, porém, negou ter repassado as cédulas falsas para alguém, somente adquiriu e guardou as notas. Afirmou que Priscila desconhecia a existência das notas contrafeitas, só tendo conhecimento quando ele a mandou esconder o pacote. Não soube dizer como obteve ou quanto pagou pelas cédulas, pois utilizava medicamentos na época e já decorreu muito tempo, somente se lembra que um rapaz foi lhe entregar em sua casa. Assumiu que após a abordagem policial, mandou Priscila esconder as notas falsas e confirmou ter fugido do local do flagrante, se escondendo em uma mata próxima. Respondeu que não foi o responsável pela fabricação das cédulas, já as pegou prontas e não sabe o motivo de ter sido acusado de passar notas falsas no comércio, mantendo a versão de não ter utilizado as cédulas (Id n. 163221819).

Judicialmente, a testemunha Cláudio Soares Teixeira, policial militar, afirmou que estava em patrulha e recebeu uma denúncia de que um casal em um veículo corsa, cor prata estaria passando notas falsas no comércio local. Localizou o veículo na Av. Brasil em Lucélia (SP), Robison Luiz Vanzela estava na direção e Priscila do lado de fora do automóvel, em frente a residência do casal. Realizou a vistoria e encontrou somente algumas folhas de cheque em branco com Robison. Pediu os documentos de identidade dos réus e como não portavam, Priscila foi autorizada a entrar na casa. Devido a demora da corré em voltar, pediu para que seu colega, policial Rezende, fosse verificar. Seu colega foi até o portão chamar pela corré, como não houve resposta, adentrou a casa. Contou ter ouvido vozes no interior da residência questionando a entrada do policial Rezende e resolveu levar o réu Robison com ele até o interior da residência. Disse que viu Priscila escondendo um pacote em uma pilha de materiais no quintal. Afirmou que Robison, aproveitando-se da discussão dos policiais com a família de Priscila, empreendeu fuga e pulou o muro do quintal, não sendo mais encontrado. Acredita que o réu adentrou uma mata próxima ao local. Contou que ao vistoriar o pacote que Priscila tentava esconder, encontrou diversas cédulas falsas. Disse que no flagrante a corré atribuiu a culpa e propriedade das notas contrafeitas a Robison, porém, na Delegacia ela optou por manter silêncio (Id n. 163221821).

A testemunha Robson de Rezende Silva, policial militar, afirmou que estava em patrulha e recebeu uma denúncia via rádio de que um casal de nome Priscila e Robson que estavam em um veículo corsa prata e residiam na Av. Brasil em Lucélia (SP). Lograram êxito em localizar o automóvel parado em frente a uma residência na Av. Brasil e abordou o casal. Robison Luiz Vanzela estava na direção do veículo e Priscila do lado de fora. Fez uma vistoria e encontrou

com o acusado algumas folhas de cheque em branco, e como ambos não portavam documentos, Priscila foi autorizada a entrar na residência. Devido a demora da corré em retornar, adentrou a casa e foi indagado pelo pais da corré sobre o motivo de entrar na residência. Depois de esclarecida a questão, encontrou Priscila tentando esconder um pacote contendo maços de notas falsas no quintal. Disse que chamou seu colega que havia ficado vigiando Robison do lado de fora e quando eles chegaram ao quintal, o réu, aproveitando-se da confusão com os familiares de Priscila, logrou êxito em empreender fuga, pulando os muros do quintal. Contou que foram chamados reforços, porém, Robison não foi localizado. Confirmou que foram encontradas 288 (duzentas e oitenta e oito) cédulas de R$ 50,00 falsas (Id n. 163221822).

A autoria e materialidade estão comprovadas e não foram objeto da apelação.

A defesa requer a desclassificação para o delito de estelionato, em vista das cédulas serem de falsificação grosseira, com números de série repetidos, algumas sem número de série impresso e utilização de papel grosso.

Sem razão.

Consta do laudo pericial o seguinte:

> Estes signatários constataram que todos os exemplares apresentados a exame são falsos. Parte deles apresenta pequenas falhas de impressão, evidenciando a impressão tipo ofsete, onde cada cor e cada figura são impressos em momentos distintos sobre a mesma folha de papel, formando assim a figura, composta de várias cores e formatos. Além disso, outras falhas indicam a impressão da numeração de série, das chancelas do presidente do Banco Central e do Ministro da Fazenda com tecnologia diversa (provavelmente laser) e também em momentos distintos, havendo inclusive, onze exemplares sem numeração de série.
> Em relação à numeração de série, com exceção dos onze exemplares sem numeração, as cédulas apresentavam numeração bastante variada, havendo exemplares de números repetidos. As numerações variavam dentro de lotes relativamente homogêneos, onde apenas os três algarismos finais eram alterados, permanecendo os demais fixos. Os padrões de numeração apresentados são: B8285052***A (154 exemplares), B1966055***A (110 exemplares), B2415043***A (6 exemplares) e B0272062***A (9 exemplares), onde *** indica os três algarismos finais variáveis.
> (...)
> *III.* Em sendo falso, a qualidade da contrafação pode ser considerada grosseira?
> A falsificação pode ser detectada prescindindo-se de conhecimento mínimo para este fim, mas todos os exemplares apresentam aspecto pictórico que muito se aproxima do encontrado nas cédulas autênticas, além de apresentar a simulação de alguns elementos de segurança.
> Mesmo as cédulas com defeitos de impressão, como as ilustradas na figura 2, apresentam simulação da maioria dos elementos de segurança, bem como textura e coloração semelhantes às originais. Desta forma, os Peritos entendem que a falsificação não pode ser considerada grosseira.
> *IV.* Em sendo falso, pela qualidade da contração, o material tem condições de aceitação com se autêntico fosse?
> Sim, os Peritos consideram que todos os exemplares falsos reúnem atributos suficientes para confundir-se no meio circulante como se autênticos fossem. (fls. 35/37, grifos no original, Id n. 158403257).

Conforme consta do laudo pericial, das 288 (duzentas e oitenta e oito) cédulas apreendidas somente uma parte não possuía numeração (11 notas), e resta comprovado que as cédulas teriam numerações de série diferentes, o que dificultaria a imediata identificação de sua falsidade, sendo que a maioria das cédulas possuía simulação dos elementos de segurança não podendo, portanto, serem consideradas falsificações grosseiras.

Passo a análise da dosimetria.

Dosimetria. O Juízo *a quo*, ao reconhecer duas circunstâncias judiciais desfavoráveis, culpabilidade e circunstâncias do crime, fixou a pena-base em 5 (cinco) anos e 3 (três) meses de reclusão.

Sem agravantes, aplicou a atenuante da confissão na fração de 1/12 (um doze avos), perfazendo a pena 4 (quatro) anos, 9 (nove) meses e 22 (vinte e dois) dias de reclusão, a qual tornou definitiva antes a ausência de causas de aumento ou diminuição.

Utilizando o critério de proporcionalidade com a pena privativa de liberdade, fixou a pena de multa em 97 (noventa e sete) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Fixou o regime inicial semiaberto para o cumprimento de pena.

Do caso dos autos. A acusação requer a exasperação da pena-base em vista da personalidade do réu e das consequências do delito e o afastamento da atenuante da confissão.

A defesa requer que a pena-base seja reduzida ao mínimo legal, que a fração da atenuante da confissão seja maior do que a aplicada deve ser maior do que a de 1/12 (um doze avos) concedida e devem ser aplicados os mesmos critérios utilizados na condenação da corré Priscila, em vista de tratar-se dos mesmos fatos, ambos serem primários e com bons antecedentes.

Sem razão à acusação. Assiste parcial razão à defesa.

Não há o que se falar em aplicação dos mesmos critérios utilizados para dosimetria da corré em vista da individualização da pena.

A culpabilidade do réu é acentuada pela expressiva a quantidade de cédulas falsas e por ter empreendido fuga do local do flagrante, tendo permanecido foragido até o cumprimento do mandado de prisão em 09.06.19 (cfr. fl. 14, Id 158403262).

Verifica-se, ainda, que o réu ostenta antecedentes criminais, (fls. 14, 16, 19, 25/27, 39/40, 55/66 e 84/100, Id n. 158403260), constatando-se que Robison possui ao menos 1 (uma) anotação de condenação pelo art. 155 do Código Penal, cumprido em 03.06.05 (fls. 64, Id n. 158403260).

Tais circunstâncias ensejam a exasperação da pena-base, no entanto, houve excessivo rigor na sentença.

Assim, fixo a pena-base em 1/2 (metade) acima do mínimo legal, totalizando a pena 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 15 (quinze) dias-multa.

Sem agravantes, pelo que se infere dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça, a atenuante da confissão (CP, art. 65, III, *d*) incide sempre que fundamentar a condenação do acusado, pouco relevando se extrajudicial ou parcial, mitigando-se ademais a sua espontaneidade (STJ, HC n. 154544, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 23.03.10; HC n. 151745, Rel. Min. Felix Fischer, j. 16.03.10; HC n. 126108, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 30.06.10; HC n. 146825, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 17.06.10; HC n. 154617, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 29.04.10; HC n. 164758, Rel. Min. Og Fernandes, j. 19.08.10). A oposição de excludente de culpabilidade não obsta o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea (STJ, HC n. 283620, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 20.02.14; AgReg em REsp n. 1376126, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 04.02.14; Resp n. 1163090, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 01.03.11).

Portanto, mantenho a aplicação da atenuante da confissão, reduzindo a pena em 1/6 (um sexto), perfazendo a pena 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 12 (doze) dias-multa, a qual torno definitiva ante a ausência de causas de aumento ou diminuição.

A acusação requer a aplicação do regime inicial fechado em vista das circunstâncias desfavoráveis do art. 59 do Código Penal.

A defesa pugna para que seja fixado o regime inicial aberto.

Sem razão à acusação. Assiste razão à defesa.

Em que pese as circunstâncias desfavoráveis, o réu já ter cumprido pena anteriormente, verifica-se que decorreu prazo superior à 5 (cinco) anos entre o cumprimento da pena e o cometimento deste delito.

Em vista da quantidade de pena deve ser fixado o regime inicial aberto, nos termos do art. 33, § 2º, *c*, do Código Penal.

Mantenho o valor do dia-multa em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Presentes os requisitos do art. 44 do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade por 2 (duas) restritivas de direitos, consistentes em prestação pecuniária de 1 (um) salário mínimo em favor de entidade beneficente (CP, art. 43, I, c. c. o art. 45, §§ 1º e 2º) e prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas (CP, art. 43, IV, c. c. o art. 46), pelo mesmo tempo da pena privativa de liberdade, cabendo ao Juízo das Execuções Penais definir a entidade beneficiária, o local de prestação de serviços e observar as aptidões do réu.

Ante o exposto, *NEGO PROVIMENTO* à apelação da acusação e *DOU PARCIAL PROVIMENTO* ao recurso da defesa, para reduzir a pena-base, aumentar a fração da confissão e regime inicial menos gravoso, fixando a pena de Robison Luiz Vanzella em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, regime inicial aberto, e 12 (doze) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, pela prática do crime do art. 289, § 1º, do Código Penal. Substituída a pena privativa de liberdade por 2 (duas) restritivas de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária de 1 (um) salário mínimo.

É o voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

VOTO

Excelentíssimo Desembargador Federal Paulo Fontes: Inicialmente, destaco a estima e admiração que nutro pelo E. Relator do presente feito, Desembargador Federal André Nekatschalow.

Trata-se de apelação criminal interposta pelo Ministério Público Federal e por Robison Luiz Vanzella contra a r. sentença, que o condenou à pena privativa de liberdade de 4 (quatro) anos, 9 (nove) meses e 22 (vinte e dois) dias de reclusão, em regime semiaberto, e 97 (noventa e sete) dias-multa, pela prática do delito do art. 289, § 1º, do Código Penal (fls. 77/83, ID 158403263).

Em seu recurso, o Ministério Público Federal requereu a majoração da pena-base em vista da personalidade do réu e das consequências do delito; o afastamento da atenuante da confissão, em vista de não ser prescindível para fundamentar a condenação; e a fixação do regime inicial fechado em vista das circunstâncias desfavoráveis do art. 59 do Código Penal (fls. 92/103, ID 158403263).

A defesa, por sua vez, pugnou pela desclassificação para o crime de estelionato, em vista da falsificação grosseira das cédulas, com números de série repetidos, algumas sem número

de série impresso e utilização de papel grosso. Ademais, subsidiariamente, pediu a redução da pena-base ao mínimo legal; o aumento da fração da atenuante da confissão; e a fixação do regime inicial aberto (fls. 5/12, ID 158403264).

Em sessão realizada em 27 de setembro de 2021, o E. Relator proferiu voto no sentido de negar provimento à apelação da acusação e dar parcial provimento ao recurso da defesa, para reduzir a pena-base, aumentar a fração da confissão e regime inicial menos gravoso, fixando a pena de Robison Luiz Vanzella em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, regime inicial aberto, e 12 (doze) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, pela prática do crime do art. 289, § 1º, do Código Penal. Substituída a pena privativa de liberdade por 2 (duas) restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária de 1 (um) salário mínimo.

Com a devida vênia, divirjo do E. Relator.

Robison Luiz Vanzella e Priscila da Silva Peixoto de Farias foram denunciados pela prática do crime do art. 289, § 1º, do Código Penal, porque, em 16.07.14, em Lucélia (SP), Policiais Militares receberam uma denúncia anônima e flagraram os denunciados guardando 288 (duzentos e oitenta e oito) cédulas falsificadas no valor de R$ 50,00 (cinquenta reais) cada.

Segundo consta da exordial, os policiais militares receberam uma denúncia anônima de que um casal estaria em posse de cédulas falsas em um veículo GM Corsa, cor prata, Placas BMK-8166 e lograram êxito em localizar o automóvel estacionado em frente a uma residência na Av. Brasil, n. 495, Lucélia (SP).

Robison Luiz Vanzella estava no interior do veículo e Priscila da Silva Peixoto de Farias, em frente a residência. Nada ilícito foi encontrado no automóvel, como ambos não portavam documentos, Priscila foi autorizada a entrar na casa, para que os buscasse. No entanto, a demora para retornar à rua levantou suspeita e um dos policiais adentrou na residência, surpreendendo a acusada no momento em que ela tentava ocultar um invólucro plástico, cuja abertura revelou as notas falsas.

Por primeiro, cumpre destacar que o artigo 5º, inciso XI, da Constituição da República, consagrou o direito fundamental relativo à inviolabilidade domiciliar, ao dispor que *"a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial"*.

O texto constitucional traz a regra de que a residência é asilo inviolável, dando-lhe contorno de direito fundamental atrelado ao direito à proteção da vida privada e ao direito à intimidade. Contudo, em *numerus clausus,* previu exceções à regra, quais sejam: consentimento do morador; flagrante delito; desastre; prestação de socorro; e, durante o dia, por determinação judicial.

Em relação ao estado de flagrância, cujas situações estão previstas no artigo 302 do Código de Processo Penal, é necessário avaliar o caso concreto, para se constatar a legalidade do procedimento utilizado pelos Policiais para a violação do domicílio.

Quanto ao artigo 303, do Código de Processo Penal, vale ressaltar que, embora seja incontroverso que nos delitos permanentes o estado de flagrância se protraia ao longo do tempo, devem ser analisadas as circunstâncias que antecederam a violação de domicílio, de forma a verificar se evidenciam fundadas razões que embasem o ingresso no domicílio e eventual prisão em flagrante, na forma do artigo 240, § 1º, do Código de Processo Penal.

A ideia de "justa causa" ou de fundadas razões para a entrada no domicílio foi enfatizada em julgamento do Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, que repudiou a violação do domicílio em caso de flagrante, ainda que constatada a prática do crime, quando não havia justa causa que embasasse a medida.

Confira-se:

> Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão geral. 2. Inviolabilidade de *domicílio* - art. 5º, XI, da CF. Busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente. Possibilidade. A Constituição dispensa o mandado judicial para ingresso forçado em residência em caso de flagrante delito. No crime permanente, a situação de flagrância se protrai no tempo. 3. Período noturno. A cláusula que limita o ingresso ao período do dia é aplicável apenas aos casos em que a busca é determinada por ordem judicial. Nos demais casos - flagrante delito, desastre ou para prestar socorro - a Constituição não faz exigência quanto ao período do dia. 4. Controle judicial a posteriori. Necessidade de preservação da inviolabilidade domiciliar. Interpretação da Constituição. Proteção contra ingerências arbitrárias no *domicílio* . Muito embora o flagrante delito legitime o ingresso forçado em casa sem determinação judicial, a medida deve ser controlada judicialmente. A inexistência de controle judicial, ainda que posterior à execução da medida, esvaziaria o núcleo fundamental da garantia contra a inviolabilidade da casa (art. 5, XI, da CF) e deixaria de proteger contra ingerências arbitrárias no *domicílio* (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 11, 2, e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 17, 1). O controle judicial a posteriori decorre tanto da interpretação da Constituição, quanto da aplicação da proteção consagrada em tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico. Normas internacionais de caráter judicial que se incorporam à cláusula do devido processo legal. 5. Justa causa. *A entrada forçada em domicílio , sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida. 6. Fixada a interpretação de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões , devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados.* 7. Caso concreto. Existência de fundadas razões para suspeitar de flagrante de tráfico de drogas. Negativa de provimento ao recurso.(RE 603616, Relator(a): Min. GILMAR MENDES).

Por sua vez, na ATA do Recurso Extraordinário acima referido, ficou assim registrado:

> Decisão:
> O Tribunal, apreciando o tema 280 da repercussão geral, por maioria e nos termos do voto do Relator, negou provimento ao recurso e fixou tese nos seguintes termos: "A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados".

Assim, apenas na hipótese de estar configurada a justa causa para o ato invasivo, com base em elementos concretos de que o crime esteja ocorrendo no interior do domicílio, é que estará configurada a exceção ao direito previsto no artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal, em decorrência do flagrante delito.

Não obstante, no presente caso, não havia fundadas razões para que os policiais realizassem a busca e apreensão no interior da residência.

Diante do referido quadro fático, é possível verificar a ilegalidade na busca domiciliar realizada pelos policiais militares, uma vez que, ainda que havia uma denúncia anônima no sentido da guarda das notas falsas pelo casal, os acusados não se encontravam em estado de flagrância naquele momento da abordagem policial, não havendo qualquer cédula no veículo e na posse deles.

Além de não estarem em estado de flagrância, não há nos autos notícias de que, com a demora da corré na busca dos documentos dentro da casa, tenha sido franqueada a entrada dos policiais na residência pelo réu ou por outro morador do local.

A entrada no domicílio, portanto, foi realizada sem a existência de justificativa idônea que a sustentasse. A denúncia anônima indicava que os acusados estavam na posse de notas falsas, no entanto, na abordagem realizada no veículo e na revista pessoal não encontraram nenhuma cédula com eles.

Verifica-se que o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento pacífico no sentido de que *"a denúncia anônima, desacompanhada de outros elementos indicativos da ocorrência de crime, não legitima o ingresso de policiais no domicílio indicado"* (REsp n. 1.871.856/SE, relator Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, julgado em 23/6/2020, DJe de 30/6/2020).

Dessa forma, observa-se que, embora a inviolabilidade do domicílio não seja um direito absoluto, no caso em apreço, ele não poderia ter sido violado sem a existência de elementos concretos de que dentro da casa estava sendo praticado um crime.

Destaque-se que não há de se exigir uma certeza acerca da prática delitiva para que seja admitida a entrada em domicílio. É imprescindível, no entanto, a demonstração prévia de que a medida foi adotada mediante justa causa, com amparo em elementos que indicassem a suspeita da ocorrência de situação autorizadora do ingresso na casa, o que, no caso em análise, não ocorreu.

Por sua vez, não se admite que a constatação da situação de flagrância, após o ingresso no local, justifique a medida realizada pelos policiais, que entraram no domicílio, a partir de delação anônima. A autoridade policial deve ter fundadas razões para acreditar no iminente cometimento de crime no local onde a diligência vai ser cumprida.

Ademais, a fuga do réu, por si só, não pode ser vista como sinalizadora do flagrante, com o fim de possibilitar a invasão de domicílio, desprovida de autorização judicial, se não estiver presentes elementos que a justifiquem.

Destarte, diante da ilegalidade da busca domiciliar, na há provas nos autos que sustentem a condenação do réu, sendo devida a sua absolvição nos termos do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso da defesa, para absolver Robison Luiz Vanzella da prática criminosa, com fulcro no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, e julgo prejudicado o recurso da acusação.

É como voto.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator para o Acórdão

Direito Tributário



AGRAVO DE INSTRUMENTO
5012218-52.2020.4.03.0000

Agravante: CVC BRASIL OPERADORA E AGÊNCIA DE VIAGENS S.A.
Apelada: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES
Disponibilização do Acórdão: DJEN 28/10/2021

EMENTA

TRIBUTÁRIO. *STOCK OPTIONS PLAN*. NATUREZA JURÍDICA: MERCANTIL. EXERCÍCIO DE OPÇÃO DE COMPRA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. NÃO INCIDÊNCIA.
Stock options correspondem a opção de compra futura de ações da empresa pelo empregado, por valor prefixado, em geral abaixo do preço de mercado, após período de carência previamente estipulado, sendo que o acréscimo patrimonial percebido a final decorre do contrato mercantil e não da remuneração pela força de trabalho do empregado.
Não há incidência de contribuição previdenciária quando do exercício da opção de compra da "Stock Option Plans" pelo funcionário.
Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Segunda Turma decidiu, por maioria, dar provimento ao agravo de instrumento e julgar prejudicado o agravo interno, nos termos do voto do senhor Desembargador Federal relator, acompanhado pelo voto do senhor Desembargador Federal Peixoto Junior; vencido o senhor Desembargador Federal Carlos Francisco, que dava parcial provimento ao agravo de instrumento apenas para afastar a incidência de multa e demais acréscimos na proporção do depósito judicial efetivamente realizado antes do decurso do prazo para recolhimento do tributo controvertido, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela CVC Brasil Operadora e Agência de Viagens S.A contra decisão interlocutória (id 30883725) proferida na ação ordinária de origem, que indeferiu parcialmente o pedido de tutela provisória de urgência para que a União se abstivesse de exigir do Agravante contribuições previdenciárias sobre a folha de salários e demais contribuições de terceiros (Salário-Educação, INCRA, SESC, SENAC e SEBRAE) em razão de ganhos eventuais e não remuneratórios oriundos de plano de *stock option*.

A agravante sustenta, em síntese, que as contribuições previdenciárias e de terceiros não podem ser exigidas ante a ausência da habitualidade (eventualidade) dos ganhos. A natureza contratual do *stock option plan*. A exigência de contribuições previdenciárias e de terceiros só pode ocorrer quando a remuneração seja paga ou creditada de forma habitual, conforme se infere da redação do artigo 201, § 11, da Constituição Federal: "§ 11. Os ganhos habituais

do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e consequente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei". Ausente caráter remuneratório. Caráter mercantil do Plano de *Stock Option*. A efetiva existência de risco em relação ao Plano em análise. Subsidiariamente: não incidência de contribuições previdenciárias em razão da natureza do ganho.

Ao final, requer-se o provimento do presente recurso para que seja parcialmente reformada a r. decisão agravada no tocante ao indeferimento do pedido de tutela provisória de urgência relativo às contribuições previdenciárias sobre a folha de salários e demais contribuições de terceiros (Salário-Educação, INCRA, SESC, SENAC e SEBRAE), determinando-se a suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Subsidiariamente, requer-se que se reconheça que a r. decisão agravada cassou liminar anteriormente vigente e, por isso, aplica-se à Agravante a regra de exoneração da multa moratória prevista no artigo 63, § 2º, da Lei nº 9.430/96.

Em suas contrarrazões a agravada aduz a falta de interesse de agir, pois, no caso dos autos, não há qualquer procedimento administrativo fiscal em curso, instaurado pela Receita Federal face aos Autores, de modo que não há falar de pretensão resistida. Sustenta a ilegitimidade ativa dos autores pessoas físicas. Por meio da presente Ação, o que se tenciona é o afastamento de obrigações tributárias (contribuição previdenciária patronal, contribuição a terceiros e Imposto de Renda Retido na Fonte –IRRF) cujo pagamento recai sobre as pessoas jurídicas empregadoras, no caso a autora CVC BRASIL OPERADORA E AGÊNCIA DE VIAGENS S.A. Deveras, as obrigações questionadas são devidas pela pessoa jurídica empregadora. Exsurge daí, claramente, a ilegitimidade ativa "ad causam" dos autores, pessoas físicas que inadvertidamente foram colocadas no polo ativo da demanda originária. Afinal, no que tange à essas obrigações, inexiste relação jurídica entre essas pessoas físicas e a ré UNIÃO a legitimar a presença daquelas como autores da presente lide.

Indeferida a antecipação de tutela.

Atravessada petição intermediária de agravo interno (id 135772746) para reconsideração da decisão monocrática ou o julgamento do recurso pelo Colegiado.

É o relatório.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

VOTO

Exmo. Sr. Dr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator):

DA FALTA DE INTERESSE DE AGIR

Sustenta a agravada que não há atualmente qualquer procedimento administrativo fiscal instaurado contra os Autores para cobrar débitos relativos a IR e Contribuição Previdenciária incidentes sobre a aquisição das ações por conta da adesão ao plano de *stock options*. Logo, constata-se que não é necessário qualquer provimento jurisdicional.

Contudo, ao contestar o feito principal, argumenta ser perfeitamente legítima a incidência de IRPF e da contribuição previdenciária sobre a diferença entre o valor de exercício do direito de opção de compra de ação e o valor de mercado desta. Assevera haver ganho patrimonial, de caráter remuneratório, nas operações de opção de compra de ações.

Assim, ainda que não exista qualquer procedimento administrativo fiscal em curso em face dos autores, o próprio teor da contestação apresentada evidencia a resistência ao pedido formulado, configurando a lide e, pois, o interesse de agir.

Afasto, portanto, a preliminar de falta de interesse de agir da autora.

DA LEGITIMIDADE ATIVA DOS AUTORES PESSOAS FÍSICAS

Por meio da ação de origem, o que se tenciona é o afastamento de obrigações tributárias (contribuição previdenciária patronal, contribuição a terceiros e Imposto de Renda Retido na Fonte – IRRF) cujo pagamento recai sobre as pessoas jurídicas empregadoras, no caso a autora CVC BRASIL OPERADORA E AGÊNCIA DE VIAGENS S.A.

Por outro lado, a questão posta recai sobre a possibilidade de tributação pelo IRPF sobre os coautores pessoas físicas da ação principal.

Assim, não há que se falar em ilegitimidade ativa dos coautores, pois o que está em discussão é a averiguação da possibilidade ou não de tributação pelo IRPF pela operação de compra de "stock options" pelos empregados da agravante, situação que afeta diretamente a esfera patrimonial dos coautores.

Ademais, não há que se falar em ilegitimidade ativa dos coautores pessoa física, por não serem parte do presente recurso.

Assim, afasto a preliminar de ilegitimidade ativa dos coautores da ação originária.

No mérito, a controvérsia posta no presente recurso cinge-se à análise da natureza jurídica, remuneratória ou mercantil, das "stock options" e sobre a incidência de contribuição previdenciária patronal e a destinada a terceiras entidades (Salário-Educação, INCRA, SESC, SENAC e SEBRAE) nas operações de compra, para fins de determinação de suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

STOCK OPTIONS PLAN - NATUREZA MERCANTIL

Stock options consiste na possibilidade do empregado comprar ações da empresa em que ele trabalha, por valor prefixado em valor geralmente menor que o de mercado, após um período de carência estipulado previamente. Tal possibilidade decorre da relação de emprego existente entre a empresa e seus empregados, sugerindo a ocorrência de uma retribuição pelo trabalho.

Trata-se de instrumento geralmente utilizado para captação e manutenção de empregados qualificados, com conhecimento e experiência relevantes para o empregador.

A doutrina trabalhista empresta caráter mercantil ao instituto da *stock option*, na medida em que os empregados não são obrigados a efetuar a opção de compra de ações, bem assim em razão da assunção dos riscos inerentes ao negócio.

O professor Sérgio Pinto Martins, acerca da natureza jurídica das "stock options", ensina que:

> "A natureza jurídica da opção de compra de ações é mercantil, embora feita durante contrato de trabalho, pois representa mera compra e venda de ações. Envolve a opção um ganho financeiro, sendo até um investimento feito pelo empregado nas ações da empresa. Por se tratar de risco do negócio, em que as ações ora estão valorizadas, ora perdem seu valor, o empregado pode ter prejuízo com a operação. É uma situação aleatória, que nada tem a ver com o empregador em si, mas com o mercado de ações" (Repertório IOB de jurisprudência nº 16/01, página 304).

O que se tem, na verdade, é um programa de incentivo oferecido pelo empregador com duplo aspecto: por um lado, visa contemplar os empregados com determinada vantagem na aquisição de ações (vendidas com deságio em relação ao preço de mercado); e, por outro giro, ter a contrapartida de que o optante, com evidente objetivo de conquistar retorno do capital investido, desempenhe com maior afinco as suas atividades laborativas, sobretudo na busca de atingir os resultados estabelecidos pela empresa, os quais alavancarão o lucro da empresa e, por consequência, trarão a esperada valorização de suas ações.

A própria Fazenda Nacional, em seu apelo, ao fazer a distinção entre *stock options* e *employee stock options*, reconhece a inexistência de norma jurídica a respeito da tributação do tema, inserindo o "deságio" desta última como uma política de remuneração a ser regida pelo disposto no artigo 22, incisos I e III, da Lei nº 8.212/1991, e por não constar da exclusão do salário de contribuição tratada no §9º do artigo 28 da Lei de Custeio, o que, contudo, respeitado o entendimento em sentido contrário, não encontra amparo legal (Princípio da Legalidade Tributária), nem mesmo na Lei nº 12.973/2014, também não havendo habitualidade, bem como porque o vínculo de trabalho apenas delimita as partes contratantes, sendo todos os demais aspectos tipicamente mercantis.

Este Relator já se manifestou sobre esta matéria no acórdão de nº 0007172-79.2015.4.03.6100, prolatado pela C. Segunda Turma desta E. Corte, votação unânime, j. 28/03/2017, conforme excerto, "in verbis":

> "*Stock options* consiste na possibilidade de o empregado comprar ações da empresa em que ele trabalha, por valor prefixado geralmente menor que o valor de mercado, após um período de carência estipulado previamente. Tal possibilidade decorre da relação de emprego existente entre a empresa e seus empregados, sugerindo a ocorrência de uma retribuição pelo trabalho.
> No entanto, o acréscimo patrimonial percebido decorre de um contrato mercantil, não cuidando de uma remuneração pelo trabalho realizado pelo empregado, afastando a incidência da contribuição previdenciária estabelecida pelo art. 22, I, da Lei nº 8.212/91."

Nesse sentido:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. CONTRIBUIÇÕES DESTINADAS A TERCEIROS. PLANO DE *STOCK OPTIONS*. NATUREZA NÃO REMUNERATÓRIA. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. 1. Os planos de *stock options* correspondem à opção de compra futura de ações da empresa pelo empregado, por valor prefixado, em geral abaixo do preço de mercado, após período de carência previamente estipulado. 2. O acréscimo patrimonial percebido a final decorre do contrato mercantil e não da remuneração pela força de trabalho do empregado. 3. Afastamento da incidência da contribuição previdenciária estabelecida pelo artigo 22, I, da Lei nº 8.212/91 e das contribuições destinadas a terceiros. 4. Agravo de Instrumento provido. (TRF 3ª Região, 1ª Turma, AI nº 5029235-04.2020.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Wilson Zauhy, DJ 23/02/2021)

> "PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA ...*STOCK OPTIONS*. ...
> ...
> XI - *Stock options* correspondem a opção de compra futura de ações da empresa pelo empregado, por valor prefixado, em geral abaixo do preço de mercado, após período de carência previamente estipulado. O acréscimo patrimonial percebido a final decorre do contrato mercantil e não da remuneração pela força de trabalho do empregado, o que afasta a incidência da contribuição previdenciária estabelecida pelo art. 22, I, da Lei nº 8.212/91.
> ...
> XXIII - Remessa oficial e apelação do impetrante parcialmente providas. Apelação da União desprovida. (TRF 3ª Região, 1ª Turma, AMS 00177625220144036100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ZAUHY, Julgado em 19/07/2016, Fonte e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/07/2016)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. APLICAÇÃO DO ARTIGO 557, *CAPUT*, DO CPC. AUSÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS PARA AUTORIZAR A REFORMA DA DECISÃO AGRAVADA.
(...)
Ao que se refere ao *stock options* e *cash options*, nada mais são, em síntese, do que mecanismos de bonificação variável, usualmente oferecidos a executivos ou funcionários, atrelados ao desempenho da empresa. Quanto ao Hiring Bônus, este é devido ao empregado unicamente em razão de sua contratação, como forma de indenização (pelo eventual desconforto e incertezas pelos quais irá passar ao trocar de emprego) pelo desligamento da sua antiga empresa e início do trabalho na autora.
(...)
4. Agravo legal desprovido. (TRF 3ª Região, 2ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 365430 - 0022429-47.2015.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA RIBEIRO, julgado em 23/04/2019, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/05/2019)

Verifico que, no ato da assinatura do contrato individual com a adesão à opção de compra das ações da Companhia, cujo exercício de compra futura, caso seja avaliado como favorável ao investidor, o obrigará ao pagamento do preço prometido, havendo, portanto, desembolso financeiro do próprio optante o que se contrapõe com a recepção de remuneração decorrente do trabalho.

Ademais, verifico que os planos de outorga de ações foram ofertados aos aderentes sem periodicidade e sem previsibilidade, caracterizando-se, assim, como eventuais, razão pela qual entendo não preenchido o requisito da habitualidade no pagamento.

Destarte, de rigor, consoante a fundamentação supra, reconheço que a oferta de opção de compra de ação (*Stock Options Plan*) é veiculada por meio de contrato de natureza mercantil, com as características do tipo, tais como, onerosidade, voluntariedade e risco, de modo que, não há que se falar em incidência de contribuição previdenciária, nos termos do inciso I do art. 22 da Lei 8.212/91, haja vista que tal aquisição não corresponde à remuneração paga, devida ou creditada a qualquer título pelo empregador em retribuição ao trabalho.

Ante o exposto, dou provimento ao agravo de instrumento.

Agravo interno prejudicado.

É como voto.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

VOTO

O Exmo. Desembargador Federal Carlos Francisco: Trata-se de agravo de instrumento interposto pela CVC BRASIL OPERADORA E AGÊNCIA DE VIAGENS S.A. contra decisão interlocutória que indeferiu parcialmente o pedido de tutela provisória de urgência anteriormente deferido no que toca ao afastamento de contribuições previdenciárias e de terceiros.

O e.Relator deu provimento ao agravo de instrumento, ao argumento de que o acréscimo patrimonial percebido decorre de um contrato mercantil, não cuidando de uma remuneração pelo trabalho realizado pelo empregado, afastando a incidência da contribuição previdenciária estabelecida pelo art. 22, I, da Lei nº 8.212/91 pelo exercício da opção de compra das "stock options". Contudo, tenho outro entendimento.

Há divergências a respeito à tributação de rendimentos gerados por *Employee Stock Options* entre a data do negociação (ou outorga) e a data do exercício das opções, notadamen-

te: a) se a pessoa física deve recolher apenas IR exclusivo como ganho de capital em mercado de renda variável (às alíquotas no art. 21 da Lei nº 8.981/1995, na redação dada pela Lei nº 13.259/2016), e sem incidência de contribuição previdenciária (patronal e do empregado); ou, b) se há produto do trabalho sujeito à tabela progressiva do IRPF nos moldes da Lei nº 7.713/1988 (como antecipação do devido na declaração) e, também, à contribuição previdenciária (patronal e do empregado), conforme a Lei nº 8.212/1991. No mesmo contexto está o tratamento tributário do IRPJ e da CSLL, previsto para a empresa em conformidade com o art. 33 da Lei nº 12.973/2014.

Portanto, a discussão posta nos autos não diz respeito a ganhos ou perdas em período posterior ao exercício da opção de compra pelo diretor, gerente o empregado, pois desde o momento em que as ações passaram a integrar o patrimônio da pessoa física, por certo a exigência será apenas de Imposto sobre a renda segundo o art. 21 da Lei nº 8.981/1995 (com a redação da Lei nº 13.259/2016) e demais aplicáveis.

A meu ver, a operação com *Employee Stock Options* terá natureza de negócio mercantil de renda variável se apresentar elementos mínimos desse mercado específico, como risco, fluxo financeiro e transparência. Todavia, essa transação terá contornos de remuneração do trabalho se o plano de *Stock Options* não expuser a pessoa física a risco no momento da contratação ou outorga da opção, pois daí se resumirá a estratégia da empresa para manter seu diretor, gerente ou empregado por determinado período de tempo, ou pagamento de prêmio ou bônus de produtividade na forma de ações. A obscuridade do plano empresarial ainda pode distorcer o legítimo contorno de *Employee Stock Options*, convertendo-as em ilegítimas *Phantom Stock Options*, com repercussões em várias searas jurídicas penalizadas pelo ordenamento jurídico.

Para fundamentar meu voto, primeiro comparo opções com ações em bolsa de valores (regido por múltiplos diplomas normativos e por práticas do mercado de capitais) com *Employee Stock Options*, para depois analisar o caso dos autos.

Em se tratando de negociações com opções de ações em bolsas de valores, temos, a) partes: comprador (ou investidor) e vendedor (ou lançador); b) objeto: prerrogativa (opção) de compra/venda relativa a uma ação; c) dia da negociação (ou outorga): quando as partes celebram o contrato de opção; d) *strike*: preço unitário e futuro de uma ação, estabelecido pelo comprador e pelo vendedor, no dia da negociação, como referência para o exercício (ou não) da opção; e) prêmio: valor pago no momento da negociação (ou outorga) pelos direitos concernentes à opção (substancialmente menor que o *strike*); f) dia e hora do exercício da opção: momento no qual o *strike* é comparado com o preço de mercado então praticado para uma ação; e g) dia da liquidação: quando o valor total da transação (baseado no *strike*) será pago se a opção for exercida. Já no dia da negociação, é necessário que o titular da prerrogativa eventualmente a ser exercida apresente garantias patrimoniais para honrá-la em caso de exercício, sendo conferidas e confirmadas por entidades que intermediam o negócio (notadamente a bolsa de valores).

Assim, nesses negócios tipicamente mercantis e de renda variável (marcados pelo risco, pelo fluxo financeiro e pela transparência), há, necessariamente: um primeiro momento, o dia da negociação ou outorga, no qual comprador e vendedor transacionam apenas a opção de compra/venda uma ação, quando então é pago o prêmio (que não será devolvido, mesmo que a opção não seja exercida); e um segundo momento, o dia do exercício, no qual essa opção pode ou não ser exercida, considerando a comparação do *strike* com o preço da ação praticado em bolsa de valores (cujas transações são transparentes e auditadas por vários mecanismos). A opção "vira pó" se não for exercida, mas se for executada, haverá um terceiro momento, o dia da liquidação, no qual será feito o pagamento integral da transação com base no *strike*.

No mercado de opções em bolsas de valores, a transação pode ser do tipo CALL (opção de compra) pela qual o investidor adquire o direito de comprar uma quantidade específica de ações. O investidor espera que, no dia do exercício, o preço praticado em bolsa esteja superior ao do *strike*, e por isso paga (ao vendedor) um prêmio por essa opção; já o vendedor espera que o preço não suba o suficiente até o dia do exercício, para assim ganhar o prêmio e seguir com a ação em valorização. Logo, há um contrato entre duas partes que possuem interesses inversos, porque as opções CALL são adquiridas pelo investidor com expectativa de alta no valor das ações, ao passo em que o vendedor ou lançador da opção espera que o preço aumente mas não ao ponto de superar o *strike*.

Em bolsas de valores também há a transação do tipo PUT (opção de venda), pela qual o comprador adquire o direito de exercer a opção de venda de ativo por um determinado preço em uma data futura, geralmente em razão do receio de queda do valor do título mobiliário, enquanto o vendedor dessa opção tem a obrigação de comprar esse ativo na data do exercício, apurado pelo *strike*. Nesse caso, o comprador (em regra, proprietário das ações) se protege contra quedas acentuadas do papel, daí porque paga o prêmio ao vendedor que se compromete a adquirir as ações caso o preço praticado em bolsa seja inferior ao *strike*.

Como se vê, entre o dia da negociação (ou outorga) e o dia do exercício, tanto nas opções CALL quanto nas PUT, há traços essencialmente mercantis típicos de renda variável, com interesses legítimos mas divergentes entre as partes: risco, no ganho/perda do prêmio pago no momento da contração da opção, e na execução do contrato pelo *strike* (se estiver acima/abaixo do preço de mercado); fluxo financeiro, com o obrigatório pagamento do prêmio no dia da negociação (ou outorga), e eventual pagamento do total executado (com base no *strike*) se houver o exercício da opção; e transparência, pois os negócios são validados pela bolsa de valores já na negociação da opção (pela garantia de patrimônio suficiente para a liquidação), e, sobretudo, porque os preços são os das ações de companhias abertas são determinados pelo mercado.

Diretores, gerentes, administradores e empregados podem adquirir ações ou negociar opções da empresa aberta na qual trabalham (respeitadas as regras de *insiders* e de *compliance*) mediante transações segundo regras, preços, práticas e competição do mercado de renda variável em bolsa de valores (quando então, obviamente, a tributação será de renda variável).

Tratando-se de *Employee Stock Options*, o lançador é a empresa e o investidor é pessoa que presta serviços a essa mesma pessoa jurídica (diretor, gerente, administrador ou empregado, dependendo do plano), daí porque essas opções são geralmente pessoais e intransferíveis e têm como objetivo, via de regra, estimular o comprometimento do adquirente para com a empresa. Por isso, geralmente há exigência de considerável tempo de prestação de serviços do adquirente à empresa lançadora após o dia da negociação ou outorga da opção (período de carência, ou *vesting period*), sob pena de perda do direito ao exercício da opção; assim, os adquirentes dessa opção trabalham na expectativa de valorização da ação de empresa empregadora como forma de participar financeiramente desse crescimento, em comunhão de interesses.

É possível que a operação com *Employee Stock Options* seja caracterizada como negócio mercantil mesmo se feita por empresa de capital fechado e com plano oferecido apenas a profissionais que ocupam cargos elevados da empresa, mas para isso a transação deve ter, cumulativamente, risco, fluxo financeiro e transparência (elementos presentes no mercado de renda variável).

O empregador não pode eliminar o risco do trabalhador-investidor dispensando-o do pagamento do prêmio quando da negociação da opção, ou ainda permitir que a liquidação do

contrato seja feita apenas após o trabalhador ter acesso às ações e a possibilidade de vendê-las em mercados. Tratando-se de plano de *Employee Stock Options* com data de exercício fixada para um ou alguns anos após o dia da negociação, quando muito seria possível cogitar flexibilidade na dispensa de garantia ofertada pelo trabalhador-investidor no dia da transação ou outorga (friso, essa garantia é indispensável para opções negociadas em bolsa de valores). A empresa lançadora não pode transferir as ações antes da liquidação com base no *strike*, pois daí inexistirão risco e fluxo financeiro que caracterizam os negócios mercantis de renda variável. À evidência, nesses casos o trabalhador só tem a ganhar e, sem risco, exercerá o direito de opção, venderá as ações e, depois, pagará a empresa lançadora, prática que perde qualquer relação lógica e jurídica com o mercado de renda variável.

E, também, o preço da ação, no dia do exercício da opção, não poderá ser fixado de modo obscuro para fins de comparação com o *strike*, prejudicando a transparência em mercado de risco. No caso de *Employee Stock Options* lançadas por empresa de capital fechado, o plano deve ter critérios claros e objetivos para a definição do preço da ação no dia do exercício da opção (já que não há transações em bolsa para determinar o *quantum* que será comparado ao do *strike*), de modo que, para a proteção do próprio trabalhador-investidor, esse preço não pode ser arbitrado por órgãos superiores da empresa sem parâmetros, até porque representaria distorção da licitude e da boa-fé que marcam os negócios jurídicos.

Na verdade, o favorecimento da empresa em relação ao seu empregado demonstra que o propósito do plano de *Employee Stock Options* é remuneratório. Embora seja legítimo que empresas procurem manter seus empregados por longos períodos, ou que busquem ganhos de produtividade estimulando seus trabalhadores e colaboradores, a eliminação do risco, do fluxo financeiro e da transparência mostra o viés remuneratório ou salarial do pagamento baseado em ações, ainda que formalizado em plano de *Employee Stock Options*.

Portanto, se caracterizada como negócio de renda variável (com risco, fluxo financeiro e transparência), a empresa lançadora dará o devido tratamento contábil e fiscal à transação com *Employee Stock Options* (p. ex., receita obtida com o prêmio e, depois, com a transferência da ações deve ser registrada para fins de IRPJ e de CSLL), inexistindo ônus com contribuição previdenciária patronal. Já o trabalhador-investidor se sujeitará apenas pelo IR exclusivo quando da venda das ações (como ganho de capital, às alíquotas no art. 21 da Lei nº 8.981/1995, na redação dada pela Lei nº 13.259/2016, na forma exclusiva), e sem incidência de contribuição previdenciária sobre esses valores.

Contudo, se descaracterizada a transação como renda variável, os valores totais com *Employee Stock Options,* apurados entre o dia da negociação (ou outorga) e o dia do exercício, serão considerados como rendimentos do trabalho pagos em ação, sujeitas: para a pessoa jurídica, ao tratamento contábil e fiscal descrito no art. art. 33 da Lei nº 12.973/2014 (para fins de IRPJ e de CSLL), além da exigência contribuição previdenciária patronal e de terceiros (Lei nº 8.212/1991 e demais aplicáveis), bem como às retenções na fonte de IRPF pela tabela progressiva (Lei nº 7.713/1988) e de contribuição previdenciária do trabalhador (Lei nº 8.212/1991).

A rigor, já há muito tempo a legislação tributária exige incidências sobre os denominados "salários indiretos", e o pagamento em forma de ações é mais um desses meios indiretos de remuneração do trabalho. O significado jurídico de salário inclui comissões, percentagens, prêmios e gratificações pagas pelo empregador ao empregado como contraprestação de serviço, sendo o bom desempenho ou produtividade o claro propósito econômico desses pagamentos (art. 457, §§1º e 4º da CLT).

O E.STF, no RE 565160, Pleno, v.u., Rel. Min. Marco Aurélio, j. 29/03/2017, firmou a seguinte Tese no Tema 20: *"A contribuição social a cargo do empregador incide sobre ganhos habituais do empregado, quer anteriores ou posteriores à Emenda Constitucional 20/1998"*. A habitualidade no pagamento traz ínsita a noção de frequência no tempo, mas a periodicidade não precisa ser mensal e nem simétrica, bastando que seja previsível e atrelada ao serviço do trabalhador prestado ao tomador, sendo apenas desonerado o pagamento feito por liberalidade do contratante, desvinculado de metas de produtividade, de métodos gerenciais ou correlatos (p. ex., gestos humanitários do empregador em relação a seus empregados).

A isenção condicionada do art. 28, I, §9º, "j", da Lei nº 8.212/1991, é aplicável apenas à participação nos lucros ou resultados pagos pela empresa a seus empregados se respeitada a Lei nº 10.101/2000, não sendo extensível quando os parâmetros forem imprecisos ou fixados unilateralmente pela empresa. E os acréscimos decorrentes do plano de *Employee Stock Options* não podem ser equiparado a abono ou ganhos eventuais, previstos no art. 28, § 9º, "e", item 7, da mesma Lei nº 8.212/1991, justamente quando se caracterizarem como rendimentos vinculados ao trabalho.

Não prosperam os argumentos de inexistência de aquisição de disponibilidade econômica e jurídica de renda ou de inexistência de ganhos do trabalho (no plano constitucional e no plano infraconstitucional, mesmo em face do art. 43 e seguintes do CTN). Para as empresas (tributadas pelo regime de competência), o art. art. 33 da Lei nº 12.973/2014 dá claros regramentos para as exigências de IRPJ e de CSLL, lógica extensível para a contribuição previdenciária patronal e de terceiros (Lei nº 8.212/1991 e outras). Quanto às pessoas físicas, muito embora a regra seja o regime de caixa para IRPF e para contribuição previdenciária (Lei nº 7.713/1988 e Lei nº 8.212/1991), a aquisição de disponibilidade econômica e jurídica ou o ganho do trabalhado se dá no dia do exercício das opções e não no momento da venda das ações (quando há a disponibilidade financeira ou a imediata "utilidade da renda", conforme o E.STJ, REsp. Nº 983.134 - RS, Segunda Turma).

É verdade que a exigência de IRPF e de contribuição previdenciária do empregado (observada a responsabilidade na fonte da empresa) com base em ganhos apurados no dia do exercício da opção leva o trabalhador ao ônus tributário no momento do exercício da opção de compra (antes de receber o numerário pela venda das ações), representando exceção à regra geral do regime de caixa aplicável às pessoas físicas. Também é certo que, se o trabalhador mantiver as ações após a liquidação da transação, estará sujeito às oscilações do mercado de renda variável (como qualquer outra operação dessa natureza). Contudo, esses não são motivos jurídicos suficientes para postergar o IRPF e a contribuição previdenciária do trabalhador apenas para o momento da venda futura das ações, porque o ganho adquirido (jurídica e economicamente) no dia do exercício da opção. Além de inexistir autorização legal para essa postergação, a tributação da pessoa física (Lei nº 7.713/1988 e Lei nº 8.212/1991) no momento do exercício da opção fica coerente com a tributação da pessoa jurídica (art. 33 da Lei nº 12.973/2014, Lei nº 8.212/1991 e outras), bem como igual ao ônus do trabalhador que recebe salário e compra ações da empresa qual trabalha, mesmo porque há meios para contornar a liquidez da operação (p. ex., entrega de ações em quantidade equivalente ao montante líquido da remuneração pelo trabalho, descontadas as exigências de IRPF e de contribuição do trabalhador, ou a fonte pagadora assumindo o ônus tributário integral do trabalhador que quer prestigiar).

Na Solução de Consulta COSIT 258/2018, a Receita Federal do Brasil firmou entendimento sobre a incidência de IRPF na fonte pela tabela progressiva mensal, no momento em que ocorrer o efetivo pagamento dos rendimentos (considerando-se como tal a entrega de recursos pela fonte pagadora, mesmo mediante depósito em instituição financeira em favor

do beneficiário). Sobre a contribuição previdenciária, essa mesma Solução de Consulta COSIT 258/2018 indica a exigência da quota patronal (art. 22, I e II, da Lei 8.212/1991), bem como das contribuições dos segurados empregados (art. 20, art. 28, I, e art. 30, I, "a", também da Lei 8.212/1991, cujo fato gerador dessa remuneração variável somente se aperfeiçoará quando restar efetivamente configurada a remuneração (ou seja, quando, solicitado o resgate da premiação pelo participante, é quantificada a retribuição pelo seu trabalho, ainda que o pagamento ou crédito ocorra posteriormente).

Reconheço controvérsia no âmbito deste E.TRF quanto à tributação sobre ganhos com *Stock Options*: pela exigência como ganho do trabalho, p. ex., 6ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5026559-24.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal FABIO PRIETO DE SOUZA, julgado em 09/09/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 16/09/2020 (com os respectivos embargos de declaração, julgados em 21/06/2021, DJEN DATA: 25/06/2021); pela incidência como ganho de renda variável, p. ex., 1ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5029235-04.2020.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal WILSON ZAUHY FILHO, julgado em 23/02/2021, DJEN DATA: 12/03/2021, e 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5016444-08.2017.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 16/10/2018.

Em suma, em meu entendimento, para a caracterização da *Employee Stock Options* sujeita à tributação de renda variável e sem incidência de contribuição previdenciária (patronal e do trabalhador), é necessário que o plano da empresa estipule, com transparência e objetividade, o prêmio e os critérios para definição do *strike* e do preço da ação no dia do exercício da opção, bem como que exija a liquidação integral da transação antes da entrega das ações para o trabalhador-investidor que exercer a opção de compra. O risco que marca o mercado de renda variável exige que o diretor, gerente, administrador ou empregado: a) pague o prêmio no momento da negociação ou outorga da opção, não podendo ser diferido para o dia previsto para o exercício da prerrogativa de compra; b) pague o montante da liquidação da opção exercida (segundo o *strike*) antes de vender essas mesmas ações. E, no caso de a empresa ter capital fechado, o preço de mercado das ações deve ser o extraído no momento do exercício da opção, não podendo ser arbitrado previamente quando da negociação ou outorga da opção, e nem calculado por critérios subjetivos da direção superior da empresa.

No caso dos autos, os argumentos da agravante não comportam acolhimento. No âmbito da estreita cognição deste recurso, e nesta fase processual, não há elementos apontando no sentido de que os beneficiários das opções teriam efetivamente pago prêmios para adquirir a opção, o que poderia indicar o propósito remuneratório da operação. Também merecem melhor análise probatória os critérios considerados para que definição do *strike* e do preço das ações no dia do exercício das opções, notadamente para definir se houve algum favorecimento indevido dos diretores, gerentes e administradores da CVC.

Contudo, o depósito integral depósito integral do montante litigioso é razão legítima para a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nos moldes do art. 151, II, do CTN. Trata-se de faculdade do contribuinte, cabendo à autoridade fiscal competência a avaliação da suficiência do montante do depósito realizado.

O E.STJ definiu a interpretação restritiva do art. 151, II, do Código Tributário Nacional, na Súmula 112 ("O deposito somente suspende a exigibilidade do credito tributário se for integral e em dinheiro") e no REsp 1156668/DF (2009/0175394-1), Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, m.v., j. 24/11/2010, DJe 10/12/2010, no qual foi firmada a seguinte Tese no Tema 378: "A fiança bancária não é equiparável ao depósito integral do débito exequendo para fins de

suspensão da exigibilidade do crédito tributário, ante a taxatividade do art. 151 do CTN e o teor do Enunciado Sumular n. 112 desta Corte."

Como a anterior decisão proferida pelo juízo de primeiro grau determinava o depósito judicial do montante controvertido, a pretendida exclusão de multa e acréscimos (formulada neste agravo) deverá ser na proporção do montante litigioso efetivamente realizado antes do decurso do prazo para recolhimento do tributo controvertido, uma vez que era ônus do contribuinte assim proceder em cumprimento da anterior decisão judicial.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao agravo de instrumento apenas para afastar a incidência de multa e demais acréscimos na proporção do depósito judicial efetivamente realizado antes do decurso do prazo para recolhimento do tributo controvertido.

Desembargador Federal CARLOS FRANCISCO

AGRAVO EM APELAÇÃO CÍVEL
5000720-40.2021.4.03.6105

Agravante: LUXTEC - SISTEMAS OPTICOS LTDA - EPP
Agravada: R. DECISÃO DE FLS.
Apelante: LUXTEC - SISTEMAS OPTICOS LTDA - EPP
Apelada: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 16/10/2021

EMENTA

AGRAVO INTERNO. CAUTELAR ANTECEDENTE. PARCELAMENTO. SIMPLES NACIONAL. MORATÓRIA. PANDEMIA DE COVID 19. AUSENTE AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA OU DO EXECUTIVO PARA A POSTERGAÇÃO DO PAGAMENTO DE TRIBUTOS FEDERAIS. INAPLICABILIDADE DA RESOLUÇÃO CGSN 154/20 E DA PORTARIA MF 12/12. RECURSO DESPROVIDO.
Os parcelamentos, como favores fiscais que são, sujeitam-se em primeiro lugar ao princípio da estrita legalidade (artigo 155/A do CTN) e por isso mesmo são avenças de adesão; ao contribuinte só resta anuir com os termos do acordo, descabendo qualquer ingerência dele - ou do Judiciário, sob pena de afronta a separação de poderes - nas cláusulas do favor concedido.
Trata-se, portanto, de uma opção do contribuinte, o qual deve atender e anuir a todas as suas determinações.
Noutras palavras, cumpre ao contribuinte preencher todos os requisitos previstos na lei concessora e seus regulamentos para dele gozar, sob pena de indeferimento do pedido ou revogação do favor fiscal.
A moratória depende de lei (art. 97, c.c. o art. 151, I, ambos do CTN) e não é tarefa do Poder Judiciário imiscuir-se nas funções constitucionais do Legislador para concedê-la, antecipando ou ultrapassando a competência estrita do Poder Legislativo. E a moratória individual – já devidamente autorizada pela lei – também depende de ato do poder público; assim, não cabe ao Judiciário tomar o lugar do Executivo e dispensar temporariamente o pagamento de tributos.
O plenário do STF, em substancioso julgado, destacou que "A capacidade institucional, ausente em um cenário de incerteza, impõe auto-contenção do Judiciário, que não pode substituir as escolhas dos demais órgãos do Estado por suas próprias escolhas (VERMEULE, Adrian. Laws Abnegation. Cambridge: Harvard University Press, 2016. p. 130, 134-135)..." (ADC 42, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 28/02/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-175 DIVULG 12-08-2019 PUBLIC 13-08-2019). Isso se aplica à perfeição no momento atual.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

RELATÓRIO

O Desembargador Federal Johonsom di Salvo, Relator:

Cuida-se de cautelar antecedente proposta por LUXTEC – SISTEMAS OPTICOS LTDA - EPP em face da Fazenda Nacional, com a qual pretende ver reconhecido judicialmente tanto o direito a suspensão da exigibilidade de débitos fiscais como a manutenção no Simples Nacional.

Em face da sentença que rejeitou os pedidos, extinguindo a demanda com julgamento de mérito e condenando a requerente ao pagamento de honorários advocatícios no montante de 10% do valor dado à causa (art. 85 do C.P.C.) a requerente apelou. Recurso respondido.

A decisão monocrática proferida por este Relator negou provimento ao apelo.

Neste agravo interno a autora requer a reforma da decisão agravada, de modo a determinar a emissão da CND em favor da agravante, suspendendo a exigibilidade do débito, uma vez que a mesma pretende regularizá-lo após o julgamento da ação principal que será proposta no prazo legal, que certamente apontará valores cobrados em excesso pela União Federal. Recurso respondido.

É o relatório.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

VOTO

O Desembargador Federal Johonsom di Salvo, Relator:

Cuida-se de agravo interno interposto pela autora contra decisão monocrática deste Relator, que negou provimento ao apelo.

Os argumentos apresentados no agravo não abalaram a fundamentação e a conclusão exaradas por este Relator.

Os parcelamentos, como favores fiscais que são, sujeitam-se em primeiro lugar ao princípio da estrita legalidade (artigo 155/A do CTN) e por isso mesmo são avenças de adesão; ao contribuinte só resta anuir com os termos do acordo, descabendo qualquer ingerência dele - ou do Judiciário, sob pena de afronta a separação de poderes - nas cláusulas do favor concedido.

Trata-se, portanto, de uma opção do contribuinte, o qual deve atender e anuir a todas as suas determinações.

Noutras palavras, cumpre ao contribuinte preencher todos os requisitos previstos na lei concessora e seus regulamentos para dele gozar, sob pena de indeferimento do pedido ou revogação do favor fiscal.

O caso envolve, efetivamente, uma moratória.

A moratória depende de lei (art. 97, c.c o art. 151, I, ambos do CTN) e não é tarefa do Poder Judiciário imiscuir-se nas funções constitucionais do Legislador para concedê-la, antecipando ou ultrapassando a competência estrita do Poder Legislativo.

A moratória individual – já devidamente autorizada pela lei – também depende de ato do poder público; assim, também não cabe ao Judiciário tomar o lugar do Executivo e dispensar temporariamente o pagamento de tributos. Essa continência do Judiciário se justifica de fato e de direito, pois além de infiltrar-se em assunto que legal e constitucionalmente não lhe diz respeito, o Judiciário impertinente acabaria por desequilibrar as finanças públicas e o custeio das incumbências estatais.

A capacidade (ou competência, como dizem alguns) para a concessão de moratória é tratada em *numerus clausus* no CTN, como segue:

> Art. 152. A moratória somente pode ser concedida:
> I - em caráter geral:
> a) pela pessoa jurídica de direito público competente para instituir o tributo a que se refira;
> b) pela União, quanto a tributos de competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, quando simultaneamente concedida quanto aos tributos de competência federal e às obrigações de direito privado;
> II - em caráter individual, por despacho da autoridade administrativa, desde que autorizada por lei nas condições do inciso anterior.
> Parágrafo único. A lei concessiva de moratória pode circunscrever expressamente a sua aplicabilidade à determinada região do território da pessoa jurídica de direito público que a expedir, ou a determinada classe ou categoria de sujeitos passivos.

O Juiz não é eleito. Não é representante popular e por isso não pode atravessar as políticas públicas, a não ser em situações que envolvam direitos da pessoa humana. O magistrado que concede a moratória individual rompe a regra de capacidade acima indicada, ofendendo o art. 2º da CF, e culmina por quebrar a isonomia entre os contribuintes, insultando mais uma vez a Constituição Federal.

É jurisprudência assentada no STF que concessão ou extensão de benefício fiscal não é da alçada do Judiciário: ARE 1181341 AgR-terceiro, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 21/02/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-053 DIVULG 11-03-2020 PUBLIC 12-03-2020 - ARE 928139 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 17/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-185 DIVULG 04-09-2018 PUBLIC 05-09-2018 - RE 1052420 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 17/11/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-279 DIVULG 04-12-2017 PUBLIC 05-12-2017.

Ou seja, "na esteira da jurisprudência firmada no Supremo Tribunal Federal, não cabe ao Poder Judiciário, sob pretexto de atenção ao princípio da isonomia, atuar como legislador positivo concedendo benefícios tributários não previstos em lei" (AI 801087 AgR-segundo, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 22/02/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-047 DIVULG 08-03-2019 PUBLIC 11-03-2019). Ainda: "a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de não competir ao Poder Judiciário atuar como legislador positivo para estabelecer isenções tributárias ou redução de impostos" (ARE 905685 AgR-segundo, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 26/10/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-237 DIVULG 07-11-2018 PUBLIC 08-11-2018).

Trata-se principalmente de obediência ao art. 150, § 6º da Magna Carta.

O Juiz deve ter em mente o art. 20 da LINDB ("nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão") – que parece estar sendo lido por poucos – de modo que conceder moratória individual, até sem maior atenção ao caso específico de empresas que continuam sendo muito bem sucedidas em tempos de crise, pode ter consequências trágicas para a execução dos infinitos serviços que a lei comete ao Poder Executivo, dentre eles o próprio combate contra a pandemia do modo como a doença exija seja feito, o que caracterizaria um efeito perverso e um círculo viciado: por conta da pandemia não se recolhem tributos e não sendo pagos os tributos não há recursos adequados para se lutar contra a pandemia.

O plenário do STF, em substancioso julgado, destacou que "A capacidade institucional, ausente em um cenário de incerteza, impõe autocontenção do Judiciário, que não pode substi-

tuir as escolhas dos demais órgãos do Estado por suas próprias escolhas (VERMEULE, Adrian. Laws Abnegation. Cambridge: Harvard University Press, 2016. p. 130, 134-135)...” (ADC 42, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 28/02/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-175 DIVULG 12-08-2019 PUBLIC 13-08-2019).

Há que se considerar outro fator nesta questão. Existem mecânicas de tributação federais que envolvem o recolhimento de impostos devidos aos Estados (v.g, o ICMS) e municípios (ISS-QN); se o Judiciário federal conceder a desejada moratória, estará interferindo em cenário onde não tem competência constitucional, gerando prejuízos para pessoas jurídicas de direito público que sequer foram chamadas ao processo.

São perfeitamente possíveis moratórias, remissões e anistias, nesta hora que talvez seja a mais difícil por que passa o país nos últimos tempos. Mas essas medidas não dependem – e não podem depender – do Poder Judiciário, que está longe de ser onipotente.

No ponto, não se deve deslembrar que conforme o art. 154 do CTN, de regra a moratória só se refere aos créditos fiscais já constituídos, já que se ainda não houve o lançamento do débito não há como tratar de prazo de pagamento.

Até por causa disso, é de todo conveniente que o Judiciário mantenha seus braços longe da competência legislativa, visando não contribuir com mais balbúrdia em tema delicado.

Ajudar financeiramente as empresas e até os cidadãos desfavorecidos não é condenável, muito pelo contrário. Mas isso deve ser feito – e já está sendo feito pelo Executivo e pelo Congresso Nacional, os únicos atores constitucionalmente possíveis nesse cenário - com a adoção de medidas cabíveis para o enfrentamento econômico das agruras que essa peste - tardiamente declarada como pandemia pela própria OMS, que até o início de março e quando 37 países já se achavam em contaminação (inclusive a Itália), recusava-se a proceder dessa forma - trará para os empresários e os trabalhadores.

Notoriamente, vivemos uma época – e não apenas um período – de exceção; isso implicará no surgimento de peculiaridades nas relações entre o Poder Público e os jurisdicionados, como, por exemplo, os contribuintes e os contratados em licitação pública. Alguns paradigmas clássicos do Direito Administrativo (tais como a ‘teoria da imprevisão’, o ‘fato do príncipe’, o ‘pacta sunt servanda’, a supremacia do interesse público, etc.) talvez tenham que ser revisitados para que não sobrevenha a ruína do administrado e tampouco o desbaratamento da Administração.

Mas o regulamento que possa surgir dessa necessidade NÃO deverá ser objeto de ativismo judicial – muitas vezes, senão todas, desconhecedor das especialidades de cada caso – que ultrapassa, e muito, as capacidades constitucionais do Poder Judiciário.

Não é dado ao Judiciário (que não é um poder eleito e por isso não representa a vontade popular) atropelar, com arrogante ativismo, o comportamento que o Poder Público poderá tomar em relação aos administrados (e que já tem nuances na Lei nº 13.979/2020), para ditar soluções ao seu alvedrio, inclusive sob a égide da adoção de procedimentos mediativos, já existentes ou que possam ser legislativamente criados.

Vale registrar que este é o entendimento desta C. Sexta Turma:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR. COVID-19. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE OU POSTERGAÇÃO DO PAGAMENTO DE TRIBUTOS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.
> 1. Sustenta a agravante a sua pretensão na Portaria nº 12/2012, do Ministério da Fazenda, quanto à prorrogação de pagamento de tributos federais em caso de reconhecimento de calamidade pública.

2. Verifica-se que o artigo 3º da Portaria instituiu uma condição, a qual a RFB e a PGFN devem, nos limites de suas competências, expedir os atos necessários para a implementação e definir os municípios abrangidos pelo decreto estadual que tenha reconhecido o estado de calamidade pública, o que não ocorreu até o presente momento.
3. A questão sub judice envolve, efetivamente, uma moratória.
4. A moratória depende de lei (art. 97, c.c. o art. 151, I, ambos do CTN) e não cabe ao Poder Judiciário investir-se nas funções constitucionais do Legislador para concedê-la, ultrapassando, assim, a competência estrita do Poder Legislativo.
5. Em que pese a situação sem precedentes a qual o país enfrenta por conta da pandemia do COVID-19, não cabe a intervenção do Poder Judiciário, na adoção de Políticas Públicas, em substituição dos demais Poderes, concedendo moratória tributária ou prorrogar vencimentos de tributos.
6. Agravo de instrumento desprovido.
(TRF 3ª Região, 6ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5010378-07.2020.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal DIVA PRESTES MARCONDES MALERBI, julgado em 06/07/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 09/07/2020)

E ainda: TRF 3ª Região, 6ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5007979-05.2020.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSOM DI SALVO, julgado em 19/06/2020, Intimação via sistema DATA: 23/06/2020.

O plenário do STF, em substancioso julgado, destacou que "A capacidade institucional, ausente em um cenário de incerteza, impõe auto-contenção do Judiciário, que não pode substituir as escolhas dos demais órgãos do Estado por suas próprias escolhas (VERMEULE, Adrian. Laws Abnegation. Cambridge: Harvard University Press, 2016. p. 130, 134-135)..." (ADC 42, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 28/02/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-175 DIVULG 12-08-2019 PUBLIC 13-08-2019). Isso se aplica à perfeição no momento atual.

Ante o exposto, *nego provimento ao agravo interno.*

É como voto.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

Sentenças



AÇÃO CIVIL PÚBLICA CÍVEL
0003229-28.2014.4.03.6120

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Réus: UNIÃO E MUNICÍPIO DE ARARAQUARA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE ARARAQUARA/SP
Juiz Federal: MÁRCIO CRISTIANO EBERT
Disponibilização da Sentença: REGISTRO EM TERMINAL 27/09/2021

SENTENÇA

I — RELATÓRIO

Trata-se de ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal contra a União, Furnas Centrais Elétricas e Município de Araraquara, por meio da qual se pretende a obrigação das duas primeiras rés à descontaminação de áreas potencialmente degradadas, bem como a condenação dessas requeridas ao pagamento de indenização por danos materiais e morais decorrentes do dano ambiental. Pede-se também a condenação das três requeridas à obrigação de realizar estudos por intermédio de órgãos oficiais sobre a importância da antiga Estação Ferroviária do Ouro na perspectiva do patrimônio histórico, paisagístico e cultural e, caso confirmado o interesse público na preservação do bem, a condenação das rés à restauração do complexo, segundo projeto do órgão competente pela preservação do patrimônio histórico-cultural.

A inicial narra que a ação deriva de inquérito civil que apurou irregularidades no armazenamento de óleo ascarel na área denominada Estação do Ouro, compreendendo tanto o local onde funcionava a estação ferroviária quanto em área próxima onde se localizava estação elétrica atualmente desativada, de responsabilidade da ré Furnas Centrais Elétricas S.A. Essa substância, sabidamente tóxica e cancerígena, era utilizada como isolante em transformadores e outros equipamentos elétricos utilizados pela RFFSA e pela Furnas Centrais Elétricas. Os indícios de contaminação da área foram constatados em análises efetuadas pela CETESB, que verificou a presença no solo de concentrações expressivas de um dos compostos químicos presentes no óleo ascarel.

Dadas as suas características físicas, o óleo ascarel tem potencial de contaminar o solo e os corpos de água próximos, inclusive o lençol freático. A substância não é biodegradável, de modo que o único controle eficaz é a descontaminação da área atingida, obrigação que na visão do MPF deve recair sobre a União (na condição de sucessora da RFSSA) e da Furnas Centrais Elétricas, cada qual segundo a responsabilidade pelos equipamentos que utilizavam o óleo ascarel, nas respectivas áreas.

Quanto ao pedido relacionado ao patrimônio histórico-cultural, o autor sustenta que a União e o Município de Araraquara (atual cessionário da área) têm a obrigação de realizar estudos para avaliar o valor histórico das instalações da antiga Estação do Ouro. E caso reconhecida a importância do conjunto arquitetônico, a União tem a obrigação de restaurar o bem segundo diretrizes do IPHAN, órgão responsável pela preservação do patrimônio histórico nacional.

Na primeira decisão lançada nos autos (fls. 47-52) concedi liminar determinando o cercamento e retirada de eventuais invasores das áreas onde se localizam as ruínas da Estação Ferroviária do Ouro e da estação elétrica desativada onde há suspeita de contaminação por óleo ascarel. Em razão do acolhimento de embargos de declaração interpostos pela ré Furnas

Centrais Elétricas (fls. 133-139), a decisão foi aclarada para a correta identificação da área da estação elétrica desativada que integra o objeto da ação (fl. 160). A União (fls. 72-99) e a Furnas Centrais Elétricas S.A. (fls. 371-383) agravaram da decisão que antecipou os efeitos da tutela, sendo que ambos os recursos estão pendentes de julgamento.

Em sua contestação (fls. 100-128) a União alegou preliminares de ilegitimidade passiva e carência da ação. No primeiro caso alegando que os imóveis indicados na inicial foram transferidos em guarda provisória ao Município de Araraquara, de modo que apenas esse ente pode responder por eventuais irregularidades na área — alternativamente, na hipótese de não acolhimento da prefacial, requereu a formação de litisconsórcio passivo com o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT, atual titular dos bens da extinta RFFSA. E no segundo sob o argumento de que a ação civil pública não se presta a dar efetividade a normas de caráter programático, como é o caso daquelas relacionadas à preservação do meio-ambiente e do patrimônio histórico.

No mérito, sustentou que não cabe ao Poder Judiciário intervir em atos típicos de gestão da competência de outro Poder, como é o caso das políticas públicas direcionadas à preservação do patrimônio histórico. Quanto ao dano ambiental, argumentou que parte dos equipamentos que utilizavam essa substância foram retirados do local quando da desativação da estação. Os indícios de contaminação residual por certo foram causados pela manipulação ou mesmo furto de equipamentos por invasores da área, de modo que a responsabilidade pelo dano ambiental não recai sobre a União. Ponderou que a solução do problema da contaminação na área depende da realocação das famílias de invasores que ali residem, providência que não é da competência da União.

Em sua defesa a ré Furnas Centrais Elétricas S.A. apontou litispendência em relação a ação anterior de mesmo objeto que tramitou na 2ª Vara Cível da Comarca de Araraquara (autos nº 0004842-29.2011.8.26.0037. No mérito, disse que desde abril de 1988 não utiliza nem estoca óleo ascarel. Especificamente no caso da área da estação desativada, ponderou as análises não comprovam a contaminação por óleo ascarel.

Em réplica (fls. 355-361) o MPF solicitou que a ré Furnas Centrais Elétricas S.A. fosse instada a apresentar certidão de objeto e pé da ação nº 0004842-29.2011.8.26.0037 e, caso confirmada a coincidência de objetos entre os feitos, que fosse acolhida a preliminar de litispendência em relação a essa requerida. Após a juntada da certidão (fl. 434) o autor se manifestou no sentido do reconhecimento da litispendência, *"... para excluir a demandada FURNAS do polo passivo, reduzindo-se objetiva e subjetivamente o escopo desta demanda no que tange à recuperação ambiental da área relativa à Subestação de Energia Elétrica de Furnas, prosseguindo a presente demanda apenas em relação aos fatos relacionados à Estação do Ouro"* (fls. 437-440). A decisão da fl. 458 acolheu a alegação de litispendência, determinando a exclusão da Furnas Centrais Elétricas S.A do feito.

Às fls. 362-365 a União apresentou a minuta de despacho do IPHAN e parecer da Procuradoria Federal, dando conta da avaliação da autarquia quanto à inexistência de interesse na preservação do conjunto arquitetônico da Estação do Ouro.

Foi realizada perícia, sendo os laudos juntados às fls. 717-737, 763-789 e 806-814.

Em alegações finais (fls. 816-821) o MPF ponderou que a prova técnica não deixa dúvida da existência de contaminação do solo por óleo ascarel na área da antiga Estação Ferroviária do Ouro, impondo-se aos réus a obrigação de isolar e realizar a descontaminação da área. Defendeu a existência de interesse histórico e cultural na Estação Ferroviária do Ouro, o que por si só demanda a obrigação da União e do Município de Araraquara na conservação do

bem. Em nova manifestação (fls. 824-825) requereu que os réus sejam compelidos a isolar adequadamente a área abrangida pela contaminação.

A União (fl. 833)se reportou a manifestações anteriores nas quais defende a inexistência de provas de contaminação por óleo ascarel (fls. 100-128, 748 e 795-797). Já o Município de Araraquara se limitou a requerer a procedência do pedido (fl. 836).

É a síntese do necessário.

II — FUNDAMENTAÇÃO

A preliminar de ilegitimidade arguida pela União não se sustenta. Não há dúvida de que a área onde funcionava a antiga Estação Ferroviária do Ouro pertence à União, na condição de sucessora da RFFSA. O estado de abandono da área faz presumir que o complexo não compõe o acervo operacional da extinta RFFSA, de modo que não se trata de área afetada ao DNIT. A cessão de uso do imóvel ao Município de Araraquara (fl. 419-420) do apenso tampouco repercute na legitimidade da União, a uma porque esse ajuste não implica na transferência de propriedade e a duas porque o alegado dano ambiental é anterior à cessão. O único efeito da cessão de uso é o compartilhamento da responsabilidade entre a proprietária e a cessionária pela integridade do local, enquanto persistir esse ajuste.

Superada a prefacial, passo ao exame das questões de fundo, iniciando pela pretensão de preservação e restauração do complexo da antiga Estação Ferroviária do Ouro na perspectiva do interesse histórico, paisagístico e cultural.

Na primeira decisão que proferi (fls. 47-52) sinalizei que o atual estado de conservação da antiga Estação Ferroviária do Ouro tornava improvável o interesse na recuperação do complexo, até mesmo porque praticamente só sobraram as paredes do prédio que um dia abrigou uma estação ferroviária. Essa impressão foi confirmada pelas informações do IPHAN (fls. 364-365) no sentido de que não há interesse em incluir esse bem na lista do patrimônio cultural ferroviário, o que por si só afasta a pretensão de conservação e recuperação da área.

E embora a definição do interesse na preservação do patrimônio histórico, cultural e paisagístico se paute por critérios técnicos, segundo protocolos em constante processo de aperfeiçoamento, as características do complexo da Estação do Ouro tornam improvável a futura inclusão desse sítio na lista dos bens que justifiquem a conservação e restauração dos edifícios. Além do péssimo estado de conservação — na prática, as instalações se resumem a paredes de prédios abandonados há décadas — o complexo se situa em local de difícil acesso, distante pelo menos dois quilômetros da área urbana de Araraquara.

A título de comparação, vale a pena destacar dois imóveis localizados em Araraquara que são tão antigos quanto a Estação do Ouro, mas que, ao contrário deste, permitem que até mesmo um leigo identifique valor histórico que justifique sua conservação. O primeiro é o casarão localizado na agrovila do assentamento Bela Vista do Chibarro, construção de 1880 que, a despeito do precaríssimo estado de conservação, ainda impressiona por sua imponência. O segundo é a simpática Estação Ferroviária de Bueno de Andrada, símbolo da época de ouro do transporte ferroviário de passageiros; — diferentemente do casarão do assentamento Bela Vista do Chibarro, a estação está em razoável estado de conservação, funcionando como sede da subprefeitura do distrito e centro cultural.

Por conseguinte, não demonstrada a existência de valor histórico, paisagístico ou cultural que recomende a conservação e restauração do bem, esse pedido deve ser rejeitado.

Passo ao exame da questão principal, que diz respeito à contaminação da área por óleo ascarel.

O óleo ascarel faz parte do rol de substâncias que foram úteis à humanidade até o momento em que se descobriu que causavam muito mais danos do que benefícios. É o caso do chumbo, que por décadas podia ser encontrado em todo tipo de produto para consumo, como na solda dos enlatados, no revestimento de tanques e, em doses impensáveis hoje em dia, nas tintas utilizadas nas pinturas artísticas — é sabido que Francisco Goya e Cândido Portinari morreram em decorrência do envenenamento por chumbo e que Van Gogh apresentava diversas manifestações clínicas associadas ao saturnismo, dentre as quais o aumento da retina, o que faz com que o doente enxergue uma auréola em volta dos objetos, efeito que foi explorado em suas telas.

Outro bom exemplo são os clorofluorcarbonetos (CFCs), conjunto de substâncias que durante décadas foram utilizadas como propelentes de aerossóis e gases expansores empregados para a produção de polímeros na forma de espuma e líquidos refrigerantes de geladeiras e aparelhos de ar condicionado — ou seja, não havia lar que não contasse com produtos associados à dispersão de CFC. Além da eficiência nas aplicações a que se destinavam, os CFCs eram considerados seguros para o contato humano, pois não apresentam cheiro, toxidade e não são inflamáveis. Todavia, no final dos anos 1970 surgiram evidências de que a utilização maciça de CFC estava causando buracos na camada de ozônio, fina película da estratosfera que protege o planeta das radiações ultravioletas do sol. A partir daí acordos firmados pela maioria dos países (o mais abrangente é o Protocolo de Montreal) restringiram a utilização de CFC, substituindo essas substâncias por outros compostos menos nocivos ao meio-ambiente.

A escritora espanhola Rosa Monteiro, no festejado ensaio biográfico sobre o luto que focaliza a cientista Marie Curie, conta que elementos radioativos como o rádio foram utilizados como panaceia para os mais variados males e até para fins estéticos, como bem exemplifica um anúncio do creme Alpha-Radium: *"A radioatividade é um elemento essencial para manter saudáveis as células da pele"*. Rosa Monteiro explica que *"... o delírio radioativo abarcava muitas outras áreas além da meramente estética. Se colocassem uma bolsa com rádio no escroto, os homens impotentes se curavam; se a bolsa fosse atada à cintura, você não sofria mais de artrite. Os banhos radioativos restabeleciam o vigor, e um pouco de rádio curava males como nevralgias ou catarros. Sarah Dry conta que, inclusive, se confeccionou uma lã radioativa para fazer roupas dos bebês: 'Ao tricotar peças para seu bebê, use lã O-Radium, uma preciosa fonte de calor e energia vital, que não encolhe nem amassa'. É claro que assusta ler algo assim. O rádio estava presente em todas essas preparações em quantidades ínfimas, é claro, porque se tratava de uma substância muito difícil de obter e, por conseguinte, caríssima; mas mesmo naquelas doses mínimas o nível de radiação era muito superior ao admitido hoje. Esse frenesi do mercado por tirar vantagem econômica da nova mina de ouro é conhecido e repugnante, sobretudo quando você se dá conta de que provavelmente comercializaram lãs tóxicas como um produto para bebês justamente porque era cara, já que pelos nossos filhos estamos dispostos a fazer mais sacrifícios (pense naquelas famílias de escassos recursos, pense numa criança com saúde frágil, pense em pais que não podem pagar um bom médico, mas que, fazendo muito esforço, compram essa lã cintilante e supostamente curativa com a qual tricotarão para o bebê doente um amoroso casaquinho radioativo)"*.

Ascarel é a denominação comercial aplicada no Brasil de óleo que integra um grupo de compostos químicos chamados de bifenilas policloradas (PCB). Trata-se de fluído estável, de baixíssima solubilidade, baixa flamabilidade, baixa condutividade elétrica e elevada capacidade térmica, características que o tornam perfeito para a utilização como isolante em transformadores de alta tensão. O produto foi sintetizado na Alemanha no Século XIX, mas a produção em escala industrial iniciou por volta de 1920, alcançando o ápice em 1970, quando foram

produzidas cinquenta mil toneladas de PCBs. Estima-se que a produção mundial acumulada tenha sido de 1,2 milhão de toneladas, dos quais 60% foram utilizados como fluido isolante de equipamentos elétricos[1].

Posteriormente se descobriu que as vantagens das bifenilas policloradas não se comparam à nocividade desses compostos químicos para os seres vivos, em especial para os humanos. Além de ser altamente cancerígena, a contaminação com óleo ascarel pode causar problemas nos sistemas imunológico, cardiovascular, endócrino, gastrointestinal, respiratório e reprodutivo, bem como pode causar interferências hormonais durante a gestação que podem levar a más-formações congênitas. Os efeitos nocivos do óleo ascarel resultam tanto do contato direto com a substância (ingestão, contato pela pele ou aspiração) quanto pelo contato indireto, por meio do consumo de água, vegetais ou produtos de animais contaminados.

O potencial contaminante dos PCBs foi reconhecido oficialmente em 1966 e em 1978 surgiram as primeiras leis que restringiram seu uso nos Estados Unidos, em razão dos riscos causados aos seres humanos. Em 1983 foi publicada lei proibindo o uso de PCBs no território americano a partir de 1988.

No Brasil, a comercialização e utilização de PCBs em equipamentos novos foi proibida pela Portaria Interministerial nº 19, de 29 de janeiro de 1981. A portaria também proibiu o descarte de PCBs ou de produtos que os utilizam *"... nos cursos e coleções d'água ou locais expostos a intempéries"*. Contudo, ao mesmo tempo que fechou uma porta a norma manteve aberta uma janela, pois permitiu a utilização de PCBs nos equipamentos abastecidos com óleo ascarel, até sua substituição integral ou a troca do fluído dielétrico por produto isento de PCBs. Sucede que a substituição é evento imprevisível, uma vez que o produto possui alta estabilidade (é quase imperecível) de modo que pode ser utilizado de forma permanente, sendo necessária apenas a filtragem periódica. A propósito da persistência dos PCBs, colho passagem do parecer da empresa Botura Consultoria encomendado pela Rede Ferroviária Federal S.A. (fls. 219-252 do apenso):

> Ambientalmente, a persistência dos PCB é o maior problema. A baixa pressão de vapor permite sua fácil dispersão na atmosfera. Sua elevada estabilidade, biodegradabilidade desconsiderável no ambiente e insulabilidade em água permite fácil transporte em meios aquosos. Porém, sua elevada lipossolubilidade permite sua rápida fixação no tecido gorduroso de organismos vivos, distribuindo-se por toda a cadeia alimentar.

No mesmo sentido é a conclusão da perita nomeada pelo juízo:

> Devido às suas características de não biodegradabilidade, bacteriostaticidade e bioacumulação, as PCBs (base do óleo ascarel) são classificadas internacionalmente como "poluentes orgânicos persistentes" (POPs). A sua não biodegrabilidade, significa que essas substâncias não são processadas por nenhum microrganismo da natureza e, como possuem também elevada

1 As informações sobre as origens, volumes de produção, nocividade ao ser humano e restrições à utilização dos PCBs foram colhidas no relatório que fundamenta o PL 1.075-B, de 2011 (disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=389E2A372F4227301C61957E8400F656.node1?codteor=950079&filename=Avulso+-PL+1075/2011), no artigo "Toxicologia das Bifenilas Policloradas" (disponível em https://revistas.ufrj.br/index.php/oa/article/download/5662/4247+&cd=3&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br) e na Ficha de Informação Toxicológica das Bifelinas Policloradas da CETESB (disponível em https://cetesb.sp.gov.br/laboratorios/wp-content/uploads/sites/24/2020/07/PCBs-Bifenilas-policloradas.pdf).

> estabilidade química, permanecem no meio ambiente por períodos de tempo extremamente longos. Por serem substâncias bioacumulativas, tendem a acumular-se nas células dos seres vivos, constituindo sério risco para a estabilidade do ecossistema terrestre e para a saúde dos seres humanos (fl. 733).

Daí porque o óleo ascarel continuou sendo utilizado por décadas após a proibição de sua comercialização — o caso dos autos é um bom exemplo disso, pois há indícios de que o óleo ascarel foi utilizado até a desativação definitiva da Estação do Ouro, no final da década de 1990.

A conjugação entre o enorme volume de produção global e a persistência do produto resultou na dispersão generalizada de moléculas de PCBs no meio-ambiente. Nesse sentido, transcrevo didática lição sobre a dinâmica de PCBs no ambiente e a exposição da população, extraída de artigo dos professores Claudio Eduardo de Azevedo e Silva, João Paulo Machado Torres e Olaf Malm que será juntado na sequência desta sentença:

> Em 1966, a presença de resíduos de PCB na biota foi descoberta após a pesquisa realizada por Sören Jensen em um programa de investigação de acúmulo do inseticida p,p'-DDT no ambiente (Boon 1986). Desde então, investigações em muitas partes do mundo têm revelado ampla distribuição dos PCBs em amostras ambientais, sendo o transporte atmosférico o principal mecanismo para a dispersão global desses compostos (Lang 1992, Tanabe *et al.* 1987). As Bifenilas Policloradas presentes no solo e em águas superficiais entram na atmosfera pela volatilização. Uma vez na atmosfera estará presente tanto na fase vapor, quanto adsorvida no material particulado. Através de ciclos de volatilização, condensação e deposição, estes compostos podem ser transportados pela atmosfera de áreas de baixa e média latitude em direção a áreas de alta latitude, formando um gradiente translatitudinal conhecido por "efeito de destilação global" (ATSDR 2000).
> O transporte destes compostos através de espécies migradoras também pode ocorrer. Em pesquisa realizada com a espécie de salmão Oncorhynchus nerka, em lagos no Alaska, foi observado que esta espécie em sua migração de reprodução transportava PCBs para os lagos em que desovavam. Devido a esta espécie morrer após a reprodução, toda a carga corpórea destes compostos era depositada no lago (Krummel *et al.* 2003).
> No ambiente marinho, as principais formas de entrada destes contaminantes ocorrem pela descarga dos rios, pelo escoamento continental em áreas costeiras e pela precipitação atmosférica nas áreas oceânicas (Solé *et al.* 2001). A precipitação atmosférica poderá ocorrer por três processos: a deposição úmida, a deposição seca e a difusão na interface água-ar (Dachs *et al.* 2002). A precipitação atmosférica é a principal fonte de contaminação para águas oceânicas (Schulz *et al.* 1988). Davis (1993) ao avaliar o grau de contaminação de áreas costeiras e oceânicas sugere que os PCBs apresentam maiores concentrações em águas oceânicas.
> Enquanto em ambiente dulcícola as principais formas de entrada destes contaminantes ocorrem pelo despejo direto do poluente, pelo escoamento continental e pela precipitação atmosférica. Após entrarem no ambiente aquático, estas substâncias, devido a sua baixa solubilidade em água, tendem a ser adsorvidas pelo material particulado em suspensão e pelo sedimento ou se solubilizar em biofilmes superficiais ou tecidos vivos. Estes compostos são capazes de ser bioacumulados pela biota e biomagnificar através da cadeia trófica (Hoivik & Safe 1998, EPA 1999a, Froescheis *et al.* 2000). A migração de PCBs do solo para a água do lençol freático é pouco favorecida pela grande estabilidade de ligação entre estes compostos e o solo (WHO 2003).
> Em peixes, a principal via de assimilação dos PCBs é a alimentação. Embora, os compostos dissolvidos na água possam entrar por difusão através das brânquias e do tecido epitelial. Os peixes teleósteos marinhos bebem grande quantidade de água do mar e excretam o excesso de eletrólitos para minimizar a perda de água para o ambiente hiperosmótico. Por-

> tanto, neste caso os PCBs dissolvidos também podem ser absolvidos através do intestino, tal qual o alimento contaminado. Já os elasmobrânquios não precisam ingerir água do mar. Estes animais usam uma combinação de solutos para manter a osmolaridade intracelular e extracelular equilibrada com o ambiente, com a uréia desempenhando um papel relevante para a osmoregulação. Portanto, não há expressiva entrada de contaminantes dissolvidos via sistema digestório. Em espécies bentônicas os poluentes no sedimento também poderão ser absorvidos pelo organismo através da pele (Boon 1986, Ballantyne 1997). A adsorção destes compostos dissolvidos na superfície corporal, com subseqüente absorção por difusão é outro importante mecanismo de assimilação para alguns organismos, assim como: o zooplâncton e o fitoplâncton (Miyamoto 1996).
> Após terem sido absorvidos pelo organismo, os PCBs são distribuídos pela circulação e estão sujeitos a excreção, a biotransformação e a estocagem (Miyamoto 1996). A bioacumulação depende da capacidade de absorção e eliminação de um organismo e das propriedades físico-químicas do composto (Borgã *et al.* 2001). Em peixes estes compostos apresentam grande meia-vida. Um estudo realizado com enguias determinou que a meia-vida do PCB-153 era superior a dez anos (UNEP 2002).
> (...)
> A maior parte da população está exposta aos PCBs através do ar, da ingestão de água e alimento (WHO 2003). Embora a principal forma de exposição pareça ser através do consumo de alimento contaminado, particularmente carne, peixe e frango (ATSDR 2000). Alguns autores relatam que o consumo de peixes é a principal fonte de exposição humana a contaminantes ambientais como os PCBs (Alcock *et al.* 1998, EPA 1999a, EPA 1999b, Smith & Gandolli 2002, Sidhu 2003, Storelli *et al.* 2003). Em áreas contaminadas com organoclorados, o consumo de peixes pode ser uma fonte significativa destes compostos para os humanos (Bayarri *et al.* 2001).

Em 2001 o Brasil se tornou signatário da Convenção de Estocolmo sobre Poluentes Orgânicos Persistentes. No que interessa ao presente caso, a convenção proíbe a utilização de PCBs pelos signatários e determina sua eliminação definitiva até 2025. A Convenção foi aprovada pelo Congresso em maio de 2004 e promulgada por meio do Decreto nº 5.472, de 20 de junho de 2005. Em 2011 os deputados federais José Luiz Penna e Sarney Filho apresentaram o Projeto de Lei nº 1.075-B, que dispõe sobre a eliminação controlada de PCBs. Inicialmente o projeto propunha a eliminação definitiva de PCBs e a descontaminação dos equipamentos que os utilizam até 2020, mas sua tramitação está sem movimentação desde 2018.

Em suma, o atual quadro proíbe a comercialização de óleo ascarel e recomenda fortemente a desativação dos equipamentos ainda abastecidos com esse produto, dando curso a processo de eliminação definitiva da substância que, segundo o atual panorama, só vai se encerrar em 2025.

Descendo para o caso dos autos, a primeira observação que faço é que no inquérito civil a RFSSA apresentou relatório encomendado à Bottura Consultoria, Solos e Águas Subterrâneas Ltda (fls. 86-108 do apenso). O relatório informa que não há informação por parte da RFFSA da utilização de ascarel nas instalações da Estação Ferroviária do Ouro, mas apenas de óleos minerais. Tal afirmação encontra suporte nas análises químicas realizadas em 18 amostras de solo e águas subterrâneas, que não detectaram traços de óleo ascarel, porém constataram a presença de óleo mineral em algumas amostras do solo (fls. 123-147). O relatório conclui que *"A situação identificada no presente estudo indica que a área ocupada pela Subestação Ouro oferece risco de exposição direta aos voláteis derivados do óleo mineral presentes no solo. Considerando os cenários e as vias de exposição apresentadas acima, este risco é minimizado ou eliminado através da manutenção do isolamento da área".*

Todavia, a perícia realizada nesta ação constatou a presença de óleos vegetais e gorduras animais, óleos minerais e também de bifenilas policloradas em amostras de solo e água submetidas a análises clínicas. Os relatórios de análises químicas foram avaliados pela perita nomeada pelo juízo, que concluiu pela contaminação da área por óleos minerais, vegetais e por ascarel, conforme se depreende do trecho que segue:

> Com análises laboratoriais realizadas para compor o presente laudo, foi possível constatar a presença de óleo ascarel no solo, óleos minerais e óleos e graxas nas amostras de água e solo coletadas. Segundo orientações da CETESB e bibliografias recomendadas pelo órgão, os valores de intervenção no caso a contaminação do solo, para PCBs é de 0,12mg/Kg (área industrial), e na área da Estação do Ouro ele foi encontrado a 0,925mg/Kg, ou seja, a área está contaminada por ascarel.
> Quando analisamos os óleos minerais, e comparados aos valores de TPH (Hidrocarbonetos Totais de Petróleo), os valores de intervenção são: 1000 mg/Kg para solo e 0,6 mg/L, pode-se considerar que essa área está contaminada e necessita de uma intervenção para recuperá-la. Foi constatada a presença de óleos e graxas totais em todas as amostras de água e solo. Os óleos e graxas são substâncias orgânicas de origem mineral, vegetal ou animal. Estas substâncias geralmente são hidrocarbonetos, gorduras estéreis, entre outros. São raramente encontrados em águas naturais, sendo normalmente oriundas de despejos e resíduos industriais, esgotos domésticos, efluentes de oficinas mecânicas, postos de gasolina, estradas e vias públicas. No caso da água, na legislação brasileira, a recomendação é de que os óleos e graxas sejam virtualmente ausentes para os corpos d'água de classes 1, 2 e 3.

Como se vê, o nível de contaminação (0,925 mg/Kg) por PCBs e óleos minerais e vegetais estão acima dos respectivos limites de intervenção da CETESB para áreas industriais. A origem dessa contaminação é, por óbvio, a utilização da substância contaminante em equipamentos da antiga RFSSA, anteriormente à sucessão da empresa pela União.

Em sua contestação a União sugere que o dano resulta de ações de furto de equipamentos no local. Cogita que no manuseio dos equipamentos os meliantes deixaram vazar óleo, de modo que a responsabilidade por eventual dano ambiental seria desses terceiros.

Em linhas gerais a tese é crível, já que a invasão do complexo e o furto de equipamentos é fato comprovado. E tratando-se de bens que utilizavam óleo para o funcionamento é plausível que o manuseio indevido tenha resultado no vazamento de fluídos. Todavia, de forma alguma isso afasta a responsabilidade da União. Mesmo que tivesse sido comprovado que o dano ambiental é resultado direto da ação de meliantes ou vândalos — trata-se apenas de hipótese, pois não há prova dessa relação de causa e efeito — a União seria responsabilizada pelo dano ambiental, pois não zelou pela preservação de local onde armazenados materiais contaminados, com elevado risco de causar degradação ao meio ambiente.

Por conseguinte, comprovada a contaminação da área por PCBs e óleos minerais e vegetais, seguramente relacionada às atividades da RFSSA na área, impõe-se a condenação da União à obrigação de fazer, consistente na descontaminação da área afetada.

Quanto ao processo de reparação do dano, é consenso na ciência que a única forma eficaz de descontaminação por PCB é a remediação, ou seja, a intervenção direcionada à reabilitação da área contaminada, por meio de processos físicos ou químicos. Dada sua estabilidade, o isolamento da área pode minorar a propagação da substância contaminante, mas não produz resultados efetivos quanto à diminuição dos níveis de concentração no solo.

As técnicas para a remediação deverão ser definidas em sede de cumprimento de sentença. A uma porque envolve conhecimento técnico específico que não foi avaliado na fase de conhecimento. E a duas porque o estado da arte da remediação ambiental de solo e água muda constantemente, de modo que eventual técnica que neste momento se apresente como a mais adequada, tanto por conta da eficiência quanto pela relação entre o custo e o benefício, pode estar superada no momento do trânsito em julgado.

Cumpre observar que a ressalva não configura sentença condicional, mas sim o reconhecimento de que neste momento não há dados suficientes para estabelecer as minúcias para a implementação da sentença. O que deve ser deixado claro é que independentemente do modelo de remediação que será adotado, a técnica deverá ser capaz de recuperar o solo degradado, reduzindo o nível de contaminação a valores inferiores aos níveis de intervenção da CETESB vigentes no momento do cumprimento de sentença.

Todavia, a constatação de contaminação na área demanda a adoção de medidas emergenciais para evitar danos à população, sobretudo ao pequeno núcleo habitacional que se firmou nas imediações. Por conta disso, *ANTECIPO OS EFEITOS DA TUTELA* para determinar que a União providencie o cercamento da área que compreende o complexo da Estação Ferroviária do Ouro, com a sinalização de que a área está contaminada e apresenta risco à saúde. Caso constatada a ocupação dentro dos limites do complexo, a União e o Município de Araraquara deverão providenciar a retirada e reacomodação dos ocupantes expostos ao risco de contaminação. *Fixo o prazo de 60 dias corridos para o cumprimento, sob pena de incidência de multa de R$ 200,00 por dia útil de descumprimento, a ser revertida para o Fundo de Direitos Difusos.*

Por fim, trato do pedido de indenização por danos morais.

Embora comprovada a contaminação da área em decorrência de atividades desenvolvidas pela RFFSA, não há informações de que o fato tenha acarretado danos concretos. Cabe ressaltar que o complexo está localizado fora da área urbana do Município, em região com escassa movimentação de pessoas. É verdade que o entorno foi ocupado por moradias irregulares, mas não consta que essa população tenha sido acometida por problemas de saúde que podem estar relacionados à degradação do ambiente na área da Estação Ferroviária do Ouro.

Os elementos contidos nos autos também não indicam que a contaminação seja resultado de intensa negligência da RFFSA no manejo ou armazenamento dos óleos utilizados no complexo. Não há notícia de incidentes durante o período em que a estação esteve ativa, tampouco apontando o descarte irregular de óleo. Antes pelo contrário, pois consta que os tanques de óleo foram esvaziados espontaneamente, não se sabe ao certo se pela União ou pela atual concessionária da linha férrea.

Há relatos de que durante a operação de esvaziamento dos tanques de armazenamento de óleo ocorreu o vazamento de certo volume da substância drenada, o que teria deixado marcas no solo que ainda eram visíveis por ocasião da perícia. Porém, tudo indica que a substância derramada foi óleo mineral, composto cuja toxidade, potencial poluente e persistência são muito inferiores ao óleo ascarel. Se o incidente tivesse ocorrido com óleo ascarel o nível de contaminação seria muito maior do que o apurado.

Além disso, a princípio o dano ambiental não incidiu sobre área de preservação permanente e se mostra totalmente restaurável. Vale realçar que a remediação da área é ação que presumivelmente envolve alto custo, de modo que a condenação à recomposição da área já traz embutida sanção de natureza pecuniária, intensa o suficiente para servir como punição e para desestimular a reiteração da conduta.

Por conseguinte, rejeito o pedido de indenização complementar por danos morais.

III - DISPOSITIVO

Diante do exposto, *JULGO PROCEDENTE EM PARTE* o pedido, extinguindo o feito com resolução de mérito (art. 487, I do CPC) para o fim de condenar a UNIÃO à obrigação de descontaminar a área da antiga Estação Ferroviária do Ouro, reduzindo os níveis de contaminação por óleos minerais, vegetais e de bifenilas policloradas (PCBs) para aquém dos níveis de intervenção estabelecidos pela CETESB, nos termos da fundamentação.

Sem condenação em custas processuais e honorários advocatícios nos termos do artigo 18 da Lei n. 7.347/85.

Sentença sujeita ao reexame necessário.

Caso interposto recurso, abra-se vista à contraparte. Apresentadas contrarrazões ou decorrido o prazo sem manifestação, encaminhem-se os autos ao TRF da 3ª Região.

Antecipo os efeitos da tutela para determinar que a União providencie o cercamento da área que compreende o complexo da Estação Ferroviária do Ouro, com a sinalização de que o local está contaminado e apresenta risco à saúde. Caso constatada a ocupação dentro dos limites do complexo, a União e o Município de Araraquara deverão providenciar a retirada e reacomodação dos ocupantes expostos ao risco de contaminação. Fixo o prazo de 60 dias corridos para o cumprimento, sob pena de incidência de multa de R$ 200,00 por dia útil de descumprimento, a ser revertida para o Fundo de Direitos Difusos.

Junte-se na sequência da sentença o artigo mencionado na fundamentação.

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

Araraquara, 26 de fevereiro de 2021.

Juiz Federal Substituto MÁRCIO CRISTIANO EBERT

PROCEDIMENTO COMUM CÍVEL
5004755-91.2019.4.03.6144

Autora: ASSOCIAÇÃO DOS PROPRIETÁRIOS DE UNIDADES NO LOTEAMENTO JARDIM HARAS BELA VISTA - SAHARAS
Ré: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE BARUERI - SP
Juíza Federal: MARILAINE ALMEIDA SANTOS
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 12/04/2021

SENTENÇA

Vistos etc.

Trata-se de ação proposta junto à Justiça Comum Estadual, pela *ASSOCIACAO DOS PROPRIETARIOS DE UNIDADES NO LOTEAMENTO JARDIM HARAS BELA VISTA - SAHARAS*, em face da *CAIXA ECONÔMICA FEDERAL*, tendo por objeto o pagamento de despesas referentes à prestação de serviços de segurança, limpeza, conservação e manutenção de loteamento, vencidas e vincendas no curso da ação. Postulou, ainda, pelo acréscimo de juros de mora e de correção monetária desde cada vencimento, ou, sucessivamente, correção monetária desde o ajuizamento e juros moratórios a contar da citação. Por fim, pugnou pela condenação da parte requerida ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios.

Com a petição inicial, juntou procuração e documentos.

Decisão declarou a incompetência para o processo e julgamento do feito, sendo determinada a remessa a uma das Varas Federais desta Subseção.

Os autos foram redistribuídos a esta 2ª Vara Federal.

Despacho determinou ciência às partes da redistribuição. Ordenou à parte autora proceder ao recolhimento de custas e acostar cópia da matrícula do imóvel.

A parte autora deu cumprimento.

Despacho determinou a citação da requerida.

A *CAIXA ECONÔMICA FEDERAL* apresentou contestação. Preliminarmente, alegou competência do Juizado Especial Federal e inépcia da petição inicial por não estar instruída com os documentos essenciais à propositura da ação. No mérito, sustentou o cabimento de correção monetária somente a partir do ajuizamento e a não incidência de multa e juros moratórios. Ao final, postulou pela improcedência dos pedidos.

Ato ordinatório intimou a parte autora para réplica.

Ofertada réplica.

Ambas as partes foram intimadas, por ato ordinatório, para a especificação de outras provas.

A parte autora informou que não há necessidade da produção de outras provas.

A CEF sustentou que as provas já estão produzidas nos autos, pugnando pelo julgamento antecipado da lide.

RELATADOS. DECIDO.

Diante da desnecessidade de produção de outras provas, julgo antecipadamente o mérito desta ação, nos termos do art. 355, I, do Código de Processo Civil.

Preliminarmente, rejeito a alegação de incompetência deste Juízo, uma vez que as associações de moradores não detêm legitimidade para figurar como autoras no microssistema dos Juizados Especiais Federais, a teor do art. 6º, I, da Lei n. 10.259/2001, eis que não se equiparam às pessoas físicas, microempresas e empresas de pequeno porte.

Nesse sentido há precedente do Egrégio Tribunal Regional Federal:

> EMENTA
> DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. ASSOCIAÇÃO CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS COMO AUTORA DA DEMANDA DE ORIGEM. ARTIGO 6º, INCISO I DA LEI Nº 10.259/2001. NÃO ENQUADRAMENTO COMO MICROEMPRESA OU EMPRESA DE PEQUENO PORTE. INCOMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL.
> 1. Conflito de competência deflagrado pelo Juízo da 1ª Vara-Gabinete do Juizado Especial Federal de Campinas, tendo como suscitado o Juízo da 8ª Vara Federal de Campinas, em ação de cobrança ajuizada pela Associação de Melhoramentos do Residencial Real Park Sumaré em face de Caixa Econômica Federal.
> 2. Na demanda de origem se pretende a cobrança de taxas decorrentes da prestação de diversos serviços previstos no estatuto da entidade autora, que se qualifica como associação sem fins lucrativos.
> 3. Tratando-se de associação civil que não se enquadra como microempresa ou empresa de pequeno porte, não é possível o processamento do feito perante o Juizado, não obstante o valor da causa seja inferior a sessenta salários mínimos (TRF 3ª Região: CC 5023099-59.2018.4.03.0000, CC 5005647-02.2019.4.03.0000, CC 5017852-63.2019.4.03.0000). Assim, compete ao Juízo da Vara Federal o processamento do feito de origem.
> 4. Conflito de competência julgado procedente.
> (TRF 3ª Região, 1ª Seção, CC - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - 5029642-44.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal WILSON ZAUHY FILHO, julgado em 06/04/2020, Intimação via sistema DATA: 07/04/2020)

Igualmente, merece ser rechaçada a alegação de inépcia da petição inicial por ausência de documentos indispensáveis à propositura da ação.

A parte autora juntou planilha das despesas pendentes de pagamento, cópia do seu estatuto, certidão de registro de imóveis do loteamento "Jardim Haras Bela Vista" (Glebas I e II), demonstrativos de receitas e despesas e balancetes. Tais documentos são suficientes para delimitar a obrigação cujo cumprimento é pretendido, aferir valor e possibilitar o pleno exercício dos direitos à ampla defesa e ao contraditório.

Aprecio a matéria de fundo.

No caso vertente, a *ASSOCIACAO DOS PROPRIETARIOS DE UNIDADES NO LOTEAMENTO JARDIM HARAS BELA VISTA - SAHARAS* busca o adimplemento de despesas de manutenção ordinárias e extraordinárias, do período de *dezembro de 2016 a dezembro de 2018*, no montante de *R$ 6.297,00 (seis mil, duzentos e noventa e sete reais) – ID 23161760 – Pág. 8-10*, referentes ao imóvel matriculado sob *n. 81.210*, consubstanciado em *terreno urbano*, designado como *Lote n. 27, Quadra N, situado na Rua dos Comerciantes, Loteamento Jardim Europa, Vargem Grande Paulista-SP*, cuja propriedade foi consolidada à *CAIXA ECONÔMICA FEDERAL*, conforme averbado em *17.12.2014*, pelo que demonstra a certidão de registro de imóvel de *ID 25881482 - Pág. 1-5*.

O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar os recursos especiais de autos n. 1.280.871/SP e 1.439.163/SP, em 11.03.2015, sob o regime de recursos repetitivos, firmou a tese cristalizada no Tema n. 882, nestes termos: *"As taxas de manutenção criadas por associações de moradores não obrigam os não associados ou que a elas não anuíram"*.

A jurisprudência daquela Colenda Corte tem se pacificado neste sentido:

> AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. LOTEAMENTO. ASSOCIAÇÃO DE MORADORES. CONTRIBUIÇÃO PELOS SERVIÇOS DE BENFEITORIAS E MANUTENÇÃO DE SERVIÇOS PRESTADOS PELA AUTORA NO LOTEAMENTO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO VÍNCULO ASSOCIATIVO. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.
> 1. "A jurisprudência desta Corte entende que o reconhecimento de repercussão geral não enseja o sobrestamento de recurso especial em trâmite perante o STJ, tendo em vista que não há decisão pelo Supremo Tribunal Federal determinando a suspensão de todos os processos que tratam do mesmo assunto" (AgRg no AREsp 675.318/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 29/08/2017, DJe de 04/09/2017).
> 2. A Segunda Seção desta Corte Superior, sob o rito do julgamento dos recursos repetitivos, pacificou entendimento de que "as taxas de manutenção criadas por associações de moradores não obrigam os não associados ou que a elas não anuíram" (REsps 1.439.163/SP e 1.280.871/SP, Rel. p/ acórdão Ministro MARCO BUZZI, julgados em 11/03/2015, DJe de 22/05/2015).
> 3. Agravo interno desprovido.
> (AgInt no REsp 1305734/SP, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 10/04/2018, DJe 17/04/2018)

> AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ASSOCIAÇÃO DE MORADORES. COBRANÇA DE CONTRIBUIÇÃO POR SERVIÇOS PRESTADOS. NATUREZA JURÍDICA DE CONDOMÍNIO. LEI 4.591/64. ALEGAÇÃO NÃO COMPROVADA.
> REVISÃO. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.
> 1. A Corte de origem, mediante o exame dos elementos informativos da demanda, entendeu que o agravante não se constitui em condomínio na forma da Lei 4.591/64, mas em associação de moradores, tratando-se de loteamento que veio a ser fechado por conveniência dos moradores. Ressalta, ainda, inexistir área comum, sendo que cada proprietário é dono de um terreno autônomo, com registro próprio.
> 2. A revisão de tal entendimento nesta instância superior, com o exame dos diversos documentos citados pelo agravante, buscando demonstrar a existência de convenção de condomínio registrada, bem como de áreas comuns, ainda que não especificadas, é providência que encontra óbice na Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça.
> 3. Agravo regimental a que se nega provimento.
> (AgInt no AREsp 720.925/RJ, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 02/08/2016, DJe 10/08/2016)

> CIVIL. LOTEAMENTO. ASSOCIAÇÃO DE MORADORES. COBRANÇA DE CONTRIBUIÇÃO POR SERVIÇOS PRESTADOS. O proprietário de lote não está obrigado a concorrer para o custeio de serviços prestados por associação de moradores, se não os solicitou. Recurso especial conhecido e provido.
> (REsp 444.931/SP, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/08/2003, DJ 06/10/2003, p. 269)

Uma vez que a pessoa jurídica autora não pode ser considerada um condomínio, nos moldes da Lei n. 4.591/1961, e que não consta dos autos vínculo associativo entre a mesma e a empresa pública requerida, tampouco a adesão desta ao ato que instituiu o encargo, não há falar em obrigação de pagamento das despesas em cobro.

Pelo exposto, na forma do art. 487, I, do Código de Processo Civil, JULGO IMPROCEDENTE o pedido.

Condeno a parte autora ao pagamento de custas e de honorários de sucumbência, que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, consoante o *caput* e § 2º, do art. 85, do CPC.

No caso de interposição de recurso tempestivo, intime-se a parte apelada para contra-arrazoar, no prazo legal. Havendo preliminar em contrarrazões, intime-se a parte apelante para manifestação, na forma do art. 1.009, §2º, do Código de Processo Civil.

Ao depois, remetam-se os autos ao Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, observadas as demais cautelas de praxe.

Registro eletrônico. Publique-se. Intimem-se.

Barueri, 7 de abril de 2021.

Juíza Federal MARILAINE ALMEIDA SANTOS

PROCEDIMENTO COMUM CÍVEL
5000505-20.2020.4.03.6131

Autora: PATRICIA JAMILA DE SOUZA CORREA
Ré: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – CEF
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE BOTUCATU
Juiz Federal: MAURO SALLES FERREIRA LEITE
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/10/2021

SENTENÇA

Vistos, em sentença.

Trata-se de ação de conhecimento, ajuizada sob procedimento comum, natureza condenatória, que tem por objeto pedido de indenização decorrente de danos materiais e morais. Sustenta a autora, em suma, que, forma de honrar compromissos de ordem financeira, não teve outra opção a não ser empenhar inúmeras joias, com valor sentimental inestimável, junto à requerida. Sucede que, entregues as joias em garantia de contrato de mútuo, meliantes furtaram a agência e levaram 127 joias da autora, prejudicando 34 de seus contratos de penhor. E quanto aos 12 restantes, apesar de quitados, somente os recebeu depois decorridos mais de mês, e ainda tendo que se deslocar até a agência de Avaré/SP. Que os bens dados como garantia do mútuo no contrato de penhor, superam, em muito, os valores que lhes foram atribuídos na avalição da requerida, por seus funcionários. Ademais, além do preço de mercado ser muito superior, muitos dos bens eram verdadeiras "joias" da família, herdadas entre gerações e recebidas de presente. Aduz que as 127 joias perdidas alcançam um valor total estimado, na petição inicial, em *R$ 587.714,00*. Postula a condenação da requerida na indenização desse montante, a título de danos materiais (danos emergentes), e danos morais, em patamar que sugere não inferior a 50% do valor total da ação. Junta documentos.

Citada, a ré contesta o pedido inicial, argumentando que os danos experimentados pela decorreram da ação de terceiros, meliantes, e que concorda que a autora deve ser ressarcida nos moldes estabelecidos no contrato de mútuo, que, conforme cláusula contratual específica prevê indenização limitada a 1,5 vezes o valor da avaliação atualizada, baseado na variação do índice de atualização da correção monetária das contas de poupança, e apurado no período entre a data de concessão do empréstimo e a data do pagamento da indenização, descontando o saldo residual do contrato. Contesta a ocorrência de outros danos materiais e danos morais.

Réplica sob o id n. 41292911.

Saneado o feito (id n. 42515991), *foi deferido pedido de tutela de evidência*, determinando à ré o imediato pagamento, à parte autora, do valor reconhecido pela ré como incontroverso, encaminhando-se o feito à perícia técnica para fins de avaliação indireta dos bens dados em garantia.

Sobreveio laudo pericial encartado sob id n. 51861846, sobre o qual se colheu a manifestação das partes.

Vieram os autos, com conclusão.

É o relatório.

Decido.

Antes de mais nada, cumpre recusar o requerimento de prova emprestada formulado pela autora em suas razões de impugnação ao laudo pericial. E isto, *em primeiro lugar*, porque manifestamente atingido pela *preclusão temporal*. Em se tratando de prova documental, que já se encontrava em poder da requerente, competia à parte requerer a produção da prova no momento em que *iniciada* a instrução processual, antes de saneado o feito. Relegando esse requerimento para o final da fase da instrutória, em oportunidade para a manifestação acerca do laudo avaliatório realizado nos autos, a parte claramente incide em preclusão da prova, uma vez que a proposta para a sua realização se mostra evidentemente extemporânea. *De toda forma*, e ainda quando assim não fosse, é de se ponderar que a documentação produzida em autos de outro feito judicial (Proc. n. 0001630-51.2004.403.6105) não tem como ser aproveitada nesses autos à guisa de prova emprestada na medida em que se trata outra lide, envolvendo outras partes, e, sobretudo, outros bens, não havendo coincidência alguma que permita o aproveitamento da prova ali produzida sequer para fins de esclarecimento ou balizamento do valor a ser aqui considerado para fins de estabelecimento do patamar do ressarcimento aqui pretendido. Fica, portanto, *indeferido* o requerimento nesse sentido formulado pela autora.

Também de inviável acolhimento o protesto das partes para que se reencaminhem os autos à conclusão da *expert* avaliadora, na medida em que o laudo por ela apresentada não apenas é claro e induvidoso quanto à metodologia e aplicada na avaliação indireta, mas também com relação a todas as suas conclusões. Mais do que isso, não se ressente de quaisquer contradições e/ ou inconsistências de caráter objetivo a justificar, sequer o reencaminhamento dos autos para esclarecimentos complementares.

Feito já saneado na forma da decisão aqui registrada sob o id n. 42515991, cumpre, encerrada a fase de instrução, encaminhar o feito a julgamento pelo mérito. É o que se passa a fazer.

INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. RESPONSABILIDADE DO CREDOR PIGNORATÍCIO. NATUREZA. EXTENSÃO. AVALIAÇÃO INDIRETA

E diga-se, quanto a este aspecto da demanda estabelecida entre as partes, que é manifesta a responsabilidade da entidade ré quanto ao evento lesivo de que se lastima a petição inicial. Nesse particular, já está sedimentado – tanto em doutrina quanto em jurisprudência – que o credor pignoratício (salvo as hipóteses de caso fortuito/ força maior) responde pela perda ou deterioração que a coisa empenhada vier a sofrer, especialmente quando, como no caso, decorrer de roubo e furto, na medida em que a própria natureza da atividade bancária pressupõe a prevenção contra tais riscos. Neste exato sentido, a orientação jurisprudencial do *C. TRIBUNAL REGIONAL DA 3ª REGIÃO*, em fundamentado precedente assim ementado:

> *CIVIL. PENHOR. JÓIAS. ASSALTO À AGÊNCIA BANCÁRIA. PERDA DO BEM. RESOLUÇÃO DO CONTRATO. RESSARCIMENTO DO PROPRIETÁRIO DO BEM. PAGAMENTO DO CREDOR. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. DANOS MORAIS. INOCORRÊNCIA.*
> "*1 - O credor pignoratício assume o status de depositário dos bens empenhados, respondendo pela perda ou deterioração que a coisa vier a sofrer, salvo nas hipóteses de força maior, caso fortuito ou culpa exclusiva da vítima. Entretanto, os casos de roubo e furto a bancos não se inserem em tais excludentes, porquanto a própria natureza da atividade bancária pressupõe a prevenção contra tais riscos. Em outras palavras, cabe à instituição financeira tomar as medidas necessárias para evitar a ocorrência desses eventos, sob pena de responder a terceiros pelos prejuízos que lhes forem causados.*
> 2 - A indenização estabelecida por meio do contrato de mútuo celebrado é passível de revisão pelo Judiciário, tendo em vista que tais negócios jurídicos revestem-se da característica de típicos contratos de adesão. De fato, a cláusula limitadora da indenização fixa o quantum indenizatório à proporção de 150% do valor estabelecido por conta da avaliação unilateralmente

realizada pela instituição financeira. Tal avaliação, contudo, por ser realizada exclusivamente pelos profissionais pertencentes aos quadros funcionais da CEF, não está imune de reexame na via judicial para o fim de ser aferido o seu acerto ou não. Tal função é precípua do Poder Judiciário, sendo o mesmo responsável por ditar o direito com a característica da definitividade própria aos provimentos que emite, atributo de que não se revestem os atos praticados pela empresa pública em referência.
3 - Não houve a possibilidade dos agravados discutirem essa cláusula no momento da contratação, tendo em vista que a relação estabelecida entre o mutuário e instituição financeira pode ser caracterizada como típica relação de consumo, sobre a qual se aplicam as normas do Código de Defesa do Consumidor, entendimento este cristalizado pela Súmula 297 do colendo Superior Tribunal de Justiça.
4 - As limitações indenizatórias previstas nos referidos contratos de mútuo constituem cláusulas nulas de pleno direito. Dessa forma, é lícito que os prejudicados busquem amparo no Judiciário, pleiteando uma justa indenização pelos danos que sofreram, providência esta tomada pela apelada.
5 - A ausência de culpa ou dolo alegada por parte da instituição bancária não retira sua responsabilidade de indenizar, decorrente de sua condição de depositária das referidas peças, cabendo-lhe zelar pelos bens deixados sob sua guarda.
6 - Por justa indenização deve-se entender aquela que seja apta a reparar, integralmente, os prejuízos sofridos pelos mutuários, o que se traduz no valor que os objetos roubados representam para o mercado. Entendimento do Superior Tribunal de Justiça.
7 - O perito nomeado pelo Juízo realizou o seu estudo através de metodologia comparativa, com base nas peças de ouro em geral, procedeu diligências junto ao mercado de jóias usadas (feiras de artesanatos e antiguidades, lojas do mesmo gênero, além de consultas na internet), considerando como características das jóias avaliadas as informações contidas nas descrições sumárias constantes nas fichas de penhor elaboradas pela CEF e nos demais documentos existentes nos autos.
8 - O trabalho elaborado por perito de confiança do Juízo atendeu perfeitamente aos objetivos a ele destinado, apresentando elementos esclarecedores a respeito da matéria em questão, sendo de extrema coerência os critérios utilizados pelo expert judicial e, principalmente, pelo Juízo *a quo* ao fixar os danos patrimoniais no valor de R$ 31.383,61 (trinta e um mil trezentos e oitenta e três reais e sessenta e um reais) relativo à diferença apurada entre a avaliação constante no laudo pericial (R$ 37.829,25) e a importância já recebida pela parte autora (R$ 6.445,64).
9 - A jurisprudência desta Corte defende que não há que se falar em indenização por danos morais, tendo em vista que a parte autora ao firmar contrato de penhor se sujeitou a perder as jóias tanto pelo risco da ocorrência de sinistro quanto pelo não cumprimento do acordo de mútuo. Precedentes.
10 - Agravo legal improvido" (g.n.).
[APELAÇÃO CÍVEL – 1363459; SIGLA_CLASSE: ApCiv 0028121-13.2004.4.03.6100; PROCESSO_ANTIGO: 200461000281214; PROCESSO_ANTIGO_FORMATADO: 2004.61.00.028121-4; TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/04/2012].

Manifesta, portanto, a responsabilidade da CEF quanto à reparação dos danos e prejuízos materiais efetivamente demonstrados pelo devedor, circunstância que até mesmo já se salientou quando da decisão que deferiu, em favor da autora, o seu requerimento de tutela de evidência, com base no que dispõe o *art. 300, I do CPC.*

Neste particular, anote-se ser consenso na jurisprudência do *C. STJ*, que a cláusula contratual limitativa da indenização por furto, roubo ou extravio de joias empenhadas, que fixa o *quantum* indenizatório à proporção de 150% (1,5 vezes) do valor estabelecido pela avaliação

efetivada pela credora pignoratícia é nula, e de nenhum efeito perante as partes contratantes. Nesse sentido, iterativa jurisprudência do *C. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO*, cumprindo indicar o seguinte precedente:

> *DIREITO CIVIL. INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS. PENHOR. ROUBO DE JOIAS. DANOS MATERIAIS. NULIDADE DE CLÁUSULA LIMITANDO VALOR DA INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO. DESCABIMENTO.*
> "*- Conforme firme jurisprudência do STJ, é nula a cláusula que limita ao valor de avaliação a indenização por furto, roubo ou extravio de joias empenhadas. Precedentes.*
> - Para os cálculos do valor devido, incidem os critérios estabelecidos para ações condenatórias em geral no Manual de Orientação de Procedimentos para Cálculos na Justiça Federal, devendo ser utilizada a taxa Selic, que compreende juros e correção monetária, não podendo ser cumulada com qualquer outro índice de atualização. Precedentes do STJ.
> - É consolidado nesta Corte entendimento no sentido de ser incabível a indenização a título de danos morais.
> - Recurso da parte autora desprovido, com majoração da verba honorária. Recurso da CEF parcialmente provido" (g.n.).
> *[APELAÇÃO CÍVEL SIGLA_CLASSE: ApCiv 5002308-90.2018.4.03.6104; TRF3 - 2ª Turma, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 22/10/2020].*

Pois bem, *no caso dos autos*, inviável a realização de perícia direta sobre os bens dados em garantia pignoratícia, haja vista o seu extravio na ocorrência policial que desaguou no sinistro aqui noticiado, foi determinada realização de perícia indireta como forma de estimativa de valor dos bens subtraídos, considerando os elementos característicos das joias avaliadas, as informações contidas nas descrições sumárias constantes nas fichas de penhor elaboradas pela *CEF* e nos demais documentos existentes nos autos.

Sobreveio laudo técnico pericial, acostado aos virtuais sob o id n. 51861846. Neste particular, necessário observar que a prova colhida em instrução foi realizada em âmbito de contraditório pleno, franqueando-se às partes não apenas o direito ao acompanhamento da prova, bem assim oferecimento de quesitos e laudos técnicos parciais. No ponto, será necessário enfatizar que, ainda que avalizadas por laudos periciais parciais, as críticas que são dirigidas, por ambas as partes, ao trabalho da *expert* encarregada pelo Juízo para a avaliação indireta aqui em causa não merecem acolhida, na medida em que não demonstram, em momento algum, qualquer tipo de *incoerência* ou *inconsistência* de *natureza objetiva* da avaliação efetivada pela profissional designada pelo Juízo, que, naquilo que diz com o teor das críticas e impugnações oferecidas pelas partes interessadas, apresentou justificativa circunstanciada e razoável para suas conclusões respeitantes ao valor atribuído aos bens aqui em análise, razão pela qual não há nenhuma necessidade de quaisquer outros esclarecimentos, uma vez que muito bem especificados quais foram os critérios eleitos pela *expert* para o estabelecimento do valor dos bens aqui em questão.

Nesse particular, naquilo que pertine às diversas impugnações engendradas pela parte requerente, é preciso que se diga, *em primeiro lugar*, que a *expert* avaliadora interveniente no feito, *corretamente*, *não* incluiu (cf. laudo de avaliação indireta, sob id n. 51861846 - p. 2) nos cálculos os valores referentes aos contratos de penhor registrados sob o id n. 35268268, uma vez que, na notificação do sinistro (id n. 35268273), constou que os bens objeto de tais avenças *não* foram furtados. E, naquilo que se refere ao contrato n. 0292.213.00010712-7, por falta de juntada da documentação completa, ficaram faltando informações necessárias a determinação de valor, a saber, a quantidade total de peças, o peso total dos lotes, e a natureza

do metal presente nas joias, razão pela qual também *não* foi possível incluir este contrato para fins de atribuição de valor na perícia indireta. Neste ponto específico, diga-se que a autora, embora *alegue* que juntou a documentação faltante respeitante a este contrato específico (id n. 77177975 – p. 9), *não o fez*. Análise da documentação juntada por ocasião de sua impugnação ao laudo, demonstra que a requerente juntou aos autos, naquela oportunidade, *contrato diverso* (doc. juntado: contrato de penhor n. 0290.213.00069150-2, cf. id n. 77178263, pp. 1-3), e que, portanto, *não* supre a falta apontada pela *expert* avaliadora, *não* tendo como ser considerado para fins de avaliação.

Quanto às demais ponderações e críticas da requerente quanto ao valor que ficou estabelecido pela avaliação aqui levada a efeito, será necessário tomar em linha de consideração as limitações e restrições próprias à natureza do exame técnico aqui em questão, notadamente porque se trata de uma *avaliação indireta* do valor da coisa, não havendo como – da forma singela como sugere a requerente – estabelecer como base para a fixação de valores os preços de etiqueta de bens existentes em joalherias de mercado. Evidentemente, no caso dos autos, está-se tratando de bens extraviados – risco a que a parte que entrega a coisa em penhor sabe que está sujeita –, inviável o contato direto entre o avaliador e o material (aferição real de peso, densidade, dureza, brilho, resistência, etc.), razão pela qual não há como pretender equiparar essa situação com aquela da joia exposta ao público para fins de aquisição no comércio. *Mais do que isso*: é a própria requerente quem adverte (id n. 77177975, p. 3) que o objeto do contrato é o *penhor de bens* e não a *compra venda*, de forma que, exatamente por esta razão, não há como pretender equiparar o preço praticado nesta última àquele empregado no primeiro, pouco importando, para essa finalidade que a intenção última da requerente fosse – ou não – efetivamente resgatar os bens à garantia real. Incontroverso que o mercado não trata as avaliações para essas duas finalidades da mesma forma, os objetivos contratuais são absolutamente diversos em ambos os casos, não havendo como pretender equipará-los para fins do estabelecimento dos danos materiais no âmbito desse feito.

Nítido, pois, que as impugnações parciais ao laudo aqui em destaque não se baseiam em nenhum elemento concreto ou objetivo que autorize a desconsideração das conclusões em que aportou o laudo avaliatório, a refletir muito mais o inconformismo pessoal das partes com o resultado contrário às suas expectativas, do que convencem de qualquer inconsistência ou incoerência das conclusões apresentadas, neste ponto, pela vistora judicial.

Por tais razões, revelando-se coerentes e fundamentadas as conclusões do laudo da *expert* avaliadora que aqui atuou, é de se *homologar* o valor constante do laudo de avaliação constante desses autos (id n. 51861846), devendo-se estabelecer, como base para o valor dos bens móveis dados em garantia pignoratícia a importância de *R$ 165.505,42*, em montante atualizado para a data de confecção do laudo (*abril/ 2021*). Pela *diferença* entre o valor que hora se homologa e o do depósito já levantado pela autora (cf. id n. 43250672) por decorrência da decisão que deferiu a tutela provisória de evidência em favor da requerente, ambas devidamente atualizadas monetariamente até a data do laudo avaliatório aqui realizado, é que se liquida a responsabilidade da CEF em pagar à parte autora, a título de indenização por danos emergentes, o prejuízo decorrente do perecimento dos bens dados em garantia contratual.

Sobre esse montante indenizatório em aberto, incidem juros moratórios, na forma do que dispõem os *arts. 405* e *406* do *CC*, ao patamar de *1%* ao mês, *não capitalizáveis*, a contar da data citação da ré para a presente ação (*art. 240, caput, do CPC*) até a data da efetiva liquidação do débito, e mais atualização monetária, observados os mesmos extremos temporais, na forma do Manual de Cálculos da Justiça Federal, para ações dessa natureza.

DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DESCABIMENTO. PENHOR. INÍCIO DE ALIENAÇÃO

Cumpre, agora, analisar a pretensão de indenização por danos morais, e concluir que, quanto a este capítulo da demanda, a pretensão da parte postulante não tem base para ser acatada.

Não há como acenar com prejuízo à esfera extrapatrimonial de direitos do devedor pignoratício, em decorrência do desapossamento definitivo de seus bens, nem mesmo sob o argumento de se tratar de bens de valor sentimental inestimável. O argumento não se sustenta sob o ponto de vista lógico, porque chega a ser incompatível falar em dano moral decorrente da privação de algum bem que já foi voluntariamente entregue pelo devedor em operação típica de início de alienação, da qual o penhor é – como de resto uma série de outros direitos reais de garantia – um caso típico.

Não há dúvida nenhuma de que o devedor que se decide pelo contrato de mútuo garantido por penhor, está ciente de que os bens dados em garantia poderão, por decorrência natural do contrato, nunca mais reincorporar ao patrimônio, de sorte que o perecimento deles, ainda que por outro motivo, não alça à condição de dano moral indenizável. Nesse sentido, enfileiram-se precedentes:

> *DIREITO CIVIL. INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS. PENHOR. ROUBO DE JOIAS. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DESCABIMENTO.*
> "- É consolidado nesta Corte entendimento no sentido de ser incabível a indenização a título de danos morais.
> - Recurso desprovido, com majoração da verba honorária" (g.n.).
> [APELAÇÃO CÍVEL SIGLA_CLASSE: ApCiv 5002625-88.2018.4.03.6104; TRF3 - 2ª Turma, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 22/10/2020].

Também esse precedente, em que se analisa, especificamente, o argumento do valor sentimental dos bens empenhados:

> *DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ROUBO A JÓIAS DADAS EM GARANTIA A CONTRATO DE MÚTUO DE DINHEIRO. DANO MORAL PELA PERDA DOS BENS. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE SUA OCORRÊNCIA.*
> "- A Caixa Econômica Federal (CEF) está sujeita à responsabilidade civil objetiva por força do contido no art. 3º, §2º, combinado com o art. 14, ambos da Lei nº 8.078/1990, e entendimento consolidado na Súmula 297 do E.STJ. Compreendida como inerente ao risco do empreendimento e alcançando não só os serviços executados mas também a estrutura operacional criada para sua implementação, é irrelevante discutir a má-fé ou culpa subjetiva da CEF no evento danoso para fins de responsabilidade civil objetiva, assim como de prestadores de serviço por ela contratados para compor a execução de suas operações.
> - Para caracterizar a responsabilidade civil objetiva e extracontratual, devem ser comprovados, cumulativamente: a) evento danoso a bem ou direito (material ou moral) do interessado, por ato ou fato ou por seus desdobramentos; b) ação ou omissão da CEF (ou de terceiro que lhe auxilia na execução de serviço); c) nexo causal entre o evento danoso e a ação ou omissão imputada à instituição financeira. Inexistindo lesão (ainda que configure desconforto), ou em caso ato ou fato decorrente de exclusiva responsabilidade do consumidor ou de terceiro (por óbvio, desvinculado da CEF), inexistirá a responsabilidade civil objetiva.
> - A questão posta a deslinde cinge-se ao cabimento ou não de indenização por dano moral, alegadamente sofrido em virtude do roubo de joias dadas como garantia a contrato de mútuo de dinheiro, celebrado pela autora pela instituição financeira.

- O dano moral não está irremediavelmente atrelado ao dano material sofrido pela perda dos bens. Os prejuízos decorrem da violação de bens jurídicos distintos: o dano moral decorre da violação dos direitos da personalidade - privacidade, intimidade, honra e imagem - e o dano material, da violação do patrimônio. Cada um dos danos alegados - moral e material - demanda comprovação autônoma.
- Embora a autora alegue que as joias possuíam valor sentimental inestimável, perde força a assertiva na medida em que ofereceu tais bens como garantia de contrato (penhor), deixando-os à disposição da instituição financeira, a revelar que a separação de tais objetos é inábil a abalar valores íntimos.
- A prova produzida nos autos é insuficiente para comprovar que o roubo das joias trouxe abalo emocional, violador do estado psíquico da apelante. Precedentes deste E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região pela necessidade de demonstração do dano moral a fim de se perseguir a reparação respectiva.
- Apelação improvida" (g.n.).
[APELAÇÃO CÍVEL SIGLA_CLASSE: ApCiv 5003716-19.2018.4.03.6104; TRF3 - 2ª Turma, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 20/10/2020].

De sorte que, quanto a este capítulo da lide estabelecida entre as partes litigantes, não há como acatar a postulação inicial.

DISPOSITIVO

Do exposto, e considerando o mais que dos autos consta, JULGO PROCEDENTES, EM PARTE, os pedidos iniciais, com resolução do mérito da lide, na forma do art. 487, I e III 'a' do CPC. Nessa conformidade CONDENO a ré a pagar à autora, a título de indenização por danos emergentes, exclusivamente, o valor equivalente à diferença entre o valor de avaliação dos bens dados em garantia contratual, obtida no âmbito do presente processo (id n. 51861846)*, na importância certa de R$ 165.505,42 (atualizado para 04/21), e o depósito, levantado pela autora (em 02/21), no valor de R$ 44.127,24* (cf. id n. 46301919)*, por decorrência da decisão que lhe deferiu a tutela provisória de evidência, devidamente corrigida e acrescida de juros de mora, estes desde a data da citação para os termos da presente demanda, na forma discriminada nessa sentença, ao tempo da efetiva liquidação do débito.*

Tendo em vista o decaimento substancial do pedido em relação a ambas as partes, os ônus sucumbenciais ficam rateados à proporção de 50%, cada qual delas arcando com as custas e despesas processuais que houver adiantado e mais honorários dos seus respectivos advogados (*CPC, art. 86*).

P.R.I.

Juiz Federal MAURO SALLES FERREIRA LEITE

PROCEDIMENTO COMUM CÍVEL
5000825-58.2020.4.03.6135

Autor: MUNICÍPIO DE ILHABELA
Réus: AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS, FUNDAÇÃO INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA IBGE, MUNICÍPIO DE CARAGUATATUBA, MUNICÍPIO DE SÃO SEBASTIÃO
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA FEDERAL DE CARAGUATATUBA - SP
Juiz Federal: GUSTAVO CATUNDA MENDES
Disponibilização da Sentença: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 01/11/2021

SENTENÇA

I – RELATÓRIO

Trata-se de *ação declaratória de nulidade* com pedido de tutela de urgência proposta pelo *MUNICÍPIO DE ILHABELA* em face da *AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO – ANP, INSTITUTO NACIONAL DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE e MUNICÍPIO DE SÃO SEBASTIÃO*, tendo o *MUNICÍPIO DE CARAGUATATUBA* sido incluído no pólo passivo em emenda à inicial, em que o autor busca um provimento jurisdicional que declare a nulidade do Processo nº 48610.202752/2020-11, assim como de qualquer outro procedimento correlato, em andamento atualmente, que resulte na *alteração dos critérios de partilha de ROYALTIES entre os municípios de São Sebastião, Ilhabela e Caraguatatuba* a partir da criação de nova linha geodésica ortogonal e paralela por ato do IBGE, em síntese, sob alegação de *suposta violação do devido processo legal, contraditório e ampla defesa na esfera administrativa*.

Sustenta o autor que recebeu comunicação encaminhada pela ANP (Ofício nº 480/2020/SPG/ANP-RJ-e, que cria a nova linha geodésica paralela e ortogonal entre os municípios de Caraguatatuba/SP e São Sebastião/SP, alterando-se os *limites dos territórios marítimos de tais entes para efeito da distribuição dos royalties do petróleo*, e que, à ANP, por consequência, caberia a *aplicação dos novos critérios estipulados pelo IBGE para efeitos de partilha de royalties*.

O referido ofício da ANP teria aberto prazo de até 30 (trinta) dias corridos do recebimento do documento para manifestação deste ente municipal, todavia ao buscar o *acesso ao processo administrativo e aos documentos que subsidiaram as "decisões" do IBGE e da ANP* (notadamente o Laudo Pericial produzido pela empresa ENGEO e encaminhado ao IBGE), o que lhe teria sido negado pelo Ofício nº 758/2020/SPG/ANP-RJ (ID 38515182).

Em pedido de antecipação de tutela, requereu *o deferimento da tutela provisória de urgência para que* suspenda o Processo nº 48610.202752/2020-11*, assim como de qualquer outro procedimento que resulte na* alteração dos critérios de partilha de "royalties" entre os municípios de São Sebastião/SP, Ilhabela/SP e Caraguatatuba/SP a partir da criação de nova linha geodésica ortogonal e paralela por ato do IBGE*, até que seja assegurado ao Município de Ilhabela/SP o acesso à integra de todos os documentos pertinentes ao caso e oportunizados os direitos processuais previstos na Lei nº 9.784/99*.

Foi proferida decisão inicial que *deferiu em parte a tutela de urgência*, ante a presença dos *requisitos legais do fumus boni iuris e do periculum in mora*, tão somente para fins de "*determinar que a parte autora tenha ACESSO À ÍNTEGRA DOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS nº 0001726.00000466/2019-76 e nº 48610.202752/2020-11-ANP e Ofício nº*

1549/2019 da Prefeitura de São Sebastião/SP, devendo para esse fim a autoridade administrativa intimar novamente o Município de Ilhabela/SP, por meio oficial, REABRINDO O PRAZO NOVAMENTE DE TRINTA DIAS corridos para MANIFESTAÇÃO com vista integral dos processos administrativos.".

Como importante ressalva, se assegurou na decisão preliminar a "*devida análise e conclusão regular do processo administrativo* em que a parte autora pleiteia a sua *inclusão na divisão dos "royalties" do petróleo*", tendo inclusive constado do dispositivo que "esta *decisão não implica em qualquer consideração sobre o mérito do aludido processo, cumprindo à autoridade administrativa aferir quanto à presença ou não dos requisitos legais necessários à inclusão do autor na distribuição ou não dos 'royalties' em sede administrativa*.".

Ainda, houve devida aferição quanto ao *risco de irreversibilidade dos efeitos da tutela* (CPC, art. 300, § 3º), na medida em que *a decisão "não repercute na disponibilidade imediata de valores em favor do autor*," tendo, em *caráter cautelar*, tão somente *salvaguardado o direito de acesso à integra dos processos administrativos* e documentos relacionados, como oportuna *intimação do autor Município de Ilhabela-SP para manifestação no processo administrativo.*

Ao depois, diante das informações constantes dos autos relativas à *interposição de recursos hierárquicos perante a esfera administrativa por parte do autor MUNICÍPIO DE ILHABELA*, em relação aos *processos administrativos* perante o *IBGE (Ofício GP n. 106/2021) e a ANP (Ofício n. 107/2021*), este Juízo Federal determinou, por medida de prudência e cautela e sobretudo pelo fato de a matéria controvertida envolver disponibilidade ou não de recursos de *royaties* que serão incorporados ao patrimônio público, a *atribuição de EFEITO SUSPENSIVO AOS RECURSOS HIERÁRQUICOS interpostos nos processos administrativos nº 0001726-000004660/2019-76 e 48610.202752/2020-11.*

Na sequência, em acolhimento aos *embargos de declaração* opostos pelos réus Município de São Sebastião e ANP, houve decisão com *ordem de DEPÓSITO JUDICIAL dos valores controvertidos em discussão judicial*, com respectiva *obrigação-de-fazer* de ser informado nos autos sobre referidos depósitos periódicos, para devida instrução processual.

Verifica-se que os autos se encontram devidamente instruídos e as partes bem representadas, tendo-se por superada a fase postulatória e de produção probatória, com plena *observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa*, na medida em que a todas as partes e órgãos foram oportunizadas manifestações nos autos, apresentação de documentos técnicos, inclusive com exercício do interesse recursal perante o Eg. TRF da 3ª Região.

É, em síntese, o relatório. Fundamento e decido.

II – FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

II.1 – PRELIMINARMENTE

A) LITISCONSÓRCIO PASSIVO – REGULAR CITAÇÃO VÁLIDA

As partes se encontram citadas, intimadas e bem representadas, tendo exercido o contraditório e ampla defesa, bem como dilação probatória a fim da devida instrução deste feito.

Registre-se que houve a *regular citação válida dos réus da presente ação AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO – ANP, INSTITUTO NACIONAL DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE e MUNICÍPIO DE SÃO SEBASTIÃO*, bem como do *MUNICÍPIO DE CARAGUATATUBA*, que em sua respectiva contestação consignou ao final que "*não resistirá à pretensão* deduzida perante esse r. juízo" (fl. 702 – ID 42755985), estando *afastadas quaisquer suscitações de nulidade ou cerceamento de defesa* em relação às partes deste processo judicial.

B) FASE PROBATÓRIA CONCLUÍDA

Por oportuno, cumpre registrar que, intimadas as partes para *especificação de eventuais outras provas* que pretendessem produzir, justificadamente (*vide* ID 52174759, de 24/04/2021 – *"Expedição eletrônica 26/04/2021 - Prazo: 15 dias"*), houve manifestação do *IBGE* sobre "*oitiva da equipe técnica da Diretoria de Geociências... caso o juízo entenda pertinente*" (ID 53195237, de 10/05/2021), e pelo autor *MUNICÍPIO DE ILHABELA* de que "*não pretende produzir outras provas* além das constantes dos autos, dado o caráter eminentemente documental de demonstração dos fatos que constituem o objeto da lide" (ID 54484597, de 27/05/2021). As *demais partes quedaram-se inertes*, conforme certidões de decurso de prazo, dando ensejo à preclusão temporal.

Por conseguinte, ante os *elementos de prova documental* já produzidos a partir do *exercício do contraditório e da ampla defesa*, sopesadas a *necessidade e utilidade* e tratando-se da matéria debatida eminentemente técnica e de direito (CPC, art. 355, inciso I), este Juízo deu por encerrada a produção probatória, seguindo-se à intimação das partes para *alegações finais por escrito em 15 (quinze) dias* (CPC, art. 364, § 2º), conforme inclusive requerido pelo autor, vindo na sequencia os autos conclusos para sentença.

II.2 – MÉRITO

II.2.1 – ALTERAÇÃO DOS CRITÉRIOS DE PARTILHA DE ROYALTIES – CRIAÇÃO DA NOVA LINHA GEODÉSICA (IBGE) – REQUISITOS LEGAIS – INTERESSE PÚBLICO – TUTELAS DE URGÊNCIA

Nos termos do pedido formulado na petição inicial, através da *presente ação* em que se pretende "*em definitivo, a declaração de nulidade do Processo nº 48610.202752/2020-11, assim como de qualquer outro procedimento* correlato, em andamento atualmente*, que resulte na alteração dos critérios de partilha de royalties entre os municípios de São Sebastião, Ilhabela e Caraguatatuba a partir da criação de nova linha geodésica ortogonal e paralela por ato do IBGE, por violação do devido processo legal, contraditório e ampla defesa*".

Segundo *manifestação* do autor Município de Ilhabela e documentos técnicos juntados aos autos, conforme *NOTA TÉCNICA 001/DGC/IBGE - 28/janeiro/2021*, que: "negou as justificativas técnicas apresentadas por esta municipalidade*, para manutenção dos moldes anteriores em relação às linhas geodésicas paralelas e ortogonal entre os Municípios litorâneos* (Fl. 706 – ID 48077773 –"), *a partir de MARÇO/2021 passaram a ser implementadas as modificações de repasses orçamentários aos Municípios de Ilhabela, São Sebastião e Caraguatatuba, decorrentes da revisão da partilha dos royalties* originária da *reformulação da linha geodésica ortogonal e paralela por ato do IBGE.*

Em sede de tutela de urgência, ponderou este Juízo no sentido de que "eventual *irregularidade na conclusão do processo administrativo*, e sem qualquer apreciação aprofundada dos pedidos de vista dos autos formulados pela parte autora, imprimindo-se movimentação à revelia deste, *poderá produzir em tese nulidade insanável o que colide com o princípio da duração razoável do processo* (art. 5º, LXXVIII, CF), da *eficiência* (art. 37, *caput*, CF), além dos prazos previstos pela *Lei nº 9.784/99, que regulam o processo administrativo*".

Segundo assinalado por este Juízo Federal no curso da tramitação processual, "a *negação de acesso ao procedimento administrativo agride o devido processo legal*, com as *garantias do contraditório e da ampla defesa*, direitos fundamentais de jaez constitucional (CF/1988, Art. 5º, incisos LIV e LV)."

Ainda, destaca-se quanto à *necessidade de devida apreciação dos interesses controversos perante a Administração Pública*, em respeito à *ampla defesa e contraditório* (CF,

art. 5º, inciso LV), bem como à *instância administrativa* para *apreciação e deliberação dos requerimentos e recursos em sede administrativa*, nos termos da Lei n. 9.784/1999 (Processo Administrativo Federal).

Por tais razões, nos termos das decisões proferidas nos autos, em plena observância à *Lei n. 9.784/1999 (Processo Administrativo Federal*), na medida em que se encontrava presente "*justo receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação decorrente da execução*", houve *ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS* interpostos pelo autor Município de Ilhabela perante a *Agência Nacional do Petróleo – ANP* e *Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE*:

> "Art. 61. Salvo disposição legal em contrário, o recurso não tem *efeito suspensivo*.
> Parágrafo único. *Havendo justo receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação decorrente da execução*, a autoridade recorrida ou a imediatamente superior poderá, de ofício *ou a pedido, dar efeito suspensivo ao recurso*."

Isto porque, nos termos da Lei n. 9.784/1999, art. 2º, diante das particularidades de ordem técnica do caso em concreto, a atribuição de efeito suspensivo aos recursos hierárquicos atendia, dentre outros, aos "*princípios da razoabilidade, ampla defesa, contraditório e interesse público*", visto que, em "*atendimento do INTERESSE PÚBLICO*":

> Art. 2º *A Administração Pública obedecerá*, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, *razoabilidade*, proporcionalidade, moralidade, *ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público* e eficiência.
> Parágrafo único. *Nos processos administrativos serão observados*, entre outros, os critérios de:
> I - *atuação conforme a lei e o Direito*;
> II - *atendimento a fins de interesse geral*, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei;
> III - objetividade no *atendimento do interesse público*, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades;
> IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;
> V - divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição;
> VI - *adequação entre meios e fins*, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao *atendimento do INTERESSE PÚBLICO*;
> VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;
> VIII – observância das formalidades essenciais à *garantia dos direitos dos administrados*;
> IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados;
> X - *garantia dos direitos à* comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à *interposição de recursos*, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio;
> XI - proibição de cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei;
> XII - impulsão, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados;
> XIII - *interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige*, vedada aplicação retroativa de nova interpretação. (Grifo nosso).

Conforme ponderado por este Juízo Federal, no presente caso, em que se envolve *questões de ordem técnica*, inclusive com *laudo pericial, nota técnica e documentos* emitidos pela

Agência Nacional do Petróleo – *ANP* e Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – *IBGE*, *a "execução" imediata da nova partilha dos royalties poderia surtir EFEITOS IRREVERSÍVEIS*, na medida em que *o AUMENTO DE DISPONIBILIDADE DE VERBAS às Municipalidades envolvidas certamente teria como efeito prático imediato a alocação e aplicação dos recursos recebidos,* trazendo *grave e nocivo comprometimento à eventual reversibilidade da medida*, em caso de decisão diversa em sede administrativa ou judicial, sobretudo considerando o *ELEVADO IMPACTO FINANCEIRO E ORÇAMENTÁRIO das alterações na partilha dos ROYALTIES* em tela, conforme imagens exemplificativas acostadas aos autos relativas à "*revisão das linhas geodésicas que definem a Costa dos Municípios de São Sebastião e Ilhabela*".

Segundo *contestação do Município de São Sebastião* e impugnação ao valor da causa: "*a título exemplificativo, no ano de 2019, fixou-se na Lei Orçamentária Anual de Ilhabela (LOA-2019) o valor estimado de R$ 646 milhões de reais a título de royalties"*, informação que traduz a *relevância da matéria* posta em discussão e os *potenciais impactos orçamentários da pretensa redefinição na partilha dos royalties do petróleo no Litoral Norte do Estado de São Paulo*, que afeta diretamente o *interesse público da população regional e socioeconômico dos entes federativos Municipais envolvidos*.

Na sequência, tornou-se imperativa a *ordem de DEPÓSITO JUDICIAL dos valores controvertidos valores controvertidos* envolvendo a distribuição dos *ROYALTIES* de petróleo e *PARTICIPAÇÃO ESPECIAL* (Lei n. 9.478/1997, arts. 45 e 50), com respectiva *obrigação-de-fazer* de ser informado nos autos sobre referidos depósitos periódicos pela *Agência Nacional do Petróleo – ANP*, conforme constou das DECISÕES que acolheram os *embargos de declaração* do Município de São Sebastião (ID 52174759, de 24/04/2021) e da ANP (ID 52710888, de 03/05/2021).

Conforme constou da fundamentação da *ordem de depósito judicial*, as *finanças públicas* de ambas as Municipalidades e suas comunidades restariam sensivelmente afetadas com o *ingresso ou eventual necessidade de reversão de vultosos valores de redistribuição de royalties de petróleo (vide Tabela, Certidão e Demonstrativos – ID 52144260 e ss.), em debate administrativo e judicial*, sendo *remota a possibilidade de se reaver valores que sejam incorporados aos orçamentos Municipais* e destinados às *necessidades e urgências locais imediatas*, sobretudo em tempos de pandemia (COVID19) e de emergência de saúde pública

Em razão de *recursos de agravo de instrumento* interpostos pelo MUNICÍPIO DE ILHABELA (AI nº 5009317-77.2021.4.03.0000) e pelo MUNICÍPIO DE SÃO SEBASTIÃO (AI nº 5008386-74.2021.4.03.0000), pelo Eg. Tribunal Regional Federal da 3a Região foram proferidas decisões, em síntese, pela *manutenção da ordem vigente de DEPÓSITO JUDICIAL dos valores controvertidos*, ou seja, no sentido de que "*deve ser mantida a determinação quanto ao DEPÓSITO JUDICIAL dos valores controvertidos*", visto se tratar da "*melhor solução a ser adotada neste momento*":

> *AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5009317-77.2021.4.03.0000*
> *RELATOR: Gab. 12 - DES. FED. MARLI FERREIRA*
> AGRAVANTE: MUNICIPIO DE ILHABELA
> AGRAVADO: MUNICIPIO DE SAO SEBASTIAO
> DECISÃO
> Trata-se de *agravo de instrumento interposto pelo MUNICÍPIO DE ILHABELA* contra decisão que, procedimento comum, deferiu a tutela de urgência para determinar o depósito judicial dos valores referentes à redistribuição dos royalties do petróleo. (...)
> Pondera que a distribuição dos royalties para São Sebastião ou o depósito em juízo são equi-

parados, uma vez que produzem exatamente o mesmo efeito de privar Ilhabela dos recursos e afetar seu orçamento e vida econômica e social.
Anota que, conforme informações prestadas pela Secretaria de Gestão Financeira, as quais ainda serão complementadas por informações das outras Secretarias no prazo de que dispõe a municipalidade, o qual só vence em 30.04.21, o impacto orçamentário é estimado em R$281.300.000,00. (...)
DECIDO (...) é importante ressaltar que *a determinação quanto ao depósito dos valores discutidos, é a meu ver, a melhor solução a ser adotada neste momento.*
Da leitura do feito originário, constata-se que *a redistribuição das parcelas de royalties do petróleo foi analisada pelos órgãos técnicos (IBGE e ANP)* e, conquanto a aqui agravante, anteriormente tenha sustentado que, na esfera administrativa, não foi oportunizado o exercício da ampla defesa e do contraditório, *tanto os documentos juntados no feito originário como a decisão judicial que determinou o acesso à íntegra dos processos administrativos e à reabertura de prazo, afastaram quaisquer nulidades e vícios.*
(...)
Assim, *persiste a ordem quanto ao depósito judicial dos valores discutidos.* (...)
No entanto, diante de nova ordem proferida pelo magistrado singular, *deve ser mantida a determinação quanto ao depósito judicial dos valores controvertidos.*
São Paulo, 3 de maio de 2021. (ID 52936975 – Grifo nosso).
• • •
AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5008386-74.2021.4.03.0000
RELATOR: Gab. 12 - DES. FED. MARLI FERREIRA
AGRAVANTE: MUNICIPIO DE SAO SEBASTIAO
Advogado do(a) AGRAVANTE: YURI NELSON CARDOSO DE BARROS - SP450016
AGRAVADO: MUNICIPIO DE ILHABELA
D E C I S Ã O
Trata-se de *agravo de instrumento interposto pelo MUNICÍPIO DE SÃO SEBASTIÃO* (...)
Na esfera judicial, o magistrado singular, analisando novo pedido da Prefeitura de Ilhabela, *diante da existência de justo receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação* decorrente da execução (requisitos previsto no artigo 61, da Lei n. 9.784/1999), deferiu a tutela de urgência para atribuir efeito suspensivo ao recurso hierárquico interposto na esfera administrativa.
Quanto ao pedido da agravante, como já dito, *não vislumbro a presença do perigo de dano imediato, visto que posteriormente, o magistrado singular determinou que os valores referentes aos royalties fossem depositados em juízo.* (...)
São Paulo, 27 de abril de 2021. (ID 52970002).

E, de fato, conforme bem pontuado e reiterado durante as fases postulatória e probatória, como corolário do *princípio da separação dos Poderes da República* (CF, art. 2º), impõe-se a observância à *independência e autonomia da esfera administrativa* na condução de seus processos.

Todavia, sem adentrar à questão do *mérito administrativo*, *compete ao Poder Judiciário apreciar eventual suscitação de abuso de poder ou violação à lei (CF, art. 5º, XXXV), decorrentes de desrespeito ao contraditório e à ampla defesa*, como se sustenta no presente caso a partir da petição inicial.

II.2.2 - PROCESSOS ADMINISTRATIVOS (IBGE E ANP) – MÉRITO ADMINISTRATIVO E LIMITES DA JURISDIÇÃO – OBSERVÂNCIA AO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA – CONTROLE DE LEGALIDADE

Apesar dos relevantes fundamentos trazidos pelo autor Município de Ilhabela sua *pretensão NÃO deve prosperar.* Isto porque, apesar das sérias alegações do autor Município de

Ilhabela no sentido de que teria sido preterido em seus direitos nos processos administrativos perante a ANP e IBGE, a partir das *informações prestadas nos autos* e *marcos temporais demonstrados*, em que se evidencia as *intimações ao Município de Ilhabela para sua efetiva ampla defesa e contraditório* em sede administrativa, *não prevalece a alegação de desrespeito ao contraditório e de cerceamento à ampla defesa na seara administrativa*

E o *atendimento aos princípios do contraditório e da ampla defesa em sede administrativa* restou consignado nos v. acórdãos que negaram provimento ao *Agravo de Instrumento nº 5027867-57.2020.4.03.0000 da ANP* e *Agravo de Instrumento nº 5008386-74.2021.4.03.0000 do Município de São Sebastião* ao em face de decisão destes autos:

> *Agravo de Instrumento nº 5027867-57.2020.4.03.0000 (ANP)* :
> "EMENTA
> AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. *DIREITO ADMINISTRATIVO*. PROCEDIMENTO COMUM. *APLICAÇÃO DA TEORIA DA SITUAÇÃO FÁTICA CONSOLIDADA*.
> 1. No feito originário a questão quanto à formação de litisconsórcio foi resolvida, conforme a pretensão da agravante.
> 2. Quanto à *alegação de observância dos princípios da ampla defesa e do contraditório no processo administrativo*, conquanto o agravante tenha trazido aos autos elementos comprobatórios quanto à legitimidade do ato administrativo, é certo que *tanto a novo fornecimento da íntegra dos processos administrativos quanto à reabertura do prazo de 30 dias para manifestação na esfera administrativa já ocorreram.*
> 3. Assim, *aplicável a teoria da situação fática consolidada pelo decurso do tempo, que não merece ser desconstituída.* Precedentes do C. STJ.
> 4. Agravo de instrumento desprovido.
> VOTO
> (...) Além disso, quanto à *alegação de observância dos princípios da ampla defesa e do contraditório no processo administrativo*, conquanto o agravante tenha trazido aos autos elementos comprobatórios quanto à legitimidade do ato administrativo, *é certo que tanto a novo fornecimento da íntegra dos processos administrativos quanto à reabertura do prazo de 30 dias para manifestação na esfera administrativa já ocorreram.*
> Atente-se que, inclusive, *a manifestação do Município de Ilhabela já foi analisada e desprovida, na esfera administrativa, aguardando-se, neste momento, o julgamento de recurso hierárquico protocolizado.*
> Desse modo, indica o bom senso a manutenção do julgado, pela consolidação e irreversibilidade da situação objeto do pedido.
> *Trata-se de situação fática consolidada pelo decurso do tempo, que não merece ser desconstituída.*"

> *Agravo de Instrumento nº 5008386-74.2021.4.03.0000 (MUNICÍPIO DE SÃO SEBASTIÃO)*:
> "(...) *a análise dos documentos acostados ao feito originário comprove que a Prefeitura de Ilhabela foi notificada das decisões administrativas, desde 05/2020, não havendo, a princípio, violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, na esfera administrativa* (...)"

Neste momento processual de cognição exauriente, ainda se afigura oportuna a *transcrição do seguinte teor* constante das *alegações finais do IBGE*:

> "Tanto a *Nota Técnica nº 001/DGC/2021*, que respondeu a primeira contestação do município de Ilhabela, quanto *Nota Técnica nº 024/DGC/2021* que respondeu ao Recurso Hierárquico interposto pelo Município de Ilhabela constante do Ofício GP nº 106/2021 do Gabinete da Prefeitura de Ilhabela, reiteraram a posição da nota técnica original do IBGE (Nota Técnica

> nº 001/DGC/2020). Essa é a decisão administrativa final do IBGE.
> Logo, *o pedido de nulidade é improcedente porque a parte autora fez uso das garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório*, não obstante, o resultado tenha sido a *manutenção de uma decisão administrativa que não lhe agrade, embora beneficie outros Municípios do litoral norte do Estado de São Paulo.*
> Em conclusão, o mérito administrativo não é objeto da ação proposta pelo Município de Ilhabela e deverá permanecer fora do escrutínio judicial, consoante as normas jurídicas contidas nos artigos 141, 319, IV, 322, 324, 492 e 1013, § 3º, II do CPC. (...)"

Nesse mesmo sentido, constou das *alegações finais da ANP*:

> "No caso em discussão, com a *revisão das linhas geodésicas que definem a Costa dos Municípios de São Sebastião e Ilhabela pelo IBGE* e a consequente *atualização do PMC pela ANP*, houve *alteração na distribuição de royalties* como demonstrado nos autos (ID 52705442 e seguintes).
> Logo, *o pedido de nulidade é improcedente porque a parte autora fez uso das garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório*, não obstante, o resultado tenha sido a manutenção de uma decisão administrativa que não lhe agrade, embora beneficie outros Municípios do litoral norte do Estado de São Paulo. (...).

Pelo conjunto probatório acostado aos autos, resta evidente a irresignação do autor Município de Ilhabela à aplicação dos novos critérios de distribuição e partilha dos royalties no Litoral Norte de São Paulo.

Contudo, tal inconformismo fora submetido ao grau recursal administrativo, com decisão de forma desfavorável à pretensão do autor, sem que tenha se comprovado qualquer mácula aos princípios da ampla defesa e do contraditório na tramitação dos processos administrativos, o que na verdade constitui a causa de pedir da presente ação judicial.

Conforme inclusive consignado em sede de cognição sumária, não cumpre ao Poder Judiciário se imiscuir, causar embaraço, se intrometer ou tumultuar a análise de questões de mérito e ordem técnica na esfera administrativa, contanto que observados os primados da Constituição Federal e os preceitos legais, em controle de legalidade e observados os limites da jurisdição.

Todavia, na medida em que satisfatoriamente comprovada a intimação do Município de Ilhabela para exercer seu direito ao contraditório e à ampla defesa em sede administrativa, apesar de ter optado em se socorrer de estudos técnicos mediante extrapolação de prazos, não se vislumbra qualquer ocorrência de cerceamento de defesa nos processos administrativos em tela.

E, apesar da provocação do Poder Judiciário pelo autor Município de Ilhabela, uma vez verificado o atendimento ao contraditório e à ampla defesa nos processos administrativos, inclusive com comprovada extrapolação de prazo pelo autor, impõe-se o respeito à decisão do mérito em processo administrativo, sobretudo em observância ao princípio da Separação dos Poderes Executivo e Judiciário da República (CF, art. 2º).

Outrossim, preservada a autoridade da Administração Pública Federal e sem adentrar ao mérito das decisões administrativas (IBGE e ANP), ao deliberar, de forma técnica, objetiva e impessoal, sobre os novos critérios de distribuição dos royalties do Litoral Norte de São Paulo, mas *ad argumentandum tantum* (somente para argumentar), pelos elementos dos autos e a partir das regras de experiência, se afigura de fato desproporcional que o Município de Ilhabela detenha percentuais de 100% sobre determinados campos de exploração que se

encontram sob os limites litorâneos e além-mar tanto do Municípios de Ilhabela quanto de outros Municípios do Litoral Norte de São Paulo (ex. Bacalhau; Lapa; Noroeste, Nordeste Sudoeste e Sul de Sapinhoá), em evidente e nocivo prejuízo dos demais Municípios envolvidos, sendo que a partir das decisões do IBGE e ANP os royalties passaram a ser distribuídos de maneira mais equilibrada e equitativa entre os Municípios que ocupam o mesmo litoral do Estado de São Paulo.

Com efeito, o contexto dos anteriores e novos "*percentuais médios de confrontação*" (*PMC ANTERIOR e PMC ATUALIZADO*), que demonstram relevante equalização na distribuição dos royalties de petróleo, visto que redimensionam, em boa parte dos campos de produção (*vide Campos Bacalhau, Lapa, Noroeste de Sapinhoa, Sudoeste de Sapinhoa e Sul de Sapinhoa*), de 100% para 50% em favor de Ilhabela, e de 0% para 50% em favor de São Sebastião, cifras que traduzem importâncias que podem saltar o pagamento da ordem de R$ 7,8 milhões para R$ 22,3 milhões mensais, tal como ocorreu em favor do Município de São Sebastião de fevereiro para março/2021, após a implementação da redistribuição dos royalties objeto dos autos (*vide* Tabela e documentos anexos).

Outrossim, apesar de o Município de Ilhabela constituir sede de ente federativo, bem como possuir área insular considerável, não se afigura proporcional nem razoável que detenha parcela significativamente superior nem integral na partilha de royalties que os demais Municípios que compõem o Litoral Norte de São Paulo, inclusive São Sebastião:

Conforme consta em recente publicação eletrônica do site G1:

> Arrecadação em royalties em 2020 por cidade:
> Ilhabela: R$ 444 milhões
> Caraguatatuba: R$ 125 milhões
> São Sebastião: R$ 121 milhões
> Ubatuba: R$ 45 milhões
> (Fonte: <https://g1.globo.com/sp/vale-do-paraiba-regiao/noticia/2020/12/06/sao-sebastiao-pede-redistribuicao-dos-royalties-do-petroleo-nova-partilha-pode-impactar-ilhabela.ghtml> - Acesso em 11/04/2021).

Pelo fato de Município de Ilhabela possuir perímetro litorâneo quase que equivalente à costa litorânea de São Sebastião (cerca de 90 km), não se apresenta plausível a concentração, em favor do autor Município de Ilhabela, de parcela tão desproporcional relativa aos royalties de petróleo em comparação aos demais Municípios que ocupam as áreas circunvizinhas e também com faixa litorânea sob a rota de acesso dos 7 (sete) campos de exploração de petróleo em questão, quais sejam: "*MEXILHÃO, LAPA, NOROESTE DE SAPINHOÁ, NORDESTE DE SAPINHOÁ, SAPINHOÁ, SUDOESTE DE SAPINHOÁ E SUL DE SAPINHOÁ*".

Com efeito, nota-se que, tanto através das planilhas e tabelas disponíveis a partir dos dados recentes do IBGE e ANP (*vide* Tabela e documentos anexos), quanto das informações disponíveis na imprensa, a aplicação dos novos critérios de distribuição dos royalties de petróleo no Litoral Norte de São Paulo, em verdade, tende a atender a uma distribuição mais equitativa e proporcional entre os Municípios envolvidos:

> *Como isso impacta o orçamento das cidades*
> Foram identificados *sete campos de produção em litígio entre as cidades: Mexilhão, Lapa, Noroeste de Sapinhoá, Nordeste de Sapinhoá, Sapinhoá, Sudoeste de Sapinhoá e Sul de Sapinhoá*. Dentre esses, estão quatro em que São Sebastião não era contemplada na partilha.

> No caso do campo de Lapa, Ilhabela é a única que recebe royalties pela produção e passaria a dividir igualmente com São Sebastião. A mesma partilha seria feita com o campo sul de Sapinhoá e Sapinhoá - deixando de ser a única a receber no estado de São Paulo. No caso de Mexilhão, com a nova divisão Ilhabela passaria da fatia de 15% para 8,6%.
> Royalties reforçam orçamento de Ilhabela
> Hoje, *Ilhabela é a maior detentora de royalties do litoral norte. Este ano, a previsão é de que sejam repassados R$ 444 milhões à cidade em royalties. São Sebastião ficou com uma fatia de R$ 121 milhões.*
> *Ilhabela viu o orçamento ter um 'boom' depois do início da produção de Sapinhoá*, em 2013. De acordo com os dados da prefeitura, *em 2013 o orçamento anual do município era de R$ 168,4 milhões - o repasse dos royalties correspondia a 36%, totalizando R$ 61,7 milhões.*
> Apesar de mais enxuto este ano por causa da queda de 30% na produção, impactada pelo coronavírus, o valor cresceu sete vezes. Em 2019, a cidade chegou a receber R$ 738 milhões. O valor corresponde a maior fatia do orçamento da cidade que este ano, antes da pandemia, estava estimado em R$ 1 bilhão.
> (Fonte: <https://g1.globo.com/sp/vale-do-paraiba-regiao/noticia/2020/12/06/sao-sebastiao-pede-redistribuicao-dos-royalties-do-petroleo-nova-partilha-pode-impactar-ilhabela.ghtml> - Acesso em 11/04/2021).

Por conseguinte, uma vez submetida a questão controvertida à esfera administrativa, com desenvolvimento de *estudos, pareceres, notas técnicas, laudos e conclusões técnicas a respeito da matéria* posta, respeitados o *contraditório e a ampla defesa*, impõe-se a *observância à causa de pedir e os pedidos* para *afastar a pretensão da parte autora de nulidade dos processos administrativos, sob alegação de cerceamento de defesa*, visto que *ausentes quaisquer violações ao contraditório e à ampla defesa em sede administrativa*.

Em definitivo, e após *análise do conjunto probatório* dos autos e *manifestações das partes e documentos*, inclusive de órgãos técnicos, *conclui-se que o auto Município de Ilhabela não se desincumbiu de seu ônus probatório de comprovar efetivo desrespeito ao contraditório ou cerceamento de sua defesa em sede administrativa* (CPC, art. 374, inciso I), tendo, de fato, manifestado sua *oposição aos novos critério estabelecidos pelo IBGE e ANP para a distribuição dos royalties de petróleo na região*, o que, ante os *estudos técnicos e critérios desenvolvidos na esfera administrativa*, deve ser doravante cumprido em sua integralidade.

Por derradeiro, cumpre afastar o pleito formulado pelo Município de Ilhabela em *sede de alegações finais*, "*para que se determine aos réus IBGE e ANP que procedam ao julgamento dos recursos hierárquicos interpostos pelo autor no bojo dos procedimentos administrativos nº 0001726.00000466/2019-76 (IBGE) e nº 48610.202752/2020-11 (ANP)*", visto que *extrapola os limites objetivos da presente ação*, devendo ser observado o *princípio da adstrição ou congruência*, que vincula a sentença aos pedidos da petição inicial, em que *não foi deduzida tal pretensão, pelo contrário, se pediu justamente pela "nulidade do Processo nº 48610.202752/2020-11, assim como de qualquer outro procedimento correlato, em andamento atualmente, que resulte na alteração dos critérios de partilha de royalties entre os municípios de São Sebastião, Ilhabela e Caraguatatuba a partir da criação de nova linha geodésica ortogonal e paralela por ato do IBGE, por violação do devido processo legal, contraditório e ampla defesa*" (ID 38515154 – Fl. 20).

III - DISPOSITIVO

Ante o exposto, *JULGO IMPROCEDENTES os pedidos do autor MUNICÍPIO DE ILHABELA*, resolvendo o mérito da presente ação, nos termos do CPC, art. 487, inciso I, com a

manutenção da alteração dos critérios de partilha de "royalties" pela Agencia Nacional do Petróleo - ANP entre os Municípios de São Sebastião/SP, Ilhabela/SP e Caraguatatuba/SP, a partir da criação de *nova linha geodésica ortogonal e paralela e sua interpretação por ato do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.*

Considerados os fundamentos que motivaram a *ordem de DEPÓSITO JUDICIAL dos valores controvertidos* relativos à distribuição dos *ROYALTIES* de petróleo e *PARTICIPAÇÃO ESPECIAL* (Lei n. 9.478/1997, arts. 45 e 50), sopesado o *interesse público* e o *elevado risco de irreversibilidade dos vultosos valores de redistribuição de royalties de petróleo* (*v.g. Julho/2021*: R$ 15.922.208,82 (*Royalties de concessão*) e R$ 1.233.195,88 (Royalties de partilha de produção) – cf. ID 58384052 (ANP), de 25/07/2021 e *1o Trimestre/2021*: R$ 51.683.994,31 (*Participação Especial*) - cf. ID 54856001 (ANP e Tabela, Certidão e Demonstrativos – ID 52144260 e ss), bem como em razão das *decisões do Eg. TRF3 proferidas nos recursos de agravo de instrumento* interpostos tanto pelo MUNICÍPIO DE ILHABELA (AI nº 5009317-77.2021.4.03.0000) quanto pelo MUNICÍPIO DE SÃO SEBASTIÃO (AI nº 5008386-74.2021.4.03.0000), todas pela *manutenção da ordem de DEPÓSITO JUDICIAL dos valores controvertidos*, ou seja, no sentido de que "*deve ser mantida a determinação quanto ao DEPÓSITO JUDICIAL dos valores controvertidos*", *MANTENHO A ORDEM À AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO – ANP DE DEPÓSITO JUDICIAL DOS VALORES CONTROVERTIDOS* objeto destes autos, bem como *OBRIGAÇÃO-DE-FAZER* de a ANP informado nos autos sobre referidos depósitos periódicos, sob os devidos *ônus processuais e penais* dos responsáveis por eventual descumprimento à ordem judicial, *até o transito em julgado* da presente sentença, ou *eventual deliberação diversa em grau recursal.*

Tendo em vista que o ato processual de *citação válida "torna litigiosa a coisa e constitui em mora o devedor"* (CPC, art. 240), *os efeitos desta sentença e tutelas de urgência deferidas devem retroagir até a data da CITAÇÃO*, inclusive para efeitos da *redistribuição dos valores controvertidos*, que *deverão ser objeto de cumprimento de sentença e de acerto retroativo pela ANP relativo à distribuição dos ROYALTIES de petróleo e PARTICIPAÇÃO ESPECIAL* (Lei n. 9.478/1997, arts. 45 e 50), conforme *novos critérios estabelecidos pelo IBGE e ANP para a distribuição dos royalties de petróleo na região*, a partir de *descontos em relação aos pagamentos vindouros/futuros de direito dos Municípios envolvidos.*

Diante da *inércia e contumácia do autor perante a ordem judicial* de que "*retifique o autor MUNICÍPIO DE ILHABELA o valor atribuído à causa, que, em definitivo, deve refletir o benefício econômico almejado a partir da presente ação, a partir da pretensa anulação da nova partilha dos royalties de petróleo (CPC, art. 291), e que não se confunde com o valor do contrato com empresa para realização de estudos e (fl. 87 e 100 – ID 39705875), conforme constou da emenda à inicial"* (*vide* decisão ID 48585608, de 09/04/2021), nos termos do CPC, art. 292, § 3º, *ARBITRO O VALOR DA CAUSA em R$ 15.000.000,00 (quinze milhões de reais)*, que atende ao *parâmetro da média mensal dos valores controvertidos* objeto dos presentes autos, conforme dados técnicos da ANP juntados aos autos. Anote a Secretaria com retificação da autuação.

Condeno a parte autora MUNICÍPIO DE ILHABELA ao pagamento de honorários de advogado, de forma igualitária e "*pro rata*" (rateado) *em favor dos réus MUNICÍPIO DE SÃO SEBASTIÃO, ANP E IBGE*, visto que foram quem ofertou oposição ao pedido inicial, na importância equivalente a 10% (dez por cento) do valor arbitrado nesta sentença à presente causa, conforme os critérios do CPC, art. 85, §§ 2º e 3º, atualizado até a data do efetivo pagamento observados os parâmetros do Manual de Cálculos da Justiça Federal.

Ciência a todas as partes acerca do teor do parecer do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (ID 58452560, de 26/07/2021), sobretudo no que se refere ao *item 2*, quanto "*as informações sobre eventual procedimento envolvendo a DISTRIBUIÇÃO E APLICAÇÃO DOS VALORES DE ROYALTIES do petróleo no Litoral Norte de São Paulo*", com detalhamento dos *INQUÉRITOS CIVIS "visando fiscalizar a aplicação e apurar supostas irregularidades na destinação de valores de royalties do petróleo" nos Municípios do Litoral Norte de São Paulo*, e sua remessa ao MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, em Ilhabela e São Sebastião, sob as razões expostas.

Comunique-se o teor da presente sentença à *Eminente Presidência do Eg. TRF3, para instrução dos autos n. 5008092-22.2021.4.03.0000* (Pedido de Suspensão de Liminar), com as homenagens deste Juízo Federal.

Ainda, *comunique-se à Eminente Relatora, Desembargadora Federal Marli Ferreira, para instrução do Agravo de Instrumento n. 5027867-57.2020.4.03.0000* (ANP) e do *Agravo de Instrumento n. 5008386-74.2021.4.03.0000 (Município de São Sebastião)*, com as homenagens deste Juízo Federal.

Vide imagens, tabelas e documentos técnicos ANEXOS, que passam a integrar a presente sentença.

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se.

CARAGUATATUBA, 28 de outubro de 2021.

Juiz Federal GUSTAVO CATUNDA MENDES

MANDADO DE SEGURANÇA CÍVEL
5000153-21.2021.4.03.6004

Impetrantes: MADGREGORIS DEL VALLE SALAZAR YEGREZ, MIGUEL JOSE CARRENO, JMCS, MACS, SICS, FJCS
Impetrado: DELEGADO CHEFE NA DELEGACIA DE POLÍCIA FEDERAL EM CORUMBÁ
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE CORUMBÁ - MS
Juiz Federal: FELIPE BITTENCOURT POTRICH
Disponibilização da Sentença: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 14/04/2021

SENTENÇA

Trata-se de mandado de segurança impetrado por *Madgregoris Del Valle Salazar Yegrez e Miguel Jose Carreno*, também representando seus filhos menores JMCS, MACS, SICS e FJCS, com pedido de liminar, em face do *Delegado Chefe da Polícia Federal de Corumbá/MS*, objetivando a declaração de nulidade dos termos de notificação para saída do Brasil, de modo a garantir o prévio procedimento administrativo de reconhecimento da condição de pessoa refugiada e/ou autorização de residência provisória.

Narram que são imigrantes venezuelanos e ingressaram no Brasil no dia 23/11/2020, quando se dirigiram ao Posto de Migração da Polícia Federal em Corumbá, para solicitar a regularização migratória da família. Afirmam que o pedido não foi recebido e que, de pronto, foram notificados para saída do país, no prazo de 60 dias, sob pena de deportação compulsória, com base na Portaria Interministerial n. 652/2021.

Discorrem que em razão da pandemia de COVID-19, houve uma sucessão de Portarias estabelecendo restrições de entrada e saída do país - tais como repatriação, deportação imediata e inabilitação do pedido de refúgio, sem amparo legal. Sustentam que referidas medidas de retirada compulsória de não-nacionais, com entrada irregular, atentam contra as garantias constitucionais e as diretrizes da Política Migratória Nacional. Juntaram documentos.

A decisão de Id 47382777 deferiu a gratuidade de justiça e determinou a prévia notificação do impetrado.

A autoridade impetrada prestou informações, destacando a legalidade do ato combatido (Id 47561923). Afirma que em respeito ao princípio da hierarquia, não pode proceder à regularização migratória ou aceitar pedido de refúgio, vez que a Portaria Interministerial 652/2021 e a Nota Informativa 02/2021, emitida pela Divisão de Registro Migratório da Coordenação-Geral da Polícia Federal, determinam a restrição da entrada no país de estrangeiros de qualquer nacionalidade.

Em petição de Id 47886253, a União manifesta interesse em ingressar no feito.

O MPF apresentou parecer favorável à concessão da segurança, por entender que o ato combatido se lastreia em normativa ilegal, a Portaria Interministerial n. 652/2021 (Id 48115725). Ressalta que a adoção de medidas sanitárias para contenção do coronavírus não justifica a supressão dos direitos migratórios, do exercício do contraditório e da ampla defesa, bem como da possibilidade de justificação da entrada no país, garantias previstas na Lei de Migração e na Lei do Refúgio.

É o relatório. DECIDO.

Buscam os impetrantes ordem judicial para que a autoridade impetrada se abstenha de quaisquer medidas compulsórias de saída do território nacional ou que acarretem limitação à liberdade de locomoção, por razões migratórias.

Conforme se verifica do documento expedido pela Secretaria Municipal de Assistência Social e Direitos Humanos (Id 47313986, pág. 30), os impetrantes são estrangeiros, de nacionalidade venezuelana, que estavam sendo atendidos pela Casa do Imigrante em Corumbá/MS.

No dia 23/11/2020, compareceram ao Posto de Migração da Polícia Federal em Corumbá, para solicitar refúgio ou promover outra forma de regularização migratória, e foram surpreendidos com a notificação formal para deixarem o país, no prazo de 60 dias, sob pena de deportação compulsória, por serem classificados como clandestinos (Id 47313986, págs. 9, 12, 16, 21, 26 e 29).

Sobre a questão, importante destacar que a Venezuela vive notória crise política, com degeneração de seu regime democrático e, consequentemente, vive quadro generalizado de violação de direitos civis e políticos, ocasionando fluxo migratório intenso de seus nacionais para outros países.

Como ressalta a Agência da ONU para Refugiados (ACNUR), que classificou a crise venezuelana como emergencial, incluindo-a entre suas ações prioritárias,

> "Com mais de 5 milhões de venezuelanos vivendo no exterior, a grande maioria em países da América Latina e do Caribe, *esta se tornou uma das maiores crises de deslocamento do mundo.*
> (...) Para garantir uma ampla resposta da ONU e apoiar os esforços dos principais governos receptores, a Plataforma Regional de Coordenação Inter Agência para a situação na Venezuela – liderada pelo ACNUR e pela OIM – lançou o Plano de Resposta Regional para Refugiados e Migrantes (RMRP) para a Venezuela em 14 de dezembro de 2018.
> (https://www.acnur.org/portugues/venezuela, acesso em 13.04.2021)

Nesse contexto, importante observar que, desde a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, o sistema internacional de proteção aos direitos humanos vem reconhecendo tratamento e garantias especiais cada vez mais amplos a pessoas em situação de vulnerabilidade migratória.

Embora a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, de 1951, e o seu Protocolo de 1967, tenham adotado um conceito de refugiado diretamente relacionado a perseguições motivadas por raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas em contexto de conflitos armados (artigo 1º), a constatação de outras importantes causas migratórias no contexto da África e da América levou à ampliação da definição na Convenção Organização da Unidade Africana (OUA) que Rege os Aspectos Específicos dos Problemas do Refugiados em África de 1969, e na Declaração de Cartagena sobre os Refugiados de 1984.

Conforme consta da conclusão terceira da Declaração de Cartagena, o colóquio decidiu

> "Reiterar que, face à experiência adquirida pela afluência em massa de refugiados na América Central, se toma necessário encarar a extensão do conceito de refugiado tendo em conta, no que é pertinente, e de acordo com as características da situação existente na região, o previsto na Convenção da OUA (artigo 1., parágrafo 2) e a doutrina utilizada nos relatórios da Comissão Interamericana dos Direitos Humanos. Deste modo, *a definição ou o conceito de refugiado recomendável para sua utilização na região é o que, além de conter os elementos da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, considere também como refugiados as pessoas*

que tenham fugido dos seus países porque a sua vida, segurança ou liberdade tenham sido ameaçadas pela violência generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação maciça dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública."

Em nível interno, em observância a tais conceitos internacionais, a Lei 9.474/97 prevê:

> Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:
> I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;
> II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;
> III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.

Considerados, portanto, o grave quadro de subversão da ordem democrática e dos direitos civis e políticos na Venezuela, e o conceito de refugiado adotado tanto internamente como internacionalmente, reforçado pela cláusula de abertura do art. 5º da Constituição Federal, não subsiste qualquer dúvida de que, atualmente, qualquer cidadão venezuelano em condição migratória figura, ao menos potencialmente, como provável refugiado de seu país.

Em tal condição, a principal garantia a ser observada quanto ao migrante em situação de risco é o princípio do *non-refoulement,* segundo o qual um Estado não deve obrigar um estrangeiro a retornar a um país no qual possa ser exposto a perseguição.

Tal garantia encontra-se consagrada no artigo 33 da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, nos seguintes termos:

> "Nenhum dos Estados Membros expulsará ou rechaçará, de maneira alguma, um refugiado para as fronteiras dos territórios em que a sua vida ou a sua liberdade seja ameaçada em virtude da sua raça, da sua religião, da sua nacionalidade, do grupo social a que pertence ou das suas opiniões políticas".

Foi albergada, ainda, por inúmeros outros instrumentos internacionais, dentre eles o artigo 45, da Convenção IV de Genebra de 1949, o artigo 3º da Convenção Européia dos Direitos do Homem de 1950, o artigo 3º da Convenção Contra a Tortura de 1984 e, no âmbito regional, o artigo 22, item 8, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969.

No âmbito interno, o Decreto 70.946/72 promulga o Estatuto dos Refugiados no Brasil, incorporando, desde então, a cláusula de proibição de não devolução.

Já a lei de migração, além de albergar o princípio, estabelece importantes garantias adicionais relacionadas ao contraditório e à ampla defesa no processo de repatriação ou deportação do estrangeiro.

No que importa à causa em questão, destaque-se:

> Lei n. 13.445/2017 - Lei de Migração
> "Da Repatriação
> Art. 49. A repatriação consiste em medida administrativa de devolução de pessoa em situação de impedimento ao país de procedência ou de nacionalidade.

> [...] § 2º A Defensoria Pública da União será notificada, preferencialmente por via eletrônica, no caso do § 4º deste artigo ou quando a repatriação imediata não seja possível.
> [...] § 4º Não será aplicada medida de repatriação à pessoa em situação de refúgio ou de apatridia, de fato ou de direito, ao menor de 18 (dezoito) anos desacompanhado ou separado de sua família, exceto nos casos em que se demonstrar favorável para a garantia de seus direitos ou para a reintegração a sua família de origem, ou a quem necessite de acolhimento humanitário, nem, em qualquer caso, medida de devolução para país ou região que possa apresentar risco à vida, à integridade pessoal ou à liberdade da pessoa.
> Da Deportação
> Art. 50. A deportação é medida decorrente de procedimento administrativo que consiste na retirada compulsória de pessoa que se encontre em situação migratória irregular em território nacional.
> Art. 51. Os procedimentos conducentes à deportação devem respeitar o contraditório e a ampla defesa e a garantia de recurso com efeito suspensivo. [...]
> Art. 62. Não se procederá à repatriação, à deportação ou à expulsão de nenhum indivíduo quando subsistirem razões para acreditar que a medida poderá colocar em risco a vida ou a integridade pessoal. [...]
> Art. 110. As penalidades aplicadas serão objeto de pedido de reconsideração e de recurso, nos termos de regulamento.
> Parágrafo único. Serão respeitados o contraditório, a ampla defesa e a garantia de recurso, assim como a situação de hipossuficiência do migrante ou do visitante.
>
> Da Autorização de Residência
> Art. 30. A residência poderá ser autorizada, mediante registro, ao imigrante, ao residente fronteiriço ou ao visitante que se enquadre em uma das seguintes hipóteses: [...]
> e) seja beneficiária de refúgio, de asilo ou de proteção ao apátrida;
> Art. 31. § 4º O solicitante de refúgio, de asilo ou de proteção ao apátrida fará jus a autorização provisória de residência até a obtenção de resposta ao seu pedido. [...]"
>
> Decreto n. 9.199/2017 - Regulamenta a Lei de Migração
> "[...] Art. 120. O ingresso irregular no território nacional não constituirá impedimento para a solicitação de reconhecimento da condição de refugiado e para a aplicação dos mecanismos de proteção da pessoa refugiada, hipótese em que não incidirá o disposto no art. 307, desde que, ao final do procedimento, a condição de refugiado seja reconhecida." (g.n.)

Seja, assim, por força de importantes compromissos internacionais assumidos pelo Brasil (e pelos quais pode vir a ser responsabilizado internacionalmente), seja por força da Constituição Federal e da lei interna, migrantes em potencial situação de refugiados não podem ser forçados a retornarem a país no qual podem ser expostos às violações que originaram sua saída, tendo direito, ainda, a pleitearem sua condição de refugiados com as devidas garantias, dentre elas a ampla defesa, o contraditório, e a residência temporária.

Paralelamente a esse regime de proteção, com a eclosão da pandemia decorrente do coronavírus, foi editada a Lei n. 13.979/2020, estabelecendo medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública, dentre elas a restrição excepcional e temporária de entrada e saída do País, assim como a locomoção interestadual e intermunicipal (art. 3º, VI).

Visando regulamentar a matéria, foi publicada a Portaria Interministerial n. 652/2021, fixando as seguintes sanções para o estrangeiro que descumprir a restrição de entrada no País: *i)* responsabilização civil, administrativa e penal; *ii)* repatriação ou deportação imediata; *iii)* inabilitação de pedido de refúgio (art. 8º).

Analisando os fatos e fundamentos jurídicos deduzidos pelas partes em conjunto com a legislação supracitada, é preciso pontuar, em primeiro lugar, que a grave situação de migrantes venezuelanos não pode ser considerada no mesmo grau de equivalência de migrantes de outros países, considerando o que já se expôs. Nesses termos, à luz do princípio da proporcionalidade, ainda que as restrições sanitárias estabelecidas pela Lei 13.979/2020 mostrem-se, a princípio, necessárias, adequadas e proporcionais em sentido estrito quanto a outros estrangeiros que pretendam ingressar no país, não podem ser consideradas adequadas e estritamente proporcionais para a tutela da específica condição da migração venezuelana.

Para além disso, e por todo o já exposto, as penalidades estabelecidas pela Portaria 652/2021 encontram-se em absoluto descompasso com os princípios e normas internacionais, constitucionais e legais, notadamente por rechaçar sumariamente qualquer tentativa de reconhecimento da condição de refugiado, violando ainda a garantia do *non-refoulement*.

Ademais, tomando-se como origem a Lei n. 13.979/2020, é cediço que a edição de atos normativos decorrente da delegação da competência objetiva apenas explicitar as regras legais, e não inovar o ordenamento jurídico mediante a criação de direitos e obrigações não previstos em lei, sob pena de ofensa ao art. 5º, II da Constituição Federal e ao próprio Estado Democrático de Direito.

Aludida Portaria, entretanto, inovou no ordenamento jurídico, à medida que impôs restrições e penalidades não previstas na lei em sentido estrito. Assim, impedir que o estrangeiro possa solicitar refúgio e submetê-lo à deportação imediata representa ofensa ao devido processo legal e às garantias da Lei n. 13.445/2017.

Não em outro sentido, já decidiu o Egrégio TRF da 1ª Região:

> PENAL E PROCESSUAL PENAL. DEPORTAÇÃO IMEDIATA. MIGRANTE VENEZUELANO. PORTARIS INTERMINISTERIAIS. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS INERENTES AO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. ORDEM CONCEDIDA.
> 1. Trata-se de habeas corpus impetrado em favor de Jorge Leonardo Trinitario, a fim de elidir a sua deportação imediata, decretada pela Autoridade Administrativa e referendada pelo Juízo Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária de Roraima.
> 2. O paciente Jorge Leonardo Trinitário, cidadão venezuelano, em 22/07/2020, teve contra si expedida ordem de "deportação imediata", com base na Portaria Interministerial 340, de 30/06/2020, haja vista que entrou no país clandestinamente.
> 3. Referida Portaria, vigente ao tempo da ordem de deportação, dispõe sobre a restrição excepcional e temporária de entrada no país de estrangeiros, de qualquer nacionalidade, conforme recomendação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária Anvisa e, em seu artigo 2º restringe, pelo prazo de trinta dias, a entrada no País de estrangeiros de qualquer nacionalidade, por rodovias, por outros meios terrestres, por via aérea ou por transporte aquaviário, excepcionando da restrição, todavia, o imigrante com residência de caráter definitivo, por prazo determinado ou indeterminado, no território brasileiro (artigo 3º, II).
> *4. De se ter presente que a Lei 13.445/2017, nos casos repatriação, deportação e expulsão, exige sempre procedimento em que se deva, ainda que sumariamente, garantir o devido processo legal.*
> *5. No caso, a deportação imediata, como a decretada em desfavor do paciente, prevista na portaria Interministerial 340, de 30 de junho de 2020, desrespeita o princípio do devido processo legal, à medida que não disponibiliza ao envolvido a possibilidade de se defender, por meio de procedimento administrativo, o qual se encontra disciplinado nos artigos 50 e 51 da Lei 13.445/2017.*
> 6. Ordem de habeas corpus que se concede para, conforme parecer do Ministério Público Federal e na linha do que decidido em sede liminar, suspender o efeito do Termo de Depor-

> tação Imediata exarada em desfavor do paciente, garantindo-lhe o contraditório previsto na Lei de imigração.
> (HC 1029235-29.2020.4.01.0000, 4ª Turma, Rel. Juiz Federal Leão Aparecido Alves, julgado em 15.12.2020)

Não se pode deixar de observar, também, que o ato regulamentar em questão confere tratamento discriminatório à Venezuela e a cidadãos venezuelanos em diversos dispositivos (art. 3º, §4º; art. 4º, parágrafo único), sem amparo em qualquer dado técnico epidemiológico que o ampare.

Portanto, sob qualquer ótica que se avalie a questão, a vedação ao pedido de regularização migratório e a pretensão de retirada compulsória de nacionais venezuelanos do Brasil não se sustenta.

Nada obstante, importante ressaltar que não cabe ao Poder Judiciário definir qual medida de regularização migratória é cabível no caso, pois tal atribuição compete, inicialmente, à autoridade administrativa, sob pena de violação ao princípio da separação de poderes.

Diante do exposto, *defiro o pedido liminar* e *concedo parcialmente a segurança* para o fim de determinar que a autoridade impetrada *processe o pedido administrativo dos impetrantes para regularização migratória, em qualquer de suas modalidades, suspendendo a aplicação das medidas de retirada compulsória previstas no art. 8º da Portaria Interministerial n. 652/2021.*

Deixo de fixar honorários advocatícios, nos termos do art. 25 da Lei n. 12.016/09.

Sem condenação em custas processuais, em virtude da isenção prevista no art. 4º, I da Lei n. 9.289/96.

Sentença sujeita a reexame necessário.

Publique-se. Intimem-se.

Corumbá/MS, datado e assinado eletronicamente.

Juiz Federal FELIPE BITTENCOURT POTRICH

MANDADO DE SEGURANÇA CÍVEL
5022555-02.2021.4.03.6100

Impetrante: ROYAL FIC DISTRIBUIDORA DE DERIVADOS DE PETRÓLEO S.A.
Impetrados: AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS, DIRETOR-GERAL DA AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS – ANP
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA CÍVEL DE SÃO PAULO - SP
Juíza Federal: DENISE APARECIDA AVELAR
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 05/11/2021

SENTENÇA

Vistos.

Trata-se de mandado de segurança impetrado por *ROYAL FIC DISTRIBUIDORA DE DERIVADOS DE PETROLEO SA* contra ato do *DIRETOR-GERAL DA AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS - ANP*, objetivando seja assegurado seu direito de não se submeter à obrigatoriedade de aquisição de Certificados de Créditos de Descarbonização por Biocombustíveis – CBIOS, bem como o direito a não aposentação dos Certificados já adquiridos e a desaposentação dos Certificados já aposentados, abstendo-se a autoridade impetrada de impor sanções, tais como: multas, perda de licença para distribuir, inscrição em dívida ativa, Serasa e/ou CADIN, penhoras, etc., sob pena de crime de prevaricação e/ou desobediência.

Narra exercer atividade de comércio de combustíveis, biocombustíveis, lubrificantes e derivados de petróleo e que, em razão da Lei nº 13.576/2017, instituidora do Plano Nacional de Biocombustíveis - Renovabio, surgido em decorrência do Acordo de Paris com o escopo de reduzir a emissão dos gases de efeito estufa, está sujeita à aquisição/compra de Créditos de Descarbonização (CBIOs), em benefício de dois grupos de particulares: produtores e importadores, com estipulação de pesadas multas em caso de descumprimento de tais metas.

Relata ter o Decreto 9.888/19 estabelecido as definições de metas anuais compulsórias e determinado que as metas individuais (por distribuidor) seriam na proporção da comercialização dos combustíveis fósseis do ano anterior. Para tanto, foi editada a Resolução ANP nº 791/2019 (alterada pela Resolução ANP nº 843/2021) e proferidos os Despachos ANP nº 585/2019, nº 263/2020, nº 797/2020 e nº 790/2021.

Alega ser o CBIO (Crédito de Descarbonização) uma nova Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico - CIDE, ilegalmente exigida com base em atos infralegais, em benefício de dois agentes privados particulares (produtores e importadores) e em detrimento de outros agentes privados (distribuidores).

Sustenta a inconstitucionalidade da tributação, haja vista que há bitributação em razão de ter o mesmo fato gerador do ICMS, destinação a entes privados e não a órgão/fundo público, bem como ausência de nexo causal por se tratar obrigação de reparo de dano à pessoa que não deu causa. Ademais, não há respeito a sua capacidade contributiva, ocorrendo confisco de patrimônio.

Aduz, ainda, dissonância com o Acordo de Paris, que previu a equidade, as responsabilidades comuns e o engajamento de diferentes atores econômicos, e não a instituição de obriga-

ção pecuniária a um único agente econômico, em benefício direto de outros dois particulares (produtores e importadores), como forma de diminuição de emissão de gases de efeito estufa de âmbito nacional.

Assevera a violação aos Princípios da Legalidade, Capacidade Contributiva, Não-confisco, Isonomia Tributária e Livre-concorrência (artigos 5º, II, 145, § 1º, 150, I e II, 170, IV CF/88).

Intimada a regularizar a petição inicial (ID nº 76867905), a parte impetrante manifesta-se ao ID nº 84291674, retificando o valor atribuído da causa, recolhendo as custas processuais e juntando documentos.

A petição de ID nº 84291674 é recebida como emenda à inicial, sendo determinada a notificação da autoridade impetrada para prestar informações (ID nº 84461192).

A Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP manifesta-se ao ID nº 105673523 alegando a prevenção do Juízo da 20ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal (autos nº 1070173-51.2020.4.01.3400) ou do Juízo da 17ª Vara Cível Federal da Subseção Judiciária de São Paulo (autos nº 5026925-58.2020.4.03.6100).

Notificada, a autoridade coatora presta informações ao ID nº 105673524. Aduz, preliminarmente, litispendência, a inadequação da via eleita e a sua ilegitimidade passiva. No mérito, defende a legalidade da exação.

Instada (ID nº 105742546), a parte impetrante manifesta-se sobre a ilegitimidade "ad causam" e litispendência alegadas pela autoridade coatora ao ID nº 118183409.

O Ministério Público Federal informa não vislumbrar interesse público que justifique sua intervenção no feito (ID nº 120866999).

A parte impetrante requer a concessão de tutela provisória de urgência antecipada, em caráter incidental, para determinar a suspensão de aquisições de CBIOS, das metas 2019-2020, 2021 e seguintes, sem a aplicação de multas ou quaisquer penalidades em razão da ausência de tais aquisições, até final julgamento da ação mandamental (ID nº 123718017).

Vieram os autos conclusos.

É o relatório. Decido.

Inicialmente, verifico inexistir prevenção do Juízo da 20ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal (autos nº 1070173-51.2020.4.01.3400) ou do Juízo da 17ª Vara Cível Federal da Subseção Judiciária de São Paulo (autos nº 5026925-58.2020.4.03.6100).

O Mandado de Segurança nº 1070173-51.2020.4.01.3400 tem por objeto a dilação de prazo para o cumprimento da meta individual compulsória de redução de emissões de gases causadores de efeito estufa (CBIOs – Créditos de Descarbonização) para até 18/03/2021 (ID nº 118185426 - Pág. 60).

Por sua vez, a Ação Ordinária nº 5026925-58.2020.4.03.6100 tem por objeto a declaração de ilegalidade das Resoluções nº 15 e nº 8 do CNPE, bem como dos Despachos nº 495/2019, nº 585/2019, nº 263/2020 e nº 797/2020 da ANP, por contrariarem o disposto na Lei nº 13.576/2017 ao estabelecerem as metas compulsórias a serem atingidas pelas Distribuidoras de Combustíveis, ou ainda a nulidade do ato administrativo por carecer de amparo legal (ID nº 43747191 - Pág. 28 dos autos da ação ordinária).

Na presente demanda a parte impetrante busca não se submeter à obrigatoriedade de aquisição de Certificados de Créditos de Descarbonização por Biocombustíveis – CBIOS, bem como o direito a não aposentação dos Certificados já adquiridos e a desaposentação dos Certificados já aposentados (ID nº 73681967 - Pág. 18.

Percebe-se, pois, que as demandas possuem pedidos distintos, não obstante todas versarem sobre Certificados de Créditos de Descarbonização por Biocombustíveis – CBIOS. Assim, afasto a prevenção.

Passo a análise da alegada ilegitimidade passiva. Consoante inteligência do art. 6º, § 3º, da Lei n. 12.016/2009, considera-se autoridade coatora aquela que tenha omitido ou praticado diretamente o ato impugnado ou da qual emane ou deveria emanar a ordem concreta e específica para a sua prática, revelando-se incabível a segurança contra autoridade que não tenha competência para corrigir a ilegalidade impugnada.

Verifica-se que, consoante o disposto no art. 5º do Decreto nº 9.888/2019, compete à Agência Nacional do Petróleo - ANP estabelecer os termos para que o distribuidor de combustíveis comprove anualmente o atendimento de sua meta individual. Ademais, o ato administrativo normativo que regula os termos em que o distribuidor de combustíveis deve comprovar anualmente o atendimento de sua meta individual foi emitido pela citada agência reguladora, por intermédio da Resolução ANP nº 791/2019 (alterada pela Resolução ANP nº 843/2021), sendo os Despachos ANP nº 585/2019, nº 263/2020, nº 797/2020 e nº 790/2021, os atos de efeitos concretos que obrigam a aquisição de Certificados de Créditos de Descarbonização por Biocombustíveis – CBIOS, ora questionados pela Impetrante.

Desta forma, mostra-se legitimada passivamente a autoridade apontada como coatora.

Quanto a alegação de impetração contra lei em tese, verifico que a hipótese presente trata de mandado de segurança que objetiva afastar a obrigatoriedade de aquisição de CBIOs (créditos de descarbonização) na Bolsa de Valores (B3) que a pessoa jurídica no exercício de suas atividades de distribuidora de combustíveis é obrigada a realizar.

A parte impetrante comprova a exigência de suas metas individuais compulsórias de redução de emissões de gases causadores do efeito estufa, tornadas públicas através dos Despachos ANP nº 585/2019, nº 263/2020, nº 797/2020 e nº 790/2021, de forma que não há que se falar em impetração contra lei em tese.

Afasto, portanto, a preliminar de inadequação da via eleita.

Superadas as preliminares e presentes as condições da ação e pressupostos processuais, passo à análise do mérito.

A atuação do poder público deve sempre se orientar pelo princípio da precaução, consagrado em nosso ordenamento jurídico com status de regra de direito internacional, ao ser incluído na Declaração do Rio, como resultado da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento - Rio/92. O princípio da precaução consiste em uma associação respeitosa e funcional do homem com a natureza, através de ações antecipatórias para proteger a saúde das pessoas e dos ecossistemas.

No entender do Supremo Tribunal Federal, "a incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a "defesa do meio ambiente" (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral (...) Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de

causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural. (...) O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações" (ADI-MC nº 3540/DF Rel. Min. Celso de Mello DJU de 03/02/2006).

Nesta visão de sociedade sustentável e global, baseada no respeito à natureza, aos direitos humanos universais, à justiça econômica e à cultura de paz, com responsabilidades pela grande comunidade da vida, numa perspectiva intergeracional, promulgou-se a Carta Ambiental da França (02.03.2005). Ficou estabelecido que o futuro e a própria existência da humanidade são indissociáveis de seu meio natural e, por isso, o meio ambiente é considerado um patrimônio comum dos seres humanos, devendo sua preservação ser buscada, sob o mesmo título que os demais interesses fundamentais da nação, pois a diversidade biológica, o desenvolvimento da pessoa humana e o progresso das sociedades estão sendo afetados por certas modalidades de produção e consumo e pela exploração excessiva dos recursos naturais, a se exigir das autoridades públicas a aplicação do princípio da precaução nos limites de suas atribuições, em busca de um desenvolvimento durável.

A Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (CNUMAD), ocorrida de 3 a 14 de junho de 1992 no Rio de Janeiro, reafirmou a Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, adotada em Estocolmo em 16 de junho de 1972. Teve por objetivo estabelecer uma nova e justa parceria global mediante a criação de novos níveis de cooperação entre os Estados, os setores-chaves da sociedade e os indivíduos, trabalhando com vistas à conclusão de acordos internacionais que respeitem os interesses de todos e protejam a integridade do sistema global de meio ambiente e desenvolvimento. Reconhecendo a natureza integral e interdependente da Terra elaborou a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, que entre seus princípios estabeleceu a responsabilidade do poluidor: "As autoridades nacionais devem procurar promover a internacionalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, tendo em vista a abordagem segundo a qual o poluidor deve, em princípio, arcar com o custo da poluição, com a devida atenção ao interesse público e sem provocar distorções no comércio e nos investimentos internacionais".

Tal medida se harmoniza com os objetivos planetários do Acordo de Paris que foi negociado durante a COP21, e aprovado em 12 de dezembro de 2015, no âmbito da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima (CQNUMC), que rege medidas de redução de emissão de gases de efeito estufa a partir de 2020, a fim de conter o aquecimento global abaixo de 2ºC, preferencialmente em 1,5 ºC, e reforçar a capacidade dos países de responder ao desafio, num contexto de desenvolvimento sustentável.

Nesta esteira, em decorrência do Acordo de Paris, foi editada a Lei nº 13.576/2017 instituindo o Plano Nacional de Biocombustíveis - Renovabio, com o escopo de reduzir a emissão dos gases de efeito estufa:

> Art. 1º Fica instituída a Política Nacional de Biocombustíveis (RenovaBio), parte integrante da política energética nacional de que trata o art. 1º da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, com os seguintes objetivos:

> I - contribuir para o atendimento aos compromissos do País no âmbito do Acordo de Paris sob a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima;
> II - contribuir com a adequada relação de eficiência energética e de redução de emissões de gases causadores do efeito estufa na produção, na comercialização e no uso de biocombustíveis, inclusive com mecanismos de avaliação de ciclo de vida;
> (...)
> Art. 4º São instrumentos da Política Nacional de Biocombustíveis (RenovaBio), entre outros:
> I - as metas de redução de emissões de gases causadores do efeito estufa na matriz de combustíveis de que trata o Capítulo III desta Lei;
> II - os Créditos de Descarbonização de que trata o Capítulo V desta Lei;
> (...)
> VI - as ações no âmbito do Acordo de Paris sob a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima.
> (...)
> Art. 6º As metas compulsórias anuais de redução de emissões de gases causadores do efeito estufa para a comercialização de combustíveis serão definidas em regulamento, considerada a melhoria da intensidade de carbono da matriz brasileira de combustíveis ao longo do tempo, para um período mínimo de dez anos, observados:
> (...)
> VI - os compromissos internacionais de redução de emissões de gases causadores do efeito estufa assumidos pelo Brasil e ações setoriais no âmbito desses compromissos; e
> (...)

As metas compulsórias anuais de redução de emissões de gases causadores do efeito estufa para a comercialização de combustíveis foram definidas pelo Conselho Nacional de Política Energética – CNPE nos termos do Decreto nº 9.888/2019 e desdobradas, para cada ano corrente, em metas individuais aplicadas a todos os distribuidores, de forma proporcional à participação de mercado no ano anterior ao de competência, através de Resoluções do Conselho Nacional de Política Energética – CNPE e individualizada através de Despachos da Agência Nacional do Petróleo - ANP.

Pois bem. Os Créditos de Descarbonização (CBIOs) constituem instrumento escritural, em forma de compensação financeira ambiental, emitidos por produtor ou importador de biocombustível ("emissor primário"), escriturados por uma instituição financeira e negociáveis em bolsa de valores, em que cada crédito é representativo de uma tonelada de CO2 com emissão evitada, instituída como forma de incentivar a redução na emissão de gases de efeito estufa (artigo 13 e seguintes da Lei 13.576/2017).

Em verdade, os Créditos de Descarbonização são ativos financeiros emitidos pelos produtores ou importadores de biocombustível ("emissores primário"), voltado às práticas de sustentabilidade em relação aos combustíveis, que servem como instrumento para auxiliar na redução da emissão de CO2 no meio ambiente. Com a venda desses ativos financeiros os produtores e importadores de combustíveis podem obter renda de forma a investirem na redução de emissões do dióxido de carbono no meio ambiente.

Não se trata de uma obrigação pecuniária do distribuidor em benefício de agente privado particular, pois, ao fim, é o consumidor final quem custeia a Política Nacional de Biocombustíveis (RenovaBio), e consequentemente os Créditos de Descarbonização, através dos preços pagos na aquisição dos combustíveis fósseis, propiciando em contrapartida saúde ambiental, via redução de emissões, visando melhorar a qualidade de vida do ser humano sob o prisma da sustentabilidade e de políticas públicas para prevenir e controlar fatores de risco que possam

prejudicar a saúde de gerações atuais e futuras (OMS, 1993). Portanto, evidente o nexo causal diante do principio da responsabilidade do poluidor constante da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento.

Neste contexto, ressalte-se, o distribuidor é mero intermediário dessa política pública, pois compra os Créditos de Descarbonização (CBIOs) em Bolsa de Valores, repassando os custos dessa aquisição ao consumidor final, uma vez que os embute no preço de venda dos combustíveis fósseis que comercializa.

Ademais, ao contrário do alegado, os Créditos de Descarbonização (CBIOs) não se constituem em nova espécie de Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico – CIDE, visto que estes créditos não são contribuições regulatórias, utilizadas como instrumento de política econômica para enfrentar determinadas situações que exijam a intervenção da União na economia do país, mas sim ativos financeiros cujo custo de aquisição pelo distribuidor é repassado ao consumidor final.

Pelo mesmo fundamento, não encontra amparo a tese de bitributação sob a alegação de que os Créditos de Descarbonização (CBIOs) teriam o mesmo fato gerador do ICMS. Não obstante os títulos sejam emitidos a partir das notas fiscais de compra e venda de biocombustíveis, tal vinculação é unicamente para se mensurar o volume de combustível que foi produzido, importado ou comercializado pelo emissor primário, com base nas emissões de carbono que foram reduzidas. Ademais, como já explanado, os Créditos de Descarbonização (CBIOs) são ativos financeiros e não tributos, de forma que também por este aspecto inexistiria bitributação.

Com efeito, não há que se cogitar em violação à Constituição Federal, ofensa aos Princípios da Legalidade, Capacidade Contributiva, Não-confisco, Isonomia Tributária e Livre-concorrência, ou ao Acordo de Paris, uma vez que o princípio da precaução foi consagrado em nosso ordenamento jurídico com status de regra de direito internacional e, a luz de tal princípio, no tocante as medidas de redução de emissão de gases de efeito estufa, foi editada a Lei nº 13.576/2017 e seu regramento infralegal, sendo os Créditos de Descarbonização (CBIOs) custos do consumidor final dos combustíveis fósseis para a melhoria do meio ambiente, via redução de emissões, com benefícios à saúde ambiental para a redução dos riscos à saúde humana, fomentando o desenvolvimento sustentável.

Por fim, a suspensão de aquisições de CBIOS, das metas 2019-2020, 2021 e seguintes, sem a aplicação de multas ou quaisquer penalidades em razão da ausência de tais aquisições, até final julgamento da ação mandamental, se admitida, implicaria postergação do repasse de valores dos créditos aos emissores primários, produtores e importadores de combustível, essenciais para a compensação financeira ambiental, em razão de investimentos para a produção de combustível de forma mais eficiente para reduzir a emissão de gás de efeito estufa, o que demonstra a gravidade da pretensão sobre a cadeia produtiva baseada na política de tutela e proteção ambiental.

Desse modo, ausentes os requisitos do artigo 300 do CPC, em sede de cognição exauriente, *INDEFIRO A TUTELA DE URGÊNCIA*.

DISPOSITIVO

Diante do exposto, *DENEGO A SEGURANÇA*, nos termos do artigo 487, I do Código de Processo Civil.

Sem condenação em honorários advocatícios, nos termos do artigo 25 da Lei nº 12.016/09.

Custas processuais na forma da lei.

Após o trânsito em julgado, remetam-se os autos ao arquivo, observadas as formalidades legais.

P. R. I. C.

São Paulo, 04 de novembro de 2021.

Juíza Federal DENISE APARECIDA AVELAR



Súmulas

SÚMULAS DO TRF DA 3ª REGIÃO (*)

SÚMULA Nº 01

Em matéria fiscal é cabível medida cautelar de depósito, inclusive quando a ação principal for declaratória de inexistência de obrigação tributária.

SÚMULA Nº 02

É direito do contribuinte, em ação cautelar, fazer o depósito integral de quantia em dinheiro para suspender a exigibilidade de crédito tributário.

SÚMULA Nº 03

É ilegal a exigência da comprovação do prévio recolhimento do Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços como condição para a liberação de mercadorias importadas.

SÚMULA Nº 04 (Revisada)

A Fazenda Pública – nesta expressão incluídas as autarquias – nas execuções fiscais, não está sujeita ao prévio pagamento de despesas para custear diligência de oficial de justiça.

- *Vide* IUJ Ag nº 90.03.020242-7, publicado na RTRF3R 24/268 e Incidente de Revisão de Súmula no Ag nº 95.03.023526-0, publicado na RTRF3R 36/306.
- O Pleno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, na sessão ordinária de 01 de julho de 1997, acolheu a Revisão da Súmula nº 04, a que se atribuiu o nº 11, tendo sido publicada nos DJU de 20/02/98, Seção II, págs. 151 e 152; DJU de 25/02/98, Seção II, pág. 215 e DJU de 26/02/98, Seção II, pág. 381.

(*) N.E. - Enunciados de acordo com a publicação no Diário Oficial.

SÚMULA Nº 05

O preceito contido no artigo 201, parágrafo 5º, da Constituição da República consubstancia norma de eficácia imediata, independendo sua aplicabilidade da edição de lei regulamentadora ou instituidora da fonte de custeio.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108046-7, publicado na RTRF3R 92/500.

SÚMULA Nº 06

O reajuste dos proventos resultantes de benefícios previdenciários deve obedecer às prescrições legais, afastadas as normas administrativas que disponham de maneira diversa.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108040-8, publicado na RTRF3R 92/478.

SÚMULA Nº 07

Para a apuração da renda mensal inicial dos benefícios previdenciários concedidos antes da Constituição Federal de 1988, a correção dos 24 (vinte e quatro) salários-de-contribuição, anteriores aos últimos 12 (doze), deve ser feita em conformidade com o que prevê o artigo 1º da Lei 6.423/77.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108041-6, publicado na RTRF3R 92/481.

SÚMULA Nº 08

Em se tratando de matéria previdenciária, incide a correção monetária a partir do vencimento de cada prestação do benefício, procedendo-se à atualização em consonância com os índices legalmente estabelecidos, tendo em vista o período compreendido entre o mês em que deveria ter sido pago, e o mês do referido pagamento.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108042-4, publicado na RTRF3R 92/485.

SÚMULA Nº 09

Em matéria previdenciária, torna-se desnecessário o prévio exaurimento da via administrativa, como condição de ajuizamento da ação.

- *Vide* PRSU nº 93.03.113720-5, publicado na RTRF3R 92/503.

SÚMULA Nº 10

O artigo 475, inciso II, do CPC (remessa oficial) foi recepcionado pela vigente Constituição Federal.

- *Vide* Relevante Questão Jurídica na AC nº 94.03.017049-2, publicada na RTRF3R 28/289.

SÚMULA Nº 11

Na execução fiscal, a Fazenda Pública está obrigada a adiantar as despesas de transporte do oficial de justiça.

- *Vide* Incidente de Revisão de Súmula no Ag nº 95.03.023526-0, publicado na RTRF3R 36/306.

SÚMULA Nº 12

Não incide o imposto de renda sobre a verba indenizatória recebida a título da denominada demissão incentivada ou voluntária.

- *Vide* IUJ AMS nº 95.03.095720-6, publicado na RTRF3R 40/338.

SÚMULA Nº 13

O artigo 201, parágrafo 6º, da Constituição da República tem aplicabilidade imediata para efeito de pagamento de gratificação natalina dos anos de 1988 e 1989.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108043-2, publicado na RTRF3R 92/489.

SÚMULA Nº 14

O salário mínimo de NCz$ 120,00 (cento e vinte cruzados novos) é aplicável ao cálculo dos benefícios previdenciários no mês de junho de 1989.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108044-0, publicado na RTRF3R 92/493.

SÚMULA Nº 15

Os extratos bancários não constituem documentos indispensáveis à propositura da ação em que se pleiteia a atualização monetária dos depósitos de contas do FGTS.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021024-5, publicado na RTRF3R 92/538.

SÚMULA Nº 16

Basta a comprovação da propriedade do veículo para assegurar a devolução, pela média de consumo, do empréstimo compulsório sobre a compra de gasolina e álcool previsto no Decreto-lei nº 2.288/1986.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021039-7, publicado na RTRF3R 92/547.

SÚMULA Nº 17

Não incide o imposto de renda sobre verba indenizatória paga a título de férias vencidas e não gozadas em caso de rescisão contratual.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021042-7, publicado na RTRF3R 92/555.

SÚMULA Nº 18

O critério do artigo 58 do ADCT é aplicável a partir de 05/04/1989 até a regulamentação da Lei de Benefícios pelo Decreto nº 357 de 09/12/91.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021048-8, publicado na RTRF3R 92/596 e Despacho publicado na RTRF3R 102/782.

SÚMULA Nº 19

É aplicável a variação do Índice de Reajuste do Salário Mínimo, no percentual de 39,67%, na atualização dos salários-de-contribuição anteriores a março de 1994, a fim de apurar a renda mensal inicial do benefício previdenciário.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021050-6, publicado na RTRF3R 92/614.

SÚMULA Nº 20

A regra do parágrafo 3º do artigo 109 da Constituição Federal abrange não só os segurados e beneficiários da Previdência Social, como também aqueles que pretendem ver declarada tal condição.

- *Vide* PRSU nº 2002.03.00.052631-4, publicado na RTRF3R 92/507.

SÚMULA Nº 21

A União Federal possui legitimidade passiva nas ações decorrentes do empréstimo compulsório previsto no Decreto-lei nº 2.288/86.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021040-3, publicado na RTRF3R 92/550.

SÚMULA Nº 22

É extensível aos beneficiários da Assistência Social (inciso V do artigo 203 da CF) a regra de delegação de competência do parágrafo 3º do artigo 109 da Constituição Federal, sendo exclusiva a legitimidade passiva do INSS.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021046-4, publicado na RTRF3R 92/569.

SÚMULA Nº 23

É territorial e não funcional a divisão da Seção Judiciária de São Paulo em Subseções. Sendo territorial, a competência é relativa, não podendo ser declinada de ofício, conforme dispõe o artigo 112 do CPC e Súmula 33 do STJ.

SÚMULA Nº 24

É facultado aos segurados ou beneficiário da Previdência Social ajuizar ação na Justiça Estadual de seu domicílio, sempre que esse não for sede de Vara da Justiça Federal.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021045-2, publicado na RTRF3R 92/559.

SÚMULA Nº 25

Os benefícios previdenciários concedidos até a promulgação da Constituição Federal de 1988 serão reajustados pelo critério da primeira parte da Súmula nº 260 do Tribunal Federal de Recursos até o dia 04 de abril de 1989.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021049-0, publicado na RTRF3R 92/601.

SÚMULA Nº 26

Não serão remetidas aos Juizados Especiais Federais as causas previdenciárias e assistenciais ajuizadas até sua instalação, em tramitação em Vara Federal ou Vara Estadual no exercício de jurisdição federal delegada.

SÚMULA Nº 27

É inaplicável a Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal, em ação rescisória de competência da Segunda Seção, quando implicar exclusivamente em interpretação de texto constitucional.

SÚMULA Nº 28

O PIS é devido no regime da Lei Complementar nº 7/70 e legislação subseqüente, até o termo inicial de vigência da MP nº 1.212/95, diante da suspensão dos Decretos-leis nº 2.445/88 e nº 2.449/88 pela Resolução nº 49/95, do Senado Federal.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021038-5, publicado na RTRF3R 92/544.

SÚMULA Nº 29

Nas ações em que se discute a correção monetária dos depósitos das contas vinculadas do FGTS, a legitimidade passiva é exclusiva da Caixa Econômica Federal - CEF.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021023-3, publicado na RTRF3R 92/534.

SÚMULA Nº 30

É constitucional o empréstimo compulsório sobre o consumo de energia elétrica previsto na Lei 4.156/62, sendo legítima a sua cobrança até o exercício de 1993.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021041-5, publicado na RTRF3R 92/553.

SÚMULA Nº 31

Na hipótese de suspensão da execução fiscal, com fundamento no artigo 40 da Lei 6.830/80, decorrido o prazo legal, serão os autos arquivados sem extinção do processo ou baixa na distribuição.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.016705-4, publicado na RTRF3R 92/524.

SÚMULA Nº 32

É competente o relator para dirimir conflito de competência em matéria penal através de decisão monocrática, por aplicação analógica do artigo 120, § único do Código de Processo Civil autorizada pelo artigo 3º do Código de Processo Penal.

SÚMULA Nº 33

Vigora no processo penal, por aplicação analógica do artigo 87 do Código de Processo Civil autorizada pelo artigo 3º do Código de Processo Penal, o princípio da *perpetuatio jurisdictionis*.

SÚMULA Nº 34

O inquérito não deve ser redistribuído para Vara Federal Criminal Especializada enquanto não se destinar a apuração de crime contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492/86) ou delito de "lavagem" de ativos (Lei nº 9.613/98).

SÚMULA Nº 35

Os efeitos penais do artigo 9º, da Lei nº 10.684/03 aplicam-se ao Programa de Parcelamento Excepcional - PAEX.

- *Vide* Incidente de Uniformização de Jurisprudência Criminal nº 0014013-56.2006.4.03.6181, publicado no RTRF3R 107/161.

SÚMULA Nº 36

É incabível a redistribuição de ações no âmbito dos Juizados Especiais Federais, salvo no caso de Varas situadas em uma mesma base territorial.

- *Vide* CC nº 0011900-67.2014.4.03.0000, publicado na RTRF3R 124/95.

SÚMULA 37

Compete à 3ª Seção julgar as ações referentes à devolução dos valores recebidos indevidamente a título de benefício previdenciário, independentemente do tipo de ação proposta.

- *Vide* CC nº 0012712.41.2016.4.03.0000 e CC nº 0012713-26.2016.4.03.0000 publicados na RTRF3R 134/85 e 134/93, respectivamente.

SÚMULA Nº 38

Ausente controvérsia a respeito dos requisitos para a concessão ou revisão de benefício da seguridade social, cumpre à unidade judiciária com competência cível o julgamento de demanda que verse sobre a regularidade de processo administrativo previdenciário.

- *Vide* CCCiv nº 5011468-50.2020.4.03.0000, publicado na RTRF3R 147/99.

SÚMULAS DA TURMA REGIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS DA 3ª REGIÃO [1]

SÚMULA Nº 1

Na hipótese de direito adquirido ao pecúlio, o prazo prescricional começa a fluir a partir do afastamento do trabalho. (Origem: Enunciado 02 do JEFSP; Súmula nº 02 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 2

Com a implantação do Plano de Benefício da Previdência Social, oriundo da Lei nº 8.213/91, o benefício previdenciário de prestação continuada não mais está mais vinculado ao número de salários mínimos existentes quando de sua concessão. (Origem: Enunciado 03 do JEFSP; Súmula nº 03 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 3

É devida a revisão da renda mensal inicial do benefício previdenciário cujo período básico de cálculo considerou o salário de contribuição de fevereiro de 1994, a ser corrigido pelo índice de 39,67% (trinta e nove vírgula sessenta e sete por cento), relativo ao IRSM daquela competência. (Origem: Enunciado 04 do JEFSP; Súmula nº 04 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 4

A renda mensal "per capita" correspondente a 1/4 (um quarto) do salário mínimo não constitui critério absoluto de aferição da miserabilidade para fins de concessão de benefício assistencial. (Origem: Enunciado 01 do JEFSP; Súmula nº 05 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 5

A comprovação de tempo de serviço rural ou urbano depende de início de prova material da prestação de serviço, nos termos do artigo 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91. (Origem: Enunciado 07 do JEFSP; Súmula nº 07 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 6

Nos benefícios concedidos a partir de 01.03.94, na hipótese do salário de benefício exceder ao limite previsto no artigo 29, § 2º, da Lei nº 8.213/91, aplica-se o disposto no artigo 21, § 3º, da Lei nº 8.880/94. (Origem: Enunciado 12 do JEFSP; Súmula nº 10 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 7

Em caso de morte de filho segurado, os pais têm direito à pensão por morte, se provada a dependência econômica, ainda que não seja exclusiva. (Origem: Enunciado 14 do JEFSP; Súmula nº 11 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 8

Para a concessão de aposentadoria por idade, desde que preenchidos os requisitos legais, é irrelevante o fato de o requerente, ao atingir a idade mínima, não mais ostentar a qualidade de segurado. (Origem: Enunciado 16 do JEFSP; Súmula nº 12 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

1 **Súmulas 1 a 19** aprovadas pelos membros da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região em Sessão realizada nos dias 30 e 31 de março de 2015, renumeradas em Sessão de 03 de junho de 2015, conforme publicação no Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3ª Região, Edição nº 109/2015, Publicações Judiciais II – JEF, disponibilizado em 17 de junho de 2015. **Súmulas 20 a 23** aprovadas pelos membros da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região em Sessão realizada no dia 28 de agosto de 2015, numeradas em Sessão de 22 de outubro de 2015, conforme publicação no Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3ª Região, Edição nº 198/2015, Publicações Judiciais II – JEF, disponibilizado em 26 de outubro de 2015.

SÚMULA Nº 9

Em matéria de comprovação de tempo de serviço especial, aplica-se a legislação vigente à época da prestação de serviço. (Origem: Enunciado 17 do JEFSP; Súmula nº 13 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 10

É possível a expedição de precatório no Juizado Especial Federal, nos termos do artigo 17, § 4º, da Lei nº 10.259/2001, quando o valor da condenação exceder 60 (sessenta) salários mínimos. (Origem: Enunciado 20 do JEFSP; Súmula nº 16 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 11

A qualidade de segurado, para fins de concessão de auxílio-doença e de aposentadoria por invalidez, deve ser verificada quando do início da incapacidade. (Origem: Enunciado 23 do JEFSP; Súmula nº 18 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 12

Incide a contribuição previdenciária sobre o 13º salário nos termos do § 2º do artigo 7º da Lei nº 8.620/93. (Origem: Enunciado 33 do JEFSP; Súmula nº 27 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 13

Os requisitos para concessão do benefício de aposentadoria por idade não precisam ser cumpridos simultaneamente. (Origem: Súmula 05, do JEFMS; Súmula nº 28 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 14

O valor do benefício equivalente a um salário mínimo, concedida a idoso, a partir de 65 anos, também não é computado para fins do cálculo da renda familiar a que se refere o artigo 20, § 3º da Lei nº 8.742/93. (Origem: Súmula 12 do JEFMS; Súmula nº 30 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 15

O recolhimento de 1/3 (um terço) do número de contribuições, relativo à carência do benefício pretendido, permite a contagem de todas as contribuições anteriores, ainda que correspondentes a períodos descontínuos. (Origem: Súmula 15 do JEFMS; Súmula nº 31 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 16

É devida a correção monetária nos pagamentos administrativos de valores em atraso desde a data do início do benefício e a partir do vencimento de cada parcela. (Origem: Súmula 01 do JEFAME; Súmula nº 32 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 17

É quinquenal a prescrição para pleitear a correção do saldo de contas vinculadas de PIS-PASEP. (Origem: Súmula 02 do JEFAME; Súmula nº 33 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 18

A garantia constitucional de reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, inserta no § 4º do art. 201 da Constituição Federal de 1988, não confere ao Judiciário o poder de modificar critérios de reajustamento eleitos pelo legislador, substituindo-os por outros que entenda mais adequados para repor as perdas geradas pela inflação, sob pena de ingerência indevida de um Poder na esfera do outro. (Origem: Súmula 08 do JEFAME; Súmula nº 35 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 19

A regra definidora do período de carência para fins de concessão do benefício de aposentadoria por idade do filiado ao Regime Geral Previdenciário antes de 24/07/1991 é a do art. 142 da Lei 8.213/91, ainda que tenha havido perda da qualidade de segurado. (Origem: Enunciado nº 06 da Turma Recursal da Seção Judiciária de Mato Grosso do Sul)

SÚMULA Nº 20

Não cabe mandado de segurança no âmbito dos juizados especiais federais. Das decisões que põem fim ao processo, não cobertas pela coisa julgada, cabe recurso inominado. (Origem: processo 0000146-33.2015.4.03.9300; processo 0000635-67.2015.4.03.9301)

SÚMULA Nº 21

Na concessão do benefício assistencial, deverá ser observado como critério objetivo a renda *per capita* de ½ salário mínimo gerando presunção relativa de miserabilidade, a qual poderá ser infirmada por critérios subjetivos em caso de renda superior ou inferior a ½ salário mínimo. (Origem: processos 0000147-18.2015.4.03.9300, 0000148-03.2015.4.03.9300, 0000149-85.2015.4.03.9300, 0000150-70.2015.4.03.9300 0000151-55.2015.4.03.9300, 0000152-40.2015.4.03.9300; processos 0000920-19.2014.4.03.6319, 0001666-45.2014.4.03.6331, 0006066-92.2014.4.03.6302, 0010812-03.2014.4.03.6302, 0063790-91.2013.4.03.6301, 0092610-33.2007.4.03.6301)

SÚMULA Nº 22

Apenas os benefícios previdenciários e assistenciais no valor de um salário mínimo recebidos por qualquer membro do núcleo familiar devem ser excluídos para fins de apuração da renda mensal *per capita* objetivando a concessão de benefício de prestação continuada. (Origem: processos 0000147-18.2015.4.03.9300, 0000148-03.2015.4.03.9300, 0000149-85.2015.4.03.9300, 0000150-70.2015.4.03.9300 0000151-55.2015.4.03.9300, 0000152-40.2015.4.03.9300; processos 0000920-19.2014.4.03.6319, 0001666-45.2014.4.03.6331, 0006066-92.2014.4.03.6302, 0010812-03.2014.4.03.6302, 0063790-91.2013.4.03.6301, 0092610-33.2007.4.03.6301)

SÚMULA Nº 23

O benefício de prestação continuada (LOAS) é subsidiário e para sua concessão não se prescinde da análise do dever legal de prestar alimentos previsto no Código Civil. (Origem: processos 0000147-18.2015.4.03.9300, 0000148-03.2015.4.03.9300, 0000149-85.2015.4.03.9300, 0000150-70.2015.4.03.9300 0000151-55.2015.4.03.9300, 0000152-40.2015.4.03.9300; processos 0000920-19.2014.4.03.6319, 0001666-45.2014.4.03.6331, 0006066-92.2014.4.03.6302, 0010812-03.2014.4.03.6302, 0063790-91.2013.4.03.6301, 0092610-33.2007.4.03.6301)



JUSTIÇA FEDERAL

Tribunal Regional Federal da 3ª Região

Gabinete da Revista - revista@trf3.jus.br - Tel.: (11) 3012-1532