

REVISTA

do TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

ANO XXXIV - N. 156 - JANEIRO/MARÇO DE 2023 - ISSN 1982-1506



O *compliance* e a nova Lei de Licitações

Murilo Alves de Carvalho

A imagem como um direito da
personalidade autônomo
Leonardo Estevam de Assis Zanini



Usucapião coletivo: a importância dos
movimentos sociais para regularização da
propriedade em centros urbanos
Ingrid Elise Scaramucci Fernandes

A argumentação como recurso indispensável à formação do profissional de Direito

Tadeu Luciano Siqueira Andrade

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO

REVISTA

Diretor da Revista

Desembargador Federal Souza Ribeiro

Publicação Oficial

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

ISSN 1982-1506

Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região	São Paulo	Ano XXXIV	n. 156	p. 1-523	Jan./Mar. 2023
--	--------------	--------------	--------	----------	-------------------

EXPEDIENTE

DIRETOR DA REVISTA: Desembargador Federal Souza Ribeiro

ASSESSORA: Simone de Alcantara Savazzoni

EQUIPE: André Luiz Porreca Ferreira Cunha /
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, nem do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. As decisões e os acórdãos, em virtude de sua publicação em comunicação oficial, conservam a escritura original, em que esta Revista restringiu-se a realizar a diagramação, conferência com o original e padronização.

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

www.trf3.jus.br/revista
revista@trf3.jus.br



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

DESEMBARGADORES FEDERAIS ⁽¹⁾

MARISA Ferreira dos SANTOS - 13/9/2002 – Presidente ⁽²⁾
 ANTONIO Carlos CEDENHO - 15/6/2004 - Vice-Presidente ⁽³⁾
 DAVID Diniz DANTAS - 04/10/2013 - Corregedor-Regional ⁽⁴⁾
 Paulo Octavio BAPTISTA PEREIRA - 04/8/95
 ANDRÉ NABARRETE Neto - 04/8/95
 MARLI Marques FERREIRA - 04/8/95
 THEREZINHA Astolphi CAZERTA - 02/10/98
 MAIRAN Gonçalves MAIA Júnior - 27/1/99
 NERY da Costa JÚNIOR - 17/6/99
 Luís CARLOS Hiroki MUTA - 13/6/2002
 CONSUELO Yatsuda Moromizato YOSHIDA - 12/7/2002
 Luís Antonio JOHONSOM DI SALVO - 13/9/2002
 NELTON Agnaldo Moraes DOS SANTOS - 07/1/2003
 SÉRGIO do NASCIMENTO - 02/4/2003
 ANDRÉ Custódio NEKATSCHALOW - 21/5/2003
 Luís Paulo COTRIM GUIMARÃES - 06/10/2003
 JOSÉ Marcos LUNARDELLI - 01/7/2010
 DALDICE Maria SANTANA de Almeida - 22/12/2010
 FAUSTO Martin DE SANCTIS - 28/1/2011 ⁽⁵⁾
 PAULO Gustavo Guedes FONTES - 24/2/2012
 NINO Oliveira TOLDO - 24/4/2013
 MÔNICA Autran Machado NOBRE - 24/4/2013
 TORU YAMAMOTO - 04/10/2013
 MARCELO Mesquita SARAIVA - 04/10/2013
 Luiz Alberto de SOUZA RIBEIRO - 04/10/2013
 MAURÍCIO Yukikazu KATO - 11/12/2014
 GILBERTO Rodrigues JORDAN - 11/12/2014
 HÉLIO EGYDIO de Matos NOGUEIRA - 11/12/2014
 WILSON ZAUHY Filho - 16/02/2016
 NELSON de Freitas PORFÍRIO Junior - 16/02/2016
 VALDECI DOS SANTOS - 16/02/2016
 CARLOS Eduardo DELGADO - 16/02/2016
 INÊS VIRGÍNIA Prado Soares - 16/03/2018
 José CARLOS FRANCISCO - 06/02/2020
 LEILA PAIVA Morrison - 20/12/2021
 VICTÓRIO GIUZIO Neto - 01/12/2022
 ALI MAZLOUM - 01/12/2022
 HERBERT Cornélio Pieter DE BRUYN Júnior - 01/12/2022
 MARCELO VIEIRA de Campos - 01/12/2022

¹ Composição do TRF 3ª Região atualizada até 06/03/2023.

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

³ Não integra as Turmas. Preside as Seções.

⁴ Não integra as Turmas.

⁵ Ouvidor-Geral da 3ª Região.

PRIMEIRA SEÇÃO

PRIMEIRA TURMA:

NELTON DOS SANTOS
 WILSON ZAUHY - Presidente
 RENATO BECHO - Juiz Federal
 ALESSANDRO DIAFERIA - Juiz Federal

SEGUNDA TURMA:

COTRIM GUIMARÃES - Presidente
 CARLOS FRANCISCO
 AUDREY GASPARINI - Juíza Federal
 GISELLE FRANÇA - Juíza Federal

SEGUNDA SEÇÃO

TERCEIRA TURMA:

NERY JÚNIOR - Presidente
 CARLOS MUTA
 CONSUELO YOSHIDA
 LESLEY GASPARINI - Juíza Federal

SEXTA TURMA:

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

QUARTA TURMA:

ANDRÉ NABARRETE
 MARLI FERREIRA - Presidente
 MÔNICA NOBRE
 MARCELO SARAIVA

TERCEIRA SEÇÃO

SÉTIMA TURMA:

CARLOS DELGADO - Presidente
 INÊS VIRGÍNIA
 VICTÓRIO GIUZIO
 DENILSON BRANCO - Juiz Federal

NONA TURMA:

DALDICE SANTANA - Presidente
 GILBERTO JORDAN
 ALI MAZLOUM
 NILSON LOPES - Juiz Federal

OITAVA TURMA:

THEREZINHA CAZERTA - Presidente
 TORU YAMAMOTO
 HERBERT DE BRUYN
 MARCELO VIEIRA

DÉCIMA TURMA:

BAPTISTA PEREIRA - Presidente
 SÉRGIO NASCIMENTO
 NELSON PORFÍRIO
 LEILA PAIVA

QUARTA SEÇÃO

QUINTA TURMA:

ANDRÉ NEKATSCHALOW - Presidente
 PAULO FONTES
 MAURÍCIO KATO
 RENATA LOTUFO - Juíza Federal

DÉCIMA PRIMEIRA TURMA:

JOSÉ LUNARDELLI
 FAUSTO DE SANCTIS
 NINO TOLDO - Presidente
 HÉLIO NOGUEIRA

EX-DIRETORES DA REVISTA

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

EVA REGINA (04/03/2010 a 31/03/2011)
 MÁRCIO MORAES (12/05/2011 a 07/03/2012)
 ANTONIO CEDENHO (08/03/2012 a 14/03/2014)
 LUCIA 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)
 BAPTISTA PEREIRA (12/03/2020 a 09/03/2022)

SUMÁRIO

ARTIGOS DOUTRINÁRIOS

<i>O compliance e a nova Lei de Licitações</i> Murilo Alves de Carvalho	15
<i>A argumentação como recurso indispensável à formação do profissional do Direito</i> Tadeu Luciano Siqueira Andrade	33
<i>A imagem como um direito da personalidade autônomo</i> Leonardo Estevam de Assis Zanini	47
<i>Usucapião coletiva: a importância dos movimentos sociais para regularização da propriedade em centros urbanos</i> Ingrid Elise Scaramucci Fernandes	73

JURISPRUDÊNCIA

DIREITO ADMINISTRATIVO

<i>Desapropriação por utilidade pública. Acolhimento do laudo judicial. Perito nomeado pelo Juízo. Imparcialidade e equidistância das partes.</i> ApCiv 0005796-53.2009.4.03.6105 Juiz Federal Convocado Renato Becho	97
<i>Contrato administrativo. Execução contratual. Multa. Vinculação ao instrumento convocatório da licitação. Ausência de condição apta a justificar o não cumprimento do contrato.</i> ApCiv 0000011-18.2015.4.03.6100 Desembargadora Federal Mônica Nobre	108
<i>Militar temporário. Reintegração. Acidente em serviço. Lei nº 13.954/2019. Nexo causal. Manutenção às fileiras. Tratamento de saúde. Comprovação. Recuperação da lesão. Ocorrência. Ausência de invalidez.</i> ApCiv 0000271-89.2015.4.03.6005 Desembargador Federal Wilson Zauhy	112

Mandado de Segurança. Regime de previdência complementar. Servidor que ingressou no serviço público até a data da publicação da respectiva lei instituidora do RPC. Servidor público federal egresso de outro ente da federação mas sem solução de continuidade no serviço público.

ApelRemNec 5003734-61.2018.4.03.6000

Desembargador Federal Peixoto Junior 129

DIREITO CONSTITUCIONAL

Ação de usucapião extraordinária. Imóvel urbano. Residencial Ilhas Canárias. Caraguatatuba/SP. Terreno de marinha. Alegação de bem público. Ônus da prova. Prescritibilidade. Comprovação do exercício da posse mansa e pacífica, com "animus domini", por prazo superior a 15 anos.

ApCiv 0008472-82.2006.4.03.6103

Desembargador Federal Carlos Francisco 137

Dano ambiental. Área de preservação permanente no entorno do reservatório da usina hidrelétrica de Ilha Solteira.

ApCiv 0000330-84.2010.4.03.6124

Desembargador Federal Mairan Maia 147

Mandado de Segurança. Superintendente Regional do INCRA. Certificação do georreferenciamento de imóvel rural. Impossibilidade. Sobreposição com a reserva indígena Kadiwéu. Demarcação homologada por decreto presidencial. Ausência de direito líquido e certo do impetrante.

RemNecCiv 0001033-74.2016.4.03.6004

Desembargador Federal Valdeci Dos Santos 173

Imunidade. Entidade sem fins lucrativos. PIS. Requisitos do art. 14 do CTN e da Lei nº 12.101/2009, atualmente da Lei Complementar nº 187/2021. Certificado de entidade beneficente de assistência social (CEBAS). Apresentação. Cumprimento. Pedido subsidiário de exclusão de honorários. Não cabimento.

ApCiv 5004977-31.2018.4.03.6100

Desembargadora Federal Consuelo Yoshida 185

DIREITO PENAL

Receptação. Materialidade e autoria demonstradas. Uso de documento falso. Aplicada a consunção. Dosimetria da pena. Agravante disciplinada no art. 62, IV, do CP afastada, de ofício. Pena redimensionada.

ApCrim 0008671-78.2013.4.03.6000

Desembargador Federal Paulo Fontes 195

Contrabando de cigarros. Uso de rádio transceptor. Atividade clandestina de telecomunicação. Dosimetria das penas. Majoração das penas-base do crime de contrabando. Grande quantidade de cigarros. Mantido o regime inicial de cumprimento das penas em semiaberto.

ApCrim 0002445-80.2015.4.03.6002

Desembargador Federal Fausto De Sanctis 205

Tráfico transnacional de drogas. Autoria. Réu estrangeiro. "Mula". Dolo. Comprovação. Dosimetria. Justiça gratuita.

ApCrim 0000101-81.2019.4.03.6004

Desembargador Federal André Nekatschalow 225

Peculato eletrônico. Artigo 313-A do CP. Absolvição imprópria. Artigo 26 do CP. Materialidade. Autoria. Dolo. Imputabilidade. Incapacidade superveniente. Suspensão do processo. Artigo 152 do CPP.

ApCrim 5004788-67.2019.4.03.6181

Desembargador Federal Maurício Kato 235

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

Aposentadoria especial. Necessidade de afastamento do beneficiário das atividades laborais nocivas. Tema 709 do STF. Recurso Extraordinário nº 791.961/PR. Representativo de controvérsia. Juízo de retratação positivo.

ApelRemNec 0000764-20.2013.4.03.6140

Desembargador Federal Marcelo Vieira 243

Auxílio Acidente. Juízo de retratação positivo. Tema 979/STJ: possibilidade de devolução de valores recebidos somente na hipótese de erro em que os elementos do caso concreto não permitam concluir pela inequívoca presença da boa-fé objetiva. Não devolução. Erro material da Administração.

ApelRemNec 0008415-37.2014.4.03.6183

Juiz Federal Convocado Denilson Branco 246

Aposentadoria por tempo de contribuição. Sentença condicional. Nulidade. Reconhecimento de labor urbano sem registro. Início de prova material. Requisitos preenchidos para a concessão da aposentadoria.

ApCiv 0025374-76.2017.4.03.9999

Desembargador Federal Ali Mazloum 253

Aposentadoria por invalidez. Requisitos. Preenchimento. Óbito do autor no curso da lide. Habilitação de herdeiros homologada. Extinção do feito sem resolução do mérito. Descabimento.

ApCiv 5006145-47.2017.4.03.6183

Desembargador Federal Sérgio Nascimento 264

Conversão de aposentadoria por tempo de contribuição em aposentadoria especial. Exposição a agentes químicos. Habitualidade e permanência. Avaliação qualitativa. Cabimento.

ApCiv 5008967-09.2017.4.03.6183

Desembargadora Federal Leila Paiva 268

Aposentadoria por tempo de serviço/contribuição. Embargos de Declaração. Fato superveniente. Art. 493 do CPC.

EDcl ApCiv 5000411-34.2018.4.03.6134

Desembargador Federal Baptista Pereira 288

Aposentadoria por tempo de contribuição. Atividade especial. Coletor de lixo urbano. Motorista de veículo de coleta de lixo. Agentes biológicos.

ApCiv 5008933-61.2019.4.03.6119

Desembargador Federal Carlos Delgado 299

Pensão por morte. Ação rescisória. Existência de outro dependente. Dolo processual não configurado. Erro de fato inexistente. Violação manifesta à norma jurídica acolhida. Ausência de formação de litisconsórcio passivo necessário.

AR 5023368-30.2020.4.03.0000

Desembargadora Federal Daldice Santana 309

Pensão por morte. Acordo proferido em processo trabalhista. Reconhecimento de vínculo de emprego após o óbito do instituidor do benefício. Conjunto probatório dos autos não autoriza o reconhecimento da qualidade de segurado. Benefício indevido.

ApelRemNec 5240025-39.2020.4.03.9999

Juiz Federal Convocado Nilson Lopes 329

Aposentadoria por tempo de contribuição ao deficiente. Cabimento. Atividades especiais comprovadas em parte.

ApCiv 5000944-69.2022.4.03.6128

Desembargador Federal Toru Yamamoto 336

Auxílio-doença cessado administrativamente. Perícia médica realizada depois. Período dos atrasados. Pagamento administrativo.

AI 5022288-60.2022.4.03.0000

Desembargador Federal David Dantas 348

Aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença. Tutela de urgência. Presentes os pressupostos legais.

AI 5023698-56.2022.4.03.0000

Desembargadora Federal Inês Virgínia 351

Aposentadoria por tempo de contribuição. Reconhecimento de atividade rural a partir dos 12 anos. Precedentes.

ApelRemNec 5043312-23.2022.4.03.9999

Desembargador Federal Nelson Porfírio 355

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Execução Fiscal. Conselho Regional de Contabilidade do Estado de São Paulo. Intimação eletrônica via sistema PJE. Validade. Conselho cadastrado com perfil Procuradoria. Descumprimento em primeira instância do determinado no art. 485, § 1º, do CPC

ApCiv 5000711-16.2020.4.03.6137

Desembargador Federal Nelton Dos Santos 363

Ação Civil Pública. Cumprimento de sentença. Instituição financeira. Prazo para atendimento em fila. Determinação quanto à constatação da obrigação de fazer em posto de atendimento vinculado à agência bancária. Afastada a alegação de inobservância do título executivo judicial.

AI 5007726-17.2020.4.03.0000

Desembargadora Federal Marli Ferreira..... 368

Gratuidade da justiça. Revogação. Despesas processuais não pagas. Extinção do feito sem julgamento do mérito. Honorários de advogado.

ApCiv 5001010-68.2021.4.03.6133

Desembargador Federal Gilberto Jordan..... 372

Agravo Interno. Recurso de fundamentação vinculada. Desnecessidade de se aguardar o trânsito em julgado de acórdão em recurso repetitivo. Precedentes do STJ e do STF. Ausência de fundamento idôneo.

Ag ApelRemNec 5003392-21.2021.4.03.6105

Desembargador Federal Antonio Cedenho 376

Agravo de Instrumento. Intervenção de terceiros. Demanda originária de natureza previdenciária. Pleito de reconhecimento de período de trabalho especial. Impossibilidade de atingir esfera jurídica do empregador.

AI 5022044-68.2021.4.03.0000

Desembargadora Federal Therezinha Cazerta 382

Conflito Negativo de Competência. Conexão entre Execução Fiscal e Ação Anulatória posteriormente ajuizada. Reunião de feitos. Possibilidade inclusive nos casos de competência delegada.

CC Civ 5003980-73.2022.4.03.0000

Desembargador Federal André Nabarrete 385

Conflito Negativo de Competência. Juízos Federais das Subseções Judiciárias de Santos/SP e São Vicente/SP. Mandado de Segurança. Foro do domicílio do impetrante. Art. 109, § 2º, da Constituição da República. Aplicável. Competência fixada no momento da propositura da ação. "Perpetuatio jurisdictionis".

CC Civ 5018451-94.2022.4.03.0000

Desembargador Federal Marcelo Saraiva 389

Competência delegada. Lei nº 13.876/2019. Efeitos sobre as ações ajuizadas após 1º/1/2020. Redistribuição, pela Justiça Estadual para a Justiça Federal, dos processos propostos antes de tal data. Descabimento.

AI 5024051-96.2022.4.03.0000

Desembargador Federal Herbert De Bruyn 397

Levantamento do saldo de conta vinculada ao FGTS. Autismo e transtorno do espectro autista. Doença grave não prevista expressamente pela Lei nº 8.036/1990. Possibilidade. Interpretação extensiva. Tutela ao direito fundamental à saúde.

AI 5025765-91.2022.4.03.0000

Desembargador Federal Cotrim Guimarães..... 400

Conflito Negativo de Competência. Súmula 38 desta Corte. Inaplicabilidade ao caso dos autos. Controvérsia de natureza previdenciária. Mandado de Segurança impetrado para reabertura de processo administrativo e revisão de indeferimento de benefício previdenciário. Cômputo de contribuições. Artigo 176-D do Decreto nº 3.048/1999, incluído pelo Decreto nº 10.410/2020.

CCCV 5029007-58.2022.4.03.0000

Desembargador Federal Carlos Muta 406

Pedido de Suspensão de Liminar. Ação Civil Pública. Obrigação de fazer. Prestação, do serviço público de transporte aquaviário de passageiros e veículos automotores no reservatório da UHE Paraibuna, diretamente ou mediante autorização, permissão ou concessão.

SLS 5034278-48.2022.4.03.0000

Desembargadora Federal Marisa Santos..... 414

Cumprimento de sentença. Multa diária contra a Fazenda Pública. Falta de comprovação do efetivo recebimento da notificação da autoridade competente para a implantação do benefício.

ApCiv 5048913-10.2022.4.03.9999

Desembargador Federal Victorio Giuzio 424

DIREITO PROCESSUAL PENAL

Embargos de Terceiro. Medida cautelar patrimonial. Sequestro. Terceiro de boa-fé. Não comprovação. Sequestro mantido.

ApCrim 5000963-71.2022.4.03.6000

Desembargador Federal José Lunardelli 431

"Habeas Corpus". Prescrição da pretensão executória. Trânsito em julgado para ambas as partes.

HCCrim 5029882-28.2022.4.03.0000

Desembargador Federal Nino Toldo 440

DIREITO TRIBUTÁRIO

Execução Fiscal. Prescrição. Constituição do crédito. Entrega da DCTF. Juízo de retratação positivo.

ApCiv 0030697-53.2006.4.03.6182

Desembargador Federal Nery Júnior 451

Imposto de renda. Pessoa física. Isenção. Portador de moléstia grave. Lei nº 7.713/1988. Previdência complementar.

ApCiv 5004286-46.2020.4.03.6100

Desembargador Federal Souza Ribeiro 455

Prestador de serviços hospitalares. Recolhimento do IRPJ e da CSLL no percentual de 8% e 12%, respectivamente, nos moldes estabelecidos na Lei nº 9.249/95. Objeto social vinculado ao ramo de clínica de anestesia.

ApCiv 5000876-32.2021.4.03.6136

Desembargador Federal Johansom Di Salvo 468

Mandado de Segurança. Empregadas gestantes afastadas do trabalho presencial na forma da Lei nº 14.151/2021. Pedido inicial que visa à compensação tributária. Ilegitimidade passiva da autarquia previdenciária.

AI 5000365-75.2022.4.03.0000

Desembargador Federal Hélio Nogueira 473

SENTENÇAS

Procedimento comum cível. FUNAI e a Comunidade Índigena Itaguá. Pleito de reparação de danos materiais e morais causados por invasão da Fazenda Novilho por índios integrantes da referida comunidade.

5000078-27.2017.4.03.6002

Juiz Federal Fábio Fischer 479

Procedimento comum cível. Restituição de valores pagos a título de multa e direitos antidumping referentes à importação de 160 peças de tubos de aço produzidos na china.

5000115-49.2021.4.03.6120

Juiz Federal Márcio Cristiano Ebert 490

Execução Fiscal. Exceção de pré-executividade. Conselho Regional de Educação Física da 4ª Região. Ilegitimidade passiva. Ilegalidade da cobrança.

5000436-69.2021.4.03.6125

Juiz Federal Caio Cezar Maia Oliveira 494

Mandado de Segurança Cível. Natureza preventiva. Garantia do direito ao aproveitamento dos créditos de PIS e COFINS incidentes os valores pagos a título de serviço às administradoras de cartão de crédito e débito.

5000596-42.2022.4.03.6131

Juiz Federal Mauro Salles Ferreira Leite 499

SÚMULAS

Súmulas do TRF da 3ª Região 511

Súmulas da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região 519



Artigos Doutrinários

O *compliance* e a nova Lei de Licitações



Murilo Alves de Carvalho

Bacharel e Mestre em Direito pela Universidade Nove de Julho. Especialista em Direito Público, Penal, Processual Penal e Direito Penal Econômico, Civil e Processo Civil, Ambiental e Internacional, e pós-graduando em Direito das Licitações e Contratos Públicos pela Universidade Leonardo da Vinci. Técnico Judiciário da Justiça Federal de Primeiro Grau em São Paulo.

RESUMO: O programa de *compliance* caracteriza-se pela promoção da integridade e da responsabilidade no meio organizacional. A partir dessa premissa, o objetivo do presente artigo é abordar o conceito de *compliance*, sua forma de atuação, sua importância na esfera da Administração Pública, bem como relacionar tal medida à nova Lei de Licitações. Nesse desiderato, será evidenciado como o *compliance*, atualmente, representa uma ferramenta efetiva e necessária para o combate à corrupção no setor público em geral, especialmente nos processos licitatórios.

PALAVRAS-CHAVE: *Compliance*. Administração Pública. Nova Lei de Licitações.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 *Compliance*. 3 O *compliance* na Administração Pública. 4 O *compliance* e a nova Lei de Licitações. 5 Conclusão. Referências.

1 Introdução

As organizações empresariais, independentemente de seu segmento ou denominação, estão sujeitas a atitudes ilícitas ou moralmente questionáveis por parte de seus integrantes, desde a alta administração, até o âmbito operacional. Nesse contexto, surge o termo corrupção para englobar tais atos, sejam em áreas públicas ou privadas.

Entretanto, como consabido pela maioria da população brasileira, a maior parte dos casos de corrupção ocorre dentro da esfera pública, o que pode ser atribuído às falhas de fiscalizações efetivas nesse ambiente.

No intuito de modificar essa realidade, diversas medidas vêm sendo tomadas por parte do legislativo. Nesse sentido, acompanhada de diversos outros equipamentos legislativos, a Lei nº 12.846/2013, mais conhecida como “lei anticorrupção”, é uma referência clara ao que se denomina *compliance*.

De forma geral, o *compliance* é definido como um programa que visa garantir o cumprimento das normas, valores, e regulamentos de determinada organização.

Desse modo, pode-se entender que o programa de *compliance* existe devido à necessidade de desenvolver um plano interno para as organizações, a fim de identificar e prevenir atividades ilegais ou mesmo meramente irregulares do ponto de vista contratual, tanto no meio privado, quanto envolvendo fundos públicos.

No que concerne especificamente à esfera da Administração Pública, releva destacar o aspecto relativo aos processos de licitação, os quais tratam do fornecimento de serviços ou objetos ao setor público por empresas privadas.

Até recentemente, a Lei nº 8.666/1993 regulamentava o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988, instituindo normas para licitações e contratos administrativos no campo da Administração Pública.

No entanto, em 2021, foi promulgada a Lei nº 14.133/2021, a nova Lei de Licitações, a qual estipulou novas normas para licitação e contratação administrativa.

Contudo, foi estabelecido um regime de transição, nos termos dos artigos 191 e 193 da nova Lei, segundo o qual a Lei nº 8.666/1993 somente será considerada revogada após decorridos 2 (dois) anos da publicação oficial da novel legislação.

Dessa maneira, durante tal lapso temporal, a Administração Pública pode optar por utilizar uma ou outra lei, sendo que a vigência da Lei nº 14.133/2021 de forma exclusiva ocorrerá a partir de abril de 2023.

No âmbito desse trabalho, o destaque da nova Lei de Licitações refere-se às inovações acerca da obrigatoriedade de implementação de modelos de integridade, que possuem como principal objetivo a instauração de programas de *compliance*,

visando auditar e estimular a denúncia de irregularidades no processo licitatório, assim como a regulamentação de ações restaurativas de responsabilização.

Nesse contexto, o artigo aqui apresentado tem como objetivo discorrer justamente sobre a temática do *compliance* em relação à Administração Pública, considerando às disposições da nova Lei de Licitações como principal ponto de debate.



Fonte: www.editoraforum.com.br

2 Compliance

Compliance é, de acordo com Coimbra e Manzi, “o dever de cumprir, de estar em conformidade e fazer cumprir leis, diretrizes, regulamentos internos e externos, buscando mitigar o risco atrelado à reputação do risco legal/regulatório”¹.

Na visão de Schramm, o programa de *compliance* pode ser traduzido na adoção de um conjunto de princípios e regras internas, cujo principal objetivo é garantir conformidade com a lei e cumprimento de padrões de conduta por colaboradores diretos e indiretos de determinada organização².

Sendo assim, de forma sucinta, a base consiste em regulamentar ações e direcionamentos, visando ao exercício pleno da honestidade no meio organizacional.

Nessa esteira, Diniz e Silveira dispõem que o termo *compliance* não está relacionado apenas com determinações jurídico-penais, mas também, com um conjunto de normais sociais, incluindo valores morais, normas técnicas e jurídicas³.

¹ COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi. *Manual de compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 2.

² SCHRAMM, Fernanda Santos *et al.* *O compliance como instrumento de combate à corrupção no âmbito das contratações públicas*. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2018, p. 42.

³ DINIZ, Eduardo Saad; SILVEIRA, Renato De Mello Jorge. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva Educação, 2017.

Em outras palavras, Muzilli consolida o conceito de *compliance* como uma forma de transparência e cumprimento das normas jurídicas e organizacionais, segundo a qual:

[...] em termos de boa governança corporativa, fica muito clara a necessidade de disseminar em cada membro da organização e pessoas relacionadas, o conceito e o dever de estar em cumprimento às normas internas, leis e regulamentos a que a organização está submetida, ou seja, estar em *compliance*⁴.

Por sua vez, Candeloro, Rizzo e Pinho sistematizam o *compliance* como uma ótima ferramenta para garantir a aplicação de valores éticos e de boas condutas no mercado, visto que se configura como:

[...] um conjunto de regras, padrões, procedimentos éticos e legais que, uma vez definido e implantado, será a linha mestra que orientará o comportamento da instituição no mercado em que atua, bem como as atitudes de seus funcionários; um instrumento capaz de controlar o risco de imagem e o risco legal, os chamados "riscos de *compliance*", a que se sujeitam as instituições no curso de suas atividades⁵.

Dessa maneira, observa-se que o *compliance* não trata apenas de normatividades, mas também tem cunho ético e moral, de caráter preventivo a atos corruptivos, em todas as suas esferas de aplicação.

Ademais, vale ressaltar que os programas de *compliance* tiveram início nos Estados Unidos, no ramo privado, com o intuito de regular e garantir o equilíbrio das ações empresariais com as normas jurídicas vigentes. Tais programas, à época, pretendiam evitar práticas econômicas ilícitas nas organizações empresárias por meio de um sistema de correção entre o ente público e privado⁶.

Com a crise de 1929, o Estado norte-americano sentiu a necessidade de regulamentar e controlar a ordem econômica para diminuir desequilíbrios econômicos e, assim, foram criadas regras para que os administradores e diretores adotassem métodos de inclusão de informações sobre o controle financeiro e declarações da empresa sob pena de responsabilização pessoal mediante pena de reclusão⁷.

Nesse mesmo período, os Estados Unidos também detectaram a necessidade de estabelecer regras rígidas para alcançar um patamar em que as ações do mercado privado estivessem de acordo com o interesse público.

⁴ MUZILLI, Marco Antônio. Diferença entre compliance e auditoria interna. *Muzilli Governança Corporativa*, São Paulo, 05 jun. 2006, p. 1.

⁵ CANDELORO, Ana Paula; RIZZO, Maria Balbina Martins De; PINHO, Vinícius. *Compliance 360º*. São Paulo: Trevisan, 2012.

⁶ DINIZ, Eduardo Saad; SILVEIRA, Renato De Mello Jorge. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva Educação, 2017.

⁷ *Ibidem*.

No que se refere ao Brasil, o *compliance* ganhou destaque apenas com a Lei nº 12.846/2013 e, a partir daí, tem se tornado um mecanismo cada vez mais comum no ambiente de negócios, como instrumento por meio do qual se objetiva submeter as pessoas jurídicas a manter o cumprimento das normas e regulamentos, a partir da adoção de procedimentos internos pautados pela integridade e pela ética⁸.

Entretanto, para que os benefícios do *compliance* realmente alcancem a cultura anticorrupção, as medidas devem abranger toda a organização, incluindo:

[...] diversos setores mais tradicionais do Direito – trabalhista, societário, criminal, tributário etc. –, sendo que, quanto mais completa a área de *compliance* de uma organização, mais resguardada estará a entidade contra riscos internos e externos de sua atividade⁹.

Decerto, o *compliance* conquistou a atenção do setor empresarial pelo rigor da lei na atribuição de responsabilidade às pessoas jurídicas, visto que são previstas sanções severas. No entanto, a legislação permite o abrandamento das penalizações se existirem mecanismos e procedimentos internos de integridade, de auditoria e de estímulo às denúncias de condutas irregulares, conforme disposto no artigo 7º, inciso VIII, da Lei nº 12.846/2013¹⁰.

Dessa forma, o programa de *compliance* com código de condutas, manuais de práticas, código de procedimentos, dentre outras ferramentas, configura uma forma de autorregulação estatal imposta às empresas privadas, a qual contribui para boa gestão das organizações, na medida em que, retomando o pensamento aristotélico, denota-se inerente a necessidade do homem em estabelecer práticas adequadas de comportamento, de modo a desenvolver em si a virtude necessária para uma boa vida em sociedade¹¹.

Portanto, a principal característica do *compliance* é efetivar o cumprimento das normas e processos internos da organização, visando prevenir e controlar os riscos do negócio, seguindo as diretrizes previamente estipuladas aos colaboradores, em consonância com o ramo de atuação.

Assim sendo, com o propósito de traçar as regras econômicas globais, o Direito Administrativo sancionador tem sido balizado por tratados e convenções, impulsionando a criação da lei de responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira¹².

⁸ DURÃES, Cintya Nishimura; RIBEIRO, Maria De Fátima. O *compliance* no Brasil e a responsabilidade empresarial no combate à corrupção. *Revista Direito em Debate*, v. 29, n. 53, p. 69-78, 2020.

⁹ GORGA, Maria Luíza. *Compliance: a visão além das bad apples*. Portal Compliance Brasil, 2016. Disponível em: <http://compliancebrasil.org/compliance-a-visao-alem-das-bad-apples/>. Acesso em: 19 ago. 2021.

¹⁰ DURÃES, Cintya Nishimura; RIBEIRO, Maria De Fátima. O *compliance* no Brasil e a responsabilidade empresarial no combate à corrupção. *Revista Direito em Debate*, v. 29, n. 53, p. 69-78, 2020.

¹¹ RIBEIRO, Michel *et al.* A adoção do *compliance* na Petrobras S/A no ano de 2016: reflexos da operação lava-jato. *Revista Gestão em Conhecimento*, v. 3, n. 3, 2021, p. 3.

¹² GABARDO, Emerson; MORETTINI E CASTELLA, Gabriel. The new brazilian anti-corruption act: controversial aspects and penalty mechanisms of private entities. *Rev. Eurolatin. Der. Adm.*, v. 2, 2015, p. 71.

Nesse aspecto, Durães e Ribeiro afirmam, acerca da criação da Lei nº 12.846/2013, que:

[...] é resultante da pressão internacional sobre o Brasil, que havia se comprometido a combater a corrupção ao assinar documentos internacionais, tais como: Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (2003), Convenção Interamericana Contra a Corrupção (1996) e Convenção da Organização para a Cooperação Econômica e o Desenvolvimento – OCDE (1997). Desse modo, visando a cumprir os compromissos firmados, criaram-se mecanismos legais para a responsabilização das pessoas jurídicas pelos atos de corrupção que envolvem transações comerciais com outros países. O *compliance* incide, portanto, na relação da pessoa jurídica privada com a administração pública brasileira ou com a estrangeira¹³.

Desse modo, a Lei nº 12.846/2013 tem como principal foco, conforme exposto no artigo 1º, *caput*, a implicação administrativa e civil das pessoas jurídicas pela prática de atos lesivos à Administração Pública, nacional ou estrangeira. Para tanto, no artigo 5º, estão enumeradas de forma taxativa as hipóteses em que as pessoas jurídicas cometem atos lesivos ao erário público, conforme os princípios e tratados assumidos pelo Brasil. Nos demais artigos são expostas quais são as penalidades, bem como os parâmetros a serem levados em consideração para aplicação, o devido processo legal e os demais procedimentos administrativos.

Noutro aspecto, releva especificar que existem dez fundamentos básicos para que o programa de conformidade seja executado, quais sejam: 1) suporte da alta administração, 2) avaliação de riscos, 3) código de conduta e políticas de *compliance*, 4) controles internos, 5) treinamento e comunicação, 6) canais de denúncias, 7) investigações internas, 8) *due diligence* de terceiros, 9) monitoramento e auditoria e, por último, 10) diversidade e inclusão¹⁴.

No que concerne ao primeiro pilar, relativo ao suporte da alta administração, necessário considerar que o líder máximo da organização não deve apenas afirmar em seus discursos que os participantes devem seguir as diretrizes, mas sim usar esses princípios como norte, de forma a transformar o ambiente empresarial num agente ético e íntegro, não podendo em qualquer hipótese mudar suas condutas e decisões.

Já sobre o segundo pilar, referente à avaliação de riscos, é preciso planejar, fazer entrevistas com documentação e catalogação de dados, bem como análise de dados para estabelecer medidas de remediação necessárias, ou seja, entrevistas com diferentes profissionais das áreas jurídicas, considerando como parâmetros o país de origem, o ramo de atividade, a forma de venda, de contratação de terceiros e de comercialização dos seus produtos e serviços.

¹³ DURÃES, Cintya Nishimura; RIBEIRO, Maria De Fátima. O *compliance* no Brasil e a responsabilidade empresarial no combate à corrupção. *Revista Direito em Debate*, v. 29, n. 53, 2020, p. 75.

¹⁴ SIBILLE, Daniel; SERPA, Alexandre. *Os pilares do programa de compliance: uma breve discussão*. São Paulo: LEC – *Legal Ethics Compliance*, 2016, p. 3.

Em relação ao terceiro pilar, o código de conduta e políticas de *compliance* consiste nas determinações a serem seguidas pelas pessoas jurídicas, ou seja, a base em que estão contidos os direitos e obrigações.

Por sua vez, o quarto pilar dos controles internos dispõe sobre quais formalidades devem ser adotadas para diminuir os riscos operacionais do *compliance*, isto é, garantir que os livros de registros contábeis e financeiros fiquem interligados, em consonância com o exigido pelas legislações regentes. Nesse pilar são explicitadas as regras para revisão e validação das atividades empresariais, verificando, assim, a eficiência e eficácia.

O quinto pilar, relativo ao treinamento e à comunicação, é de suma importância, pois todos os funcionários, do operacional até os cargos de maior confiança da empresa, deverão compreender os princípios e regras do *compliance*. Por isso, a empresa, por meio de treinamentos e comunicação, deverá capacitar seus colaboradores sobre as regras preestabelecidas para o sucesso do programa.

O sexto pilar dispõe sobre os canais de denúncia, que são os mecanismos de reporte anônimo por funcionários ou parceiros comerciais para identificações de fraudes.

Nesse sentido, as investigações internas, indicadas agora no sétimo pilar, possuem como principal ponto a investigação dos fatos, visando provar, de forma concreta, o que ocasionou o problema apresentado. Nessa etapa, deve ser verificado se houve uma conduta imprópria, quem estava envolvido e se realmente o código de conduta foi violado. Ressalta-se, ainda, que uma investigação eficaz é aquela que protege os interesses da empresa e de seus proprietários (quando se fala em ente privado), além de mostrar o interesse da empresa punir em caso de descumprimento.

O oitavo pilar, denominado *due diligence*, também conhecido como diligência prévia, verifica se os seus parceiros, fornecedores, ou representantes, adotam o programa de *compliance*. Visto que, não basta uma empresa cumprir todas as medidas se tiver parceiros que descumprem, de forma a gerar ilegalidades ou condutas antiéticas.

O nono pilar, auditoria e monitoramento, mede a efetividade do programa, verificando se realmente está funcionando conforme planejado. Nesse aspecto, para verificar se todas as diretrizes estão sendo cumpridas, é realizada uma auditoria interna, por meio de amostragem, na qual é verificado se os processos estão seguindo os parâmetros preestabelecidos e se cada etapa do processo está sendo devidamente respeitada.

Por fim, há ainda o mais recente pilar, décimo e último, denominado *diversidade e inclusão*. Como o próprio nome indica, sua finalidade é afastar as práticas discriminatórias e garantir um ambiente de produção saudável para grupos historicamente discriminados no ambiente de trabalho, como as mulheres, os negros e seus descendentes, os deficientes físicos, os indivíduos cuja orientação sexual se alinhe com a comunidade LGBTQIA+, ou mesmo participantes do palco laboral que se encontram com uma limitação temporária

em sua capacidade de plena produção (por exemplo, redução de horário em virtude de deficiência física própria ou de uma familiar, etc.). Mas que, não obstante, ainda assim fazem parte da equipe de trabalho e merecem ter suas rotinas ajustadas ao seu perfil ocasional.

Desse modo, evidencia-se que os programas de *compliance* possuem sua fundamentação e utilidade não só como forma de controle, segurança e resguardo a possíveis ações criminosas no meio empresarial, mas também como instrumento de grande valia no contexto de transferência de responsabilidade, na medida em que podem atenuar ou evitar a responsabilidade da pessoa jurídica no caso do surgimento de atitudes corruptivas em uma organização.

3 O *compliance* na Administração Pública

A recorrência de casos de corrupção na Administração Pública brasileira tem gerado como consequência a emissão de novos diplomas legais destinados a preencher as lacunas da lei.

Nesse contexto, no âmbito da Administração Pública, aderiu-se ao *compliance* a partir da promulgação pelo Brasil da Convenção Interamericana contra a Corrupção, por meio do Decreto nº 4.410/2002, e da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, por intermédio do Decreto nº 5.687/2006, no intuito de estimular e consolidar formas de prevenção à corrupção de maneira mais eficaz. Por exemplo, mediante a implementação de códigos de conduta para servidores públicos, bem como elaboração de políticas públicas que visem à integridade, honestidade e responsabilidade¹⁵.

Sob esse aspecto, o programa de *compliance* na Administração Pública consiste numa forma de colaboração na idealização de um país íntegro, objetivando o enfrentamento de atitudes corruptas.

Nesse sentido, a Lei nº 13.303/2016, que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, determina, em seu artigo 9º, a adoção de regras de estruturas e práticas de gestão de riscos e controle interno que abrangam:

Art. 9º [...]

I - ação dos administradores e empregados, por meio da implementação cotidiana de práticas de controle interno;

II - área responsável pela verificação de cumprimento de obrigações e de gestão de riscos;

III - auditoria interna e Comitê de Auditoria Estatutário.

§ 1º Deverá ser elaborado e divulgado Código de Conduta e Integridade, que disponha sobre:

¹⁵ DOS SANTOS, Mariana Costa. *Compliance* na administração pública: uma análise crítica sobre a natureza do instituto no setor público diante de outros mecanismos de controle. *Lex Cult Revista do CCJF*, v. 3, n. 2, p. 94-108, 2019.

- I - princípios, valores e missão da empresa pública e da sociedade de economia mista, bem como orientações sobre a prevenção de conflito de interesses e vedação de atos de corrupção e fraude;
- II - instâncias internas responsáveis pela atualização e aplicação do Código de Conduta e Integridade;
- III - canal de denúncias que possibilite o recebimento de denúncias internas e externas relativas ao descumprimento do Código de Conduta e Integridade e das demais normas internas de ética e obrigacionais;
- IV - mecanismos de proteção que impeçam qualquer espécie de retaliação a pessoa que utilize o canal de denúncias;
- V - sanções aplicáveis em caso de violação às regras do Código de Conduta e Integridade;
- VI - previsão de treinamento periódico, no mínimo anual, sobre Código de Conduta e Integridade, a empregados e administradores, e sobre a política de gestão de riscos, a administradores.

Sendo assim, o *compliance*, como um programa de integridade ou conformidade desenvolvido por órgãos e entidades da Administração Pública, deve incluir um conjunto de mecanismos e procedimentos departamentais para possibilitar uma análise e gestão eficaz dos riscos gerados pelos setores da Administração Pública.

Dessa forma, a implementação e o monitoramento de políticas públicas buscam propiciar o fortalecimento da comunicação interna e interação entre órgãos da Administração Pública e entidades na gestão de políticas públicas, com o escopo de melhorar a segurança e a transparência das informações, bem como promover a condenação por violações e o controle da corrupção, com foco em resultados efetivos, ou seja, maximizando o bem-estar social e realizando os direitos básicos, especialmente os direitos sociais¹⁶.

Para tanto, a área de *compliance* na Administração Pública deve identificar atividades, técnicas e metodologias direcionadas às fragilidades constatadas que podem gerar ameaças à integridade do órgão público. Por isso, é importante também que seja avaliada constantemente a assertividade dos procedimentos aplicados no programa de *compliance*, suas áreas de vulnerabilidade, e suas possíveis melhorias.

Partindo desse pressuposto, Santos, Araújo e Xavier debatem acerca da comunicação e divulgação relacionada ao *compliance* em organizações públicas, ressaltando que:

[...] Para que o programa de *compliance* funcione de maneira efetiva, é de absoluta importância que sejam elaboradas estratégias de divulgação das políticas de integridade da empresa e que todos os colaboradores, independentemente do nível hierárquico dentro da estatal, recebam um treinamento apropriado sobre o programa. Os valores e linhas gerais sobre

¹⁶ MESQUITA, Camila Bindilatti Carli de. O que é *compliance* público? Partindo para uma teoria jurídica da regulação a partir da Portaria nº 1.089 (25 de abril de 2018) da Controladoria-Geral da União (CGU). *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, Brasília, maio 2019.

cada política adotada devem estar acessíveis a todos os interessados, sejam eles colaboradores ou terceiros independentes¹⁷.

Assim, a efetivação do *compliance* na esfera pública não é somente útil, como também necessária, pois inadmissível que as instituições públicas permaneçam se beneficiando de atitudes prejudiciais ao Estado brasileiro, na medida em que a corrupção lesa todos os pilares que constituem a cadeia do desenvolvimento econômico, portanto, deve ser combatida vigorosamente com todas as medidas dispostas.

Ademais, imprescindível que as medidas dos programas de *compliance* não burocratizem e dificultem as atividades da esfera pública, mas sim estruturem de forma palpável todos os setores nela inseridos, inclusive no que tange às contratações administrativas mediante licitação.

Desse modo, a exigência da empresa apresentar um mecanismo de *compliance* estipulado no edital de contratação é resultante diretamente do poder de polícia da Administração Pública, que interfere na aplicação do mecanismo de fiscalização, de maneira compatível com o conceito de exercício mais efetivo de controle, porque está no cumprimento de objetivos públicos.

Sob essa premissa, o Estado também contará com fiscalizações na estrutura interna das empresas privadas. Atentar para os interesses dos órgãos de gestão pública na organização interna da empresa permite definir quem pode firmar contratos com o governo ou quem tem interesse em estabelecer algum tipo de relação com o governo. Portanto, isso pode interferir diretamente nas licitações e nos contratos administrativos¹⁸.

Nesse viés, o próximo tópico do presente artigo abordará o *compliance* no contexto dos processos licitatórios, particularmente com foco na nova Lei de Licitações.



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

¹⁷ DE ARAÚJO, Valter Shuenquener; DOS SANTOS, Bruna de Brito André; XAVIER, Leonardo Vieira. *Compliance* na administração pública brasileira. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, v. 19, n. 77, 2019, p. 264.

¹⁸ MACHADO, Antonio Rodrigo; CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. *Compliance*: instrumento de controle nas licitações públicas. *A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, v. 18, n. 72, p. 71-91, 2018.

4 O *compliance* e a nova Lei de Licitações

Conforme exposto por Vasconcelos, no âmbito público, o tema *compliance* alcança:

[...] todo e qualquer modelo de negócio que impacte o ambiente, as finanças, o comércio de produtos e serviços, as relações sociais, as políticas públicas e o trato com a coisa pública. Ademais, a ferramenta do *compliance* irradia-se para a compreensão jurídica de todos os ramos do direito e, desse modo, também para o processo de licitação e de contratação pública. Paralelamente, também, compreende-se que *compliance* alinha-se com as regras éticas, de forma que seu conteúdo polissêmico e dinâmico se volta para a construção de uma cultura corporativa e identidade institucional¹⁹.

Na mesma linha, Carvalho e Almeida dispõem que *compliance* é:

[...] ao mesmo tempo, produto e processo para mitigação de riscos e garantia de integridade de qualquer atividade. Certamente, constitui-se como uma ferramenta de maturidade de qualquer instituição pública ou do mercado privado²⁰.

No que tange às práticas licitatórias, supramencionados autores ressaltam que é melhor praticar do que explicar, sendo a principal forma de alcançar resultados é por meio da produtividade e da transparência nos feitos licitatórios²¹.

Nessa perspectiva, indispensável atentar que a própria Constituição Federal, em seu artigo 37, também trouxe aspectos norteadores do *compliance*, pois o legislador estabeleceu parâmetros a serem seguidos para que não houvesse abertura para um processo fraudulento e corruptivo, como se vê:

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.

Nesse mesmo viés, foram elaborados decretos e leis estabelecendo diversas medidas com base no programa de *compliance*.

De maneira exemplificativa, pode-se mencionar o Ato Regulamentar nº 22/2020 do STF, que alterou seu organograma para que o Núcleo de Governança da Contratações e o Núcleo de Gestão das Contratações fossem diretamente ligados à Diretoria-Geral:

¹⁹ VASCONCELOS, Giovanna Gabriela do Vale. *O poder-dever do pregoeiro: juridicidade, compliance, gestão de riscos e o princípio da funcionalidade da licitação*. Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista na Ordem Jurídica e Ministério Público – FESMPDFT, Brasília, 2020, p. 19.

²⁰ CARVALHO, Itamar; ALMEIDA, Bruno. Programas de *compliance*: foco no programa de integridade. In: CARVALHO, André Castro; et al (Coords.). *Manual de compliance*. São Paulo: GEN/Forense, 2019, p. 58.

²¹ *Ibidem*.

Art. 12. [...]

I - Gabinete do Diretor-Geral (GDG): preparar o despacho do expediente do Diretor-Geral e fornecer o apoio administrativo a suas atividades, assim como às atividades da Assessoria Jurídica, da Assessoria de Administração, do Núcleo de Governança das Contratações e do Núcleo de Gestão das Contratações;

[...]

IV - Núcleo de Governança das Contratações (NGOC): unidade responsável por planejar e promover a governança das contratações; implementar a gestão de riscos nos processos de aquisições; propor, avaliar e monitorar os instrumentos de integridade e a eficácia dos controles, assim como assegurar a conformidade em ações relacionadas a licitações e contratações; [...]

XI - Núcleo de Gestão das Contratações (NGEC): *planejar, gerir e monitorar as atividades relativas aos processos de aquisições, licitações e gestão de contratos, e de outros instrumentos congêneres do STF* (destaque nosso).

Deveras, planejar, avaliar, gerir e monitorar, como explicitado anteriormente, são pilares do *compliance*.

Na mesma esteira, é notório que o Decreto nº 9.203/2017, que dispõe sobre política de governança da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, tem como princípios a capacidade de resposta, a integridade, a confiabilidade, a melhoria regulatória, a prestação de conta, a responsabilidade e a transparência.

Ademais, a Lei Anticorrupção, Lei nº 12.846/2013, tipifica, em seu artigo 5º, quais atos são lesivos à Administração Pública, nacional ou estrangeira, e, nos artigos subsequentes, estipula as penalidades decorrentes do seu descumprimento.

Por seu turno, no dia 1º de abril de 2021, foi promulgada a nova Lei de Licitações, Lei nº 14.133/2021, estabelecendo novas normas para licitação e contratação pela Administração Pública.

Uma das inovações dessa lei concerne às contratações de obras, serviços e fornecimento de grande vulto, isto é, de grandes valores, consoante definido no inciso XXII do artigo 6º, cujo montante estimado supere R\$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de reais).

Nesses casos, o parágrafo 4º do artigo 25 estatui que “o edital deverá prever a obrigatoriedade de implantação de programa de integridade pelo licitante vencedor, no prazo de 6 (seis) meses, contado da celebração do contrato”. Tal programa deverá conter as medidas a serem adotadas, a forma de comprovação e as penalidades pelo seu descumprimento.

Há de mencionar, ainda, que a exigência de um programa de integridade no processo licitatório separa os aventureiros das empresas especializadas em fornecer para o Erário, pois, quando é apresentado o programa de *compliance*, a Administração poderá avaliar se realmente o fornecedor terá capacidade de entregar o objeto licitado, prevenindo, dessa forma, prejuízos futuros.

Com essa mesmo desiderato, em momentos anteriores, outros dispositivos legais já se mostravam preocupados com a integridade. Por exemplo, o Decreto

nº 8.420/2015, no artigo 41, definiu programa de integridade no âmbito de uma pessoa jurídica como:

Art. 41. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Dessa forma, como mencionado acima, o programa de integridade tem como objetivo implementar mecanismos e procedimentos como auditoria e incentivo à denúncia de irregularidade, políticas e diretrizes visando prevenir fraudes ou qualquer prejuízo para o órgão licitante.

Decerto, com procedimentos internos de integridade, a Administração Pública se previne contra atos lesivos, eis que torna o processo interno e externo mais transparente, impedindo que pontos frágeis do processo comprometam a operação como um todo.



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

No mesmo viés, a nova Lei de Licitações dispõe sobre a possibilidade de considerar a implementação ou o aperfeiçoamento de programa de integridade no momento da aplicação de sanções ao responsável por infrações administrativas previstas na Lei:

Art. 156. Serão aplicadas ao responsável pelas infrações administrativas previstas nesta Lei as seguintes sanções:

[...]

§ 1º Na aplicação das sanções serão considerados:

[...]

V - a implantação ou o aperfeiçoamento de programa de integridade, conforme normas e orientações dos órgãos de controle.

É evidente a preocupação do legislador em levar em consideração a implementação de um programa de *compliance* para futuros fornecimentos. O principal objetivo da Administração com essa medida é fazer com que os licitantes não cometam as mesmas falhas, pois, quando o programa estiver em funcionamento, diretrizes serão estabelecidas para que futuras falhas possam ser previstas.

Para formação de um processo interno de *due diligence* foi criado pela nova Lei de Licitações o Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP). Dessa maneira, o processo licitatório gozará de mais transparência, possibilitando que o órgão licitante analise planos de contratação anuais, catálogos eletrônicos de padronização, entre outros dados, conforme descrito pelo dispositivo legal:

Art. 174. É criado o Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), sítio eletrônico oficial destinado à:

I - divulgação centralizada e obrigatória dos atos exigidos por esta Lei;
II - realização facultativa das contratações pelos órgãos e entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todos os entes federativos.

§ 1º O PNCP será gerido pelo Comitê Gestor da Rede Nacional de Contratações Públicas, a ser presidido por representante indicado pelo Presidente da República e composto de:

I - 3 (três) representantes da União indicados pelo Presidente da República;
II - 2 (dois) representantes dos Estados e do Distrito Federal indicados pelo Conselho Nacional de Secretários de Estado da Administração;
III - 2 (dois) representantes dos Municípios indicados pela Confederação Nacional de Municípios.

§ 2º O PNCP conterá, entre outras, as seguintes informações acerca das contratações:

I - planos de contratação anuais;
II - catálogos eletrônicos de padronização;
III - editais de credenciamento e de pré-qualificação, avisos de contratação direta e editais de licitação e respectivos anexos;
IV - atas de registro de preços;
V - contratos e termos aditivos;
VI - notas fiscais eletrônicas, quando for o caso.

Também podem ser levados em consideração, na aplicação de sanção, os padrões éticos. Ocasão em que o Erário atenuará ou agravará as penalidades, conforme dispõe o artigo 156, incisos I a V e § 1º a 9º da Lei nº 14.133/2021 e, eventualmente, de acordo com disposição inserida do próprio contrato.

Com efeito, espera-se que as empresas, para melhor desempenho das atividades, contratem profissionais devidamente qualificados, proporcionando maior transparência e segurança, bem como afastando os riscos de emergirem danos à Administração Pública em uma eventual *culpa in elegendo*, decorrente de práticas inadequadas dos referidos atores no palco do ambiente de trabalho.

Outra inovação, trazida no inciso VI do artigo 14, é a vedação de participação de licitantes que, nos 5 anos anteriores à publicação do edital, tenham sido condenados, com trânsito em julgado, por exploração de trabalho

infantil, por submissão de trabalhadores a condições análogas à escravidão, ou por contratar adolescentes com carga horária maior que estipulada em lei.

Ademais, o artigo 63, nos termos dos parágrafos 2º e 3º, dispõe sobre a possibilidade de substituição da vistoria por declaração formal assinada pelo responsável técnico sobre a ciência das condições e peculiaridades da operação.

Outra novidade é a possibilidade de utilização de outros requisitos, em caso de empate entre duas ou mais propostas, onde se vislumbra de forma clara como critério de desempate o desenvolvimento e aplicação de ferramentas de *compliance*:

Art. 60. Em caso de empate entre duas ou mais propostas, serão utilizados os seguintes critérios de desempate, nesta ordem:

I - disputa final, hipótese em que os licitantes empatados poderão apresentar nova proposta em ato contínuo à classificação;

II - *avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes, para a qual deverão preferencialmente ser utilizados registros cadastrais para efeito de atesto de cumprimento de obrigações previstos nesta Lei;*

III - desenvolvimento pelo licitante de ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho, conforme regulamento;

IV - desenvolvimento pelo licitante de programa de integridade, conforme orientações dos órgãos de controle.

No que tange à avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes, para a qual deverão preferencialmente ser utilizados registros cadastrais para efeito de atesto de cumprimento, beneficiando empresas que cumprem com as obrigações firmadas em contratos anteriores, denota-se que essa medida incentiva os fornecedores a cumprirem com os contratos de forma mais ágil e visa, também, de forma tácita, estimular os licitantes que deixam pendências a cumprirem as obrigações de forma sublime.

Além disso, ao consultar registros cadastrais, a Administração verificará os contratos anteriores, constatando se de fato o licitante possui capacidade estrutural para cumprir com o contrato, viabilizando a habilitação da empresa.

Em reportagem publicada na revista Exame, Renato Cirne, diretor jurídico e de *compliance*, ressaltou que:

[...] A nova lei traz mudanças relevantes, muda paradigmas, como a criação do Portal Nacional de Contratações Públicas (art. 174), que se transformará na vitrine de transparência de contratações públicas, cria modalidade de licitação chamada diálogo competitivo, que busca superar desafios da administração em objetos sem soluções prontas, propõe a arbitragem para solução de conflitos, além das demais mudanças mencionadas, notadamente relacionadas aos programas de integridade²².

²² CIRNE, Renato. Nova lei de licitações evidencia importância dos programas de integridade. *Exame*, 02 abr. 2021. Disponível em: <https://exame.com/bussola/nova-lei-de-licitacoes-evidencia-importancia-dos-programas-de-integridade/>. Acesso em: 20 ago. 2021.

Nessa perspectiva, evidencia-se que as inovações trazidas pela Lei nº 14.133/2021 prometem transformar as atividades ligadas ao processo licitatório, tanto em favor das empresas licitantes, quanto das empresas contratantes, buscando cada vez mais a transparência e o cumprimento ético e legal de sua regulamentação.

5 Conclusão

Consoante exposto, o objetivo central do *compliance* consiste em garantir o cumprimento de normas éticas e legais, protegendo as empresas contra atos ilícitos em seu desfavor, responsabilizando também os autores destas ações, independentemente do lugar ocupado na hierarquia da organização.

Nesse panorama, as políticas de *compliance* vêm ganhando valor, tanto na iniciativa privada, quanto na esfera da Administração Pública. Evidenciando-se que, considerado o histórico de inúmeros casos de corrupção no setor público brasileiro, a ampla e efetiva inserção do *compliance* nesse segmento configura-se como uma necessidade premente.

Deveras, os programas de *compliance* são instrumentos de grande valia ao meio da Administração Pública, particularmente nas suas relações com empresas privadas, como nos processos licitatórios.

Como demonstrado, o programa de *compliance*, principalmente nesse setor, traz diversos benefícios, prevenindo a ocorrência de atos ilícitos, servindo de ação comprobatória da integridade das organizações e seus funcionários, atenuando penalidades mencionadas na lei anticorrupção, proporcionando ganhos competitivos junto às empresas contratantes, e preservando a imagem da organização.

Nesse contexto, a nova Lei de Licitações destaca-se por trazer novos métodos que incentivam licitantes e contratantes a implementarem os programas de integridade, ditos programas de *compliance*, no intuito de reprimir atividades ilícitas comuns desse processo, como corrupção ligada a atos de suborno e fraude.

Vale salientar que, para que os programas de *compliance* sejam aplicados de forma eficiente e eficaz, imprescindível existir uma ampla rede de comunicação entre os integrantes das organizações, garantindo uma implementação de forma clara e efetiva, buscando a não burocratização desse processo.

Considerando os assuntos aqui abordados, pode-se concluir que a implantação dos programas de *compliance*, no que se refere à nova Lei de Licitações, caso aplicada de forma efetiva, beneficiará a proteção jurídica tanto para a Administração Pública, quanto para as empresas licitantes, mediante instrumentos mais eficazes de controle.

Referências

CANDELORO, Ana Paula; RIZZO, Maria Balbina Martins De; PINHO, Vinícius. *Compliance 360°*. São Paulo: Trevisan, 2012.

CARVALHO, Itamar; ALMEIDA, Bruno. Programas de *compliance*: foco no programa de integridade. In: CARVALHO, André Castro; et al (Coords.). *Manual de compliance*. São Paulo: GEN/Forense, p. 57-77, 2019.

CIRNE, Renato. Nova lei de licitações evidencia importância dos programas de integridade. *Exame*, 02 abr. 2021. Disponível em: <https://exame.com/bussola/nova-lei-de-licitacoes-evidencia-importancia-dos-programas-de-integridade/>. Acesso em: 20 ago. 2021.

COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi. *Manual de compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações*. São Paulo: Atlas, 2010.

DE ARAÚJO, Valter Shuenquener; DOS SANTOS, Bruna de Brito André; XAVIER, Leonardo Vieira. *Compliance na administração pública brasileira*. A&C - *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, v. 19, n. 77, p. 247-272, 2019.

DINIZ, Eduardo Saad; SILVEIRA, Renato De Mello Jorge. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva Educação, 2017.

DOS SANTOS, Mariana Costa. *Compliance na administração pública: uma análise crítica sobre a natureza do instituto no setor público diante de outros mecanismos de controle*. *Lex Cult Revista do CCJF*, v. 3, n. 2, p. 94-108, 2019.

DURÃES, Cintya Nishimura; RIBEIRO, Maria De Fátima. O *compliance* no Brasil e a responsabilidade empresarial no combate à corrupção. *Revista Direito em Debate*, v. 29, n. 53, p. 69-78, 2020.

GABARDO, Emerson; MORETTINI E CASTELLA, Gabriel. The new brazilian anti-corruption act: controversial aspects and penalty mechanisms of private entities. *Rev. Eurolatin. Der. Adm.*, v. 2, p. 71, 2015.

GORGA, Maria Luíza. *Compliance: a visão além das bad apples*. *Portal Compliance Brasil, 2016*. Disponível em: <http://compliancebrasil.org/compliance-a-visao-alem-das-bad-apples/>. Acesso em: 19 ago. 2021.

MACHADO, Antonio Rodrigo; CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. *Compliance: instrumento de controle nas licitações públicas*. A&C-*Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, v. 18, n. 72, p. 71-91, 2018.

MESQUITA, Camila Bindilatti Carli de. O que é *compliance* público? Partindo para uma teoria jurídica da regulação a partir da Portaria nº 1.089 (25 de abril de

2018) da Controladoria-Geral da União (CGU). *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, Brasília, maio 2019.

MUZILLI, Marco Antônio. Diferença entre compliance e auditoria interna. *Muzilli Governança Corporativa*. São Paulo, 05 jun. 2006. Disponível em: <http://muzilli.com.br/reportagem/compliance.html>. Acesso em: 25 ago. 2021.

RIBEIRO, Michel *et al.* A adoção do *compliance* na Petrobras SA no ano de 2016: reflexos da operação lava-jato. *Revista Gestão em Conhecimento*, v. 3, n. 3, 2021.

SCHRAMM, Fernanda Santos *et al.* *O compliance como instrumento de combate à corrupção no âmbito das contratações públicas*. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2018.

SIBILLE, Daniel; SERPA, Alexandre. *Os pilares do programa de compliance: uma breve discussão*. São Paulo: *LEC – Legal Ethics Compliance*, 2016.

VASCONCELOS, Giovanna Gabriela do Vale. *O poder-dever do pregoeiro: juridicidade, compliance, gestão de riscos e o princípio da funcionalidade da licitação*. Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista na Ordem Jurídica e Ministério Público – FESMPDFT, Brasília, 2020.

A argumentação como recurso indispensável à formação do profissional do Direito



Tadeu Luciano Siqueira Andrade

Professor da rede pública do estado da Bahia e da Universidade do Estado da Bahia, atuando no Colegiado de Direito. Licenciado em Letras. Bacharel em Direito. Especialista em Português Jurídico e Direito do Consumidor. Mestre em Linguística (UFPB). Doutor em Linguística (UNB), com ênfase em Ecolinguística aplicada aos contextos forenses. Pesquisador e autor de diversos livros.

RESUMO: A argumentação é recurso indispensável ao discurso do profissional do Direito. Pela argumentação, postulam-se, defendem-se direitos, criam-se novos institutos jurídicos, concede-se a liberdade, restringem-se direitos. Tudo está centrado na linguagem e fundamentado na semântica argumentativa. Este artigo busca analisar a argumentação no discurso jurídico, considerando os diferentes gêneros discursivos usados no contexto do Direito. Cada profissional do Direito, conforme sua função no exercício da jurisdição, desenvolve um discurso com objetivos distintos e fundamentados nas questões morfosintáticas, semânticas e pragmáticas. Assim, este estudo demonstra como o jurista constrói seus discursos conforme o auditório, os interlocutores, os objetivos e o contexto em que se encontram.

PALAVRAS-CHAVES: Argumentação. Discurso. Semântica. Sintaxe. Pragmática.

ABSTRACT: Argumentation is the indispensable resource for the legal professional's discourse. Through argumentation, rights are postulated, rights are defended, new legal institutes are created, freedom is granted, rights are restricted. Everything is centered on language and grounded in argumentative semantics. This article seeks to analyze argumentation in legal discourse, considering the different discursive genres used in the context of law. Each legal professional, according to their function in the exercise of jurisdiction, develops a discourse with different objectives and based on morphosyntactic, semantic and pragmatic issues, the jurist builds his discourses according to the audience, the interlocutors, the objectives and the context in which they find themselves.

KEYWORDS: Argumentation. Speech. Semantics. Syntax. Pragmatics.

SUMÁRIO: 1 Considerações preliminares. 2 Dá-me o fato e te darei o direito: onde o Direito e a linguagem se encontram. 3 Origens da argumentação. 3.1 Que é argumentar? 3.2 A argumentação e o advogado. 3.3 A argumentação e o juiz. 3.4 A argumentação e o Ministério Público. 4 Análise de um discurso jurídico: a petição inicial. 4.1 A petição inicial à luz do Direito Processual. 4.2 A argumentação na petição inicial: análise linguística. 5 Considerações finais. Referências.

1 Considerações preliminares

O jurista, entre as classes dos profissionais, é um dos que mais lida com a palavra no seu labor, não fala palavras soltas, isoladas, mas palavras articuladas, dotadas de significados comuns e específicos a um contexto, que lhe dá um sentido, seja em função social de quem as diz, seja em função do contexto discursivo. Por exemplo, o magistrado, ao receber uma petição inicial, profere um ato de fala ordenando a citação do réu apenas com a forma imperativa: *cite-se*. Em uma só forma verbal, está praticando três atos que se inter-relacionam: a) determina a citação do acusado; b) declara a possibilidade de, a partir desse ato, nascer o processo judicial e c) garante ao réu o direito de exercer, nos termos do artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988, o contraditório e a ampla defesa acerca dos fatos lhes imputados.

Do ponto argumentativo, nessa forma verbal, há três níveis que se entrelaçam em qualquer discurso: (i) o *morfossintático* considera a própria estrutura linguística, pois não se fala palavras soltas, mas articuladas em uma estrutura morfossintática inserida em um contexto; (ii) o *semântico* apresenta um sentido contextual e um *sentido social importado*, o verbo *citar* existe e tem seu sentido comum dicionarizado, mas este sentido é transportado para o Direito e assume um sentido específico, segundo Bang & Døør¹ e (iii) o *discursivo-pragmático* caracteriza um gênero textual adequado a uma situação sociodiscursiva, ou seja, o contexto forense, expressa um ato do juiz e indica a composição da relação processual, pois, somente com a citação do acusado, essa relação se efetiva.

Neste artigo, propõe-se discutir algumas questões inerentes à argumentação do texto jurídico haja vista a importância da linguagem para o profissional do Direito e, ao mesmo tempo, apresentar indagações à luz da semântica argumentativa, que contribuirão para a formação do jurista.

Por razões didáticas, o artigo foi dividido em três seções. Inicialmente, apresenta-se a indissociabilidade entre linguagem e Direito. Em seguida, elencam-se alguns aspectos morfossintáticos, semânticos e pragmáticos do discurso jurídico. Na sequência, analisam-se as perspectivas de natureza sintáticas, semânticas e discursivo-pragmáticas em texto extraído de um processo judicial. Por fim, apresentam-se as conclusões.

¹ BANG, Jørgen Chr.; DØØR, Jørgen. Ecolinguística: um enquadramento conceitual. In: COUTO, Hildo Honório; COUTO, Elza Kioko Nakayama Nenoki do; ARAÚJO, Gilberto Paulino; ALBUQUERQUE, Davi Borges (Orgs.). *O paradigma ecológico para as ciências da linguagem: ensaios ecolinguísticos clássicos e contemporâneos*. Goiânia: GEGRAF/EDUFG, 2016, p. 119-142.

2 Dá-me o fato e te darei o Direito: onde o direito e a linguagem se encontram

O advogado, quando postula em nome de seu cliente, cria uma argumentação, um conjunto de fatos que, concatenados e seguindo a norma processual, levarão o caso ao magistrado, que, para dizer o direito, precisa analisar os fatos à luz do Direito e da teoria da argumentação.

Por isso, emprega-se o brocardo "*Da mihi factum et dabo tibi jus*": "Dá-me o fato e te darei o direito", também utilizado nas seguintes formas: "*Narra mihi factum dabo tibi jus*": "Narra-me os fatos, eu te darei o direito" e "*Da mihi factum, dabo tibi jus*": "Exponha o fato, que direi o direito".

Nessa perspectiva, o princípio da fundamentação das decisões judiciais exige que o juiz analise todas as teses jurídicas levantadas pelos sujeitos da relação processual e não apenas os argumentos que o magistrado entenda relevantes².

Por sua vez, o representante do Ministério Público (MP), quando oferece a denúncia, segue a norma processual penal e forma a sua *opinio delicti*, a opinião acerca do delito. Para tanto, deve ter ao menos suspeita da existência do crime e de sua autoria, a fim de caracterizar o binômio materialidade-autoria. Nesse caso, o promotor de justiça necessita argumentar e fundamentar os fatos narrados a fim de que o juiz receba a denúncia e proceda à tramitação da ação penal.

Assim, o promotor de justiça, como titular da ação penal e fiscal da aplicação correta da lei, oferece a denúncia fundamentando-se na argumentação. Quando ele pede a condenação do réu, usa a força persuasiva da linguagem. Da mesma maneira, o advogado para contestar, postular, recorrer, praticar todos os atos processuais, deve argumentar de forma clara e precisa, baseando-se tanto nos fatos do mundo social quanto jurídico. Por seu turno, o juiz analisa os fatos e os argumentos das partes para realizar um julgamento equânime. Percebe-se, portanto, que todos os profissionais do Direito, embora em situações discursivas diferentes e considerando sua atividade profissional, em momento algum, empregam a argumentação.

Entretanto, convém destacar que cada profissional do Direito tem um discurso específico conforme o contexto determinado, cujas circunstâncias exigem que o discurso se adapte às condições de produção, considerando o interlocutor, o espaço físico, as interações e o objetivo a que se destina cada ato comunicativo, vez que, quando se fala, reporta-se a um destinatário, a um contexto e a uma finalidade discursiva, pois, parafraseando Austin³, a linguagem é uma forma de ação em que todo dizer é um fazer.

² COLARES, Virgínia. Hermenêutica endoprocessual: abrindo o diálogo entre as teorias do processo e análise crítica do discurso jurídico. In: COLARES, Virgínia (Org.). *Linguagem e Direito: caminhos para a linguística Forense*. São Paulo: Cortez, 2018.

³ AUSTIN, John Langshaw. *Quando dizer é fazer*. Trad. Danilo Marcondes de Souza Filho. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990.

Com efeito, a linguagem é uma prática social concreta e não deve ser separada do mundo em que é empregada, porquanto a realidade é formada exatamente pela linguagem usada na interação.



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

3 Origens da argumentação

Surgida em 427 a.C., na Grécia Antiga, a argumentação era denominada retórica. Argumentar é a arte de convencer e persuadir. Era a união de persuadir e argumentar que resultava em convencer. Os gregos utilizavam o argumento como um conjunto de uma ou mais sentenças, conhecidas como premissas, acompanhadas de uma frase declarativa, que é a conclusão. A argumentação teve início com os trabalhos dos sofistas, em cujas aulas de eloquência procuravam desenvolver a argumentação retórica e não se preocupavam com a verdade dos fatos, mas sim convencer a plateia⁴. Daí a argumentação como sinônimo de persuasão.

Os gregos, usando argumento dedutivo, diziam que a verdade de uma conclusão é uma consequência lógica das premissas que a antecedem. O argumento indutivo afirma que a verdade da conclusão é fundamentada nas premissas. Essas premissas, como também as conclusões, somente podiam ser verdadeiras ou falsas; nunca ambíguas. Por isso, as orações que constituem um argumento são consideradas verdadeiras ou falsas, válidas ou inválidas.

Aristóteles foi um dos primeiros estudiosos acerca da argumentação. Outros filósofos, por exemplo, o pré-socrático Parmênides, Sócrates e Platão, também estabeleceram alguns princípios aplicados aos textos argumentativos.

A argumentação passou por todas as fases da história da humanidade, da Grécia Antiga até o pós-guerra, período que sucedeu a II Guerra Mundial (1945), quando, no campo do Direito, surgiram diversas teorias antipositivistas, que buscavam uma interpretação razoável das leis e uma ampliação do papel das decisões judiciais.

⁴ GONZAGA, Álvaro Luiz Travassos de Azevedo. Filosofia jurídica. In: CAPEZ, Fernando; COLNAGO, Rodrigo (Coords.). *Coleção Pockets Jurídicos*, v. 67. São Paulo: Saraiva, 2010.

Dessa forma, o ato de julgar deixou de estar apenas limitado a uma mera aplicação da letra da lei, passando a consistir em uma busca de soluções justas e aceitáveis socialmente. Nesse contexto sócio-histórico-político, surge a Teoria da Argumentação ou a Nova Retórica, de Chaïm Perelman, buscando a formulação de uma cultura jurídica fundamentada nos processos argumentativos.

3.1 Que é argumentar?

No contexto jurídico, o verbo argumentar é usado constantemente. Mas o que significa argumentar no âmbito jurídico? Argumentar não é apenas levar os fatos ao Poder Judiciário, mas também, a partir desses fatos, traçar uma linha de raciocínio que convença o destinatário de seu discurso. Parafraseando a máxima popular “salve-se quem puder”, diz-se que ganha a causa quem, mediante seu poder argumentativo, apresenta fatos que convençam seu interlocutor.

Assim, a *argumentação* tem como escopo convencer o indivíduo ou grupo a concordar com determinada tese defendida pelo enunciador. O jogo argumentativo é dinâmico, instável, não existindo, portanto, o argumento correto, mas o argumento predominante⁵.

Noutro prisma, também não há o argumento incorreto, mas argumento que tem uma fundamentação precária e não chega a convencer o auditório. Entretanto, sendo os argumentos dinâmicos, uma tese pode ser dominante a partir de uma argumentação revigorada, capaz de suplantar outra tese anteriormente hegemônica. Isso depende dos recursos argumentativos aplicados. Restando ao argumentador trazer à baila informações coerentes, claras e convincentes e, sobretudo, presentes no mundo jurídico.

Para Chaïm Perelman e Tyteca⁶, no Direito não prevalece a lógica formal, mas a lógica argumentativa, aquela em que não há uma verdade universal, inexistente uma tese que é aceita por todos em todas as circunstâncias. A verdade formal sobrepõe-se à verdade real no processo. Por isso, há muito tempo é sustentada a máxima “o que não está nos autos, não está no mundo”.

Dessa forma, os argumentos usados pelo profissional do Direito no processo devem estar nos autos e devidamente fundamentados, porque o juiz depende dos argumentos dos sujeitos da relação jurídica no que se refere às afirmações e provas em que os fatos se fundam. Assim, ao fim da instrução de uma relação jurídico-processual, o juiz terá elementos suficientes para formar e fundamentar a sua convicção e, portanto, proferir uma decisão.

Há diversas profissões jurídicas e diferentes discursos, cujo andamento depende do enunciador do discurso. Assim, o argumento do juiz geralmente se fundamenta na jurisdição, dizer o direito. Diversamente, o advogado enuncia um

⁵ MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A argumentação nas decisões judiciais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

⁶ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

discurso voltado para a defesa dos interesses de seu cliente. Noutro enfoque, o representante do MP apresenta uma argumentação coerente com os gêneros discursivos, por exemplo, em uma denúncia, os argumentos se fundamentam na autoria e materialidade de um crime; já em um processo que tenha como sujeito um incapaz, a força argumentativa é a defesa dos direitos do incapaz, garantindo-lhe a sobrevivência e a dignidade.

3.2 A argumentação e o advogado

No processo, o advogado, pratica atos perlocutórios, isto é, atos de fala que se referem aos efeitos pretendidos pelo uso da linguagem. Esses atos contribuem à teoria da argumentação e pretendem convencer, persuadir, tendo a função precípua de obter o máximo de argumento em favor de seu cliente, em consonância com os princípios éticos e profissionais inerentes à sua função, pois o advogado é indispensável à administração da justiça, conforme prevê a Constituição Federal 1988 no artigo 133.

Segundo Mendonça⁷, a atuação do advogado se dá graças a um autêntico processo argumentativo pelo qual o juiz será ou não convencido da existência do direito postulado. Assim, os dados e provas fornecidos pelo advogado contribuirão para a formação do convencimento do juiz no momento de prolatar a sentença. Isso se dá por intermédio de um processo argumentativo, no qual o defensor visa a convencer o magistrado da existência do direito alegado pelo seu cliente.

O caminho argumentativo será feito em duas direções. Na primeira, o defensor, preliminarmente, apoiando-se na doutrina, na jurisprudência e nos princípios gerais do Direito, mostrará a congruência entre essas fontes e o direito postulado em favor de seu cliente. Na segunda, a mais importante, o advogado construirá a argumentação, baseando-se nos cinco elementos, definidos por Emediato⁸: i) *afirmação*: é a tese proposta, o advogado relata o fato a ser discutido em juízo, o que corresponde ao nascimento de relação jurídica; ii) *posicionamento*: o advogado expõe seu ponto de vista que consiste na concordância ou discordância acerca dos fatos alegados pelo oponente; iii) *quadro de problematização*: estratégias argumentativas desenvolvidas pelo enunciador, que se vinculam ao público que o discurso atingirá; iv) *formulação dos argumentos*: demonstração e elucidação das provas que fundamentarão seus argumentos; v) *conclusão*: o ponto auge da argumentação, é o desfecho de problematização, momento no qual se observa a procedência dos argumentos e sua relação com o mundo jurídico e social.

⁷ MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A argumentação nas decisões judiciais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

⁸ EMEDIATO, Wander. O modo de organização do discurso argumentativo. In: *A fórmula do texto*. São Paulo: Geração Editorial, 2004, p. 159-183.

Trata-se, portanto, de um discurso jurídico produzido essencialmente na e pela argumentação. Por isso, a argumentação é instável, na medida em que exige a elaboração de um raciocínio bem estruturado com o escopo de extrair ou minorar as incoerências que eventualmente possam surgir e ser observadas no discurso, a partir do contexto semântico-pragmático, uma vez que um argumento hoje coerente poderá ser incoerente no futuro.

Com efeito, a argumentação pressupõe que qualquer tese é passível de questionamentos, porque não há teses verdadeiras e incontestáveis *ad infinitum*. Assim, o jurista, ao construir seu discurso argumentativo, além das questões sintáticas, semânticas, discursivas e pragmáticas, deverá observar os cinco elementos citados.

3.3 A argumentação e o juiz

Como mencionado, a argumentação do profissional do Direito é imprescindível para a decisão do juiz. As provas, as informações trazidas ao processo e a argumentação oferecerão subsídios para que o magistrado, apoiando-se no lastro comprobatório e argumentativo, culmine o processo em um único ato: o de decisão fundada em fatos e Direito.

Para formar a sua decisão, o magistrado, em uma posição equidistante e imparcial, analisará os argumentos dos sujeitos da relação processual. De posse dos argumentos dos litigantes e com fundamento neles, o juiz sustentará o fecho processual, seu juízo de valor acerca dos fatos alegados, que será

[...] redigido de forma concisa, com pouca ou nenhuma adjetivação, não se podendo empregar palavras que antecipem a decisão sob pena de nulidade, pois a neutralidade é essencial ao relatório. Também a narrativa há de ser clara, evitando dificuldades para sua compreensão⁹.

Apesar de a decisão final sempre ser da alçada do juiz, é o jurista, usando uma argumentação coerente, que propicia êxito em uma causa, convencendo o magistrado de que sua argumentação é mais fundamentada que a do advogado da parte oponente, vez que a decisão judicial é uma ponderação entre discursos antagônicos, que estão materializados nos autos, nos pedidos que emergem em uma linha de tensão, decorrente de uma pretensão resistida.

Sendo assim, vencerá a parte que apresentar os argumentos mais convincentes, em sintonia com as exigências legais e fundamentados nos princípios gerais do Direito.

Decerto, a decisão do juiz depende dos argumentos e dos fatos alegados pelo advogado, mas a linha argumentativa é diferente, como salienta Pierre Mimin:

⁹ DAMIÃO, Regina Toledo; HENRIQUES, Antônio. *Curso de português jurídico*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 201.

[...] Há diferença entre a forma do arrazoado e a sentença, uma vez que o advogado, tendo determinado interesse a defender, recorre a todos os argumentos que tenham probabilidade de ser acolhidos, ao contrário do magistrado, que encarregado de dizer o direito não se apóia senão em argumentos exatos. Daí serem os arrazoados (*sic*) peças de eloqüência, enquanto a sentença não tem necessidade senão de lógica¹⁰.

Dessa maneira, evidencia-se que a função do juiz é a mais ampla e complexa na relação processual, porque a ele compete, verificando as lacunas, promover uma decisão final justa e devidamente motivada.

Essa motivação representa o mecanismo retórico de que lança mão o magistrado para fundamentar sua decisão com base no Direito material, processual e, sobretudo nos argumentos coerentes e justos, concedendo o direito ao seu titular.

3.4 A argumentação e o Ministério Público

O MP atua de duas formas no mundo jurídico: fiscal da lei e parte da relação processual. Suas atribuições estão sintetizadas no artigo 127 da Carta Magna, e consistem na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Também compete ao MP: promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei (art. 129, I, da CF/88).

Na função de fiscal da lei, o MP funciona como representante da sociedade, visando à garantia da imparcialidade do julgador. Não sendo, pois, vinculado a nenhum dos interesses da causa.

Noutro ângulo, são múltiplos os casos em que o MP pode atuar como *parte*, consoante previsto na lei, a saber: causas em que há interesses de incapazes; causas referentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade; ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte. Nesses casos, o MP atua, ao mesmo tempo, como fiscal da lei e parte, podendo requerer a produção de prova, recorrer, agir com todos os ônus.

No que tange à argumentação, convém ressaltar que, seja parte ou fiscal da lei, em todas as situações, o MP precisa fundamentar e argumentar a sua atuação na relação processual. Por exemplo, ao elaborar uma denúncia, como autor da ação penal, embora se atenha ao Código de Processo Penal, o MP necessita de argumentos consistentes para que o magistrado receba a denúncia e julgue-a procedente. O recebimento e o julgamento procedente não estão adstritos somente à fundamentação legal, autoria, tipificação do crime, elucidação das circunstâncias, mas também aos argumentos vinculados às circunstâncias legais e processuais defendidas pelo *parquet*.

¹⁰ *Apud* ARRUDA, Geraldo Amaral. *A linguagem do juiz*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 1.



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

4 Análise de um discurso jurídico: a petição inicial

A petição inicial recebe várias denominações no léxico jurídico, por exemplo, peça de ingresso, peça atrial, peça ovo, peça introdutória, peça prefacial, peça proemial, peça pórtico, peça incoativa, peça vestibular, peça preambular, peça exordial e outras.

Não importa a denominação, a petição inicial é o ato processual mais importante praticado pela parte autora na relação processual, vez que “define os limites da *litiscontestatio* em relação ao titular do direito perseguido, além de ser o ato por intermédio do qual provoca-se a jurisdição a ser exercida pelo Estado-Juiz”¹¹.

Todos os atos processuais partem da exordial e mantêm com ela uma vinculação, cujo objetivo é alcançar o fim maior do processo, a tutela jurisdicional por intermédio da sentença de mérito.

Em razão disso, petição inicial foi escolhida como objeto de análise neste trabalho, a fim de examinar os efeitos oriundos da argumentação, correlacionando os fundamentos jurídicos e os recursos linguísticos.

Para tanto, estabeleceu-se uma relação entre o Direito e a linguagem, mediada pelos pressupostos da semântica argumentativa, semântica da enunciação ou macrossintaxe do discurso, que tem como função identificar enunciados, sendo empregada com a finalidade orientar o interlocutor para certos tipos de argumentos, observando o uso de operadores argumentativos, os elementos coesivos e as estruturas morfossintáticas.

Nessa esteira, o defensor tem a obrigação de expor os seus motivos sobre a causa de pedir, argumentando juridicamente. Se não o fizer, o juiz poderá indeferir a instauração do processo. Assim, a argumentação deve ser a mais

¹¹ BARROS, Leonardo Camello de. Petição inicial. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 114, 26 out. 2003. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4261>. Acesso em: 15 dez. 2011.

convincente possível a fim de possibilitar ao juiz uma análise fiel dos fatos citados pelo autor.

4.1 A petição inicial à luz do Direito Processual

Segundo Neves¹², a petição inicial é a forma de materializar o interesse de buscar a tutela jurisdicional, cuja redação obedece a regras já estabelecidas por uma padronização. Por isso, o Código de Processo Civil (CPC) cita regras básicas para a elaboração da inicial, obedecendo a um silogismo¹³, isto é, uma sequência de fatos conexos.

Além dos aspectos formais, no que se refere à identificação das partes e à estrutura discursiva da petição, há dois momentos em que se percebe o valor argumentativo da inicial: i) na *causa de pedir*, o enunciador deve fazer uma exposição dos fatos, correlacionando a causa próxima (o próprio fato gerador da prestação jurisdicional) e a causa remota (em que se argumentam juridicamente os fundamentos para o pedido), para elucidar o fato jurídico, ou seja, o acontecimento no mundo real, e qual a relação jurídica decorrente desse fato, portanto, trata-se da correlação entre fato e fundamentos; ii) no *pedido*, que é o cerne da petição, porquanto não há petição sem pedido, esse é o requisito essencial da petição, no qual os argumentos deverão abranger a ótica processual, consistente na providência pretendida pelo jurisdicionado, bem como a ótica material, relativa ao bem da vida que está na demanda e ao resultado a que se visa com a resolução da contenda, tudo construído pela argumentação.

Do ponto de vista jurídico, a petição inicial é uma pergunta que tem como resposta a sentença¹⁴. Portanto, possui um silogismo que apresenta: (i) *uma premissa maior*: a regra geral, a lei ou o artigo de lei que norteia a questão em litígio; (ii) *uma premissa menor*: o caso concreto, a situação específica, os fatos da questão em litígio; (iii) *conclusão*: o pedido e a consequente sentença, a qual acolhe ou não o pedido, reconhecendo ou não que, ao fato em análise, aplica-se a regra geral.

Por isso, essa peça processual deve ter clareza na exposição dos fatos, argumentos fundamentados, perfeição e lógica jurídica, uma vez que a ausência de fatos e argumentos claros, que propiciem conhecer a pretensão do autor, é uma das causas que dificultam o julgamento do mérito. A exposição dos fatos, argumentos e dos fundamentos jurídicos da pretensão do autor deve deixar clara e precisa a possibilidade jurídica do pedido, a legitimação para agir e o interesse de agir, e, sobretudo, as condições da ação. Essas condições, presentes na inicial, sustentam o discurso argumentativo.

¹² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2011.

¹³ Silogismo é uma palavra grega que significa conexão de ideias, raciocínio. É um termo *filosófico* pelo qual *Aristóteles* designou a argumentação lógica perfeita, formada por três proposições declarativas que se conectam. A partir das duas primeiras, chamadas *premissas*, é possível deduzir uma conclusão.

¹⁴ PALAIA, Nelson. *Técnica da petição inicial*. São Paulo: Saraiva, 2001.

4.2 A argumentação na petição inicial: análise linguística

A inicial, sendo um texto, é uma unidade linguística que tem uma função precípua no universo da relação processual, sendo dotada de dois princípios basilares, os quais norteiam a sua textualidade: a *coesão* e a *coerência*.

A coesão consiste nas relações morfossintáticas e nos mecanismos léxico-gramaticais responsáveis pela tessitura textual, tais como: (i) o uso adequado dos elementos coesivos, como as conjunções, que encaixam as sentenças e ao mesmo tempo estabelecem relações argumentativas de causa, condição, explicação, tempo, consequência, oposição, concessão e outros; (ii) a seleção das palavras; (iii) a utilização adequada dos sinais de pontuação; (iv) os mecanismos de concordância, regência verbal e nominal (v) os elementos que fazem a retomada, por exemplo, os pronomes, advérbios, numerais; (vi) e o emprego adequado dos pronomes demonstrativos (dêiticos) na superfície textual. Todos esses elementos fazem do texto uma teia que se tece entre os avanços e retomadas no corpo do texto¹⁵.

A coerência é o princípio que dá sentido ao texto, responsável pelos aspectos semântico-discursivos e pragmáticos do discurso, dentre os quais deve-se observar: (i) a seleção lexical, isto é, as palavras adequadas ao discurso jurídico; (ii) a relação de congruência entre os fundamentos, argumentos e os pedidos, considerando os fatos e o Direito.

A petição não deve apresentar termos jurídicos indeterminados, ambíguos ou permeados de vagueza semântica. Esses elementos, juntos no discurso, dificultam a compreensão ou ensejam interpretações dúbias ou desconexas com os objetivos que se propõe a alcançar o postulante.

Não se trata, portanto, de um texto permeado de erudição ou de uma redação à Cícero das Catilinárias da Roma antiga, mas de um texto coeso e coerente, de acordo com a norma linguística, bem como observando a norma relativa ao Direito processual e material.

A inicial, como qualquer texto jurídico, deve ser produzida sob três aspectos: (i) o pragmático, que se refere à função informacional e comunicativa, sendo que os argumentos devem dizer algo no mundo jurídico de forma coerente; (ii) semântico, vinculado à coerência, segundo o qual os elementos devem estar congruentes entre eles, estabelecendo um silogismo; (iii) formal, que diz respeito à estrutura, ao uso adequado dos elementos linguísticos no texto, segundo Val¹⁶.

Assim, denota-se que o profissional do Direito necessita de embasamentos morfossintáticos, semânticos, discursivo-pragmáticos para construir um discurso claro e preciso, coerente com os objetivos a que se propõe, recorrendo também aos vários recursos argumentativos presentes no âmbito jurídico.

¹⁵ ANDRADE, Tadeu Luciano Siqueira. *Sintaxe do português: da norma para o uso*. Salvador: Egba, 2005.

¹⁶ VAL, Maria da Graça da Costa. *Redação e textualidade*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

Ademais, quando se fala em coerência de um texto, não importa o gênero, deve-se observar se nele estão presentes as quatro metarregras de Charolles¹⁷: (i) *continuidade*: os argumentos precisam ser contínuos, sendo um complemento do outro; (ii) *progressão*: os argumentos devem estar conexos, em que um desenvolva a ideia anterior, configurando acréscimos semânticos que justificam o argumento anterior, por exemplo, na inicial, o pedido mediato e o imediato; (iii) *não-contradição*: a inicial deve respeitar os elementos lógico-elementares, de forma que o argumento "A" não pode ser contrário ao argumento "B", bem como os argumentos não podem ser contrários ao mundo jurídico, tampouco violar a lei, os bons costumes, a moral e os princípios gerais do Direito; (iv) *articulação*: também chamada de relação, segundo a qual os argumentos precisam ser congruentes, um deve ser a causa, condição ou consequência do outro. Na superfície textual, essas metarregras mantêm entre si um vínculo, seja na coerência, seja na coesão.

5 Considerações finais

A argumentação apresenta um duplo caráter no mundo do Direito: o linguístico e o jurídico. O linguístico tem por objeto todos os recursos linguísticos de que o Direito se utiliza, examinando as palavras no aspecto semântico, à luz da relação de sentido e forma, como também os enunciados que o Direito produz. Por sua vez, o jurídico corresponde ao aspecto pragmático, à linguagem utilizada no Direito, ou seja, da norma, da decisão, da convenção, das declarações, dos recursos, do *jus postulandi*, da denúncia, da sentença, da petição inicial etc.

O jurista, em seu discurso, por excelência, argumenta, tanto no plano linguístico, como no jurídico. Diante de tal situação, defende-se que o Direito é mesmo uma linguagem empregada em diversos gêneros discursivos que visam à função: a aplicação da norma e dizer o direito. No entanto, no universo jurídico, há uma grande diversidade discursiva que se adapta às condições de produção, aos interlocutores e aos objetivos a serem alcançados.

Ex positis, este artigo objetiva despertar novas pesquisas no campo da argumentação, propiciando ao profissional do Direito uma análise linguístico-jurídica dos diversos textos que circulam no universo da ciência jurídica.

¹⁷ CHAROLLES, Michel. Introdução aos problemas da coerência dos textos (abordagem teórica e estudo das práticas pedagógicas). Trad. Paulo Otoni. In: COSTE, D. et. al. (Org.). *O texto – leitura e escrita*. Campinas: Pontes, 1988.

Referências

ANDRADE, Tadeu Luciano Siqueira. Argumentação jurídica: uma análise linguístico-funcional. *Consulex*, ano XIV, n. 333, p. 58-60.

ANDRADE, Tadeu Luciano Siqueira. *Sintaxe do português: da norma para o uso*. Salvador: Egba, 2005.

ARRUDA, Geraldo Amaral. *A linguagem do juiz*. São Paulo: Saraiva, 2000.

AUSTIN, John Langshaw. *Quando dizer é fazer*. Trad. Danilo Marcondes de Souza Filho. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990.

BANG, Jørgen Chr.; DØØR, Jørgen. Ecolinguística: um enquadramento conceitual. In: COUTO, Hildo Honório; COUTO, Elza Kioko Nakayama Nenoki do; ARAÚJO, Gilberto Paulino; ALBUQUERQUE, Davi Borges (Orgs.). *O paradigma ecológico para as ciências da linguagem: ensaios ecolinguísticos clássicos e contemporâneos*. Goiânia: GEGRAF/EDUFG, 2016, p. 119-142.

BARROS, Leonardo Camello de. Petição inicial. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 114, 26 out. 2003. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4261>. Acesso em: 15 dez. 2022.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. *Constituição Federal (1988)*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CHAROLLES, Michel. Introdução aos problemas da coerência dos textos (abordagem teórica e estudo das práticas pedagógicas). Trad. Paulo Otoni. In: COSTE, D. et. al. (Org.). *O texto – leitura e escrita*. Campinas: Pontes, 1988.

COLARES, Virgínia. Hermenêutica endoprocessual: abrindo o diálogo entre as teorias do processo e análise crítica do discurso jurídico. In: COLARES, Virgínia (Org.). *Linguagem e Direito: caminhos para a linguística Forense*. São Paulo: Cortez, 2018.

DAMIÃO, Regina Toledo; HENRIQUES, Antônio. *Curso de português jurídico*. São Paulo: Atlas, 2000.

EMEDIATO, Wander. O modo de organização do discurso argumentativo. In: *A fórmula do texto*. São Paulo: Geração Editorial, 2004, p. 159-183.

GONZAGA, Álvaro Luiz Travassos de Azevedo. Filosofia jurídica. In: CAPEZ, Fernando; COLNAGO, Rodrigo (Coords.). *Coleção Pockets Jurídicos*, v. 67. São Paulo: Saraiva, 2010.

MAURO. Linguagem jurídica – os tipos de argumentação. *Blogger*, 26 abr. 2005. Disponível em: <http://linguagemjuridica.blogspot.com/2005/04/os-tipos-de-argumentao.html>. Acesso em: 10 jan. 2022.

MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A argumentação nas decisões judiciais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2011.

PALAIA, Nelson. *Técnica da petição inicial*. São Paulo: Saraiva, 2001.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2000.

STEIN, Erinildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996.

VAL, Maria da Graça da Costa. *Redação e textualidade*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

A imagem como um direito da personalidade autônomo

Leonardo Estevam de Assis Zanini



Livre-docente e doutor em Direito Civil pela USP. Pós-doutorado em Direito Civil pelo Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (Alemanha). Pós-doutorado em Direito Penal pelo Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (Alemanha). Doutorando em Direito Civil pela Albert-Ludwigs-Universität Freiburg (Alemanha). Mestre em Direito Civil pela PUC-SP. Bacharel em Direito pela USP. Juiz Federal na Seção Judiciária de São Paulo. Juiz Federal em auxílio à Corregedoria Regional da Justiça Federal da 3ª Região. Professor Universitário (graduação e pós-graduação). Pesquisador do Centro de Estudos em Democracia Ambiental da UFSCar. Foi bolsista da Max-Planck-Gesellschaft e da CAPES. Foi Delegado de Polícia Federal, Procurador do Banco Central do Brasil, Defensor Público Federal, Diretor Acadêmico da Escola de Formação e Aperfeiçoamento de Servidores da Justiça Federal em São Paulo e Diretor da Associação dos Juízes Federais de São Paulo e Mato Grosso do Sul.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo o estudo da imagem como um direito da personalidade autônomo. Trata-se de pesquisa que utiliza metodologia descritiva e dedutiva, baseada fundamentalmente em revisão bibliográfica e na investigação da legislação e da jurisprudência. O texto, inicialmente, destaca que o surgimento e o desenvolvimento da técnica fotográfica foram fundamentais para que direito à imagem passasse a ter relevância jurídica. Ademais, o estudo deixa claro que o direito à imagem protege um bem jurídico autônomo, que não pode ser confundido com outros direitos, como é o caso da honra e da privacidade. O trabalho também analisa dois julgados de tribunais brasileiros para demonstrar a dificuldade de compreensão sobre a tutela do direito à imagem. Os resultados alcançados demonstram que a interpretação equivocada da Constituição Federal e do Código Civil, muitas vezes realizada pela doutrina e pelos tribunais, pode levar a resultados bastante danosos. Por isso, para que se garanta a tutela autônoma do direito à imagem, é necessária a releitura do artigo 20 do Código Civil em conformidade com a Constituição Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à imagem. Direitos da personalidade. Direito à privacidade. Direito à honra. Direitos fundamentais.

ABSTRACT: The present article aims to study the image as an autonomous right. It is a research which uses descriptive and deductive methodology, fundamentally based on bibliographic review and on the investigation of legislation and case law. The text initially highlights that the emergence and development of the photographic technique was fundamental for the right to the image to have legal relevance. It makes it clear that the right to image protects an autonomous legal good, which cannot be confused with other rights, such as the case of honour and privacy. The work also analyzes two judgments of Brazilian courts, which is done to verify the difficulty of understanding about the protection of the right to image. The results achieved demonstrate that the erroneous interpretation of the Federal Constitution and the Civil Code, often performed by doctrine and the courts, may lead to quite harmful results. Therefore, in order to guarantee the autonomous protection of the right to image, it is necessary to reread article 20 of the Civil Code in conformity with the Federal Constitution.

KEYWORDS: Right to image. Rights of personality. Right to privacy. Right to honor. Fundamental rights.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Breve histórico. 3 A positivação do direito à imagem no Brasil. 4 O direito à privacidade e a teoria das esferas. 5 A teoria das esferas no Direito brasileiro. 6 O direito à privacidade e o direito à imagem. 7 O direito à honra e o direito à imagem. 8 A tutela autônoma do direito à imagem nos tribunais brasileiros. 9 A necessária releitura do artigo 20 do Código Civil. 10 Conclusão. Referências.

1 Introdução

O presente artigo tem como objetivo o estudo da imagem como um direito da personalidade autônomo. O texto, inicialmente, destaca que o surgimento e a evolução da técnica fotográfica foram fundamentais para que direito à imagem passasse a ter relevância jurídica, o que primeiro foi admitido pelos tribunais e somente depois foi consagrado pela legislação.

Superado o brevíssimo histórico da temática em questão, procura-se analisar a relação existente entre o direito à imagem, o direito à privacidade e o direito à honra. É inegável que ao se violar a imagem pode ocorrer também lesão a outros bens jurídicos. Contudo, é necessário que se evidencie que o direito à imagem protege um bem jurídico autônomo, que não pode ser confundido com outros bens jurídicos, como é o caso da honra e da privacidade.

O texto também analisa dois julgados de tribunais brasileiros, os quais apresentam soluções diametralmente opostas para casos de violação do direito à imagem. A contraposição dos julgados é importante, pois permite que se constate a dificuldade de compreensão acerca da tutela do direito à imagem, o que, por si só, já serve de justificativa para a elaboração da presente reflexão.

Ademais, trata-se de pesquisa que utiliza metodologia descritiva e dedutiva, baseada fundamentalmente em revisão bibliográfica e na investigação da legislação e da jurisprudência. Os resultados alcançados demonstram que a interpretação equivocada da Constituição Federal e do Código Civil, muitas vezes realizada pela doutrina e pelos tribunais, pode levar a resultados bastante danosos. Por isso, para que se garanta a tutela autônoma do direito à imagem, é necessária a releitura do artigo 20 do Código Civil à luz da Constituição Federal.

2 Breve histórico

O direito à imagem passa a ter relevância jurídica e econômica a partir do advento da fotografia, que mudou completamente a relação temporal e espacial que se estabelecia entre a pessoa e sua própria imagem.

Antes da fotografia, as imagens eram fixadas em pinturas e esculturas, o que, salvo situações muito excepcionais, não gerava discussão jurídica. É que o pintor ou o escultor necessitava de muito tempo para reproduzir a imagem de uma pessoa em uma obra, fazendo-se então presumir o seu consentimento¹.

Entretanto, é de se notar que houve um longo processo até o desenvolvimento da fotografia, que passou pela câmara obscura, por conhecimentos prévios de física e de química, chegando até a fixação da imagem em um suporte material. Nos primórdios, a fixação da imagem demorava muitas horas, por isso ainda não havia interesse jurídico. Todavia, com a modernização, surgiu o filme fotográfico e a popularização da fotografia.

Nesse contexto, com o aperfeiçoamento da técnica fotográfica, vieram então as primeiras decisões tratando de problemas atinentes ao direito à imagem, publicadas na França, na segunda metade do século XIX. Afirma-se que, historicamente, a imagem foi o primeiro atributo da personalidade a ser efetivamente protegido pela jurisprudência². Por isso, a proteção da imagem na França é considerada uma criação dos tribunais, ante a ausência de legislação específica.

De fato, já no ano de 1855, por meio de uma *ordonnance de référé*, o presidente do Tribunal Civil do Sena proibiu a exposição pública de um quadro em que a diretora da congregação católica *Soeurs de la Providence* tinha sido retratada, pois ela não havia permitido tal utilização de sua imagem³.

¹ Insta observar, entretanto, que em alguns casos houve a reprodução de imagens em pinturas e desenhos sem o consentimento das pessoas envolvidas, como ocorreu na reprodução de Joana d'Arc durante seu julgamento ou no desenho de Maria Antonieta sendo conduzida para a sua execução (LONDON, Raymond. *Dictionnaire juridique: les droits de la personnalité*. Paris: Dalloz, 1983, p. 103-104).

² SAINT-PAU, Jean-Christophe. Le droit au respect de la vie privée. In: SAINT-PAU, Jean-Christophe (Org.). *Droits de la personnalité*. Paris: LexisNexis, 2013, p. 749.

³ BERTRAND, André. *Droit à la vie privée et droit à l'image*. Paris: Litec, 1999, p. 133.

A despeito do reconhecimento pelos tribunais, o desenvolvimento do direito à imagem na França se deu sem a existência de um texto legal expresso. A posituação da tutela da vida privada na França somente veio com a Lei 70-643, de 17 de julho de 1970, que alterou o artigo 9º do Código Civil francês, o qual passou a prever que: “cada um tem direito ao respeito de sua vida privada”⁴. Contudo, não existe verdadeiramente uma lei em matéria de direito à imagem, visto que o artigo 9º do Código Civil francês somente sanciona o fato de fotografar uma pessoa se houver atentado à vida privada⁵. Assim sendo, pode-se dizer que os franceses primeiro admitiram o direito à imagem pela jurisprudência e só muito mais tarde é que a legislação veio salvaguardar a imagem, hoje considerada um direito da personalidade⁶.

Caminho diverso foi trilhado pela tutela da imagem na Alemanha, o que decorreu de dois importantes julgados, que definiram os rumos desse direito e conduziram ao seu reconhecimento legislativo bastante precoce.

No primeiro deles, o Tribunal do Império (*Reichsgericht*), em 29 de novembro de 1898, se deparou com uma demanda que envolvia uma fotografia clandestina de uma jovem em trajes de banho, a qual foi tirada na piscina feminina. A imagem foi posteriormente vendida e utilizada na confecção de “peso para papel” e outros objetos, o que gerou o litígio. Os responsáveis pela foto foram condenados a uma pena de seis meses de prisão pela prática de crime de ofensa (*Beleidigung*), com fundamento no § 185 do Código Penal alemão (StGB)⁷.

O outro caso importante para o reconhecimento legislativo do direito à imagem na Alemanha está relacionado com o falecimento do herói nacional e ex-chanceler Otto von Bismarck, ocorrido em 30 de julho de 1898. Em meio à multidão que se aglomerava diante de sua residência à espera de notícias, dois jornalistas de Hamburgo invadiram referido imóvel e tiraram fotos do falecido e de seu leito. As fotos acabaram sendo vendidas por uma quantia bastante significativa (30 mil marcos)⁸ e foram divulgadas na Alemanha sem qualquer autorização da família⁹.

⁴ Tradução livre do art. 9º do Código Civil francês: “Cada um tem direito ao respeito de sua vida privada. Os juízes podem, sem prejuízo da reparação do dano sofrido, prescrever todas medidas, tais como sequestro, apreensão e outras, próprias para impedir ou fazer cessar um atentado à intimidade da vida privada: estas medidas podem, se houver urgência, ser ordenadas provisoriamente”. Transcrição do original: “Chacun a droit au respect de sa vie privée. Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée: ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé”.

⁵ BERTRAND, André. *Droit à la vie privée et droit à l'image*. Paris: Litec, 1999, p. 134.

⁶ BARTNIK, Marcel. *Der Bildnisschutz im deutschen und französischen Zivilrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004, p. 31.

⁷ KOHLER, Josef. *Das Eigenbild im Recht*. Berlin: J. Guttentag, 1903, p. 32-33.

⁸ Vale notar que as fotos foram vendidas por quantia que hoje corresponderia a aproximadamente duzentos mil euros, o que denota a relevância econômica, já no fim do século XIX, de determinados retratos (BARTNIK, Marcel. *Der Bildnisschutz im deutschen und französischen Zivilrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004, p. 15). Já conforme Thomas Thiede, o montante pago pelas fotos seria ainda maior, equivaleria a quatrocentos mil euros (THIEDE, Thomas. *Internationale Persönlichkeitsrechtsverletzungen*. Viena: Sramek, 2010, p. 19).

Em virtude da falta de preceito legal atinente ao direito à imagem, o tribunal recorreu ao Direito romano, à vetusta *condictio ob iniustam causam*, entendendo que os fotógrafos teriam adentrado no quarto onde estava o corpo de Bismarck de forma oculta e sem o consentimento dos filhos do falecido, em violação de domicílio (§ 123 do Código Penal alemão). Assim, caberia aos herdeiros o direito à restituição de tudo o que foi obtido por meio da violação de domicílio, incluindo as fotografias¹⁰.



Fonte: <https://www.freepik.com.br>

Nessa linha, os dois casos mencionados levaram à promulgação, em 9 de janeiro de 1907, da “Lei relativa ao direito de autor em obras de artes plásticas e de fotografia” (*Kunsturhebergesetz* - KUG). Tal regulação legislativa foi benéfica e de fundamental importância para a consolidação e desenvolvimento do direito à imagem. Dessa maneira, a tutela da imagem na Alemanha tomou um rumo diverso, quando se compara com o ocorrido na França¹¹, orientando-se pela legislação, a qual foi reforçada pelo posterior reconhecimento do direito geral da personalidade¹².

No Brasil, por sua vez, o Direito Civil cuida de casos envolvendo o direito à imagem há muito tempo. A primeira decisão sobre o tema teria sido proferida em 28 de maio de 1923. Na ocasião, o juiz Octávio Kelly, da Segunda Vara do Rio de Janeiro, acolheu a pretensão da Miss Brasil Zezé Leone para proibir a exibição pública, com finalidade comercial, de um filme em que a autora foi apanhada de surpresa em cenas indiscretas¹³. A decisão reconheceu a proteção jurídica no que toca à:

⁹ LEFFLER, Ricarda. *Der strafrechtliche Schutz des Rechts am eigenen Bild vor dem neuen Phänomen des Cyber-Bullying*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2012, p. 49.

¹⁰ ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Einführung in die Rechtsvergleichung: auf dem Gebiete des Privatrechts*. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 1996, p. 694.

¹¹ BARTNIK, Marcel. *Der Bildnisschutz im deutschen und französischen Zivilrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004, p. 49.

¹² ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito à imagem*. Curitiba: Juruá, 2018, p. 395.

¹³ SILVA, Andréa Barroso. Direito à imagem: o delírio da redoma protetora. In: MIRANDA, Jorge; JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues; FRUET, Gustavo Bonato (orgs.). *Direitos da personalidade*, São Paulo: Atlas, 2012, p. 286.

[...] divulgação de quaisquer fotografias de determinadas pessoas, cuja importância ou notoriedade se preste a despertar, por meio da renda ou exibição, uma exploração comercial, dado o interesse que tenha o público em reconhecê-los ou comentá-los¹⁴.

Em nosso país, o surgimento e a evolução do direito à imagem não contaram com texto expresso, não foi obra do legislador, tratando-se muito mais de um trabalho da jurisprudência e da doutrina. No entanto, a despeito de já ter decorrido muito tempo desde a primeira decisão brasileira, pode-se facilmente notar que boa parte da doutrina e da jurisprudência ainda não compreenderam o significado e a extensão do direito à imagem.

Isso se deve, em parte, ao fato de que no Brasil a matéria foi desenvolvida precipuamente à luz do direito francês, de sorte que a defesa do bem jurídico imagem foi reconhecida em associação com outros direitos (e.g. direito ao próprio corpo, direito à liberdade, direito à honra, direito à privacidade, direito à identidade), o que ainda hoje apresenta consequências negativas no que toca à sua tutela autônoma.

3 A positivação do direito à imagem no Brasil

Como foi indicado, o Brasil tomou um caminho semelhante ao da França, tardando na positivação do direito à imagem, que foi tutelado durante muito tempo apenas pelas decisões dos tribunais. À falta de previsão legal, a solução encontrada pelos magistrados brasileiros foi a de associar a proteção da imagem a outros direitos, de maneira que a violação da imagem não passaria de um reflexo da lesão a um outro direito.

Logicamente, não se pode negar a relação existente entre o direito à imagem e outros direitos, como é o caso, entre outros, da honra, da vida privada e do nome. Todavia, mesmo após a previsão da salvaguarda da imagem no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, é forçoso reconhecer que o processo histórico que levou a associação da imagem a outros direitos continua presente no espírito de muitos operadores do Direito¹⁵. Aliás, tal problemática envolve especialmente a redação e a interpretação dada ao artigo 20 do Código Civil, que muitas vezes não guarda consonância com a previsão constitucional.

Diante disso, mesmo após a constitucionalização da matéria, ainda existem muitas dúvidas no que toca à tutela autônoma do direito à imagem, é dizer: a proteção desse direito independentemente da existência de violação a outro bem jurídico. No mais das vezes, essa confusão se dá com o direito à privacidade e com o direito à honra, pelo que vale a pena uma breve análise da relação existente entre esses direitos, o que será feito a seguir.

¹⁴ AMORIN, Sebastião Luiz. Direito à própria imagem. *Revista Justitia*, São Paulo, v. 41, p. 63-67, out./dez. 1979, p. 65.

¹⁵ Conforme obtempera Beltrão, o direito à imagem foi, por muito tempo, "relacionado à intimidade e à honra da pessoa, e não se desenhava a imagem como um direito isolado, com autonomia própria" (BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 184).

4 O direito à privacidade e a teoria das esferas

O direito à privacidade permite que seu titular impeça que determinados aspectos de sua vida sejam submetidos, contra a sua vontade, à publicidade e a outras violações cometidas por terceiros.

A Constituição Federal menciona expressamente a inviolabilidade da vida privada e da intimidade (art. 5º, X, da CF) entre os direitos fundamentais, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. O Código Civil também reconhece a inviolabilidade da vida privada da pessoa natural como um direito da personalidade (art. 21 do Código Civil).

No Brasil, a teoria das esferas ou círculos concêntricos ainda é muito utilizada nas discussões envolvendo direitos fundamentais e direitos da personalidade, em particular para auxiliar na compreensão sobre a dinâmica da proteção da privacidade e do direito à imagem. Tal teoria parte da ideia geral de que a vida do homem se desenvolve em diferentes esferas e que a proteção concedida depende da esfera na qual se encontra o indivíduo no momento em que sobrevém um atentado¹⁶.

A construção se tornou célebre em 1957, a partir da doutrina do professor alemão Heinrich Hubmann, da Universidade de Erlangen, que considerou que todo indivíduo possui diferentes esferas (*Sphären*) ou círculos de proteção (*Schutzkreise*), dentro dos quais a personalidade goza de diversos graus de tutela. A concepção é representada espacialmente por círculos concêntricos, cada qual abrangendo uma área de proteção da personalidade¹⁷.

Grande parte da doutrina e dos tribunais aceitaram a proposta de Hubmann¹⁸, a qual considera que a tutela da personalidade em face do Estado e da sociedade estaria dividida em três esferas (*drei Schutzkreise*), que não são igualmente protegidas, mas sim encontram maior resguardo conforme se avança para a esfera da personalidade mais interior¹⁹.

Nessa linha, o estudioso considerou a esfera individual (*Individualsphäre*), também denominada esfera pública (*Öffentlichkeitssphäre*), como a mais exterior e menos protegida, classificando, por outro lado, a esfera secreta (*Geheimsphäre*) como a mais interior e melhor tutelada. Entre as duas esferas mencionadas o professor colocou a esfera privada (*Privatsphäre*)²⁰.

Destacou ainda que toda pessoa tem o direito de excluir invasões por parte de terceiros em sua esfera privada, a qual pode ser designada como a parte da vida que a pessoa pretende reservar para si mesma, sem intromissão indesejada

¹⁶ GEISER, Thomas. *Die Persönlichkeitsverletzung insbesondere durch Kunstwerke*. Basel: Helbing & Lichtenhahn, 1990, p. 52.

¹⁷ HUBMANN, Heinrich. *Das Persönlichkeitsrecht*. 2. ed. Köln: Böhlau, 1967, p. 268-269.

¹⁸ BARROT, M. Johannes. *Der Kernbereich privater Lebensgestaltung*. Baden-Baden: Nomos, 2012, p. 29.

¹⁹ FECHNER, Nina. *Wahrung der Intimität? Grenzen des Persönlichkeitsschutzes für Prominente*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2010, p. 32.

²⁰ HUBMANN, Heinrich. *Das Persönlichkeitsrecht*. 2. ed. Köln: Böhlau, 1967, p. 269.

de terceiros. Ademais, a esfera secreta seria entendida, nessa concepção, como um fragmento da esfera privada que poderia não ser alcançado mesmo pelas pessoas com acesso à vida privada, como familiares²¹.

Outrossim, Hubmann asseverou que a esfera secreta é intangível, sendo-lhe garantida fundamentalmente uma proteção absoluta. O mesmo não ocorre com a esfera privada, que também merece considerável proteção, mas encontra limitações, na medida em que eventuais pretensões do indivíduo podem ter que dar espaço ao interesse geral. A esfera individual, por seu turno, não fica desguarnecida diante de invasões de terceiros, no entanto, a proteção nessa hipótese é a menos intensiva²².

De fato, a esfera individual ou pública corresponde às condutas abertas, ao "eu-social", prevalecendo o interesse pela esfera da vida que relaciona o indivíduo, como cidadão do mundo, e seus semelhantes²³. É o caso, por exemplo, das situações em que a própria pessoa procura o público, como no discurso de um político ou na atuação de um atleta em um evento esportivo²⁴.

A esfera privada, por sua vez, abrange áreas e temas que são classificados tipicamente como privados, na medida em que sua discussão ou exibição em público seria considerada imprópria. Permite-se, assim, apenas no próprio âmbito privado, entre determinadas pessoas, a discussão sobre a esfera privada, não se admitindo que isso seja levado ao conhecimento do público²⁵. Fazem parte dessa esfera determinados aspectos da vida privada, como é o caso da atividade profissional, que por serem menos sensíveis ao público, não gozam de proteção com a mesma intensidade da concedida, por exemplo, à vida doméstica²⁶.

Ademais, a esfera secreta, como parte da vida privada, é entendida por Hubmann como aquela em que as ações, as manifestações, os sentimentos, os acontecimentos, os pensamentos e outros fatos não devem ser conhecidos por ninguém ou, quando muito, só podem ser levados a um círculo muito limitado e determinado de pessoas. Nela o indivíduo deve ter o direito de se retirar sem a necessidade de temer a impertinência de terceiros²⁷. Trata-se então da esfera da personalidade mais estrita, que abrange, por exemplo, os apontamentos em um diário pessoal, uma carta confidencial, o contágio por determinada doença e as manifestações sobre a vida sexual²⁸.

²¹ HEISIG, Carsten. *Persönlichkeitsschutz in Deutschland und Frankreich*. Hamburg: Dr. Kovac, 1999, p. 48-49.

²² MARTIN, Klaus. *Das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner historischen Entwicklung*. Hamburg: Dr. Kovac, 2007, p. 255-256.

²³ COSTA JUNIOR, Paulo José. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 24.

²⁴ BORK, Reinhard. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*. 4. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2016, p. 76.

²⁵ GEISER, Thomas. *Die Persönlichkeitsverletzung insbesondere durch Kunstwerke*. Basel: Helbing & Lichtenhahn, 1990, p. 52.

²⁶ HUBMANN, Heinrich. *Das Persönlichkeitsrecht*. 2. ed. Köln: Böhlau, 1967, p. 322.

²⁷ *Ibidem*, p. 325-326.

²⁸ FECHNER, Nina. *Wahrung der Intimität? Grenzen des Persönlichkeitsschutzes für Prominente*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2010, p. 34.

Em todo caso, é certo que a teoria das esferas proposta por Hubmann sofreu adaptações no Brasil, de maneira que, em nosso país, da mesma forma que no direito estrangeiro, também surgiram muitas variações no que toca à apresentação das esferas de proteção²⁹. É muito comum, entre os doutrinadores pátrios, a referência a três círculos concêntricos, que compreendem: a) a vida privada em sentido estrito; b) a intimidade; c) o segredo³⁰.

5 A teoria das esferas no Direito brasileiro

No Direito brasileiro procura-se aplicar a teoria das esferas em consonância com os termos expressamente empregados pelo artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, pelo que é necessário compreender a diferença existente entre a vida privada e a intimidade.

Diante desses termos, os estudiosos brasileiros normalmente consideram que, no círculo da vida privada em sentido estrito, estariam contidas as informações de conteúdo material e sentimentos, mas de caráter superficial, como é o caso dos sigilos bancário e fiscal e de diversos dados (registros telefônicos, dados telemáticos etc). O mesmo pode ser dito em relação à prática de esportes em um clube aos finais de semana, o que não tem nada de íntimo, mas envolve a vida privada³¹.

O círculo da intimidade, por sua vez, diz respeito às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa³². Seria o conjunto de manifestações compartilhadas somente com familiares e amigos muito próximos ou profissionais submetidos ao sigilo profissional. Nesse âmbito estariam compreendidas a inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI, da Constituição Federal) e a proteção do conteúdo de comunicações realizadas pelos mais diversos meios, por exemplo, sigilo do conteúdo telemático, epistolar e telefônico (art. 5º, XII, da Constituição Federal).

Já o círculo mais interno, atinente ao segredo, é considerado parte da intimidade, mas com ela não se confundindo³³. Abrange as manifestações e preferências íntimas, envolvendo opções e sentimentos que por sua decisão devem ficar a salvo da curiosidade de terceiros, visto que são componentes confidenciais da personalidade³⁴.

²⁹ Conforme ensinam Araujo e Nunes Júnior, deve-se extrair do texto Constitucional que a "vida social dos indivíduos não possui somente dois espaços, o público e o privado, pois neste se opera nova subdivisão, entre a intimidade e a privacidade propriamente dita" (ARAUJO, Luiz Alberto David; JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. *Curso de direito constitucional*. 23. ed. Santana de Parnaíba: Manole, 2021, p. 200).

³⁰ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 537.

³¹ RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Tutela penal da intimidade: perspectivas da atuação penal na sociedade da informação*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 30-31.

³² MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 47.

³³ RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Tutela penal da intimidade: perspectivas da atuação penal na sociedade da informação*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 27.

³⁴ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 537.

A doutrina brasileira, contudo, diferentemente dos ensinamentos de Hubmann, não chega a qualificar a esfera secreta como intangível, visto que, em função de outros valores constitucionais e do próprio fato de se viver em comunidade, a nenhum direito é atribuída proteção absoluta³⁵.

Nesse contexto, considerando o Direito positivo brasileiro, entende-se que é razoável a distinção tão somente no que toca à vida pública, à vida privada e à intimidade, esferas estas que devem ter o papel apenas de auxiliar em uma ponderação de interesses. É que não se deve mais admitir, conforme posicionamento contemporâneo, a utilização da teoria das esferas como critério principal para a solução de litígios e nem se pode dar a ela a importância que no passado foi atribuída.

Assim sendo, nada impede que se considere a diferenciação em várias esferas simplesmente como um ponto de partida, como uma construção auxiliar, como um método didático, mesmo porque a tentativa de definição das esferas, a busca por um conceito unitário de cada uma dessas zonas da personalidade, que poderia ser aplicado em qualquer situação, é uma tarefa praticamente impossível de ser cumprida, haja vista envolver uma infinidade de variantes³⁶.

Por conseguinte, após esta breve análise acerca do direito à privacidade, mister se faz o estudo das relações que se estabelecem entre o direito à vida privada e o direito à imagem.

6 O direito à privacidade e o direito à imagem

A proteção do direito à imagem é comumente confundida com a tutela da vida privada e da intimidade. A concepção parte da ideia de que a figura humana merece proteção somente quando componente da vida privada e da intimidade³⁷.

Sustenta-se que o direito à imagem não passa de uma espécie do gênero direito à vida privada, reconhecendo-se a existência de um liame indefectível entre esses direitos³⁸. Nessa linha, afirma-se que, no âmbito da esfera privada,

³⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 420.

³⁶ Apesar da vantagem de abranger as diferentes situações da vida e de poder ser facilmente compreendida pelo público, não se pode ignorar que a teoria das esferas tem sido, desde seu surgimento, objeto de inúmeras críticas e até mesmo rejeitada por muitos autores. É que a tese não permite uma clara delimitação das diferentes esferas, de modo que não é possível, sem que haja risco de equívocos, a atribuição de forma abstrata de um determinado acontecimento a uma das esferas. Também são lançadas severas críticas à existência de diferentes classificações e número de esferas, fator que amplia em muito a insegurança jurídica (BARTNIK, Marcel. *Der Bildnisschutz im deutschen und französischen Zivilrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004, p. 144-145).

³⁷ MORAES, Walter. Direito à própria imagem. In: FRANÇA, Rubens Limongi (coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 25, p. 346.

³⁸ RUBIO, Delia Matilde Ferreira. *El derecho a la intimidad*. Buenos Aires: Universidad, 1982, p. 113-114.

estão incluídos outros direitos, como os direitos à imagem, ao segredo, ao esquecimento e à liberdade de consciência³⁹.

Atualmente, esse entendimento ainda é defendido por parte da jurisprudência e por alguns estudiosos, que continuam reconhecendo o direito à imagem apenas como um componente, um reflexo, um aspecto ou um mero trecho da esfera privada, pelo que negam a existência de um direito autônomo à imagem⁴⁰.

Nesse sentido, asseveram Díez-Picazo e Gullón que o direito à imagem não passa de um aspecto do direito à intimidade que alcançou autonomia de tratamento, visto que pela imagem se viola de maneira mais fácil e frequente a esfera de reserva da pessoa⁴¹. Parte da doutrina italiana segue a mesma orientação, considerando o direito à imagem como mera emanção do direito à reserva da vida privada (*diritto alla riservatezza*)⁴².

Se for analisada a *Common Law* dos Estados Unidos, particularmente a concepção de *privacy* desenvolvida por Prosser, verifica-se que a lesão a tal direito foi dividida em quatro grupos, pertencendo ao último deles a apropriação do nome, da imagem ou da aparência de terceiros. Assim, também sob a perspectiva da *Common Law*, pode-se dizer que o direito à imagem integra a noção de *privacy*, constituindo uma de suas espécies⁴³.

A mesma proposição foi adotada na Alemanha, em 30 de outubro de 1979, quando o Tribunal de Justiça (*Oberlandesgericht* – OLG) de Schleswig-Holstein considerou ser admissível, mesmo sem consentimento, um filme relativo à atividade profissional de um empregado de um cassino. Para tanto, foi decisivo o fato de que o filme não reproduziu nenhuma cena relativa à vida privada ou à intimidade do empregado. Nessa senda, a Corte foi clara ao destacar que o interesse de não ser fotografado ou filmado às ocultas não constitui, por si só, uma área da vida privada que deva, enquanto tal, ser protegida⁴⁴.

Na jurisprudência francesa, sob o pálio da ideia de que “a vida privada deve ser murada” (*La vie privée doit être murée*), também é comum a confusão entre o direito à imagem e a tutela da vida privada, como se passou em uma demanda em que uma pessoa teve sua imagem utilizada em uma propaganda política e foi reconhecida a existência de atentado à vida privada, o que não fez sentido, pois

³⁹ O mesmo raciocínio é seguido pela Corte Europeia de Direitos Humanos, que recorda que a noção de vida privada (*vie privée*) inclui elementos relativos à identidade de uma pessoa, como o seu nome ou o seu direito à imagem (SAINT-PAU, Jean-Christophe. Le droit au respect de la vie privée. In: SAINT-PAU, Jean-Christophe (Org.). *Droits de la personnalité*. Paris: LexisNexis, 2013, p. 754).

⁴⁰ BÄCHLI, Marc. *Das Recht am eigenen Bild*. Basel: Helbing & Lichtenhahn, 2002, p. 41.

⁴¹ DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Instituciones de derecho civil*. Madrid: Tecnos, 1995, v. I, p. 243.

⁴² CUPIS, Adriano de. *I diritti della personalità*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1982, p. 285-287.

⁴³ PROSSER, William Lloyd et al. *Prosser and Keeton on the Law of Torts*. 5. ed. St. Paul: West Publishing, 1984, p. 851.

⁴⁴ ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal: uma perspectiva jurídico-criminal*. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 135.

a pessoa representada era um militante do partido contra o qual o processo foi ajuizado⁴⁵.

O equívoco também é muito comum no Brasil, tendo ocorrido, por exemplo, em uma demanda bastante conhecida do público, que envolveu um vídeo em que a atriz Daniela Cicarelli foi filmada, em plena luz do dia, em “uma troca de intimidades”, numa praia aberta ao público, onde havia inclusive outras pessoas. Na decisão de primeiro grau, proferida em junho de 2007, em evidente equívoco, entendeu-se que não era o caso de remoção do vídeo de diversos *sites* da internet, visto que a conduta dos réus não configuraria nenhuma violação ao direito à imagem, à privacidade, à intimidade ou à honra dos autores, pois as cenas não foram “obtidas em local reservado, que se destinasse apenas a encontros amorosos, excluída a visualização por terceiros”⁴⁶.

A despeito desse entendimento, é certo que muitas vezes a lesão à imagem não constitui um atentado à vida privada. Assim, o direito à imagem extravasa o âmbito da vida privada em muitas situações, como é o caso da imagem em público e da imagem caricatural. Nessas hipóteses, fica patente a autonomia existente entre o *ius imaginis* e o direito à vida privada, o que encontra ressonância em julgados franceses mais atuais, que ressaltam a distinção existente entre o direito ao respeito da vida privada e o direito à imagem⁴⁷.

Ainda, é de se considerar que as condições de proteção do sujeito contra a reprodução de seus traços físicos são distintas daquelas relacionadas à defesa de sua vida privada, de forma que também sob tal aspecto a especificidade do direito à imagem não pode ser colocada em dúvida⁴⁸. Aliás, a título exemplificativo, pode-se lembrar que a autorização para a publicação da imagem de uma pessoa por determinada empresa em um contexto específico não permite a publicação da mesma fotografia em outra ocasião⁴⁹.

De qualquer modo, a realização de distinção entre o direito à imagem e os direitos à vida privada e à intimidade não significa que se esteja negando a existência de grande proximidade entre esses direitos. Todavia, a proteção da imagem muitas vezes excede a tutela concedida à privacidade, na medida em que possui um campo de aplicação mais amplo ou diverso, não sendo assim

⁴⁵ BEIGNIER, Bernard. *L'honneur et le droit*. Paris: LGDJ, 1995, p. 69.

⁴⁶ LEONARDI, Marcel. *Tutela e privacidade na internet*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 364.

⁴⁷ SAINT-PAU, Jean-Christophe. Le droit au respect de la vie privée. In: SAINT-PAU, Jean-Christophe (Org.). *Droits de la personnalité*. Paris: LexisNexis, 2013, p. 752.

⁴⁸ LEGLER, Thomas. *La vie privée, image volée: la protection pénale de la personnalité contre les prises de vues*. Berna: Staempfli, 1997, p. 99.

⁴⁹ Na mesma linha, vale aqui a citação de Walter Moraes: “Considera-se a hipótese de uma republicação, não autorizada, de retrato já antes publicado: a segunda publicação também viola o direito à imagem. É o que já se confirmou, mais de uma vez, em nossos juízos. No conhecido caso Cinira Arruda (3ª Vara Cível de São Paulo), a lesão ressarcível consistiu exatamente na publicação não consentida, na revista Nova, de fotografia feita para a revista Homem e nesta publicação com a autorização devida. A sentença do Juiz Ângelo Mário da Costa e Trigueiros reconheceu, e muito acertadamente, na segunda publicação, uma violação do exercício do *ius imaginis*” (MORAES, Walter. Direito à própria imagem. In: FRANÇA, Rubens Limongi (coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 25, p. 346).

possível a inclusão do direito à imagem como mera manifestação da vida privada e da intimidade⁵⁰.

Por isso, atualmente é inquestionável a distinção existente entre o direito à imagem e o direito à privacidade, não fazendo mais sentido a localização do direito à imagem na esfera da privacidade. Apesar disso, quando se analisa a doutrina e a jurisprudência brasileiras, vê-se que a questão continua gerando muitos deslizos, existindo ainda hoje estudiosos e julgadores que confundem a tutela da imagem com a da privacidade.

7 O direito à honra e o direito à imagem

A teoria que considera a imagem como mero produto do direito à honra tem grande importância histórica na evolução do direito à imagem, pois foi no seu âmbito que se fundaram muitas soluções jurisprudenciais do século XIX e XX.

A temática remonta ao período em que não havia previsão legal de proteção da imagem, o que fazia com que os estudiosos procurassem alguma forma de tutela no direito à honra, particularmente nas suas disposições penais. Assim, determinados autores sustentavam que o direito à imagem careceria de um sentido próprio, visto que não seria mais do que uma categoria subsidiária de um direito mais amplo à honra.

Tal posicionamento considerava que a violação da imagem integra o direito à honra, de forma que não existiria um direito autônomo à imagem, mas tão somente a defesa da imagem a partir da proteção da honra⁵¹. Isso se explica pelo fato de que a imagem de uma pessoa, quando divulgada, muitas vezes é conjugada com uma notícia ou mensagem que se pretende transmitir, de sorte que tal mensagem pode não ser aprazível, violando o bom nome e a reputação da pessoa⁵². Reconhece-se, então, que o direito à honra seria mais amplo do que o direito à imagem, o qual constituiria apenas uma faceta daquele direito.

Nessa linha, a lesão à imagem não passaria de uma ofensa à própria honra, que seria o bem jurídico realmente tutelado⁵³. Assim, o direito à imagem seria considerado como um meio, que estaria a serviço de um direito fim⁵⁴.

⁵⁰ Nesse mesmo sentido, transcrevemos Stanzione: “[...] *pur non potendo disconoscersi la stretta interrelazione tra i due diritti, la tutela di quello all’immagine non è necessariamente subordinata alla violazione della privacy, ma ha carattere e presupposti autonomi [...]*” (STANZIONE, Pasquale. Artt. 1-10. In: CENDON, Paolo (org.). *Commentario al Codice Civile. Artt. 1-142*. Milano: Giuffrè, 2009, p. 594).

⁵¹ O’CALLAGHAN, Xavier. *Libertad de expresión y sus limites: honor, intimidad e imagen*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1991, p. 134.

⁵² CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2021, v. IV, p. 259.

⁵³ ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional da própria imagem*. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2013, p. 29.

⁵⁴ SAINT-PAU, Jean-Christophe. Le droit au respect de la vie privée. In: SAINT-PAU, Jean-Christophe (Org.). *Droits de la personnalité*. Paris: LexisNexis, 2013, p. 753.

Todavia, se o direito à imagem for deduzido do direito à honra, também será necessário seguir o mesmo raciocínio para englobar o direito à honra em um direito mais amplo à liberdade, que, por sua vez, não passaria de uma manifestação da própria personalidade. Dessa forma, se o rigorismo de tal concepção for seguido, praticamente deixará de existir distinção entre os direitos da personalidade, o que certamente representaria um grande retrocesso⁵⁵.

Outrossim, se fosse adotada a ideia de que a imagem somente estaria amparada quando sua difusão também representasse ofensa à honra, à boa fama ou à respeitabilidade, é certo que não seria possível impedir a representação não ofensiva de uma pessoa.

Com isso, não seria necessário qualquer tipo de autorização para a realização de publicidade com imagem alheia, desde que tal ato fosse inofensivo⁵⁶. Nessa senda, não haveria nenhuma ofensa ao direito à imagem em um comercial em que determinada pessoa tivesse seus atributos pessoais elevados e elogiados, visto que sua honra não teria sido atingida por referências positivas⁵⁷.



Fonte: <https://www.pexels.com.br>

⁵⁵ PRADA, Vicente Herce de la. *El derecho a la propia imagen y su incidencia en los medios de difusión*. Barcelona: Bosch, 1994, p. 24.

⁵⁶ CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. 3. ed. Buenos Aires: Astrea, 2008, p. 544.

⁵⁷ Aliás, sobre o tema há um caso emblemático apreciado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no qual se discutiu a publicação, sem consentimento, da fotografia desnuda de uma famosa atriz por um jornal carioca. No julgado foi negado o direito à indenização, baseando-se a corte, equivocadamente, na beleza da modelo e da fotografia: "Fosse a autora um mulher feia, gorda, cheia de estrias, de celulite, de culote e de pelancas, a publicação de sua fotografia desnuda - ou quase - em jornal de grande circulação, certamente lhe acarretaria um grande vexame, muita humilhação, constrangimento enorme, sofrimentos sem conta, a justificar - aí sim - o seu pedido de indenização de dano moral, a lhe servir de lenitivo para o mal sofrido. Tratando-se, porém, de uma das mulheres mais lindas do Brasil, nada justifica pedido dessa natureza, exatamente pela inexistência, aqui, de dano moral a ser indenizado" (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. EI 250/1999. Relator: Wilson Marques. Julgado em: 29.09.1999)

Por influência do Código Civil italiano, a concepção parece ter sido acolhida pelo Código Civil brasileiro de 2002, que em seu artigo 20 permite a publicação, a exposição ou a utilização da imagem se não houver ofensa à honra⁵⁸. No entanto, da própria leitura do dispositivo é possível notar a insuficiência da tese, uma vez que a legislação brasileira, ao lado da lesão à honra, também previu outras hipóteses em que o direito à imagem pode ser atingido, merecendo particular atenção a destinação a fins comerciais.

De fato, a despeito da previsão legal e de se reconhecer que, em muitas situações, a lesão à imagem também vem acompanhada de violação ao direito à honra, não se pode confundir os direitos em questão, havendo certamente muitos aspectos que somente dizem respeito à proteção da imagem. Daí que pode haver lesão ao direito à imagem sem que tenha ocorrido simultânea lesão à honra⁵⁹. É o caso, por exemplo, da publicação da imagem em promoções comerciais, especialmente quando a publicação, em si mesma, é até elogiosa, ou então quando uma pessoa simplesmente divulga a imagem alheia, sem qualquer lesão à honra, mas tal atuação não agrada a pessoa titular desse direito⁶⁰.

Outro ponto a ser considerado na distinção é que a ofensa à imagem normalmente decorre da captação, da publicação, da exposição ou da utilização de imagens atinentes a situações reais. No caso de violação da honra, por outro lado, a maioria das condutas vedadas decorre de fatos inverídicos.

Nesse contexto, muito bem destaca Walter Moraes que a:

[...] construção é "suicida", pois quer instituir um direito sem objeto próprio: um direito à imagem cujo bem tutelado é a honra. Contudo, nem como simples tese que fundamenta a tutela jurídica da imagem ela se justifica⁶¹.

Por conseguinte, tendo em vista que a captação, a publicação, a exposição ou a divulgação da imagem alheia não requerem, para serem ilícitas, que ocorra ofensa à honra da pessoa retratada ou filmada, não é possível o acolhimento da teoria que vê o direito à imagem como mera manifestação do direito à honra⁶². Assim, é certo que o direito à imagem resguarda bem jurídico distinto do direito à honra, podendo haver lesão de um ou do outro, de ambos ou mesmo atentado

⁵⁸ Vale notar que a mencionada influência do Código Civil italiano não significa que o legislador daquele país tenha cometido o equívoco de tutelar o direito à imagem como derivação da honra, mas sim que o legislador brasileiro se inspirou na redação daquele Código, no entanto não observou a expressão disjuntiva da lei italiana. De fato, a legislação italiana tutela a imagem publicada ou exposta de forma não consentida ou com prejuízo ao decoro ou à reputação, no que fica nítida a desvinculação do direito à imagem de qualquer outro direito da personalidade (CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. 3. ed. Buenos Aires: Astrea, 2008, p. 550). O Código Civil brasileiro, por seu turno, vincula a proibição da publicação, da exposição ou da utilização da imagem à ocorrência de lesão à honra, à boa fama ou à respeitabilidade, ou se houver destinação comercial (art. 20).

⁵⁹ LÔBO, Paulo. *Direito civil: parte geral*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, v. 1, p. 153.

⁶⁰ MORAES, Walter. Direito à própria imagem (I). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 443, set. 1972, p. 69.

⁶¹ *Ibidem*, p. 68.

⁶² BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Dos direitos da personalidade. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Teoria geral do Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 267.

ao direito à honra através da imagem⁶³. Seja como for, é relevante mais uma vez destacar que o direito à imagem, em seu desenvolvimento histórico, foi sendo paulatinamente autonomizado de outros direitos, como é o caso do direito à honra, não devendo ser com este atualmente confundido⁶⁴.

8 A tutela autônoma do direito à imagem nos tribunais brasileiros

Em face das questões até aqui analisadas, vale a apresentação de dois julgados envolvendo o direito à imagem, um deles reconhecendo a tutela autônoma do direito à imagem e o outro negando.

No primeiro dos julgados, que constitui um indicativo na direção correta da evolução da proteção da imagem, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul considerou que publicar a foto de alguém em aplicativo de celular, sem autorização da pessoa e sem objetivo de informar, gera dano moral de forma automática, uma vez que a conduta viola o direito à imagem.

No caso, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul condenou um homem a indenizar em dois mil reais uma mulher fotografada de costas, em pé, numa fila de banco. A fotografia, realizada sem a ciência e nem a autorização da mulher, foi enviada a um grupo de WhatsApp que era composto apenas por homens⁶⁵.

A decisão parte da ideia de que a lesão ao direito à imagem constitui dano autônomo, que não depende da comprovação de dor, sofrimento, angústia ou humilhação. Ademais, no caso, não obstante o tribunal observar conotação sexista no que toca à imagem, considerou irrelevante a finalidade da publicação ao reconhecer a ocorrência do dano.

Em primeira instância, o juiz da Segunda Vara Cível da Comarca de Vacaria citou o artigo 20 do Código Civil, que protege o direito à imagem. Assim, ele entendeu que a veiculação da imagem sem a autorização da pessoa fotografada configura, por si só, danos morais.

O desembargador Eugênio Facchini Neto, relator do caso no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, admitiu que as câmaras cíveis, que julgam responsabilidade civil na Corte, geralmente não reconhecem dano moral em casos semelhantes. E tal observação é importante, pois indica, de maneira geral, o não reconhecimento da tutela autônoma do direito à imagem⁶⁶.

Entretanto, o relator considerou que o tema abrange típico direito da personalidade, reconhecido também como direito fundamental pelo artigo 5º,

⁶³ O'CALLAGHAN, Xavier. *Libertad de expresión y sus limites: honor, intimidad e imagen*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1991, p. 134.

⁶⁴ FESTAS, David de Oliveira. *Do conteúdo patrimonial do direito à imagem: contributo para um estudo do seu aproveitamento consentido inter vivos*. Coimbra: Coimbra, 2009, p. 57.

⁶⁵ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação cível n. 70076451152. Relator: Eugênio Facchini Neto. Julgado em: 21.03.2018.

⁶⁶ *Ibidem*.

inciso X, da Constituição Federal, o qual não pode ser violado impunemente. Ressaltou ainda que cabe à pessoa determinar quando, como, com que impacto e em que contexto quer divulgar a sua imagem, o que não ocorreu no caso concreto.

No acórdão também se observou ser “irrelevante a finalidade para a qual foi utilizada a imagem da autora e o teor do conteúdo que a ela foi associado, ou se houve comentários a respeito dela”. Igualmente, se destacou que “não havia fato relevante a ser noticiado ou compartilhado pelo réu com os demais integrantes do grupo por meio da fotografia que exibia, em destaque, a imagem da autora”, a qual, não obstante ter aparecido de costas, foi identificada⁶⁷.

Ademais, o relator lembrou que para a proteção do direito à imagem não é necessário que concomitantemente se tenha violado outro direito, como, por exemplo, o direito à honra ou à privacidade, entendimento que está em consonância com a proteção autônoma do direito à imagem.

Em sentido contrário ao do julgado acima, há precedente do Superior Tribunal de Justiça, em caso envolvendo foto de banhista fazendo *topless*, a qual foi publicada sem autorização. Ao analisar a situação, ficou decidido que:

[...] se a demandante expõe sua imagem no cenário público, não é lícita ou indevida sua reprodução sem conteúdo sensacionalista pela imprensa, uma vez que a proteção à privacidade encontra limite na própria exposição realizada⁶⁸.

E ao afastar a salvaguarda da imagem com fundamento na não ocorrência de violação à privacidade, fica fácil perceber que este julgado não reconheceu a tutela autônoma do direito à imagem.

Por conseguinte, os dois julgados apresentados evidenciam a necessidade da compreensão da tutela autônoma do direito à imagem, uma vez que a interpretação equivocada da Constituição Federal e do Código Civil pode levar a resultados bastante prejudiciais no que toca à salvaguarda do *ius imaginis*. Desse modo, faz-se mister a releitura do artigo 20 do Código Civil à luz da Constituição Federal.

9 A necessária releitura do artigo 20 do Código Civil

O artigo 20 do Código Civil de 2002 constitui norma que foi claramente construída a partir das disposições do artigo 10 do Código Civil italiano, do artigo 79 do Código Civil português e do artigo 35 do Anteprojeto Orlando Gomes⁶⁹.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 595.600-SC. Relator: Min. Cesar Asfor Rocha. Julgado em: 18.03.2004.

⁶⁹ Dispunha o art. 35 do Anteprojeto Orlando Gomes: “A publicação, a exposição ou a utilização não autorizada da imagem de uma pessoa podem ser proibidas a seu requerimento, sem prejuízo da indenização que couber. § 1º. A proibição só se justifica se da reprodução resultar atentado à honra, à

A despeito das origens, a disposição é um verdadeiro pesadelo para qualquer operador do Direito, pois mistura vários direitos em um dispositivo muito longo e pouco elucidativo. Tanto que foi objeto de debate entre José Carlos Moreira Alves e Clóvis do Couto e Silva, autores da proposta levada ao Congresso Nacional⁷⁰.

Apesar dos debates promovidos acerca de sua redação, a concepção que previa o alargamento do conteúdo do *caput* do artigo 20 acabou prevalecendo, contando a norma atualmente com o seguinte texto:

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

O primeiro problema da disposição está relacionado com a exigência de lesão à honra, à boa fama ou à respeitabilidade para que haja ofensa ao direito à imagem. Como já foi exposto, os precursores dos direitos da personalidade não tratavam a imagem como um direito autônomo, mas como mero instrumento de violação a outros direitos da personalidade, como, por exemplo, a honra ou a privacidade.

Seguindo tal concepção, vê-se que o Código Civil cometeu o equívoco de afirmar, em seu artigo 20, que toda pessoa tem direito de proibir a publicação, a exposição e a utilização de sua imagem “se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade”. Assim, considerando a redação em questão, chega-se à conclusão de que a teoria adotada pelo Código Civil é a que submete o bem jurídico imagem à tutela da honra, havendo apenas o acréscimo de uma proibição de exploração comercial.

Não é outro o entendimento de Bittar, que assevera, ao comentar o dispositivo, que no “art. 20 encontra-se disposição versando diretamente sobre o direito à honra”⁷¹. O mesmo posicionamento é defendido por Paulo Mota Pinto, o qual adverte que o âmbito de proteção da imagem foi limitado, incluindo apenas os atos que atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade do titular do direito, ou se destinarem a fins comerciais⁷². Chinellato, também procurando compreender a extensão da norma, chega a conclusão semelhante, afirmando que a regra geral do artigo seria a de que:

boa fama, à respeitabilidade da pessoa, ou se destinar a fins comerciais. § 2º. Os direitos relativos à reprodução da imagem podem ser exercidos pelo cônjuge ou pelos filhos, se estiver morta ou ausente a pessoa”.

⁷⁰ CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Direito de autor e direitos da personalidade: reflexões à luz do Código Civil*. Tese para Concurso de Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 237-238.

⁷¹ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 45.

⁷² PINTO, Paulo Mota. *Direitos da personalidade no Código Civil português e no novo Código Civil brasileiro*. In: CALDERALE, Alfredo (org.). *Il nuovo Codice Civile brasiliano*. Milano: Giuffrè, 2003, p. 43.

[...] a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento: a) na hipótese de lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade; ou b) se forem destinadas a fins comerciais⁷³.

Por isso, se se partir de uma interpretação literal do texto, não existe uma tutela autônoma do direito à imagem no âmbito da codificação civil, pois o que se lesa é a honra⁷⁴, a boa fama ou a respeitabilidade.

Todavia, já se deixou claro no presente trabalho que não há que se confundir o direito à imagem com outro direito da personalidade, de modo que a exigência de lesão à honra, à boa fama ou à respeitabilidade cria justamente a confusão que se procura afastar. Por isso, melhor seria se a redação do artigo não vinculasse a tutela do direito à imagem à ofensa a qualquer outro direito. É que, em função de suas características singulares no âmbito dos direitos da personalidade, a imagem é melhor protegida quando se reconhece sua esfera jurídica autônoma⁷⁵.

Aliás, tal entendimento é exatamente o que deflui da Constituição Federal, que reconheceu a existência autônoma do direito à imagem. De fato, o constituinte cuidou no artigo 5º, inciso X, de vários bens jurídicos (intimidade, vida privada, honra e imagem), mas o tratamento dado procurou colocá-los lado a lado, distinguindo-os, do que resultou a mencionada autonomia do direito à imagem⁷⁶. Desse modo, a imagem, pela sua autonomia, é distinta da intimidade, da honra e da vida privada⁷⁷.

Outrossim, ainda no que toca ao artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, deve ficar claro que se trata de norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata, não necessitando de regulamentação posterior. Com isso, o texto constitucional protege a imagem desde o início de sua vigência, não necessitando, para tanto, de qualquer outra norma⁷⁸.

⁷³ CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Direitos da personalidade: o art. 20 do Código Civil e a biografia de pessoas notórias. In: CASSETTARI, Christiano (coord.). *10 anos de vigência do Código Civil brasileiro de 2002: estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 131-132.

⁷⁴ MORAES, Walter. Direito à própria imagem. In: FRANÇA, Rubens Limongi (coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 25, p. 345.

⁷⁵ CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. 3. ed. Buenos Aires: Astrea, 2008, p. 548.

⁷⁶ ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional da própria imagem*. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2013, p. 64-65.

⁷⁷ Como pondera Sarlet, "a peculiaridade do direito à própria imagem reside na proteção contra a reprodução da imagem ainda que não necessariamente com isso se tenha afetado o bom nome ou a reputação ou divulgado aspectos da vida íntima da pessoa" (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2021). Igualmente, Paulo Lôbo assevera que o direito à imagem não "se confunde com a honra, reputação ou consideração social de alguém, como se difundiu na linguagem comum" (LÔBO, Paulo. *Direito civil: parte geral*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, v. 1, p. 152).

⁷⁸ ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional da própria imagem*. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2013, p. 70.

Outro problema do artigo 20 do Código Civil diz respeito à utilização para fins comerciais. Por um lado, o legislador foi claro ao assegurar indenização pela simples utilização da imagem, sem autorização, para fins comerciais, ainda que não tenha sido atingida a honra, a boa fama ou a respeitabilidade⁷⁹. Todavia, ao associar a lesão à imagem apenas à sua destinação comercial, deixou o legislador de considerar ilícita uma plêiade de condutas que sem nenhuma dúvida atingem o direito à imagem, como é o caso da utilização sem autorização para fins políticos, ideológicos, partidários ou religiosos, que naturalmente não se enquadram na mencionada destinação comercial⁸⁰. O mesmo pode ser dito em relação à veiculação da imagem de uma pessoa, sem autorização, em material promocional de instituição beneficente⁸¹.



Fonte: <https://www.tjdft.jus.br>

Assim sendo, está em total descompasso com a ordem constitucional a proteção da imagem apenas quando há lesão à honra, à boa fama, à

⁷⁹ Súmula 403 do STJ: "Independente de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais".

⁸⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: teoria geral*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 1, p. 95.

⁸¹ Sobre o tema vale aqui a transcrição da ementa do Recurso Especial n. 299.832: "RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. DIREITO À IMAGEM. ATLETA. UTILIZAÇÃO SEM AUTORIZAÇÃO PARA PROMOÇÃO DE EVENTO. VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. NÃO CABIMENTO. AUSÊNCIA DE FINS LUCRATIVOS. IRRELEVÂNCIA. DANO MORAL. PROVA. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES. DOUTRINA. 1. Compete ao Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial, a análise da interpretação da legislação federal, motivo pelo qual se revela inviável invocar, nesta seara, a violação de dispositivos constitucionais, porquanto matéria afeta à competência do STF (art. 102, inciso III, da Carta Magna). 2. A obrigação da reparação pelo uso não autorizado de imagem decorre do próprio uso indevido do direito personalíssimo e não é afastada pelo caráter não lucrativo do evento ao qual a imagem é associada. 3. Para a configuração do dano moral pelo uso não autorizado de imagem não é necessária a demonstração de prejuízo, pois o dano se apresenta *in re ipsa*. 4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido" (Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 299.832-RJ. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em: 21.02.2013).

respeitabilidade ou se houver destinação comercial⁸². É que a veiculação da imagem alheia, sem autorização, pode até ter caráter laudatório, ser feita de modo elogioso ou com intenção de prestigiar o retratado, mas nada disso afasta a prerrogativa que cada pessoa detém de impedir a divulgação de sua própria imagem, como manifestação exterior da sua personalidade⁸³.

Nessa senda, deve-se apenas lamentar, como fez Bittar, pela perda de oportunidade do legislador ordinário, pois o Código Civil de 2002 poderia ter traçado regras adequadas e necessárias para uma tutela mais efetiva do direito à imagem⁸⁴. Todavia, manteve-se fiel a uma concepção ultrapassada, que em nada reflete o avançado sistema constante da Constituição Federal.

Dessa forma, em função do texto constitucional, deve ser rejeitado qualquer posicionamento que pretenda negar autonomia ao direito à imagem, diante do disposto no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, que não deixa qualquer dúvida quanto à independência do referido direito⁸⁵.

Isso significa que, como regra, a imagem de uma pessoa somente pode ser publicada, exposta ou utilizada se houver o seu consentimento⁸⁶. E ao lado dessa regra do consentimento, são apresentadas algumas exceções pelo artigo 20 do Código Civil, que permitem a utilização da imagem alheia mesmo sem consentimento, em atenção à preponderância do interesse público ou em função da colisão com outros bens jurídicos. Assim sendo, é permitida a utilização da imagem, independentemente de autorização, em situações que sejam necessárias à administração da justiça, à manutenção da ordem pública, ao acesso à informação ou ainda ao exercício da liberdade de imprensa⁸⁷.

⁸² Em sentido contrário, posiciona-se Doneda: "Ao se estabelecer requisitos para que uma pessoa impeça a divulgação de aspectos de sua imagem, abre-se a reserva de que esta divulgação seria lícita quando não lhe macule a honra ou quando tenha finalidade lucrativa. Optou-se, portanto, por um regime de natureza mais permissiva do que, por exemplo, o do Código Civil português, pelo qual a publicação 'do retrato' de uma pessoa estaria *a priori* condicionada ao seu consentimento prévio, que somente não seria necessário por motivo de 'notoriedade, o cargo que desempenhe, exigências de polícia ou de justiça, finalidades científicas, didáticas ou culturais, ou quando a reprodução da imagem vier enquadrada na de lugares públicos, ou na de factos de interesse público ou que hajam decorrido publicamente'" (DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *A parte geral do novo Código Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 52-53).

⁸³ Severas críticas ao artigo 20 do Código Civil também foram lançadas por Farias e Rosenthal, que consideram que a redação da disposição amesquinhou o direito à imagem, uma vez que, na forma como ficou redigido o artigo, "se alguém tiver a sua imagem veiculada, sem autorização, mas sem exploração comercial e sem lhe atingir a honra, não haveria ato ilícito – o que se apresenta absurdo, por afrontar a tutela jurídica da imagem" (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENTHAL, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 20. ed. Salvador: JusPodivm, 2022, v. 1).

⁸⁴ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 62.

⁸⁵ LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado: parte geral (arts. 1º a 232)*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1, p. 79.

⁸⁶ Não é outro o teor do Enunciado 587 das Jornadas de Direito Civil do CJF: "O dano à imagem restará configurado quando presente a utilização indevida desse bem jurídico, independentemente da concomitante lesão a outro direito da personalidade, sendo dispensável a prova do prejuízo do lesado ou do lucro do ofensor para a caracterização do referido dano, por se tratar de modalidade de dano *in re ipsa*".

⁸⁷ No que toca à ponderação do direito à imagem com outros direitos, vale mencionar o Enunciado 279 das Jornadas de Direito Civil do CJF: "A proteção à imagem deve ser ponderada com outros interesses

Por conseguinte, ao texto do Código Civil deve ser dada uma interpretação conforme a Constituição Federal, visto que os requisitos exigidos pela parte final do artigo 20 do Código Civil representam indevida restrição da tutela constitucional do direito de imagem (CF, art. 5º, X)⁸⁸.

10 Conclusão

Diante de todo o exposto, denota-se que o direito à imagem é um direito autônomo, cuja violação independe da violação de outro direito. Muitas vezes sua lesão vem associada à violação da vida privada, da intimidade ou da honra, mas a ofensa ao bem jurídico imagem não depende da ofensa a qualquer outro bem jurídico.

Nesse sentido, impende ressaltar que a proteção autônoma não foi consagrada pelo Código Civil de 2002, que, apesar da referência expressa ao direito à imagem no artigo 20, está em choque com as disposições constitucionais, visto que restringiu a proteção às situações em que a imagem é violada em associação com outros direitos.

Em todo caso, as disposições constitucionais têm prevalência sobre o texto legal. Aliás, na própria Constituição Federal, a autonomia da imagem fica evidente, pois tal bem jurídico é tratado no inciso X do artigo 5º de forma independente e distinta da intimidade, da honra e da vida privada. Dessa maneira, a imagem deve ser encarada não somente sob o aspecto civilista dos direitos da personalidade, mas também sob a ótica de um direito fundamental.

Por conseguinte, deve ser dada uma interpretação conforme a Constituição Federal ao texto do Código Civil, visto que os requisitos exigidos pela parte final do artigo 20 da codificação civil representam indevida restrição da tutela constitucional do direito de imagem.

Assim sendo, em função do texto constitucional, deve ser rejeitado qualquer posicionamento que pretenda negar autonomia ao direito à imagem, de sorte que a simples utilização da imagem alheia, sem a necessária autorização, mesmo que não haja afronta à honra, que não exista violação da privacidade e nem exploração comercial, já impõe a reparação do dano.

constitucionalmente tutelados, especialmente em face do direito de amplo acesso à informação e da liberdade de imprensa. Em caso de colisão, levar-se-á em conta a notoriedade do retratado e dos fatos abordados, bem como a veracidade destes e, ainda, as características de sua utilização (comercial, informativa, biográfica), privilegiando-se medidas que não restrinjam a divulgação de informações”.

⁸⁸ O mesmo entendimento foi defendido no julgamento do EREsp n. 230.268-SP, valendo aqui a transcrição: “Em se tratando de direito à imagem, a obrigação da reparação decorre do próprio uso indevido do direito personalíssimo, não havendo de cogitar-se da prova da existência de prejuízo ou dano, nem a consequência do uso, se ofensivo ou não” (Superior Tribunal de Justiça. EREsp n. 230.268-SP. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgado em: 11.12.2002).

Referências

- AMORIN, Sebastião Luiz. Direito à própria imagem. *Revista Justitia*, São Paulo, v. 41, p. 63-67, out./dez. 1979.
- ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal: uma perspectiva jurídico-criminal*. Coimbra: Coimbra, 1996.
- ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional da própria imagem*. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2013.
- ARAUJO, Luiz Alberto David; JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. *Curso de direito constitucional*. 23. ed. Santana de Parnaíba: Manole, 2021.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: teoria geral*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 1.
- BÄCHLI, Marc. *Das Recht am eigenen Bild*. Basel: Helbing & Lichtenhahn, 2002.
- BARROT, M. Johannes. *Der Kernbereich privater Lebensgestaltung*. Baden-Baden: Nomos, 2012.
- BARTNIK, Marcel. *Der Bildnisschutz im deutschen und französischen Zivilrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004.
- BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- BERTRAND, André. *Droit à la vie privée et droit à l'image*. Paris: Litec, 1999.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Dos direitos da personalidade. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coords.). *Teoria geral do Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 242-280.
- BORK, Reinhard. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*. 4. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2016.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp n. 230.268-SP. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgado em: 11.12.2002.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 299.832-RJ. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em: 21.02.2013.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 595.600-SC. Relator: Min. Cesar Asfor Rocha. Julgado em: 18.03.2004.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. EI 250/1999. Relator: Wilson Marques. Julgado em: 29.09.1999.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação cível n. 70076451152. Relator: Eugênio Facchini Neto. Julgado em: 21.03.2018.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Direito de autor e direitos da personalidade*: reflexões à luz do Código Civil. Tese para Concurso de Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Direitos da personalidade: o art. 20 do Código Civil e a biografia de pessoas notórias. In: CASSETTARI, Christiano (coord.). *10 anos de vigência do Código Civil brasileiro de 2002*: estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 126-151.

CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. 3. ed. Buenos Aires: Astrea, 2008.

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2021, v. IV.

COSTA JUNIOR, Paulo José. *O direito de estar só*: tutela penal da intimidade. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CUPIS, Adriano de. *I diritti della personalità*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1982.

DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Instituciones de derecho civil*. Madrid: Tecnos, 1995, v. I.

DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *A parte geral do novo Código Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 35-60.

DRAY, Guilherme Machado. *Direitos de personalidade*: anotações ao Código Civil e ao Código do Trabalho. Coimbra: Almedina, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*: parte geral e LINDB. 20. ed. Salvador: JusPodivm, 2022, v. 1.

FECHNER, Nina. *Wahrung der Intimität? Grenzen des Persönlichkeitsschutzes für Prominente*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2010.

FESTAS, David de Oliveira. *Do conteúdo patrimonial do direito à imagem*: contributo para um estudo do seu aproveitamento consentido *inter vivos*. Coimbra: Coimbra, 2009.

GEISER, Thomas. *Die Persönlichkeitsverletzung insbesondere durch Kunstwerke*. Basel: Helbing & Lichtenhahn, 1990.

HEISIG, Carsten. *Persönlichkeitsschutz in Deutschland und Frankreich*. Hamburg: Dr. Kovac, 1999.

HUBMANN, Heinrich. *Das Persönlichkeitsrecht*. 2. ed. Köln: Böhlau, 1967.

KOHLER, Josef. *Das Eigenbild im Recht*. Berlin: J. Guttentag, 1903.

LEFFLER, Ricarda. *Der strafrechtliche Schutz des Rechts am eigenen Bild vor dem neuen Phänomen des Cyber-Bullying*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2012.

LEGLER, Thomas. *La vie privée, image volée: la protection pénale de la personnalité contre les prises de vues*. Berna: Staempfli, 1997.

LEONARDI, Marcel. *Tutela e privacidade na internet*. São Paulo: Saraiva, 2012.

LINDON, Raymond. *Dictionnaire juridique: les droits de la personnalité*. Paris: Dalloz, 1983.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: parte geral*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, v. 1.

LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado: parte geral (arts. 1º a 232)*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1.

MARTIN, Klaus. *Das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner historischen Entwicklung*. Hamburg: Dr. Kovac, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Walter. Direito à própria imagem. In: FRANÇA, Rubens Limongi (coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 25, p. 340-362.

MORAES, Walter. Direito à própria imagem (I). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 443, p. 64-81, set. 1972.

O'CALLAGHAN, Xavier. *Libertad de expresión y sus limites: honor, intimidad e imagen*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1991.

PINTO, Paulo Mota. Direitos da personalidade no Código Civil português e no novo Código Civil brasileiro. In: CALDERALE, Alfredo (org.). *Il nuovo Codice Civile brasiliano*. Milano: Giuffrè, 2003, p. 17-61.

PRADA, Vicente Herce de la. *El derecho a la propia imagen y su incidencia en los medios de difusión*. Barcelona: Bosch, 1994.

PROSSER, William Lloyd et al. *Prosser and Keeton on the Law of Torts*. 5. ed. St. Paul: West Publishing, 1984.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Tutela penal da intimidade: perspectivas da atuação penal na sociedade da informação*. São Paulo: Atlas, 2008.

RUBIO, Delia Matilde Ferreira. *El derecho a la intimidad*. Buenos Aires: Universidad, 1982.

SAINT-PAU, Jean-Christophe. Le droit au respect de la vie privée. In: SAINT-PAU, Jean-Christophe (Org.). *Droits de la personnalité*. Paris: LexisNexis, 2013, p. 675-942.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

SILVA, Andréa Barroso. Direito à imagem: o delírio da redoma protetora. In: MIRANDA, Jorge; JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues; FRUET, Gustavo Bonato (orgs.). *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 281-332.

STANZIONE, Pasquale. Artt. 1-10. In: CENDON, Paolo (org.). *Commentario al Codice Civile. Artt. 1-142*. Milano: Giuffrè, 2009.

THIEDE, Thomas. *Internationale Persönlichkeitsrechtsverletzungen*. Viena: Sramek, 2010.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito à imagem*. Curitiba: Juruá, 2018.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Saraiva, 2011.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Einführung in die Rechtsvergleichung: auf dem Gebiete des Privatrechts*. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 1996.

Usucapião coletiva: a importância dos movimentos sociais para regularização da propriedade em centros urbanos



Ingrid Elise Scaramucci Fernandes

Advogada. Professora da Faculdade Escola Paulista de Direito - EPD. Professora Convidada em diversos cursos de extensão da Escola Superior da Advocacia - ESA/SP. Coordenadora do Núcleo ESA da Subseção de Diadema/SP. Mestranda em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito - FADISP.

RESUMO: Com o desenvolvimento das metrópoles e o crescimento industrial, ocorreu um movimento de migração da população do interior para as cidades. Entretanto, o espaço físico urbano não estava preparado para receber a quantidade de pessoas que ali chegaram. Por tal motivo, durante a década de 1980, no Brasil, houve uma grave crise urbana, cujo pior aspecto foi justamente relativo à moradia, além da precarização das relações de trabalho e do transporte público. Diante desse panorama, diversas organizações sociais de inúmeros ramos pleitearam, perante os legisladores constituintes, a inserção de regulações acerca de urbanização e direitos de propriedade na Constituição Federal de 1988. Devido a esse movimento, foram inseridos dois artigos na Constituição Federal dispendo sobre a proteção do direito à propriedade e à moradia mediante usucapião. Tal instituto foi denominado usucapião especial constitucional, por ter requisitos mais simples do que os existentes anteriormente, com o propósito de privilegiar a função social do direito à propriedade, de maneira a regulamentar o direito daqueles que eram possuidores de terras sem a devida regularização delas e, ao mesmo tempo, consolidar uma finalidade às propriedades ociosas. Apesar do avanço representado pela Constituição, somente em 2001 é que houve a regulamentação concernente ao exercício desse direito, por meio da promulgação do Estatuto da Cidade. Esse diploma legal, além de regulamentar a forma pela qual seria efetivada a usucapião constitucional, instituiu uma modalidade desse instituto que possibilita a aquisição coletiva da propriedade, com o escopo de regulamentar áreas invadidas e favelizadas. Assim, o presente trabalho tem por objetivo demonstrar quais são os requisitos desse instituto e, a partir daí, verificar a importância das organizações sociais na efetivação do direito à moradia e à propriedade através da usucapião coletiva.

PALAVRAS-CHAVE: Usucapião coletiva. Constituição Federal. Estatuto da Cidade. Direitos reais. Função social. Propriedade. Moradia.

ABSTRACT: With the development of the metropolises and industrial growth, there was a movement of emigration, which made the physical space not prepared to receive the amount of people who arrived there. For this reason, during the 1980s there was an urban crisis, and the worst aspect was housing, in addition to the precariousness of labor relations and public transport. In line with this panorama, several social organizations of countless branches organized themselves to plead, before the constituent legislators, the insertion of regulations on urbanization and property rights in the Federal Constitution of 1988. Through this movement, two articles were inserted in the Federal Constitution, in which rules were laid down to protect the right to property and housing, through the usucaption, which was called a special constitutional usucaption, for having easier requirements than those previously existing, in order to privilege the social function of the right to property, to regulate the right of those who owned land, but did not have the regularization of them, so that idle properties had a purpose. Despite the progress brought by the Constitution, it was only in 2001 that this right should be regulated, which occurred through the City Statute, which, in addition to regulating the way in which the usucaption would be effected, a modality of this institute was instituted that allowed the collective acquisition of the property, with the scope of regulating invaded and favelized areas. The present work aims to demonstrate what these requirements are and, from there, to verify the importance of social organizations in the realization of the right to housing and property through collective usucaption.

KEYWORDS: Collective usucaption. Federal Constitution. Statute of the City. Real rights. Usucaption. Social property. Residence.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A propriedade como objeto de garantia de direitos sociais. 3 A usucapião coletiva. 3.1 Conceito de usucapião e suas formas. 3.2 Procedimento para aquisição da propriedade pela usucapião coletiva. 4 A importância das organizações sociais para as ocupações coletivas. 5 Considerações finais. Referências.

1 Introdução

Desde a organização da população em sociedade, são criadas regras para manter uma ordem entre as pessoas e evitar qualquer tipo de interferência de uma pessoa nos direitos de terceiro. Como já preconizado por Hobbes na teoria do contrato, foi preciso que houvesse a transferência das normas e limitações de direitos, para que não ultrapassassem direitos alheios. É com esse ideal que surge a sociedade.

Durante milênios, o direito à propriedade esteve extremamente ligado ao poder, uma vez que aquele com maior montante de bens estaria, conseqüentemente, mais bem posicionado na escala social. Não que a sociedade atual também não tenha esse modelo econômico, haja vista ser o capitalismo o sistema existente na maioria dos países, inclusive no Brasil.

Nesse âmbito, imprescindível recordar que, a partir da Revolução Francesa, o liberalismo que reinou ensejou um grande distanciamento das condições econômicas mínimas, deixando cada vez mais pessoas em condições subumanas, enquanto poucos detinham a maior parte das fortunas.

Entretanto, quando a crise se intensificou no pós Segunda Guerra Mundial, as nações verificaram a necessidade de garantir direitos mínimos a todos, para que não houvesse um prejuízo da maioria em proveito de poucos, daí surgiram os ideais sociais crescentes a cada dia.

Noutro âmbito, a explosão da industrialização impulsionou a população que vivia nas áreas rurais a buscar melhores condições de vida nas áreas urbanas, gerando um crescimento vertiginoso da população nas áreas urbanizadas, especialmente na década de 1980.

No entanto, as metrópoles não tinham condições físicas de receber o montante de pessoas oriundas das áreas rurais e menos industrializadas, fazendo com que houvesse verdadeira crise urbanística, principalmente no que diz respeito aos direitos de moradia, de condições de trabalho e de transporte, gerando um problema de ordem pública e social, principalmente em relação à falta de moradia digna.

Nesse aspecto, pode-se afirmar que a usucapião configura-se como uma forma de tentar mitigar as diferenças sociais existentes e garantir direitos constitucionais mínimos àqueles com maior dificuldade de acesso a estes.

Para tanto, o Estatuto da Cidade regulamentou as regras constitucionais quanto à aquisição originária de propriedade pela usucapião, estabelecendo, inclusive, a hipótese de usucapião coletiva.

Uma das possibilidades é que a usucapião coletiva seja perseguida por intermédio de grupos sociais organizados com esse objetivo.

Assim, apresentado esse panorama inicial, verifica-se que há um elemento essencial no que diz respeito à efetivação da usucapião coletiva, que são as organizações sociais.

Por isso, o presente estudo tem por objetivo verificar qual a real importância dessas organizações na conquista do direito à propriedade, principalmente em relação à usucapião coletiva, o que será demonstrado pelo método dedutivo, utilizando-se de pesquisa bibliográfica.

Nesse desiderato, a primeira parte será dedicada ao estudo da propriedade como objeto de garantia de direitos sociais, com o escopo de verificar se o direito à propriedade e a sua função social estão de fato sendo assegurados.

Assentada essa visão preliminar, analisar-se-á o conceito da usucapião coletiva, seus requisitos e procedimento para sua decretação, bem como será apresentada breve perspectiva acerca de outras modalidades de usucapião.

Por fim, refletir-se-á sobre a relevância das organizações sociais na tipificação e efetivação desses direitos, com o fito de demonstrar seu papel primordial no

sentido de auxiliar para que a legislação seja criada de acordo com as necessidades dos cidadãos, principalmente no que diz respeito aos direitos sociais.

2 A propriedade como objeto de garantia de direitos sociais

A propriedade é um dos direitos mais antigos que se conhece, sendo certo que, desde antiguidade greco-romana, era tratada de forma diferenciada, de modo superior, inclusive, a muitos governos e ideais sociais, em razão de estar intrinsecamente ligada à ideia religiosa, segundo a qual a casa (propriedade) era o lar, não podendo ser violada por quem quer que fosse.

Nesse aspecto, estudos sobre os institutos romanos demonstram que a propriedade era considerada um direito quase ilimitado. Entretanto, apesar de ser visto, pela grande maioria, como um direito sobre o qual nenhum terceiro ou o Estado podem intervir, desde aquela época, já era possível verificar uma limitação ao direito de propriedade, caso esse ferisse os interesses públicos.

Thomas Marky¹ revela que, caso a propriedade fosse prejudicial ao exercício de direitos mínimos, o proprietário seria obrigado a fazer algumas concessões, por exemplo, como permitir que pessoas ingressassem na propriedade ribeirinha para acessar a margem do rio.

Após a Revolução Francesa, a ideia de propriedade foi aprimorada em razão dos ideais liberais. A princípio, o Código Civil Napoleônico trouxe a separação entre os direitos públicos e privados, consolidando a propriedade como um dos principais direitos privados e mantendo a inoponibilidade por terceiros a este direito. Contudo, esta separação e até mesmo proteção absoluta foi muito criticada pelos movimentos sociais, inclusive no Manifesto Comunista de Karl Marx.

Com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, em seu segundo parágrafo, a propriedade foi firmada como um direito inerente ao cidadão, assumindo, a partir de então, um cunho mais social, que já vinha sendo buscado, mesmo que de forma indireta.

Considerar que o direito à propriedade é um direito inerente à pessoa fez com que a sua relevância não se restringisse somente aos nobres e ricos, pois significou o reconhecimento de que as parcelas mais baixas da população também tinham o referido direito, representando um marco para as modificações que estariam por vir quanto à propriedade e sua função social.

Com o passar do tempo, os ideais sociais foram integrados ao cotidiano, de todo modo, não houve alteração da noção primordial do direito fundamental à propriedade, consagrado nos mais importantes diplomas. No entanto, sobreveio a noção relativa ao interesse social e, posteriormente, à função social da propriedade como bases para este direito.

Nesse sentido, condensa Comparato:

¹ MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 66.

[...] Sob esse aspecto de garantia da liberdade individual, a propriedade passou a ser protegida, constitucionalmente, em sua dupla natureza de direito subjetivo e de instituto jurídico. Não se trata, apenas, de reconhecer o direito individual dos proprietários, garantindo-os contra as investidas dos demais sujeitos privados ou do próprio Estado. Cuida-se, também, de evitar que o legislador venha a suprimir o instituto, ou a desfigurá-lo completamente, em seu conteúdo essencial. É o que a elaboração teórica da doutrina alemã denominou uma garantia institucional da pessoa humana.

Importa assinalar, aliás, que a propriedade privada, enquanto instituição jurídica, representou o elo de comunicação entre as duas esferas, nitidamente separadas, do Estado e da sociedade civil, pelo estabelecimento do sufrágio censitário. A transição do absolutismo político ao governo representativo foi assegurada pela classe proprietária².

Assim, denota-se que, para efetivação da liberdade individual, a pessoa deve ter condições mínimas de dignidade e existência, sendo que a propriedade foi inserida como uma das garantias necessárias à efetivação da liberdade individual e da dignidade da pessoa humana. Portanto, consolida-se como um marco civilizatório que todos sejam capazes de adquirir bens em propriedade, especialmente a moradia.

Ocorre que, apesar do direito à propriedade ser muito antigo, mesmo com as modificações ocorridas na sociedade, ainda assim grande parte da propriedade imóvel ainda se mantém sob parcela pequena da população, principalmente aqueles com mais condições financeiras, detentores de grandes áreas de terra, muitas vezes infrutíferas.

Por esta razão, com a evolução das noções sociais, foi importante a instituição de limites à propriedade, inclusive determinando que, se o detentor não der nenhuma finalidade a ela, pode sofrer a perda da propriedade, por meio do instituto da usucapião, existente desde a Roma antiga.



Fonte: <https://www.freepik.com.br>

² COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. *Revista CEJ*, v. 1, n. 3, p. 92-99, 12 dez. 1997. Disponível em: <https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/123>. Acesso em: 06 dez. 2022.

De sorte, coube às normas constitucionais definir os limites máximos para o exercício da propriedade e quais seriam as hipóteses de perda desta, como assentado na Constituição Federal de 1988, no Brasil.

Nesse sentido, o artigo 5º da Constituição dispõe, em seu *caput*, que a propriedade é uma garantia fundamental de todos e, em seus incisos, reforça o direito à propriedade (inciso XXII), mas determina que esta deve ser exercida observando a sua função social (XXIII). Ademais, no artigo 6º, elenca os direitos sociais, incluindo o direito à moradia, não necessariamente sendo esta fruto de propriedade ou de posse.

Deste modo, pode-se concluir que, no que diz respeito à propriedade, esta é garantida pela legislação de forma limitada, uma vez que aquele que não a exercer com uma finalidade específica (função social), poderá tê-la retirada, inclusive mediante usucapião.

3 A usucapião coletiva

A Constituição Federal de 1988, além de instituir a função social da propriedade como um de seus direitos fundamentais, também trouxe um capítulo inteiro voltado à Política Urbana. Nesse aspecto, Dalmo Dallari ressalta que:

[...] Assim, pois, a posse de um imóvel, que já recebia proteção e tinha efeitos jurídicos reconhecidos desde o advento do Código Civil [texto escrito anteriormente à promulgação do Código Civil de 2002], ganhou maior significação com a Constituição Brasileira de 1988. Através do usucapião, figura jurídica de antiga tradição, tem-se o meio legal para corrigir a prática anti-social (*sic*) de abandonar porções de terra, negando-lhes a função social que hoje é reconhecida e exigida pela Constituição. Desse modo não se afronta o direito de propriedade, pelo contrário, ele é reforçado e valorizado através de sua vinculação imediata ao atendimento das necessidades fundamentais dos indivíduos e grupos familiares que integram a sociedade³.

Considerando o grande avanço das regiões metropolitanas, cada vez mais é necessário que haja uma adequada regulamentação sobre a organização das cidades e as políticas de desenvolvimento destas, de maneira a assegurar o direito à propriedade, entretanto, sem que este descumpra a sua função social, para que também a moradia digna seja garantida a todos.

Com este intuito, a Constituição Federal, no Capítulo II do Título VII, referente à ordem econômica e financeira, instituiu a Política Urbana a ser desenvolvida para efetivar a função social da cidade. Dentre outros relevantes aspectos desse capítulo, vale ressaltar o enfoque relativo à garantia do direito social à moradia através da aquisição de propriedade pela usucapião, o que foi

³ DALLARI, Dalmo de Abreu. Usucapião coletivo. *Revista de informação legislativa*, v. 29, n. 115, p. 373-380, jul./set. 1992. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176057>. Acesso em: 07 nov. 2022, p. 4.

positivado no artigo 183, que prevê normas mínimas para aquisição da propriedade que não atenda a sua função social.

Apesar da Constituição estabelecer os requisitos mínimos para a aquisição da propriedade pela usucapião, a norma precisava ser regulamentada para melhor delinear os preceitos necessários à sua efetivação, haja vista se tratar de modo extremo de retirada da propriedade de uma pessoa.

Por esta razão, o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001) trouxe a regulamentação dos artigos 182 e 183 da Constituição Federal, originando as “normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental.” (artigo 1º, parágrafo único).

Dentre as normas previstas no Estatuto está a possibilidade da existência da usucapião coletiva (artigo 10), que é o objeto deste estudo, entretanto, com o escopo de melhor analisar o instituto, primeiramente é importante esclarecer o que é a usucapião.

3.1 Conceito de usucapião e suas formas

Usucapião é uma forma originária de aquisição de propriedade por quem exerce a posse de propriedade de terceiro, sem que haja a reivindicação desta por um determinado período de tempo, conforme requisitos previstos em lei.

A usucapião é tão antiga quanto a própria propriedade e remonta à antiguidade romana, sendo um dos direitos insculpidos na Lei das XII Tábuas⁴. Durante os anos, o que se modificou foram alguns requisitos relacionados à boa-fé (posse mansa e pacífica de imóvel que sabe não ser seu), bem como o período de tempo necessário para que se transmita a propriedade do bem.

Maria Helena Diniz enfatiza que, a partir do instituto da usucapião:

[...] o legislador permite que uma determinada situação de fato, que, sem ser molestada, se alongou por um certo intervalo de tempo previsto em lei, se transforme em uma situação jurídica, atribuindo-se assim juridicidade a situações fáticas que amadurecem com o tempo. A posse é o fato objetivo, e o tempo, a força que opera a transformação do fato em direito. O fundamento desse instituto é garantir a estabilidade e segurança da propriedade, fixando um prazo, além do qual não podem mais levantar dúvidas ou contestações a respeito e sanar a ausência de título do possuidor, bem como os vícios intrínsecos do título que esse mesmo possuidor, porventura, tiver⁵.

Por sua vez, Gagliano e Pamplona Filho⁶ destacam que são três os pressupostos para configurar a usucapião: posse, tempo e *animus domini*.

⁴ MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 82.

⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 4, p. 144.

⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo Mário Veiga. *Novo curso de direito civil 5 - direitos reais*. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 68.

A posse, sendo o primeiro requisito é o mais importante, não é possível se tornar proprietário mediante usucapião se antes não tiver a posse do imóvel, portanto, este configura-se como requisito essencial.

Já se pacificou, inclusive, a possibilidade de soma de posses, ou seja, que diversas posses anteriores, nas quais houve o preenchimento dos requisitos, sejam utilizadas para cômputo do tempo necessário para adquirir a propriedade por meio da usucapião, o que enseja o segundo requisito: o período na posse.

A exigência do decurso desse período é o requisito que diz respeito à consolidação do direito no tempo, ou seja, não basta a posse por um período curto, imprescindível que a posse se efetive por um longo período, que varia de acordo com o tipo de usucapião que se pretende, para gerar segurança jurídica e demonstrar a função social por trás da aquisição daquela propriedade.

Com efeito, o decurso do tempo demonstrará que o proprietário anterior não estava atribuindo qualquer finalidade à sua propriedade, pois, caso estivesse, já teria ingressado com medidas para retomá-la.

Não havendo qualquer insurgência face à ocupação por terceiros, subentende-se que não há finalidade específica para aquela propriedade, a ensejar, deste modo, a violação à função social da propriedade e oportunizar sua aquisição pela usucapião.

Por fim, o *animus domini* (ânimo de dono) diz respeito à conduta inequívoca do possuidor que trata o bem como se dele fosse, cuidando, zelando por ele e usufruindo da melhor maneira possível, garantindo, assim, sua função social.

No que tange às formas de usucapião, a legislação brasileira dispõe sobre três espécies, as quais preveem requisitos e tempo diferenciados:

a) Usucapião extraordinária (artigo 1.238 do Código Civil):

Nesta espécie é necessário, apenas, a posse ininterrupta por 15 anos (tempo), com o *animus domini*, sem qualquer necessidade de comprovação de que a posse se deu por boa-fé, sendo possível, inclusive, a usucapião através do esbulho ou outras formas abruptas de posse.

O tempo diminui para 10 anos se a posse tiver como finalidade a moradia ou tenha caráter produtivo (posse-trabalho), uma vez que se privilegia a função social da propriedade.

b) Usucapião ordinária (artigo 1.242 do Código Civil):

Esta espécie prevê como requisito essencial a boa-fé, sendo necessário que se demonstre que não houve qualquer ilicitude na constituição da posse.

O tempo para que se constitua o direito é de 10 anos, sendo diminuído para 5 anos se o bem tiver sido adquirido onerosamente, com base em registro

constante no cartório, que tiver sido cancelado posteriormente e desde que seja exercida para fins de moradia ou posse-trabalho.

Essa espécie é muito utilizada para regularização de transmissão de posse na qual há o justo título pendente de regularização de registro.

c) *Usucapião especial* (também chamada de constitucional, artigos 183 e 191 da CF):

Esta espécie é que será detalhada neste trabalho. A usucapião especial é prevista na Constituição Federal de 1988 e visa a efetivação da função social da propriedade.

É dividida em duas vertentes: rural e urbana. A rural foi regulamentada pelo artigo 1.239 do Código Civil e prevê como requisitos:

- não ter outro imóvel (rural ou urbano);
- posse de área rural de até 50 hectares (500.000m²);
- tornar a área produtiva por seu trabalho ou de sua família, residindo na área;
- tempo de 5 anos

Não há necessidade de área mínima a ser possuída para este tipo de usucapião, conforme já decidido pelo STJ, que fixou entendimento no sentido de que não pode haver qualquer fixação de área mínima a ser usucapida, haja vista a falta de regramento constitucional nesse sentido, não podendo, assim, a norma infraconstitucional reduzir os direitos garantidos pela Constituição Federal:

RECURSO ESPECIAL. USUCAPIÃO RURAL CONSTITUCIONAL. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE RURAL. MÓDULO RURAL. ÁREA MÍNIMA NECESSÁRIA AO APROVEITAMENTO ECONÔMICO DO IMÓVEL. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA DA NORMA. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PREVISÃO DE ÁREA MÁXIMA A SER USUCAPIDA. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL DE ÁREA MÍNIMA. IMPORTÂNCIA MAIOR AO CUMPRIMENTO DOS FINS A QUE SE DESTINA A NORMA.

1. A propriedade privada e a função social da propriedade estão previstas na Constituição Federal de 1988 dentre os direitos e garantias individuais (art. 5.º, XXIII), sendo pressupostos indispensáveis à promoção da política de desenvolvimento urbano (art. 182, § 2.º) e rural (art. 186, I a IV).

2. No caso da propriedade rural, sua função social é cumprida, nos termos do art. 186 da CF/1988, quando seu aproveitamento for racional e apropriado; quando a utilização dos recursos naturais disponíveis for adequada e o meio ambiente preservado, assim como quando as disposições que regulam as relações de trabalho forem observadas.

3. A usucapião prevista no art. 191 da Constituição (e art. 1.239 do Código Civil), regulamentada pela Lei n. 6.969/1981, é caracterizada pelo elemento posse-trabalho. Serve a essa espécie tão somente a posse marcada pela exploração econômica e racional da terra, que é pressuposto à aquisição do domínio do imóvel rural, tendo em vista a intenção clara do legislador em prestigiar o possuidor que confere função social ao imóvel rural.

4. O módulo rural previsto no Estatuto da Terra foi pensado a partir da delimitação da área mínima necessária ao aproveitamento econômico do imóvel rural para o sustento familiar, na perspectiva de implementação do princípio constitucional da função social da propriedade, importando sempre, e principalmente, que o imóvel sobre o qual se exerce a posse trabalhada possua área capaz de gerar subsistência e progresso social e econômico do agricultor e sua família, mediante exploração direta e pessoal – com a absorção de toda a força de trabalho, eventualmente com a ajuda de terceiros.

5. Com efeito, a regulamentação da usucapião, por toda legislação que cuida da matéria, sempre delimitou apenas a área máxima passível de ser usucapida, não a área mínima, donde concluem os estudiosos do tema, que mais relevante que a área do imóvel é o requisito que precede a ele, ou seja, o trabalho realizado pelo possuidor e sua família, que torna a terra produtiva e lhe confere função social.

6. Assim, a partir de uma interpretação teleológica da norma, que assegure a tutela do interesse para a qual foi criada, conclui-se que, assentando o legislador, no ordenamento jurídico, o instituto da usucapião rural, prescrevendo um limite máximo de área a ser usucapida, sem ressalva de um tamanho mínimo, estando presentes todos os requisitos exigidos pela legislação de regência, parece evidenciado não haver impedimento à aquisição usucapicional de imóvel que guarde medida inferior ao módulo previsto para a região em que se localize.

7. A premissa aqui assentada vai ao encontro do que foi decidido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em conclusão de julgamento realizado em 29.4.2015, que proveu recurso extraordinário, em que se discutia a possibilidade de usucapião de imóvel urbano em município que estabelece lote mínimo para parcelamento do solo, para reconhecer aos recorrentes o domínio sobre o imóvel, dada a implementação da usucapião urbana prevista no art. 183 da CF.

8. Na oportunidade do Julgamento acima referido, a Suprema Corte fixou a seguinte tese: Preenchidos os requisitos do art. 183 da CF, o reconhecimento do direito à usucapião especial urbana não pode ser obstado por legislação infraconstitucional que estabeleça módulos urbanos na respectiva área onde situado o imóvel (dimensão do lote) (RE 422.349/RS, rel. Min. Dias Toffoli, 29.4.2015)

9. Recurso especial provido.

(STJ, REsp 1.040.296/ES, Relator para o Acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, j. 02/06/2015, DJe 14/08/2015)

Por fim, tem-se a usucapião especial urbana, também denominada de usucapião constitucional urbana ou *pro misero*.

É prevista, vestibularmente, no artigo 183 da Constituição Federal, sendo, posteriormente, disciplinada no Estatuto da Cidade, em seu artigo 9º e, um ano depois, no Código Civil (artigo 1.240).

O STF já fixou entendimento no sentido de que não pode haver qualquer limitação de Plano Diretor Municipal ao exercício deste direito, por se tratar de direito constitucionalmente previsto:

Recurso extraordinário. Repercussão geral. Usucapião especial urbana. Interessados que preenchem todos os requisitos exigidos pelo art. 183 da Constituição Federal. Pedido indeferido com fundamento em exigência supostamente imposta pelo plano diretor do município em que localizado o imóvel. Impossibilidade. A usucapião especial urbana tem raiz constitucional e seu implemento não pode ser obstado com fundamento em norma hierarquicamente inferior ou em interpretação que afaste a eficácia do direito constitucionalmente assegurado. Recurso provido.

1. Módulo mínimo do lote urbano municipal fixado como área de 360 m². Pretensão da parte autora de usucapir porção de 225 m², destacada de um todo maior, dividida em composesse.

2. Não é o caso de declaração de inconstitucionalidade de norma municipal.

3. Tese aprovada: preenchidos os requisitos do art. 183 da Constituição Federal, o reconhecimento do direito à usucapião especial urbana não pode ser obstado por legislação infraconstitucional que estabeleça módulos urbanos na respectiva área em que situado o imóvel (dimensão do lote).

4. Recurso extraordinário provido.

(STF, RE 422.349/RS, Relator Ministro Dias Toffoli, j. 29/04/2015, DJe 04/08/2015)

Essa modalidade de aquisição de propriedade, inclusive, pode ser realizada para usucapir unidade autônoma (apartamento), conforme já fixado no Enunciado 85 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal (2002): "Para efeitos do art. 1.240, *caput*, do novo Código Civil, entende-se por 'área urbana' o imóvel edificado ou não, inclusive unidades autônomas vinculadas a condomínios edilícios."

Importante ressaltar a necessidade de que a posse seja mansa e pacífica, conforme já decidido pelo STJ em julgamento proferido em sede de Recurso Especial 1.221.243/PR, sob relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, j. 25/02/2014, DJe 10/03/2014.

Nesse julgamento, ao decidir sobre a falta de *animus domini* e de posse mansa e pacífica de um imóvel destinado à população de baixa renda, financiado pela Caixa Econômica Federal, em que, durante o período no qual a financeira promovia atos jurídicos necessários à retomada e refinanciamento do imóvel, houve a propositura de ação para aquisição originária da propriedade por meio da usucapião constitucional urbana, entendeu o STJ que a posse do imóvel não era mansa e pacífica, razão pela qual não poderia ser objeto de usucapião constitucional urbana.

Ademais, imprescindível destacar que o Estatuto da Cidade prescreve, no artigo 10, a possibilidade de usucapião coletiva, que pode ser implementada através dos "núcleos urbanos informais", se existentes sem oposição por mais de 5 anos, e desde que, dividindo-se a área total do imóvel pelo número de possuidores, não resulte em área maior do que 250m², mantendo-se o requisito de não ser proprietário de outro imóvel urbano ou rural.



Fonte: <https://www.freepik.com.br>

Salta aos olhos a modificação legislativa ocorrida em 2017 (Lei nº 13.465/2017), quando foi retirada do artigo 10 a expressão “população de baixa renda”, substituída pela atual concepção relativa a “núcleos urbanos informais”. As razões para a modificação quanto àqueles que podem perseguir a usucapião coletiva é explicada por Gagliano e Pamplona Filho:

[...] O dispositivo sob comento não apenas consagra o direito de propriedade derivado da prescrição aquisitiva em favor de “núcleos urbanos informais existentes sem oposição há mais de cinco anos e cuja área total dividida pelo número de possuidores seja inferior a duzentos e cinquenta metros quadrados por possuidor”, mas também prevê a criação, por ato judicial, de um condomínio. Na linha da redação anterior deste artigo, que fazia menção à “população de baixa renda”, pensamos que o instituto sob comento tem, de fato, por meta precípua, contemplar os menos abastados.

Ao menos é assim na letra da lei, e esperamos que, na prática, os menos afortunados – que, efetivamente, imprimam destinação socioeconômica ao imóvel – sejam beneficiados.

Reforça essa linha de entendimento a constatação de a Lei n. 13.465 de 2017, que alterou o art. 10 do Estatuto da Cidade, haver, expressamente, previsto, em seu art. 9.º, que seriam instituídas, nacionalmente, normas gerais e procedimentos aplicáveis à Regularização Fundiária Urbana (Reurb), a qual abrangeria medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais destinadas à incorporação dos núcleos urbanos informais ao ordenamento territorial urbano e à titulação de seus ocupantes.

E, embora estejamos diante de um conceito aberto ou indeterminado (“núcleos urbanos informais”), a projeção da norma à nossa realidade conduz-nos à firme conclusão de que tais núcleos, em essência, são compostos por pessoas de baixa renda⁷.

A ideia que se buscou com esse instituto é justamente garantir a regularização de áreas nas quais há uma dificuldade de individualização da

⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo Mário Veiga. *Novo curso de direito civil 5 - direitos reais*. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 76.

propriedade, como comumente ocorre em favelas ou ocupações realizadas por movimentos que buscam a efetivação do direito à propriedade, como o MTST (Movimento dos Trabalhadores sem Teto), o qual será melhor abordado adiante.

Com efeito, sabe-se que, na periferia das grandes metrópoles, existe um crescente número de famílias vivendo em condições precárias de moradia, seja em casas improvisadas, favelas e até mesmo em casas construídas em áreas de risco.

A usucapião coletiva urbana tem por objetivo a efetivação da função social da propriedade urbana, dando condições de vida digna e título de propriedade para os ocupantes de áreas urbanas que não estejam cumprindo seu dever social.

Por se tratar de modo coletivo de aquisição da propriedade, pressupõe-se que a posse é exercida de forma coletiva por um grupo de famílias, sendo indivisível a área num todo, porém, possibilitando que cada família ocupe parte determinada dentro do terreno. Nesse sentido:

[...] A lei concedeu relevância para a formação de um condomínio especial, uma vez que não há, nessas localidades periféricas, uma definição apropriada dos espaços individualizados, que, de sobremodo, dificulta a atividade registral. Assim, a solução encontrada foi a atribuição ideal e equânime de frações ideais aos condôminos, salvo acordo em contrário. Foram estabelecidas regras sobre o funcionamento desse condomínio, o qual será indivisível, salvo se por deliberação de 2/3 dos condôminos diante de proposta urbanística para a área. E, por fim, o dispositivo estabelece que o pleiteado não seja proprietário de outros imóveis, uma vez que se visa assegurar o direito e a proteção dos menos favorecidos, os quais, na grande maioria dos casos, não possuem condições mínimas para subsistência⁸.

Assim, verifica-se que o Estatuto da Cidade trouxe uma atenção especial aos locais em que há uma marginalidade dos direitos, nos quais é difícil efetivar direitos previstos legalmente, uma vez que as condições de arquitetura e relações sociais existentes dificultam a individualização da propriedade, razão pela qual ela é concedida a título diferenciado, instituindo-se verdadeiro condomínio especial entre os proprietários.

3.2 Procedimento para aquisição da propriedade pela usucapião coletiva

Ainda no Estatuto da Cidade, artigo 10 e seguintes, estão previstas as regras processuais e materiais inerentes à usucapião coletiva.

Primeiramente é reforçada a possibilidade de cumulação dos períodos de posse, facilitando a comprovação do requisito tempo (artigo 10, § 1º).

⁸ MACHADO, Gustavo Campoli; TRENTINI, Flávia. A usucapião especial urbana coletiva como instrumento de regularização fundiária de áreas favelizadas: estudo de Caso em Ribeirão Preto. *Revista Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, v. 15, n. 2, jul./dez. 2014, p. 201.

Por ser modo especial de aquisição de propriedade, a lei expressamente determina que somente será adquirida a propriedade mediante sentença judicial, a fim de garantir o contraditório e a ampla defesa. A sentença é o título constitutivo da propriedade, devendo ser registrada no Cartório de Registro de Imóveis para dar a publicidade necessária à propriedade de bem imóvel (artigo 10, § 2º).

O processo para fim de aquisição da propriedade pela usucapião urbana coletiva é realizado pelo rito sumário (artigo 14), no qual deve ser demonstrada a posse ininterrupta por 5 anos, não podendo os possuidores terem outra propriedade, e observado que a área, dividida pelo número de possuidores que ali se encontram, seja de no máximo 250m² por possuidor, como já mencionado.

A ação pode ser proposta por um possuidor isoladamente ou em litisconsórcio (originário ou superveniente), pelos possuidores em composses e por associação de moradores da comunidade, como substituto processual (artigo 12).

Decerto, a legislação, ao ofertar diversas possibilidades quanto ao polo ativo, quer disponibilizar maior facilidade para o acesso à Justiça de população que se encontra em posição vulnerável. Por esta mesma razão é que o Ministério Público deve obrigatoriamente intervir como fiscal da lei (artigo 12, § 1º).

Ademais, a legislação prevê que haverá concessão de gratuidade de justiça e assistência judiciária gratuita, inclusive para o registro da propriedade perante o Cartório de Registro de Imóveis (artigo 12, § 2º).

A existência de usucapião coletiva também pode ser invocada como matéria de defesa em eventual ação possessória movida pelo antigo proprietário (artigo 13), ficando sobrestadas todas as ações possessórias sobre aquele imóvel enquanto durar o processo de usucapião coletiva (artigo 11).

Por fim, a sentença que concede o título de propriedade também criará um condomínio especial indivisível entre os possuidores (§§ 3º e 4º do artigo 10). Cada possuidor será proprietário de fração ideal do imóvel, sendo que, somente será dividida de forma diferente caso haja expressa concordância dos possuidores (§ 3º do artigo 10).

Caso haja qualquer tipo de urbanização posterior à aquisição da propriedade por usucapião, os condôminos poderão extinguir o condomínio através de votação, com concordância de 2/3 (dois terços) dos proprietários, oportunidade na qual deverá ser feito o desmembramento da matrícula do imóvel e conseqüente divisão de acordo como quinhão de cada um (artigo 10, § 4º).

Assim, denota-se que o procedimento da usucapião coletiva se demonstra específico e com regras próprias no que diz respeito à intervenção do Ministério Público, gratuidade de Justiça e o condomínio que será constituído para administração da propriedade, tudo de modo a tentar estabelecer elementos objetivos para que pessoas que estão em maior vulnerabilidade financeira também possam adquirir a propriedade ou regulamentar a posse já existente, fazendo com que a função social da propriedade e o direito à moradia sejam efetivamente garantidos.

4 A importância das organizações sociais para as ocupações coletivas

Considerado todo o já exposto, verifica-se que os núcleos urbanos informais podem ter diversas formas de constituição e efetivação dos direitos da população representada. Entretanto, dentre essas diversas configurações, não há como deixar de mencionar os aspectos relativos aos movimentos sociais, em virtude da sua grande importância para efetivação da usucapião coletiva, sendo este o objeto deste capítulo.

Consoante supracitado, durante a década de 1980, o Brasil viveu uma intensa onda de migração da população do interior para as cidades. Estima-se que, no final dessa década, a população brasileira que ocupava áreas urbanas correspondia a 75%⁹.

Contudo, os grandes centros não conseguiam se adequar, na mesma velocidade, ao número de pessoas que ali passaram a viver, o que gerou diversos problemas, principalmente condições precárias de vida no que diz respeito à moradia, ao saneamento básico e ao transporte.

A situação se agravou tanto que, em 1985, foi fundado o Movimento pela Reforma Urbana, com o escopo de proteção ao direito à cidade. O movimento tinha um papel muito mais profundo do que apenas proteger o direito à moradia, pois preconizava uma ideia maior, no sentido de que o direito à cidade é fundamental para os fins sociais, por esta razão, foi um dos movimentos com grande influência nos ideais da Constituição Federal de 1988.

A relevância do movimento se consolidou devido à união de diversas organizações, dentre as quais, Pastorais, Movimento dos Favelados, Articulação Nacional do Solo Urbano (ANSUR), Associação dos Mutuários, Federação das Associações dos Moradores do Rio de Janeiro (FAMERJ), movimentos sociais de luta pela moradia, Federação Nacional dos Arquitetos, Federação de órgãos para Assistência Social e Educacional (FASE), Federação Nacional dos Engenheiros, entre outros movimentos sociais de luta pela moradia¹⁰.

Posteriormente, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Fórum Nacional de Reforma Urbana (FNUR) passou a ter uma maior divulgação e importância, reunindo diversos movimentos e entidades, com o objetivo de aprovação do Estatuto das Cidades, o que somente ocorreu após muita batalha, em 2001 (Lei nº 10.257/2001).

A partir de então, houve o impulsionamento para a criação do Ministério das Cidades e da Conferência Nacional das Cidades (2003) e o Conselho Nacional das Cidades (2004). Os principais movimentos sociais urbanos da atualidade

⁹ FARAGE, Eblin. Experiências profissionais do serviço social nos movimentos sociais urbanos. In: ABRAMIDES, Maria Beatriz Costa; DURIGUETTO, Maria Lucia. *Movimentos sociais e serviço social: uma relação necessária*. São Paulo: Cortez, 2014, p. 252-253.

¹⁰ SAULE JÚNIOR, Nelson; UZZO, Karina. *A trajetória da reforma urbana no Brasil*. Disponível em: <https://base.d-p-h.info/pt/fiches/dph/fiche-dph-8583.html>. Acesso em: 10 dez. 2022.

brasileira fazem parte do FNRU, sendo eles a Central de Movimentos Populares (CMP), a Confederação Nacional das Associações de Moradores (CONAM), o Movimento Nacional de Luta pela Moradia (MNLN) e a União Nacional de Moradia Popular (UNMP), além de organizações de pesquisas ligadas a universidades, conselhos regionais e federais, organizações não governamentais e sindicatos.

Com efeito, imperioso considerar que, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em 2010, 6% da população, o que corresponde a 11,4 milhões de pessoas, viviam em favelas, sendo que a maior parte destas comunidades se concentra na região sudeste¹¹, razão pela qual esses tipos de organizações sociais são importantes do ponto de vista legal, uma vez que auxiliam e pleiteiam a criação de normas para regulamentação da cidade, de forma a garantir um melhor aproveitamento, segurança e mobilidade, inclusive auxiliando nos projetos de reformas urbanas individualizadas em cada município.

Além dessas organizações sociais, existem outras que têm uma atuação mais prática, por meio de ocupações de terrenos e de prédios ociosos, por trabalhadores, tendo como escopo a luta por moradia, podendo haver enfrentamento com o governo, bem como ideais anticapitalistas. Os mais conhecidos movimentos desse tipo são o Movimento de Luta por Bairro (MLB), Movimento de Luta Popular (MPL) e o Movimento dos Trabalhadores Sem Teto (MTST), o qual ganhou grande popularidade após a candidatura à Presidência da República de seu membro Guilherme Boulos, em 2008.



Fonte: <https://www.marcozero.org.br>

Frente às conquistas e à relevância de seus feitos, merece destaque o Movimento dos Trabalhadores Sem Teto (MTST), que também integra a Frente de Resistência Urbana, junto com outras 14 entidades e está presente em diversos estados do país¹². Uma das conquistas mais significativas foi o projeto “Minha Casa, Minha Vida – Entidades”, em São Paulo, que, mediante políticas junto ao governo

¹¹ FARAGE, Eblin. Experiências profissionais do serviço social nos movimentos sociais urbanos. In: ABRAMIDES, Maria Beatriz Costa; DURIGUETTO, Maria Lucia. *Movimentos sociais e serviço social: uma relação necessária*. São Paulo: Cortez, 2014, p. 252.

¹² *Ibidem*, p. 254.

estadual, conseguiu aumentar cerca de 20m² o tamanho das casas, proporcionando melhores condições de moradia para famílias com mais membros, o que é uma característica comum em comunidades.

Ademais, um terceiro tipo de organizações diz respeito às de pequeno e médio porte, que são comumente chamadas de fórum, associação, frente, articulação, as quais buscam melhores condições para a classe trabalhadora, incluindo diversos direitos relacionados com a vida cotidiana, por meio de reforma urbana.

Assim, é possível verificar a existência de diversas modalidades de organizações sociais que interferem, de forma direta ou indireta, na organização urbana, seja em relação a aspectos legais, organizacionais ou de garantia de direitos mínimos, todos importantes para o desenvolvimento do país de forma geral, principalmente para a população que vive nos centros urbanos.

Denota-se, por fim, que as organizações sociais com um viés mais prático são de suma importância para a efetivação do direito à propriedade através da usucapião coletiva, haja vista que organizam de forma coordenada aqueles que não possuem condições de moradia e, dessa maneira, verificam áreas desocupadas, que não estão cumprindo sua função social, de modo a ocupá-las para perseguir o direito à moradia mediante a forma de aquisição originária da usucapião coletiva.

5 Considerações finais

Com o crescimento da população vivendo em grandes centros urbanos, a questão de moradia se tornou um dos maiores problemas a serem enfrentados, principalmente no que diz respeito à dignidade dos cidadãos e à possibilidade de acesso à moradia decente.

Devido a esse panorama, a Constituição Federal, em seus artigos 183 e 191, trouxe previsão quanto à possibilidade de aquisição originária de propriedade pela usucapião, seja urbana, seja rural, para aqueles que não possuem outro imóvel, desde que exerçam a posse pelo prazo de 5 anos, ininterruptamente e sem oposição, e que o imóvel tenha uma determinada área, a depender da região ser urbana ou rural.

Entretanto, apesar dessa disposição constitucional, não havia regulamentação de como seriam efetivados no plano jurídico esses direitos, razão pela qual, em 2001, foi promulgada a Lei nº 10.257, conhecida como Estatuto da Cidade, a qual dispôs sobre o procedimento para reconhecimento do direito de propriedade pela usucapião.

Nesse aspecto, imperioso destacar que o Estatuto da Cidade, ainda, previu a possibilidade da usucapião coletiva, instrumento pelo qual se admite que uma área maior seja usucapida, de forma coletiva, por um grupo de pessoas, a fim de viabilizar que grandes áreas, que não estejam cumprindo a função social da propriedade, sejam destinadas à finalidade de moradia para a população de baixa renda.

Com efeito, a hipótese de a usucapião ser perseguida pela coletividade concede maiores possibilidades àqueles que são hipossuficientes tecnicamente e necessitam de um maior auxílio para a efetivação de seus direitos.

Consoante disposto pelo referido diploma legal, a usucapião coletiva será concedida por sentença judicial, que deverá ser inscrita na matrícula do imóvel, garantindo-se, desta forma, o direito à propriedade e à moradia.

Ademais, permitiu-se que o período de tempo exigido para a aquisição da propriedade por usucapião (5 anos, no caso da usucapião coletiva), seja computado em conjunto com o tempo de posse dos antecessores, de modo a possibilitar que a área já ocupada há tempos seja destinada a uma finalidade específica, no caso à moradia, privilegiando o disposto no artigo 5º, XXII, da CF, quanto à função social da propriedade.

Além disso, para que a ação seja proposta, aos possuidores foi garantida a gratuidade de Justiça e a assistência judiciária gratuita, vez que a usucapião coletiva é um instituto que visa a garantia de moradia à população de baixa renda.

Outrossim, há previsão de intervenção do Ministério Público, haja vista se tratar de um direito constitucionalmente previsto, que busca viabilizar a efetivação de direitos sociais, servindo esta atuação para coibir eventuais irregularidades ou abusos.

No que concerne à expressão contida no artigo 10 do Estatuto da Cidade, pertinente aos núcleos urbanos informais, denota-se grande importância do reconhecimento desses grupos de cidadãos que buscam um fim comum, sendo imprescindível considerar a relevância das organizações sociais para efetivar esse direito.

Deveras, a partir das organizações sociais que lutam pela moradia digna, verifica-se a existência de grupos instituídos socialmente com intuito de coordenar as invasões e até mesmo prestar auxílio jurídico àqueles que, muitas vezes, sequer sabem como postular seus direitos.

Nesse sentido, incontestemente que as organizações sociais desempenham um papel muito significativo no acesso à moradia, desde antes desse direito constar como uma garantia constitucional, uma vez que foi em razão da atuação das organizações sociais que houve a inserção na Constituição Federal dos artigos que preveem a usucapião. Ademais, são órgãos como o MTST que se organizam para facilitar o acesso à moradia para a população de baixa renda.

Por todo o exposto, pode-se confirmar que as organizações sociais são de suma importância para a população de baixa renda que não tem condições de arcar com os custos de aquisição de uma propriedade, visto que prestam um serviço de assessoria e de organização dos possuidores, de modo a gerar o mínimo de danos e garantir que as ocupações ocorram da forma mais pacífica possível, pois a ideia não é a invasão de locais nos quais a função social da propriedade está sendo cumprida, mas sim atribuir uma finalidade específica, para moradia, em áreas ociosas, as quais não cumprem com a função social da propriedade disposta constitucionalmente.

Referências

- BRASIL. CJF. *I Jornada de Direito Civil*. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/713>. Acesso em: 06 dez. 2022.
- BRASIL. STF. *Recurso Extraordinário 422.349/RS*, Relator Ministro Dias Toffoli, j. 29/04/2015, DJe 04/08/2015.
- BRASIL. STJ. *Recurso Especial 1.040.296/ES*, Relator para o Acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, j. 02/06/2015, DJe 14/08/2015.
- COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. *Revista CEJ*, v. 1, n. 3, p. 92-99, 12 dez. 1997. Disponível em: <https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/123>. Acesso em: 06 dez. 2022.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. Usucapião coletivo. *Revista de informação legislativa*, v. 29, n. 115, p. 373-380, jul./set. 1992. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176057>. Acesso em: 07 nov. 2022.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 4.
- FARAGE, Eblin. Experiências profissionais do serviço social nos movimentos sociais urbanos. In: ABRAMIDES, Maria Beatriz Costa; DURIGUETTO, Maria Lucia. *Movimentos sociais e serviço social: uma relação necessária*. São Paulo: Cortez, 2014, p. 245-262.
- FERNANDES, Edésio (org.). *20 anos do estatuto da cidade: experiências e reflexões*. Belo Horizonte: Gaia Cultural – Cultura e Meio Ambiente, 2021.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo Mário Veiga. *Novo curso de direito civil 5 - direitos reais*. São Paulo: Saraiva, 2021.
- MACHADO, Gustavo Campoli; TRENTINI, Flávia. A usucapião especial urbana coletiva como instrumento de regularização fundiária de áreas favelizadas: estudo de Caso em Ribeirão Preto. *Revista Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, v. 15, n. 2, p. 185-213, jul./dez. 2014.
- MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- PADIN, Patrícia Waldmann. *Aspectos fundamentais do usucapião coletivo*. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Orientador Carlos Alberto Dabus Maluf. 2010. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-18112011->

144415/publico/Aspectos_fundamentais_do_usucapiao_coletivo_Patricia_Waldman.pdf. Acesso em: 08 nov. 2022.

RODRIGUES, Arlete Moysés. Direito à cidade e o Estatuto da Cidade. *Revista Cidades*, v. 2, n. 3, 2005, p. 89-110. Disponível em: <https://periodicos.uffs.edu.br/index.php/cidades/article/view/12819>. Acesso em: 08 nov. 2022.

SAULE JÚNIOR, Nelson; UZZO, Karina. *A trajetória da reforma urbana no Brasil*. Disponível em: <https://base.d-p-h.info/pt/fiches/dph/fiche-dph-8583.html>. Acesso em: 10 dez. 2022.



Jurisprudência

Direito Administrativo



APELAÇÃO CÍVEL

0005796-53.2009.4.03.6105

Apelante: EMPRESA BRASILEIRA DE INFRAESTRUTURA AEROPORTUÁRIA - INFRAERO

Apelados: ELVIRA GONÇALVES E OUTROS

Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO RENATO BECHO

Disponibilização do Acórdão: DJEN 08/02/2023

EMENTA

APELAÇÃO. DESAPROPRIAÇÃO POR UTILIDADE PÚBLICA. ACOLHIMENTO DO LAUDO JUDICIAL. PERITO NOMEADO PELO JUÍZO. IMPARCIALIDADE E EQUIDISTÂNCIA DAS PARTES. RECURSO DESPROVIDO.

I. O direito à propriedade é um direito fundamental garantido pela Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXII, e consiste no direito de usar, fruir e dispor de bem móvel ou imóvel, sendo oponível *erga omnes*. A legitimação de tal direito decorre da finalidade da propriedade, devendo esta, portanto, atender a sua função social (inciso XXIII do artigo 5º supra). Nesse sentir, leciona Guilherme Peña de Moraes que *"a propriedade é investigada sob o ângulo da titularidade, imanente ao Direito Privado, no qual a propriedade constitui um direito absoluto, isto é, oponível erga omnes, podendo o proprietário opô-lo à generalidade anônima dos indivíduos, e do exercício, inerente ao Direito Público, no qual a propriedade corresponde a um direito limitado, ou seja, condicionado à promoção do bem-estar social, devendo o proprietário exercê-lo sob pena de intervenção do Estado, em atenção à sua função social"* (Curso de Direito Constitucional, 9ª edição, p. 216). Com efeito, a desapropriação é uma das formas de intervenção do Estado na propriedade privada, que pode se dar por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, e, em todos os casos, mediante justa e prévia indenização (artigo 5º, XXIV, da CF).

II. No caso, o perito do Juízo apurou o valor do imóvel em R\$ 20.028,00, para dezembro/2019. No tocante à metodologia, foi adotado o Método Comparativo Direto de Dados de Mercado, juntamente com o Método Involutivo Simplificado, com a coleta de elementos amostrais localizados na mesma região geoeconômica do imóvel avaliando.

III. Ademais, verifica-se do laudo que foram devidamente consideradas as seguintes características do imóvel: *"O lote está localizado no Jardim Guayanila, loteamento este considerado não*

implantado, situado em região de padrão baixo, no perímetro urbano na Cidade de Campinas/SP, com acesso por ruas sem pavimentação, que integram a malha municipal. O loteamento possui topografia plana, solo seco, sem presença de ruas abertas, sem pavimentação, sem guias ou sarjetas, drenagem, iluminação pública, rede de água e esgoto, além da inexistência de construções. Também não é servido por transporte público, coleta de lixo, correios, escolas, creches, postos de saúde. O loteamento não possui divisão oficial implantada, isto é, as ruas, quadras e lotes não possuem demarcação no local”.

IV. Com relação às impugnações da apelante em relação ao laudo pericial, não lhe assiste razão. Primeiramente, registre-se que o artigo 12, §2º, da LC nº 76/93 dispõe que o montante da indenização, a ser estabelecido em sentença, deverá corresponder ao valor apurado na data da perícia, ou ao consignado pelo juiz, corrigido monetariamente até a data de seu efetivo pagamento. Desse modo, a redação do artigo 26 do Decreto-Lei nº 3.365/41, no sentido de que o valor da indenização será contemporâneo à avaliação, deve ser interpretada de maneira ampla, em conjunto com o que dispõe o artigo 12 supra, extraindo-se, assim, que a “avaliação” a que se refere se trata, na verdade, do laudo adotado pelo juiz para a fixação do justo preço, e não da avaliação administrativa. Precedentes do STJ.

V. No mais, a parte apelante não demonstrou que os elementos amostrais adotados pelo perito seriam inadequados à avaliação do lote em desapropriação, já que devidamente homogeneizados pelo índice de localização. Noutro giro, no tocante à alegação de especulação imobiliária, as expropriantes não trouxeram dados objetivos para se calcular o quanto de especulação estaria incluída nessa valorização. Desta feita, no cálculo do valor do imóvel, deve-se levar em consideração a valorização do mercado imobiliário local, o que não se confunde com especulação imobiliária.

VI. Ressalte-se, outrossim, que o laudo pericial foi elaborado por profissional competente, de confiança do Juízo e equidistante das partes, não havendo nada nos autos que possa desabonar o referido trabalho. Dessa forma, irrepreensível a r. sentença ao fixar a indenização nos termos do laudo pericial produzido nos autos.

VII. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

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

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta por EMPRESA BRASILEIRA DE INFRAESTRUTURA AEROPORTUARIA - INFRAERO em face da r. sentença que julgo o feito com resolução de mérito, nos termos do artigo 487, I, do Código de Processo Civil, acolhendo o pedido de desapropriação do imóvel correspondente lote 15, da quadra B, do loteamento Jardim Guayanila, objeto da Transcrição nº 3.788 da 1ª Circunscrição Imobiliária de Campinas conforme certidão do 3º Cartório de Registro de Imóveis, em favor da UNIÃO FEDERAL, fixando como valor da indenização o estabelecido pela perícia realizada nos autos, R\$ 20.028,00, para dezembro/2019. Deferiu a imissão na posse em favor da INFRAERO. Honorários periciais pelos expropriantes. Honorários advocatícios pela INFRAERO, arbitrados em 5% (cinco por cento) sobre a diferença entre a indenização fixada nesta sentença, incluídos os juros compensatórios, e a oferta inicial (devidamente atualizada até a data base da avaliação da perícia judicial – dezembro/2019), nos termos do § 1º do art. 27 do Decreto n. 3.365/41, observada a eficácia vinculante da ADI n. 2.332/MC-DF.

A parte apelante alega, em síntese, que o valor atribuído ao imóvel pela perícia judicial é excessivo, estando acima do valor de mercado e do preço justo.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O direito à propriedade é um direito fundamental garantido pela Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXII, e consiste no direito de usar, fruir e dispor de bem móvel ou imóvel, sendo oponível *erga omnes*.

A legitimação de tal direito decorre da finalidade da propriedade, devendo esta, portanto, atender a sua função social (inciso XXIII do artigo 5º supra).

Nesse sentir, leciona Guilherme Peña de Moraes que *"a propriedade é investigada sob o ângulo da titularidade, imanente ao Direito Privado, no qual a propriedade constitui um direito absoluto, isto é, oponível erga omnes, podendo o proprietário opô-lo à generalidade anônima dos indivíduos, e do exercício, inerente ao Direito Público, no qual a propriedade corresponde a um direito limitado, ou seja, condicionado à promoção do bem-estar social, devendo o proprietário exercê-lo sob pena de intervenção do Estado, em atenção à sua função social"* (Curso de Direito Constitucional, 9ª edição, p. 216).

Com efeito, a desapropriação é uma das formas de intervenção do Estado na propriedade privada, que pode se dar por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, e, em todos os casos, mediante justa e prévia indenização (artigo 5º, XXIV, da CF).

No caso, o perito do Juízo apurou o valor do imóvel em R\$ 20.028,00, para dezembro/2019. No tocante à metodologia, foi adotado o Método Comparativo Direto de Dados de Mercado, juntamente com o Método Involutivo Simplificado, com a coleta de elementos amostrais localizados na mesma região geoeconômica do imóvel avaliando.

Ademais, verifica-se do laudo que foram devidamente consideradas as seguintes características do imóvel: *"O lote está localizado no Jardim Guayanila, loteamento este considerado não implantado, situado em região de padrão baixo, no perímetro urbano na Cidade de Campinas/SP, com acesso por ruas sem pavimentação, que integram a malha municipal. O loteamento possui topografia plana, solo seco, sem presença de ruas abertas, sem pavimentação, sem guias ou sarjetas, drenagem, iluminação pública, rede de água e esgoto, além da inexistência de construções. Também não é servido por transporte público, coleta de lixo, correios, escolas, creches, postos de saúde. O loteamento não possui divisão oficial implantada, isto é, as ruas, quadras e lotes não possuem demarcação no local"*.

Com relação às impugnações da apelante em relação ao laudo pericial, entendo que não lhe assiste razão.

Primeiramente, registre-se que o artigo 12, §2º, da LC nº 76/93 dispõe que o montante da indenização, a ser estabelecido em sentença, deverá corresponder ao valor apurado na data da perícia, ou ao consignado pelo juiz, corrigido monetariamente até a data de seu efetivo pagamento.

Desse modo, a redação do artigo 26 do Decreto-Lei n.º 3.365/41, no sentido de que o valor da indenização será contemporâneo à avaliação, deve ser interpretada de maneira ampla, em conjunto com o que dispõe o artigo 12 supra, extraindo-se, assim, que a "avaliação" a que se refere se trata, na verdade, do laudo adotado pelo juiz para a fixação do justo preço, e não da avaliação administrativa.

Tal entendimento é esposado pelo C. Superior Tribunal de Justiça, conforme arestos abaixo transcritos:

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DESAPROPRIAÇÃO PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA. NÃO ACEITAÇÃO DO VALOR DA OFERTA. POSSIBILIDADE DE SE DETERMINAR A REALIZAÇÃO DE PERÍCIA. VALOR DA INDENIZAÇÃO. CONTEMPORANEIDADE DA AVALIAÇÃO. JUROS COMPENSATÓRIOS. IMÓVEL IMPRODUTIVO. INCIDÊNCIA. PRONUNCIAMENTO PELA SISTEMÁTICA DO ART. 543-C DO CPC (RESP 1.116.364/PI).

1. "Em se tratando de desapropriação, a prova pericial para a fixação do justo preço somente é dispensável quando há expressa concordância do expropriado com o valor da oferta inicial" (AgRg no REsp 993.680/SE, DJe de 19/3/2009).

2. O art. 26 do Decreto-Lei n.º 3.365/41, ao determinar que o valor da indenização seja contemporâneo à avaliação, assim o faz em relação ao laudo adotado pelo juiz para a fixação do justo preço, seja ele qual for, pouco

importando a data da imissão na posse ou mesmo a data da avaliação administrativa.

3. Corroborar esse entendimento a norma contida no art. 12, § 2º, da LC 76/93, segundo a qual “o valor da indenização corresponderá ao valor apurado na data da perícia, ou ao consignado pelo juiz, corrigido monetariamente até a data de seu efetivo pagamento”.

4. “A eventual improdutividade do imóvel não afasta o direito aos juros compensatórios, pois esses restituem não só o que o expropriado deixou de ganhar com a perda antecipada, mas também a expectativa de renda, considerando a possibilidade do imóvel `ser aproveitado a qualquer momento de forma racional e adequada, ou até ser vendido com o recebimento do seu valor à vista” (REsp 1.116.364/PI, Rel. Min. CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/5/2010, DJe de 10/9/2010).

5. Limitado o pedido do recurso especial à exclusão dos juros compensatórios por se tratar de imóvel rural improdutivo, tese rechaçada no julgamento do REsp 1.116.364/PI, ou, alternativamente, a redução do percentual desses juros para 6% (seis por cento) ao ano no período entre a edição da MP 1.577/97 e a liminar proferida na ADIn 2.332/DF (13.9.2001), deve o recurso ser conhecido nessa extensão, sob pena de se proferir julgamento ultra petita.

6. Agravo regimental não provido.” (g.n.)

(STJ - Segunda Turma - AgRg no AREsp nº 203423/SE, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 26/09/2013)

“PROCESSUAL CIVIL. DESAPROPRIAÇÃO PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA. JUSTA INDENIZAÇÃO. LAUDO PERICIAL. LIVRE CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA.

1. O TRF, após apreciação minuciosa dos fatos, concluiu que o laudo do perito oficial está conforme os ditames legais.

2. No ordenamento jurídico pátrio, o magistrado é livre para apreciar motivadamente as provas produzidas no processo, dando-lhes o valor que bem entender. No sistema de valoração de provas adotado pelo CPC, não há procedência de um tipo de prova sobre outro, como na idade média, período no qual as provas possuíam valores pré-estabelecidos.

3. Por isso, não procede a irresignação do recorrente quanto ao pronunciamento do magistrado singular, porque ele apreciou adequadamente todas as provas colacionadas aos autos e concluiu fundamentadamente sua decisão.

4. *O valor da indenização deve ser contemporâneo à avaliação, tendo como base o laudo adotado pelo juiz para a fixação do justo preço, pouco importando a data da imissão na posse ou mesmo a da avaliação administrativa. Resp 1.314.758/CE, Relator Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 24/10/2013) e AgRg no Resp 1.395.872/CE, Relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 25/10/2013).*

5. É pacífica a jurisprudência que admite a incidência de juros compensatórios em matéria de desapropriação para fins de reforma agrária, mesmo com relação aos TDAs, operando-se sobre estes a correção monetária. 6. Agravo Regimental não provido.” (g.n.)

(STJ - Segunda Turma - AgResp nº 201401376825, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 10/10/2014..DTPB:.)

No mais, a parte apelante não demonstrou que os elementos amostrais adotados pelo perito seriam inadequados à avaliação do lote em desapropriação, já que devidamente homogeneizados pelo índice de localização.

Noutro giro, no tocante à alegação de especulação imobiliária, as expropriantes não trouxeram dados objetivos para se calcular o quanto de especulação estaria incluída nessa valorização.

Desta feita, no cálculo do valor do imóvel, deve-se levar em consideração a valorização do mercado imobiliário local, o que não se confunde com especulação imobiliária. Nesse sentido, já decidiu este E. Tribunal:

“APELAÇÃO CÍVEL. RECURSO ADESIVO. DESAPROPRIAÇÃO POR UTILIDADE PÚBLICA. INFRAERO. UNIÃO. MUNICÍPIO DE CAMPINAS. VALOR DA INDENIZAÇÃO CONTEMPORÂNEO À DATA DA AVALIAÇÃO. VALOR DE MERCADO. ACOLHIMENTO DO LAUDO DA PERITA DO D. JUÍZO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NOS TERMOS DO DECRETO-LEI 3.365/41. RECURSOS PROVIDOS.

1. A demanda foi ajuizada pelo Município de Campinas, pela Infraero e pela União em face de Adriana Fernandes, visando à desapropriação por utilidade pública do imóvel de 970 m², correspondente ao lote 76 da quadra 15172, da Chácara Dois Riachos, em Campinas/SP, para fins de ampliação do Aeroporto Internacional de Viracopos. ofertando, a título de indenização, a quantia de R\$ 49.805,00, para agosto/2011.

2. A sentença julgou parcialmente procedente a ação, nos termos do artigo 487, I, do CPC, para declarar incorporado ao patrimônio da União o imóvel em questão, mediante pagamento de indenização no valor de R\$ 55.338,00, para agosto/2011, sobre o qual incidirá correção monetária, nos termos Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, e juros de mora, também nos termos do referido Manual, a partir do trânsito em julgado. Os autores foram condenados, solidariamente, ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 10% sobre a diferença entre o valor da oferta e da indenização.

3. Irresignada, a expropriada interpôs recurso de apelação, requerendo a concessão dos benefícios da justiça gratuita e, no mérito, a reforma da r. sentença, para que seja acolhido o valor da indenização apontado no laudo pericial, ou, subsidiariamente, o valor médio dos laudos.

4. Por sua vez, a INFRAERO interpôs recurso adesivo, pleiteando a fixação dos honorários advocatícios nos termos do artigo 27 Decreto-Lei n. 3.365/41.

(...)

13. *Ademais, observa-se que, para apurar o valor do imóvel, a perita adotou o método comparativo direto de dados de mercado, em razão de recomendação dos Membros da Comissão de Peritos Judiciais CPER-CAMP, “o qual consiste na identificação valor de mercado do bem por meio de tratamento técnico dos atributos dos elementos comparáveis, constituintes da amostra (NBR14653-1), adotando-se o seguinte procedimento:*

- Efetuamos pesquisa de mercado de Chácaras de Recreio em oferta para venda;
- Depois de investigados e selecionados, estes dados de mercado foram homogeneizados através do emprego dos seguintes fatores:

- Oferta (F0);
- Condições de Pagamento (FCP);
- Topografia (FT);
- Consistência de Solo (FCS)
- Melhoramentos Públicos (FMP)
- e Atualização (FA)".

14. Além disso, intimada a prestar esclarecimentos, a perita refutou, um a um, os argumentos dos assistentes técnicos das expropriantes, assinalando que: "Os valores obtidos junto ao relatório da CPERCAMP, com data base de setembro de 2010 encontram-se defasados pelo tempo já transcorrido, portanto não servem como parâmetro para avaliação, visto que se tratam de valores obtidos a mais de 6 (seis) anos, portanto em total desatendimento as recomendações do Instituto Brasileiro de Avaliações e Perícias do Estado de São Paulo (IBAPE/SP) e do Centro de Apoio aos Juizes das Varas da Fazenda Pública da Capital (CAJUFA), os quais determinam que a pesquisa de valores deve conter elementos contemporâneos a data da avaliação (...) Os preços dos bens imóveis no Brasil tiveram uma forte elevação nos últimos anos, fato que não se ateve exclusivamente ao entorno do aeroporto de Viracopos. Caso os laudos iniciais apresentados pelas autoras representassem todos os valores reais, não haveria ações de desapropriação, pois as partes envolvidas teriam acordado. Mas o procedimento de se fazer cadernos de preços, como o adotado pelas autoras, leva uma margem de erro de $\pm 20\%$, que são os bens imóveis que não se enquadram na base de dados utilizada no caderno de preços e para os quais os modelos matemáticos não se adequam".

15. Diante disso, claro está que não prospera o fundamento adotado pela r. sentença para acolher o valor apresentado pelo assistente técnico da Infraero e do Município de Campinas, qual seja, o fato se tratar de "avaliação fundada na média entre valores apurados em perícias realizadas em desapropriações de imóveis indicados no metalaudo elaborado pela Comissão de Peritos Judiciais de Campinas — CPERCAMP, nomeada pela Portaria Conjunta nº 01/2010 para estabelecer valores unitários dos imóveis atingidos pela ampliação do Aeroporto Internacional de Viracopos", uma vez que a aplicação dos critérios da CPERCAMP, instituídos em 2010, desprezaria a valorização do mercado imobiliário de Campinas/SP ocorrida até 2016 (data do laudo).

16. Assim, conforme bem consignado pela perita, no cálculo do valor do imóvel, deve-se levar em consideração a valorização do mercado imobiliário local, o que não se confunde com especulação imobiliária. Precedente.

17. Cumpre assinalar, também, que o laudo pericial foi elaborado por profissional competente, de confiança do Juízo e equidistante das partes, não havendo nada nos autos que possa desabonar o seu trabalho. Ao contrário, a perita apresentou laudo minucioso e prestou novos esclarecimentos às partes, quando solicitados. Precedente.

18. Dessa forma, acolhe-se o valor da indenização apontado pela perita do D. Juízo, qual seja, R\$ 172.103,22, para agosto/2016, que deverá ser corrigido pelos índices de correção monetária previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal.

19. Em relação ao recurso adesivo da INFRAERO, observa-se que, de fato, nas ações de desapropriação, os honorários sucumbenciais devem ser fixados em conformidade com a regra disposta no art. 27, § 1º, do Decreto-Lei nº 3.365/41, com redação dada pela MP nº 1.997-37/2000, posteriormente reeditada para a MP nº 2.183-56/2001.

20. Com efeito, a sentença proferida após a edição da citada Medida Provisória, que fixar indenização em valor superior ao preço inicialmente oferecido, deverá condenar o expropriante a pagar honorários advocatícios no patamar de 0,5% (meio por cento) a 5% (cinco por cento) sobre o valor da diferença.

21. Ademais, respeitado o parâmetro estabelecido no mencionado Decreto-Lei, o arbitramento dos honorários deve se pautar em uma apreciação equitativa dos critérios contidos no § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil/1973 (§8º do artigo 85 do CPC/2015).

22. Sendo assim, com base nos referidos critérios, bem como tendo em vista que, apesar do zelo demonstrado pela patrona da expropriada, a causa não demonstrou complexidade incomum, fixa-se a verba honorária em 3% (três por cento) sobre a diferença entre o valor total da indenização estabelecido neste v. acórdão e o valor inicialmente ofertado.

23. *Apelação e Recurso Adesivo providos.*" (g.n.)

(TRF 3ª Região - Primeira Turma, AC n. 0006169-45.2013.4.03.6105, Rel. Juíza Federal Convocada Denise Avelar, DJe 07/05/2020)

"DESAPROPRIAÇÃO. UTILIDADE PÚBLICA. VALOR DA INDENIZAÇÃO. VALOR DE MERCADO. JUROS COMPENSATÓRIOS E MORATÓRIOS. REVISÃO DO VALOR DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ARTIGO 27 DO DECRETO-LEI 3.365/41. CUSTAS PROCESSUAIS. PROPORCIONAIS. REVOGAÇÃO DA IMISSÃO NA POSSE. DILIGÊNCIA AO SR. PERITO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO. APELAÇÃO DA RÉ IMPROCEDENTE. APELAÇÃO DO AUTOR PARCIALMENTE PROCEDENTE.

1. Não deve ser conhecido o agravo retido interposto pelos expropriados, eis que não requereram expressamente sua apreciação por este Tribunal em suas razões de apelação, nos termos do artigo 523, § 1º, do antigo Código de Processo Civil, vigente à época.

2. Quanto à remessa oficial, observo que, nos termos do parágrafo 1º, do art. 28, do Decreto-Lei nº 3365/41, que dispõe sobre desapropriação por utilidade pública, somente haverá remessa necessária na hipótese de a sentença condenar a Fazenda Pública em quantia superior ao dobro da oferecida. No caso, a sentença fixou a indenização em 82% do que foi ofertado pelo porte público, razão pela qual não é hipótese de remessa oficial.

3. Observo que o valor fixado pelo juízo *a quo*, levou em consideração a área medida do terreno (localizada dentro dos limites do que foi desapropriado) e as benfeitorias (edificações e pista de adestramento de animais), chegando ao valor total de R\$ 60.862,30 (sessenta mil, oitocentos e sessenta e dois reais e trinta centavos).

4. *O valor arbitrado pelo juízo de origem foi feito com base no laudo pericial de fls. 308/317, a qual o expert apresentou laudo de avaliação circunstanciado e discriminativo do bem, contendo, inclusive, método comparativo de dados de mercado, pesquisas na região e informações constantes do Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil- SINAPI, sistema de pesquisa mensal que informa os custos e índices da construção civil em cada região do país, servindo basicamente como referência para os custos de obras e para o cálculo do valor dos imóveis, em obediência às normas de avaliações da ABNT.*

5. Não há que se falar na indenização da área remanescente, tendo em vista que não ficou comprovada que com a desapropriação houve desvalorização ou

prejuízo do remanescente imóvel. Deveria estar demonstrada que a área remanescente foi significativamente afetada em suas conjunções de exploração econômica.

6. Observo, ainda, no caso, que as discussões acerca dos lucros cessantes possivelmente sofridos pelos expropriados em face da possível desvalorização da área remanescente do imóvel, é questão alheia ao processo expropriatório, tendo que ser resolvida em ação própria, conforme dispõe o art. 20 do Decreto-Lei nº 3.365/41.

7. Do quanto anotado, resta claro que, em primeiro grau, o magistrado adotou os parâmetros do perito judicial, por entender que estes refletiam corretamente a situação do imóvel.

8. As partes não trouxeram aos autos fundamentos e provas capazes de afastar a certeza da estimativa apresentada pelo perito judicial, de modo que o preço fixado pelo expert atende ao princípio constitucional da justa da indenização.

9. A avaliação realizada por auxiliar do Juízo, goza de fé pública, que somente pode ser infirmada diante de prova idônea em contrário. É que prevalece a presunção "juris tantum" de veracidade das afirmações do perito judicial.

10. A base de cálculo dos juros compensatórios é a diferença entre o valor da indenização e 80% do valor do depósito inicial.

11. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que os honorários advocatícios devem ser fixados entre meio e cinco por cento do valor da diferença entre o preço oferecido e o valor da indenização fixado na sentença, nos termos do art. 27, § 1º, do Decreto-lei nº 3365/41, com a redação dada pela MP nº 2183-56 de 2001.

12. O percentual de 5% sobre o valor da condenação, que corresponde à diferença entre o valor ofertado e o valor ora fixado, ambos corrigidos monetariamente, a serem pagos pelo ente público, revela-se coerente com o trabalho realizado nos autos, bem como atende ao princípio da sucumbência, respeitadas as determinações do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

13. Na hipótese dos autos, a sucumbência do expropriante foi parcial, vez que a parte expropriada insistiu em receber valor maior do que aquele fixado pelo Sr. Perito, razão pela qual as custas processuais serão proporcionalmente repartidas, nos termos do art. 30 do Decreto-lei nº 3.365/41.

14. Não há qualquer fundamento o pedido de revogação da imissão na posse, na medida em que o ato procede da própria lei, nos termos do art. 15, § 1º, do Decreto Lei nº 3.365/41. Não há prova de qualquer nulidade no procedimento expropriatório feito pelo ente público.

15. Não há qualquer fundamento para a diligência no sentido de que o Sr. Perito responda adequadamente todos os quesitos formulados pelos expropriados, na medida em que o mesmo além de responder adequadamente todos os quesitos, forneceu os esclarecimentos necessários à avaliação do imóvel objeto da desapropriação, de modo que o processo encontra-se devidamente instruído.

16. Observa-se, ainda, que alguns quesitos levantados pela parte expropriada são matérias estranhas à lide expropriatória, elementos que não foram considerados para composição do preço final.

17. Quanto à condenação do expropriante, ora apelado, ao reembolso das despesas com IPTU relativas ao exercício de 2009, observo que o tema aqui reivindicado não foi alegado e nem analisado em primeiro grau de jurisdição, o que implica em supressão de instância.

18. No que concerne aos juros moratórios, o artigo 15-B do Decreto-Lei nº 3.365/41 fixa o termo inicial dos juros de mora em 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, nos termos do artigo 100 da Constituição Federal e da Súmula Vinculante nº 17. Os juros moratórios foram fixados pelo juízo *a quo* corretamente, devendo ser mantida.

19. Quanto à condenação do apelado ao pagamento dos honorários do assistente técnico dos apelantes tomando-se por base os honorários do perito (R\$ 1.056,60 fls. 237/238 dos autos), o tema aqui reivindicado não foi analisado em primeiro grau de jurisdição, o que implica em supressão de instância.

20. Agravo retido não conhecido. Apelação da parte ré improcedente. Apelação da parte autora parcialmente procedente." (g.n.) (TRF 3ª Região - Quinta Turma - AC nº 0007502-60.2008.4.03.6120, Rel. Des. Fed. Paulo Fontes, DJF3 Judicial 1 DATA:15/08/2017)

Ressalte-se, outrossim, que o laudo pericial foi elaborado por profissional competente, de confiança do Juízo e equidistante das partes, não havendo nada nos autos que possa desabonar o referido trabalho.

Sobre o tema, colaciono jurisprudência deste E. Tribunal:

"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO POR UTILIDADE PÚBLICA. DESISTÊNCIA. VALOR DO IMÓVEL. LAUDO PERICIAL. JUROS COMPENSATÓRIOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. BASE DE CÁLCULO.

1. As custas processuais foram integralmente recolhidas por ocasião da distribuição da ação de desapropriação.

2. O perito é auxiliar do juízo (CPC, art. 139), em relação ao qual tem o dever de cumprir escrupulosamente o encargo que lhe é cometido, enquanto que os assistentes técnicos são de confiança da parte (CPC, art. 422). *Em sede de ação de desapropriação, a jurisprudência é no sentido de que não se deve subestimar o laudo oficial elaborado por perito judicial equidistante das partes em favor do laudo divergente de assistente técnico, sem que as razões da parte interessada apontem óbices objetivos consistentes contra o laudo oficial* (TRF da 3ª Região, AC n. 94030712660, Rel. Juiz Fed. Conv. Ferreira da Rocha, j. 24.07.06; AC n. 94030436999, Rel. Des. Fed. Johnson Di Salvo, j. 23.11.99; AC n. 200003990689072, Rel. Des. Fed. Luiz Stefanini, j. 29.03.05; AC n. 90030391840, Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, j. 04.08.03).

3. *Considero adequado o valor do imóvel indicado no laudo pericial, baseado em Norma para Avaliação de Imóveis Urbanos do IBAPE/SP, em consonância com a NBR 5676/89.*

4. No que concerne aos juros compensatórios, com o advento da Medida Provisória n. 1.577, de 11.06.97, art 3º, sucedida pela Medida Provisória n. 2.183-56, de 24.08.01, foi introduzida a regra segundo a qual incidiriam sobre a "diferença eventualmente apurada". O Supremo Tribunal Federal apreciou a constitucionalidade desse dispositivo, decidiu o seguinte: "deve-se dar a ela interpretação conforme a Constituição, para se ter como constitucional o entendimento de que essa base de cálculo será a diferença eventualmente apurada entre 80% do preço ofertado em juízo e o valor do bem fixado na sentença" (ADI-MC n. 2.332-DF, Rel. Min. Moreira Alves,

maioria, j. 05.09.01), pois o § 2º do art. 33 do Decreto-lei n. 3.365/41 concede ao expropriado a faculdade de levantar aquela porcentagem da oferta procedida pelo ente expropriante. Incide, de todo modo, o princípio *tempus regit actum*, de maneira tal que a nova regra e sua interpretação conforme à Constituição dada pelo Supremo Tribunal Federal somente surtem efeitos em relação às ações propostas depois de 11.06.97 (edição da MP n. 1.577/97) (STJ, REsp n. 770.559, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 17.08.06), na esteira do entendimento estabelecido pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ, 1ª Seção, REsp n. 437.577, Rel. Min. Castro Meira), o qual vem sendo observado por aquele tribunal (STJ, REsp n. 955.474, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 04.09.07; REsp n. 908.239, Rel. Min. Denise Arruda, j. 21.08.07). Em conclusão, a base de cálculo dos juros compensatórios será: a) para as ações propostas anteriormente a 11.06.97, o valor da indenização ; b) para as ações propostas posteriormente a 11.06.97, o valor correspondente à diferença entre 80% (oitenta por cento) da oferta e o valor do bem fixado na sentença.

5. Considerando-se que a ação de desapropriação foi ajuizada em 12.08.97, a base de cálculo dos juros compensatórios deve ser o valor correspondente à diferença entre 80% da oferta e o valor do bem fixado na sentença.

6. Os honorários advocatícios devem observar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça que, em julgamento pelo rito dos recursos repetitivos (CPC, art. 543-C), afirmou que, em sede de desapropriação, os honorários advocatícios devem ser arbitrados entre meio e cinco por cento do valor da diferença entre o preço oferecido e o valor da indenização fixado na sentença, conforme prevê o art. 27, § 1º, do Decreto-lei n. 3.365/41, com redação dada pela MP n. 2.183-56/01 (STJ, REsp n. 1114407, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 09.12.09; AgRg no REsp n. 1061703, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 24.03.09; REsp 980.850, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 16.12.08; TRF da 3ª Região, ApelReex n. 00061323319994036000, Rel. Des. Fed. José Lunardelli, j. 29.11.11).

7. Assim, os honorários advocatícios devem observar o disposto no art. 27, § 1º, do Decreto-lei n. 3.365/41, sendo calculados em 5% sobre a diferença entre o preço oferecido e o valor fixado na sentença.

8. Provida a apelação da autora. Apelação adesiva dos réus não provida." (g.n.)

(TRF 3ª Região - Quinta Turma, AC nº 0029181-65.1997.4.03.6100/SP, Rel. Des. Fed. ANDRÉ NEKATSCHALOW, e-DJF3 Judicial 1 DATA:05/05/2015)

Dessa forma, irrepreensível a r. sentença ao fixar a indenização nos termos do laudo pericial produzido nos autos.

Em face do exposto, *nego provimento à apelação*, nos termos da fundamentação.

É o voto.

APELAÇÃO CÍVEL **000011-18.2015.4.03.6100**

Apelante: TRANSGIRES TRANSPORTES LTDA.
Apelada: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 10/02/2023

EMENTA

ADMINISTRATIVO. EXECUÇÃO CONTRATUAL. CONTRATO ADMINISTRATIVO. MULTA. VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO DA LICITAÇÃO. AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO APTA A JUSTIFICAR O NÃO CUMPRIMENTO DO CONTRATO.

- TRANSGIRES TRANSPORTES LTDA. impetrou o presente mandado de segurança contra suposto ato coator do GERENTE DE ADMINISTRAÇÃO DA EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. Alega que firmou contrato de locação de veículos automotores, tipo Furgão, com capacidade mínima de 1.000 kg, tendo cumprido o contrato e entregando 39 veículos zero quilômetros. Alega que o anexo 2 do contrato estabelece a exigência de substituição dos veículos por veículos novos quando atingissem 70.000 Km rodados ou 30 meses de uso a contar da assinatura do contrato.

- Afirma, ainda, que o veículo que se enquadra nos requisitos da contratação é o modelo Kombi. No entanto, o referido veículo deixou de ser fabricado em dezembro de 2014, inviabilizando a renovação da frota. Acrescenta que nenhum outro furgão similar supre o previsto no edital e que, mesmo que fosse possível a substituição, o custo seria muito maior, acarretando um desequilíbrio contratual. Por essa razão, a autoridade impetrada, depois de notificá-la para o cumprimento do contrato, impôs multa no valor de R\$ 60.919,33, o que entende ser indevido, em razão da incidência da teoria da imprevisão.

- Ratifica-se, de imediato, o entendimento adotado em primeira instância no sentido da inexistência do direito líquido e certo alegado pela apelante.

- Como se vê, o objeto do contrato de locação é "*veículos automotores tipo furgão com capacidade mínima de 1.000 kg e cubagem mínima de 4,5 m³*". O anexo 2 traz a mesma descrição, mas acrescenta algumas especificações técnicas. Consta, como obrigação da contratada, a substituição dos veículos por zero quilômetros, quando os anteriores atingirem 70.000 quilômetros rodados ou 30 meses contados da data de entrega, o que ocorrer primeiro. E, no caso de descumprimento de

obrigação prevista no contrato, a contratada fica sujeita à aplicação de pena de multa, prevista no item 8.1 e seguintes.

- Assim, em razão da apelante não conseguir renovar a frota, devida a cobrança da multa.

- Ademais, como observado na r. sentença: *"não há, a meu ver, aplicação da teoria da imprevisão, eis que há outros veículos que podem substituir o veículo Kombi, inicialmente oferecido pela impetrante, como ela mesma indicou em sua inicial, com exceção da especificação prevista para o combustível. Ademais, permitir o não cumprimento de cláusula contratual afrontaria o princípio da isonomia e da vinculação ao edital, eis que todos os participantes da licitação se sujeitaram às mesmas regras a fim de apresentar suas propostas, sendo que a impetrante se sagrou vencedora e firmou o contrato, ora questionado. O princípio da vinculação ao edital, no dizer de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, "obriga a Administração a respeitar estritamente as regras que haja previamente estabelecido para disciplinar o certame, como, aliás, está consignado no art. 41 da Lei 8.666." (Curso de Direito Administrativo, Malheiro Editores, 14ª ed., 2002, pág. 476). Também não há prova, nos autos, que indique que as modificações das condições são graves a ponto de inviabilizar a execução do contrato nas condições originalmente pactuadas".*

- R. sentença mantida.

- Apelação não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à apelação interposta por TRANSGIRES TRANSPORTES LTDA., mantida integralmente, a r. sentença, nos termos do voto da Des. Fed. MÔNICA NOBRE (Relatora), com quem votaram o Des. Fed. MARCELO SARAIVA e o Juiz Fed. Conv. SIDMAR DIAS MARTINS. Ausente, justificadamente, o Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE, substituído pelo Juiz Fed. Conv. SIDMAR DIAS MARTINS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta por TRANSGIRES TRANSPORTES LTDA. visando a reforma da r. sentença que, em mandado de segurança, julgou improcedente o pedido e denegou a segurança.

Em seu recurso, TRANSGIRES TRANSPORTES LTDA. reafirma os argumentos trazidos na inicial.

Com contrarrazões, subiram os autos a este Egrégio Tribunal Regional Federal.

Com vista à Procuradoria Regional da República da 3ª Região, foi ofertado o parecer, com manifestação pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

TRANSGIRES TRANSPORTES LTDA. impetrou o presente mandado de segurança contra suposto ato coator do GERENTE DE ADMINISTRAÇÃO DA EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS.

Alega que firmou contrato de locação de veículos automotores, tipo Furgão, com capacidade mínima de 1.000 kg, tendo cumprido o contrato e entregando 39 veículos zero quilômetros. Alega que o anexo 2 do contrato estabelece a exigência de substituição dos veículos por veículos novos quando atingissem 70.000 Km rodados ou 30 meses de uso a contar da assinatura do contrato.

Afirma, ainda, que o veículo que se enquadra nos requisitos da contratação é o modelo Kombi. No entanto, o referido veículo deixou de ser fabricado em dezembro de 2014, inviabilizando a renovação da frota. Acrescenta que nenhum outro furgão similar supre o previsto no edital e que, mesmo que fosse possível a substituição, o custo seria muito maior, acarretando um desequilíbrio contratual.

Por essa razão, a autoridade impetrada, depois de notificá-la para o cumprimento do contrato, impôs multa no valor de R\$ 60.919,33, o que entende ser indevido, em razão da incidência da teoria da imprevisão.

Pois bem.

Ratifico, de imediato, o entendimento adotado em primeira instância no sentido da inexistência do direito líquido e certo alegado pela apelante.

Como se vê, o objeto do contrato de locação é *"veículos automotores tipo furgão com capacidade mínima de 1.000 kg e cubagem mínima de 4,5 m"*.

O anexo 2 traz a mesma descrição, mas acrescenta algumas especificações técnicas. Consta, como obrigação da contratada, a substituição dos veículos por zero quilômetros, quando os anteriores atingirem 70.000 quilômetros rodados ou 30 meses contados da data de entrega, o que ocorrer primeiro. E, no caso de descumprimento de obrigação prevista no contrato, a contratada fica sujeita à aplicação de pena de multa, prevista no item 8.1 e seguintes.

Assim, em razão da apelante não conseguir renovar a frota, devida a cobrança da multa.

Ademais, como observado na r. sentença: *"não há, a meu ver, aplicação da teoria da imprevisão, eis que há outros veículos que podem substituir o veículo*

Kombi, inicialmente oferecido pela impetrante, como ela mesma indicou em sua inicial, com exceção da especificação prevista para o combustível.

Ademais, permitir o não cumprimento de cláusula contratual afrontaria o princípio da isonomia e da vinculação ao edital, eis que todos os participantes da licitação se sujeitaram às mesmas regras a fim de apresentar suas propostas, sendo que a impetrante se sagrou vencedora e firmou o contrato, ora questionado.

O princípio da vinculação ao edital, no dizer de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, "obriga a Administração a respeitar estritamente as regras que haja previamente estabelecido para disciplinar o certame, como, aliás, está consignado no art. 41 da Lei 8.666." (Curso de Direito Administrativo, Malheiro Editores, 14ª ed., 2002, pág. 476).

Também não há prova, nos autos, que indique que as modificações das condições são graves a ponto de inviabilizar a execução do contrato nas condições originalmente pactuadas. A r. sentença deve ser mantida".

Diante do exposto, *nego provimento* à apelação interposta por TRANSGIRES TRANSPORTES LTDA. Mantenho, integralmente, a r. sentença.

APELAÇÃO CÍVEL 0000271-89.2015.4.03.6005

Apelante: UNIÃO FEDERAL
Apelado: RODRIGO PILONETO TRINDADE
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ZAUHY
Disponibilização do Acórdão: DJEN 09/02/2023

EMENTA

ADMINISTRATIVO. MILITAR TEMPORÁRIO. REINTEGRAÇÃO. ACIDENTE EM SERVIÇO. NEXO CAUSAL. MANUTENÇÃO ÀS FILEIRAS. TRATAMENTO DE SAÚDE. COMPROVAÇÃO. RECUPERAÇÃO DA LESÃO. OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE INVALIDEZ. APELAÇÃO DA UNIÃO PROVIDA.

1. Narra o autor, em síntese, que ingressou no Exército em 1º/03/2011 e em abril de 2013 sofreu acidente enquanto realizava atividade física obrigatória, vindo a fraturar a fíbula da perna esquerda, o qual teria sido considerado "acidente em serviço" em sindicância interna. Aduz que foi licenciado em 28/02/2014, antes de se encontrar recuperado da lesão, e, por não estar em condições ideais de saúde, afirma que o ato deveria ser reputado ilegal. Sustenta que por se encontrar inválido para a profissão militar em razão de acidente em serviço, faz jus à reintegração para tratamento médico e à reforma.
2. Sobreleva diferenciar o conceito de militares temporários por exclusão, como sendo aqueles que não pertencem à categoria dos militares estáveis (quadro efetivo permanente ou estabilizados). Daí que, o serviço militar temporário tem a natureza jurídica de vínculo precário do militar com a Administração, em razão de prestação temporária do serviço militar por tempo determinado, com a possibilidade de prorrogações de tempo (engajamentos e reengajamentos), sob os critérios de discricionariedade da Administração Militar.
3. O serviço militar temporário pode ser prestado sob duas modalidades: serviço obrigatório, por força da CF/88 art. 143 e de forma voluntária, com ingresso através de processo seletivo simplificado, de convocação regional, diverso de concurso público de convocação nacional, sendo ambos por prazo determinado ou com possibilidade de prorrogação do tempo de serviço, após o término do prazo determinado.
4. Cumpre registrar que a Lei 13.954/2019 trouxe alterações significativas quanto ao regime jurídico dos militares, especialmente no

tocante as hipóteses de licenciamento e desligamento por incapacidade para o serviço nas Forças Armadas. Com relação à incapacidade do militar, na redação anterior a Lei 6.880/80, mencionava “militares da ativa”, incluindo dentre eles tanto os militares de carreira e temporários. No entanto, na redação trazida pela Lei 13.954/2019 houve expressa diferenciação no tratamento dos militares de carreira e dos temporários. Da leitura dos dispositivos, se deduz que o militar temporário só poderá ser reformado em caso de invalidez total e permanente para qualquer atividade laboral, pública ou privada (artigo 109, §2º e 3º incluídos pela Lei 13.954/2019).

5. O art. 111, inciso I, da Lei 6.880/80, na redação original, afirma que somente o militar com estabilidade assegurada terá direito a reforma sem necessidade de comprovação da relação de causa e efeito entre a moléstia ou lesão e a prestação do serviço castrense. Conforme a redação do inciso II, ao militar temporário será concedida a reforma se constatado que este é inválido total e permanentemente para qualquer trabalho, caso que será dispensada a comprovação do nexos causal. O inciso II exige do militar temporário em caso de incapacidade definitiva somente para o serviço nas Forças Armadas, existência da relação de causa e efeito, para a concessão da reforma.

6. Da conjugação dos artigos 108, IV e art. 111. II conduz-se à conclusão de que, para a reforma do militar temporário, em caso de incapacidade definitiva para as Forças Armadas, deverá ser demonstrada a existência de relação de causa e efeito entre a doença ou lesão com as condições do labor militar.

7. Se o militar temporário tem direito à reforma quando a incapacidade definitiva derivar do exercício de sua função (nexos causal), do mesmo modo também terá direito à reintegração, o militar cuja incapacidade seja curável e passível de recuperação, se estiver relacionada com o serviço castrense, para efeitos de tratamento de saúde e percepção de soldo.

8. O STJ possui o entendimento de que “o militar temporário, acometido de debilidade física ou mental não definitiva, não pode ser licenciado, fazendo jus à reintegração ao quadro de origem para tratamento médico-hospitalar adequado à incapacidade temporária, como adido, sendo-lhe assegurada a percepção de soldo e demais vantagens remuneratórias desde a data do indevido licenciamento até sua recuperação” (AgRg no REsp 1.545.331/PE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 17/9/2015, DJe 28/9/2015; AgInt no REsp 1628860/PE, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/10/2020, DJe 09/10/2020).

9. Do exame da Folha de Alterações (141456392 - Pág. 30/ss.), se verifica que o militar foi incorporado em 01.03.2011 através de Plano Regional de Convocação, serviço inicial para as Forças Armadas. A fim de apurar o acidente foi aberta Sindicância que concluiu pelo

reconhecimento de acidente em serviço, ocorrido no dia 13 de abril de 2013, enquanto o militar participava de treinamento da equipe de futebol, sofrendo torção no tornozelo esquerdo e fratura da fíbula da perna esquerda, após pisar em um buraco do campo de futebol (141456392 - Pág. 36/37).

10. Através de Informações prestadas pelo Exército, o militar, antes de ser licenciado a contar de 01.03.2014 (141456394 - Pág. 33), foi submetido a Inspeção de Saúde realizada em 03.01.2014 (141456394 - Pág. 32), tendo sido julgado "Apto", com a observação: pode exercer atividades civis. Após o licenciamento, o militar ingressou com procedimento interno de requerimento de prorrogação de tempo de serviço, o qual foi indeferido (141456394 - Pág. 34).

11. O laudo pericial (141456397 - Pág. 15/ss.) concluiu: *"a) É portador de sequela de fratura de tornozelo esquerdo, que lhe causa irritações no arco de movimento e leve claudicação - CID T93. b) Restou caracterizado o nexó de causalidade com o acidente relatado. c) Apresenta incapacidade definitiva para as atividades militares, mas não é incapaz para atividades civis. d) Mantém satisfatoriamente suas relações interpessoais com capacidade de compreensão e comunicação. e) Não precisa da ajuda permanente de terceiros para suas necessidades básicas de higiene e alimentação - não é incapaz para a vida independente. f) Data do início da doença (DII): abril de 2013. data do acidente relatado."*

12. Em que pese a argumentação do autor de que é portador de sequelas permanentes e incapacitantes para qualquer trabalho em decorrência do acidente sofrido durante a prestação do serviço militar - torção no tornozelo em jogo de futebol -, o autor relatou ao médico perito (141456397 - Pág. 17) que posteriormente ao desligamento, exerceu atividade laborativa na empresa CIARAMA, como serviços gerais, fato que demonstra a ausência de incapacidade laborativa do autor para atividade civil, bem como afasta qualquer alegação de invalidez.

13. Se verifica do próprio relato do militar no laudo pericial que logo após o acidente foi levado ao hospital Santa Rita em Dourados, onde foi submetido a cirurgia pelo Dr. André Vidigal, com colocação de placa e parafusos para reparo de ligamento do tornozelo esquerdo. Afirma, que fez sessões de fisioterapia e informa que após 3 meses da cirurgia, passou a cumprir expediente na caserna (serviço administrativo) e exerceu funções de padeiro e garçom no quartel, a concluir que, o militar mesmo após o acidente, se manteve em atividades militares, a afastar a incapacidade de exercício de atividades militares, ainda que em funções adaptadas a condição física do militar.

14. Muito embora o nexó causal esteja presente em razão de acidente ocorrido durante o serviço militar, se deduz que o autor ao ser desligado do serviço militar, se encontrava com a lesão sofrida em

serviço complemente tratada e estava em plenas condições de saúde, tanto que, apto a exercer atividades administrativas e na cozinha do Comando Militar. A concluir que a Administração Militar cumpriu com o dever de oferecer a assistência médica, fisioterápica e todos os meios disponíveis da medicina especializada para a melhora ou estabilização da lesão do autor. O que demonstra a capacidade laborativa, eis que, após o desligamento, exerceu atividade privada na empresa Ciarama Máquinas (141456394 - Pág. 53).

15. Acrescente-se que, não comprovado nos autos que o autor é inválido ou seja incapacitado totalmente para qualquer labor, não é cabível, no caso concreto, o reconhecimento da reforma "ex officio" no grau imediato ao que possuía na ativa, por falta de seus requisitos ensejadores, sendo de rigor a reforma da sentença.

16. No concernente à indenização por danos morais, tem-se que para a configuração do dano moral, à luz da CF/88, é necessária a ocorrência de ato ilícito na esfera da responsabilidade civil com resultado de um dano que viole o direito à dignidade da pessoa humana, não configurando dano toda e qualquer repercussão na esfera patrimonial do ofendido. O efetivo dano moral deve ser caracterizado pela violação ao um bem imaterial, isto é intimidade, vida privada, honra, imagem ou integridade psíquica do ofendido.

17. Não há nos autos qualquer prova da conduta negligente, abusiva ou ilegal por parte da Administração Militar, ou realização de ato diverso da forma prevista em legislação e normas específicas de cada Força Singular que possa ser considerada lesiva à moral do autor, a caracterizar prejuízo à dignidade do militar, sendo indevida a indenização por danos morais.

18. Quanto a alegação da apelante acerca ausência de alegações finais, a gerar a nulidade da sentença, deve ser afastada, pois se encontra acostado aos autos despacho do Juízo 'a quo', que abriu vista a União para se manifestar sobre a prova pericial e posteriormente a União se manifestou sobre o laudo pericial em 17/02/2020 (141456401 - Pág. 1/2).

19. Igualmente, não prospera a alegação de necessidade de devolução dos valores devidos a título de compensação pecuniária ao militar, isto porque, trata-se de espécie de indenização ao militar que, ao término da prorrogação do tempo de serviço, foi licenciado "ex officio", possui natureza assistencial, porquanto visa compensar aquele militar que foi excluído involuntariamente a retornar à vida civil e ao mercado de trabalho.

20. O militar foi licenciado "ex officio" em razão de término de tempo de serviço, faz jus a referida verba, mormente em razão do licenciamento ter sido por término de prorrogação do tempo de serviço, ou seja, quando a própria Administração, por critérios de

conveniência e oportunidade, indefere o pedido de reengajamento do militar temporário a prorrogação do serviço.

21. Inversão da sucumbência.

22. Apelação provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Primeira Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação da União para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação da União nos autos de ação ordinária objetivando a anulação do ato administrativo que licenciou o autor do Exército, para que seja reintegrado ao serviço militar fim de prosseguir no seu tratamento médico, com o recebimento de vencimentos e seja procedida consequente reforma, bem como para que o ente público seja condenado à compensação por danos morais.

A sentença deu parcial provimento ao pedido para declarar a nulidade do licenciamento do militar e condenar a ré a proceder à sua reforma com a remuneração calculada com base no soldo correspondente ao grau hierárquico imediato ao que possuía na ativa, bem como ao pagamento de valores em atraso desde a data do licenciamento (28/02/2014), devidamente corrigidos desde esta data, na forma do tanto quanto julgado pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 870.947. Ainda, o Magistrado deferiu a antecipação da tutela para determinar à União que proceda a reforma no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, sob pena de multa diária na razão de 300 (trezentos) reais ao dia em caso de descumprimento. Condenou a ré em honorários fixados em 10% do valor do proveito econômico obtido.

A União apelou, pugnado pela reforma da sentença, sustentando, em suma, necessidade de anulação da sentença a fim de que se determine a produção de nova prova pericial ou determine a abertura de prazo de razões finais escritas, no caso de ser mantida a sentença, deve ser reformada no ponto que determinou a proventos de grau hierárquico imediato, e, cumulativamente, no sentido de reconhecer a compensação dos valores recebidos a título de "compensação pecuniária" e pelo "plus" ilegal da diferença entre proventos de soldado reformado e de terceiro-sargento, em cumulação, que o apelado seja condenado ao pagamento de 10% de honorários sucumbenciais sobre o proveito econômico que deixou de auferir pela sucumbência quanto ao pedido de tutela condenatória por danos morais, somados ao percentual pela sucumbência nesta fase recursal.

Em decisão liminar acerca do pedido de efeito suspensivo à apelação interposto pela UNIÃO, foi parcialmente deferido o pedido a fim de suspender a eficácia da sentença no ponto que concedeu a reforma com a remuneração calculada com base no soldo correspondente ao grau hierárquico imediato ao que possuía na ativa, devendo ser considerado o grau hierárquico que o requerido possuía no momento da reforma. (141456411 - Pág. 1/4).

Com contrarrazões.

É o relatório.

VOTO

Narra o autor, em síntese, que ingressou no Exército em 1º/03/2011 e em abril de 2013 sofreu acidente enquanto realizava atividade física obrigatória, vindo a fraturar a fíbula da perna esquerda, o qual teria sido considerado "acidente em serviço" em sindicância interna.

Aduz que foi licenciado em 28/02/2014, antes de se encontrar recuperado da lesão, e, por não estar em condições ideais de saúde, afirma que o ato deveria ser reputado ilegal. Sustenta que por se encontrar inválido para a profissão militar em razão de acidente em serviço, faz jus à reintegração para tratamento médico e à reforma.

Inicialmente, sobreleva diferenciar o conceito de militares temporários por exclusão, como sendo aqueles que não pertencem à categoria dos militares estáveis (quadro efetivo permanente ou estabilizados). Daí que, o serviço militar temporário tem a natureza jurídica de vínculo precário do militar com a Administração, em razão de prestação temporária do serviço militar por tempo determinado, com a possibilidade de prorrogações de tempo (engajamentos e reengajamentos), sob os critérios de discricionariedade da Administração Militar.

O serviço militar temporário pode ser prestado sob duas modalidades: serviço obrigatório, por força da CF/88 art. 143 e de forma voluntária, com ingresso através de processo seletivo simplificado, de convocação regional, diverso de concurso público de convocação nacional, sendo ambos por prazo determinado ou com possibilidade de prorrogação do tempo de serviço, após o término do prazo determinado.

Cumprе registrar que a Lei 13.954/2019 trouxe alterações significativas quanto ao regime jurídico dos militares, especialmente no tocante as hipóteses de licenciamento e desligamento por incapacidade para o serviço nas Forças Armadas. Com relação à incapacidade do militar, na redação anterior a Lei 6.880/80, mencionava "militares da ativa", incluindo dentre eles tanto os militares de carreira e temporários. No entanto, na redação trazida pela Lei 13.954/2019 houve expressa diferenciação no tratamento dos militares de carreira e dos militares temporários.

No tocante a matéria, destaca-se os dispositivos da Lei 6.880/80 com a nova redação dada pela Lei 13.954/2019:

“Art. 106. A reforma será aplicada ao militar que: (Redação dada pela Lei nº 13.954, de 2019)

I. (...)

II - se de carreira, for julgado incapaz, definitivamente, para o serviço ativo das Forças Armadas; (Redação dada pela Lei nº 13.954, de 2019)

II-A. se temporário: (Incluído pela Lei nº 13.954, de 2019)

a) for julgado inválido; (Incluído pela Lei nº 13.954, de 2019)

b) for julgado incapaz, definitivamente, para o serviço ativo das Forças Armadas, quando enquadrado no disposto nos incisos I e II do caput do art. 108 desta Lei; (Incluído pela Lei nº 13.954, de 2019)

III - estiver agregado por mais de 2 (dois) anos por ter sido julgado incapaz, temporariamente, mediante homologação de Junta Superior de Saúde, ainda que se trate de moléstia curável;

(...)”

“Art. 108. A incapacidade definitiva pode sobrevir em consequência de:

I - ferimento recebido em campanha ou na manutenção da ordem pública;

II - enfermidade contraída em campanha ou na manutenção da ordem pública, ou enfermidade cuja causa eficiente decorra de uma dessas situações;

III - acidente em serviço;

IV - doença, moléstia ou enfermidade adquirida em tempo de paz, com relação de causa e efeito a condições inerentes ao serviço;

V - tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, lepra, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, mal de Parkinson, pênfigo, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave e outras moléstias que a lei indicar com base nas conclusões da medicina especializada; e (Redação dada pela Lei nº 12.670, de 2012)

VI - acidente ou doença, moléstia ou enfermidade, sem relação de causa e efeito com o serviço.

§ 1º Os casos de que tratam os itens I, II, III e IV serão provados por atestado de origem, inquérito sanitário de origem ou ficha de evacuação, sendo os termos do acidente, baixa ao hospital, papeleta de tratamento nas enfermarias e hospitais, e os registros de baixa utilizados como meios subsidiários para esclarecer a situação.

§ 2º Os militares julgados incapazes por um dos motivos constantes do item V deste artigo somente poderão ser reformados após a homologação, por Junta Superior de Saúde, da inspeção de saúde que concluiu pela incapacidade definitiva, obedecida à regulamentação específica de cada Força Singular.”

“Art. 109. O militar de carreira julgado incapaz definitivamente para a atividade militar por uma das hipóteses previstas nos incisos I, II, III, IV e V do caput do art. 108 desta Lei será reformado com qualquer tempo de serviço. (Redação dada pela Lei nº 13.954, de 2019)

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se ao militar temporário enquadrado em uma das hipóteses previstas nos incisos I e II do *caput* do art. 108 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 13.954, de 2019)

§2º *O disposto neste artigo aplica-se ao militar temporário enquadrado em uma das hipóteses previstas nos incisos III, IV e V do caput do art. 108 desta Lei se, concomitantemente, for considerado inválido por estar impossibilitado total e permanentemente para qualquer atividade laboral, pública ou privada. (Incluído pela Lei nº 13.954, de 2019)*

§ 3º *O militar temporário que estiver enquadrado em uma das hipóteses previstas nos incisos III, IV e V do caput do art. 108 desta Lei, mas não for considerado inválido por não estar impossibilitado total e permanentemente para qualquer atividade laboral, pública ou privada, será licenciado ou desincorporado na forma prevista na legislação do serviço militar. (Incluído pela Lei nº 13.954, de 2019)“*

“Art. 111. O militar da ativa julgado incapaz definitivamente por um dos motivos constantes do item VI do artigo 108 será reformado:

I - com remuneração proporcional ao tempo de serviço, se oficial ou praça com estabilidade assegurada; e

II - com remuneração calculada com base no soldo integral do posto ou graduação, desde que, com qualquer tempo de serviço, seja considerado inválido, isto é, impossibilitado total e permanentemente para qualquer trabalho.

§ 1º *O militar temporário, na hipótese prevista neste artigo, só fará jus à reforma se for considerado inválido por estar impossibilitado total e permanentemente para qualquer atividade laboral, pública ou privada. (Incluído pela Lei nº 13.954, de 2019)*

§ 2º *Será licenciado ou desincorporado, na forma prevista na legislação pertinente, o militar temporário que não for considerado inválido. (Incluído pela Lei nº 13.954, de 2019)“*

Em que pese as alterações trazidas pela Lei 13.954/2019 (vigência a partir de 16/12/2019), a presente demanda deve ser analisada sob a perspectiva da Lei 6.880/80 em sua redação original, eis que, conforme se verifica nos autos os fatos narrados ocorreram antes da vigência da nova lei.

O art. 111, inciso I, da Lei 6.880/80, na redação original, afirma que somente o militar com estabilidade assegurada terá direito a reforma sem necessidade de comprovação da relação de causa e efeito entre a moléstia ou lesão e a prestação do serviço castrense.

Conforme a redação do inciso II do art. 111, o militar temporário se acometido de doença ou lesão sem relação de causa e efeito com o serviço militar, poderá ser concedida a reforma somente se for considerado inválido, isto é, impossibilitado total e permanentemente para qualquer trabalho, com remuneração calculada com base no soldo integral do posto ou graduação.

Nos casos de incapacidade apenas para as Forças Armadas, ao militar temporário, é exigido o nexu causal entre a doença, lesão ou sequelas de acidente sofrido em serviço com as condições inerentes ao serviço militar, para

que faça jus à reintegração para tratamento médico-hospitalar até a cura ou estabilização da incapacidade, inclusive com percepção de soldos.

Sobreleva destacar que o STJ possui o entendimento de que "*o militar temporário, acometido de debilidade física ou mental não definitiva, não pode ser licenciado, fazendo jus à reintegração ao quadro de origem para tratamento médico-hospitalar adequado à incapacidade temporária, como adido, sendo-lhe assegurada a percepção de soldo e demais vantagens remuneratórias desde a data do indevido licenciamento até sua recuperação*" (AgRg no REsp 1.545.331/PE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 17/9/2015, DJe 28/9/2015; AgInt no REsp 1628860/PE, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/10/2020, DJe 09/10/2020).

No mesmo sentido:

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. MILITAR TEMPORÁRIO E SEM ESTABILIDADE ASSEGURADA. INCAPACIDADE APENAS PARA AS ATIVIDADES MILITARES E SEM RELAÇÃO DE CAUSA E EFEITO COM O SERVIÇO MILITAR. AUSÊNCIA DE INVALIDEZ. INEXISTÊNCIA DE DIREITO À REFORMA *EX OFFICIO*. CABIMENTO DA DESINCORPORAÇÃO. PRECEDENTES. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PROVIDOS.

1. Cinge-se a controvérsia em debate acerca da necessidade ou não do militar temporário acometido de moléstia incapacitante apenas o serviço militar de comprovar a existência do nexos de causalidade entre a moléstia/doença e o serviço castrense a fim de fazer jus à reforma *ex officio*.

2. O militar temporário é aquele que permanece na ativa por prazo determinado e enquanto for da conveniência do Administrador, destinando-se a completar as Armas e Quadros de Oficiais e as diversas Qualificações Militares de Praças, nos moldes do art. 3º, II, da Lei 6.391/1976, de sorte que, o término do tempo de serviço implica no seu licenciamento quando, a critério da Administração, não houver conveniência na permanência daquele servidor nos quadros das Forças Armadas (*ex vi* do art. 121, II e § 3º, da Lei 6.880/1980), a evidenciar um ato discricionário da Administração Militar, que, contudo, encontra-se adstrito a determinados limites, entre eles a existência de higidez física do militar a ser desligado, não sendo cabível o término do vínculo, por iniciativa da Administração, quando o militar se encontrar incapacitado para o exercício das atividades relacionadas ao serviço militar, hipótese em que deve ser mantido nas fileiras castrenses até sua recuperação ou, não sendo possível, eventual reforma.

3. No caso do militar temporário contar com mais de 10 (dez) anos de efetivo serviço e preencher os demais requisitos legais autorizadores, ele adquirirá a estabilidade no serviço militar (art. 50, IV, "a", da Lei 6.880/1980), não podendo ser livremente licenciado *ex officio*. No entanto, antes de alcançada a estabilidade, o militar não estável poderá ser licenciado *ex officio*, sem direito a qualquer remuneração posterior.

4. A reforma e o licenciamento são duas formas de exclusão do serviço ativo das Forças Armadas que constam do art. 94 da Lei 6.880/1980, podendo ambos ocorrer a pedido ou *ex officio* (arts. 104 e 121 da Lei 6.880/1980). O licenciamento *ex officio* é ato que se inclui no âmbito do poder discricionário

da Administração Militar e pode ocorrer por conclusão de tempo de serviço, por conveniência do serviço ou a bem da disciplina, nos termos do art. 121, § 3º, da Lei 6.880/1980. A reforma, por sua vez, será concedida *ex officio* se o militar alcançar a idade prevista em lei ou se enquadrar em uma daquelas hipóteses consignadas no art. 106 da Lei 6.880/1980, entre as quais, for julgado incapaz, definitivamente, para o serviço ativo das Forças Armadas (inciso II), entre as seguintes causas possíveis previstas nos incisos do art. 108 da Lei 6.880/1980 (“I - ferimento recebido em campanha ou na manutenção da ordem pública; II - enfermidade contraída em campanha ou na manutenção da ordem pública, ou enfermidade cuja causa eficiente decorra de uma dessas situações; III - acidente em serviço; IV - doença, moléstia ou enfermidade adquirida em tempo de paz, COM RELAÇÃO DE CAUSA E EFEITO A CONDIÇÕES INERENTES AO SERVIÇO; V - tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, lepra, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, mal de Parkinson, pênfigo, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave e outras moléstias que a lei indicar com base nas conclusões da medicina especializada; e VI - acidente ou doença, moléstia ou enfermidade, SEM RELAÇÃO DE CAUSA E EFEITO COM O SERVIÇO”).

5. Desse modo, a incapacidade definitiva para o serviço militar pode sobrevir, entre outras causas, de doença, moléstia ou enfermidade adquirida em tempo de paz, com relação de causa e efeito a condições inerentes ao serviço, conforme inciso IV do art. 108 da Lei 6.880/1980. Outrossim, quando o acidente ou doença, moléstia ou enfermidade não tiver relação de causa e efeito com o serviço (art. 108, IV, da Lei 6.880/1980), a Lei faz distinção entre o militar com estabilidade assegurada e o militar temporário, sem estabilidade.

6. Portanto, os militares com estabilidade assegurada terão direito à reforma *ex officio* ainda que o resultado do acidente ou moléstia seja meramente incapacitante. Já os militares temporários e sem estabilidade, apenas se forem considerados INVÁLIDOS tanto para o serviço do Exército como para as demais atividades laborativas civis.

7. Assim, a legislação de regência faz distinção entre incapacidade definitiva para o serviço ativo do Exército (conceito que não abrange incapacidade para todas as demais atividades laborais civis) e invalidez (conceito que abrange a incapacidade para o serviço ativo do Exército e para todas as demais atividades laborais civis). É o que se extrai da interpretação conjunta dos arts. 108, VI, 109, 110 e 111, I e II, da Lei 6.880/1980.

8. A reforma do militar temporário não estável é devida nos casos de incapacidade adquirida em função dos motivos constantes dos incisos I a V do art. 108 da Lei 6.880/1980, que o incapacite apenas para o serviço militar e independentemente da comprovação do nexo de causalidade com o serviço militar, bem como quando a incapacidade decorre de acidente ou doença, moléstia ou enfermidade, sem relação de causa e efeito com o serviço militar, que impossibilite o militar, total e permanentemente, de exercer qualquer trabalho (invalidez total).

9. Precedentes: AgRg no AREsp 833.930/PE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/03/2016, DJe 08/03/2016; AgRg no REsp 1331404/RS, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/09/2015, DJe 14/09/2015; AgRg no REsp 1.384.817/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/10/2014, DJe

14/10/2014; AgRg no AREsp 608.427/RS, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 25/11/2014; AgRg no Ag 1300497/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/08/2010, DJe 14/09/2010.

10. Haverá nexos de causalidade nos casos de ferimento recebido em campanha ou na manutenção da ordem pública (inc. I do art. 108, da Lei 6.880/1980); b) enfermidade contraída em campanha ou na manutenção da ordem pública, ou enfermidade cuja causa eficiente decorra de uma dessas situações (inciso II do art. 108, da Lei 6.880/1980); c) acidente em serviço (inciso III do art. 108, da Lei 6.880/1980), e; d) doença, moléstia ou enfermidade adquirida em tempo de paz, com relação de causa e efeito a condições inerentes ao serviço (inciso IV, do art. 108, da Lei 6.880/1980).

11. Portanto, nos casos em que não há nexos de causalidade entre a moléstia sofrida e a prestação do serviço militar e o militar temporário não estável é considerado incapaz somente para as atividades próprias do Exército, é cabível a desincorporação, nos termos do art. 94 da Lei 6.880/1980 c/c o art. 31 da Lei de Serviço Militar e o art. 140 do seu Regulamento - Decreto n.º 57.654/1966.

12. Embargos de Divergência providos.

(REsp 1123371/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, Rel. p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/09/2018, DJe 12/03/2019)“

“ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. MILITAR TEMPORÁRIO. ACIDENTE DE SERVIÇO. EXISTÊNCIA DE NEXO CAUSAL. INCAPACIDADE TEMPORÁRIA. DIREITO À REINTEGRAÇÃO COMO AGREGADO/ADIDO PARA TRATAMENTO DE SAÚDE. PERCEPÇÃO DO SOLDADO ATÉ A RECUPERAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. Cuida-se, na origem, de Ação Ordinária ajuizada contra a União, objetivando sua reintegração ao Exército Brasileiro na condição de agregado/adido para fins de tratamento médico ou sua reforma, com pagamento de soldo e demais vantagens correspondentes ao grau hierárquico ocupado na ativa.

2. Conforme assentado na decisão monocrática, o Tribunal de origem deu provimento à Apelação da União “para - não obstante a garantia de reintegração para fins de recuperação da saúde da parte autora -, afastar o pagamento de soldo, na medida em que a moléstia não possui relação de causa e efeito com as atividades militares” (fl. 447, e-STJ, grifei).

3. O STJ possui o entendimento de que “o militar temporário, acometido de debilidade física ou mental não definitiva, não pode ser licenciado, fazendo jus à reintegração ao quadro de origem para tratamento médico-hospitalar adequado à incapacidade temporária, como adido, sendo-lhe assegurada a percepção de soldo e demais vantagens remuneratórias desde a data do indevido licenciamento até sua recuperação” (AgRg no REsp 1.545.331/PE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 17/9/2015, DJe 28/9/2015).

4. Hipótese em que o Tribunal Regional garantiu ao militar apenas o direito à reintegração na condição de adido, para recebimento de tratamento médico-hospitalar adequado à sua recuperação, nos termos da legislação que rege a matéria, sem que lhe fosse assegurado qualquer direito à percepção de prestação pecuniária, o que justifica a reforma do *decisum a quo*.

5. Convém, ainda, assinalar que o entendimento sedimentado pela Corte Especial nos EREsp 1.123.371/RS (DJe 12/03/2019) exige nexos causais entre a moléstia e o serviço castrense para que o militar temporário faça jus à reforma de ofício, hipótese diversa da presente, pois, *in casu*, a Corte Regional apenas outorgou ao autor o direito à reintegração como adido, mantendo-lhe em tratamento médico até sua completa recuperação (fls. 438-447, e-STJ).

6. Agravo Interno não provido.

(AgInt no AREsp 1658449/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/09/2020, DJe 02/10/2020)

Do exame da Folha de Alterações (141456392 - Pág. 30/ss.), se verifica que o militar foi incorporado em 01.03.2011 através de Plano Regional de Convocação, serviço inicial para as Forças Armadas.

A fim de apurar o acidente foi aberta Sindicância que concluiu pelo reconhecimento de acidente em serviço, ocorrido no dia 13 de abril de 2013, enquanto o militar participava de treinamento da equipe de futebol, sofrendo torção no tornozelo esquerdo e fratura da fíbula da perna esquerda, após pisar em um buraco do campo de futebol (141456392 - Pág. 36/37).

Através de Informações prestadas pelo Exército, o militar, antes de ser licenciado a contar de 01.03.2014 (141456394 - Pág. 33), foi submetido a Inspeção de Saúde realizada em 03.01.2014 (141456394 - Pág. 32), tendo sido julgado "Apto", com a observação: pode exercer atividades civis. Após o licenciamento, o militar ingressou com procedimento interno de requerimento de prorrogação de tempo de serviço, o qual foi indeferido (141456394 - Pág. 34).

O laudo pericial (141456397 - Pág. 15/ss.) concluiu:

- a) É portador de seqüela de fratura de tornozelo esquerdo, que lhe causa irritações no arco de movimento e leve claudicação - CID T93.
- b) Restou caracterizado o nexo de causalidade com o acidente relatado.
- c) Apresenta incapacidade definitiva para as atividades militares. Mas não é incapaz para atividades civis.
- d) Mantém satisfatoriamente suas relações interpessoais com capacidade de compreensão e comunicação.
- e) Não precisa da ajuda permanente de terceiros para suas necessidades básicas de higiene e alimentação - não é incapaz para a vida independente.
- f) Data do início da doença (DII): abril de 2013. Data do acidente relatado."

Em que pese a argumentação do autor de que é portador de seqüelas permanentes e incapacitantes para qualquer trabalho em decorrência do acidente sofrido durante a prestação do serviço militar - torção no tornozelo em jogo de futebol -, o autor relatou ao médico perito (141456397 - Pág. 17) que posteriormente ao desligamento, exerceu atividade laborativa na empresa CIARAMA, como serviços gerais, fato que demonstra a ausência de incapacidade laborativa do autor para atividade civil, bem como afasta qualquer alegação de invalidez.

Ainda, se verifica do próprio relato do militar no laudo pericial que logo após o acidente foi levado ao hospital Santa Rita em Dourados, onde foi submetido a cirurgia pelo Dr. André Vidigal, com colocação de placa e parafusos para reparo de ligamento do tornozelo esquerdo. Afirma, que fez sessões de fisioterapia e informa que após 3 meses da cirurgia, passou a cumprir expediente na caserna (serviço administrativo) e exerceu funções de padeiro e garçom no quartel, a concluir que, o militar mesmo após o acidente, se manteve em atividades militares, a afastar a incapacidade de exercício de atividades militares, ainda que em funções adaptadas a condição física do militar.

Muito embora o nexos causal esteja presente em razão de acidente ocorrido durante o serviço militar, se deduz que o autor ao ser desligado do serviço militar, se encontrava com a lesão sofrida em serviço complementemente tratada e estava em plenas condições de saúde, tanto que, apto a exercer atividades administrativas e na cozinha do Comando Militar. A concluir que a Administração Militar cumpriu com o dever de oferecer a assistência médica, fisioterápica e todos os meios disponíveis da medicina especializada para a melhora ou estabilização da lesão do autor. O que demonstra a capacidade laborativa, eis que, após o desligamento, exerceu atividade privada na empresa Ciarama Máquinas (141456394 - Pág. 53).

Acrescente-se que, não comprovado nos autos que o autor é inválido ou seja incapacitado totalmente para qualquer labor, não é cabível, no caso concreto, o reconhecimento da reforma "ex officio" no grau imediato ao que possuía na ativa, por falta de seus requisitos ensejadores, sendo de rigor a reforma da sentença.

Nesse sentido:

"ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MILITAR TEMPORÁRIO. INCAPACIDADE PARA O SERVIÇO NAS FORÇAS ARMADAS. AUSÊNCIA. MILITAR JULGADO APTO EM INSPEÇÃO DE SAÚDE. HIGIEDEZ FÍSICA VERIFICADA. TRATAMENTO MÉDICO E CIRÚRGICO PRESTADO PELA ADMINISTRAÇÃO MILITAR. COMPROVAÇÃO. LICENCIAMENTO. LEGALIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO. AGRAVO INTERNO PREJUDICADO.

1. Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo autor em face de decisão que indeferiu o pedido de antecipação de tutela, que objetivava a reintegração do autor no serviço militar e a continuidade do tratamento médico com a percepção de soldos.

2. Foi deferido o pedido de efeito suspensivo para determinar a reintegração do agravante às fileiras do Exército, bem como lhe assegurar o tratamento médico adequado ao quadro clínico e recebimento dos vencimentos.

3. Contra a decisão, a União interpôs Agravo Interno, alegando em suma, a legalidade do ato de licenciamento, eis que, o militar em Inspeção de Saúde foi considerado Apto.

4. A redação anterior da Lei 6.880/80, com relação à incapacidade, não tratava de forma diferenciada os militares de carreira e os militares temporários, diante disso, o STJ firmou o entendimento de que "o militar temporário, acometido de debilidade física ou mental não definitiva, não pode

ser licenciado, fazendo jus à reintegração ao quadro de origem para tratamento médico-hospitalar adequado à incapacidade temporária, como adido, sendo-lhe assegurada a percepção de soldo e demais vantagens remuneratórias desde a data do indevido licenciamento até sua recuperação” (AgRg no REsp 1.545.331/PE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 17/9/2015, DJe 28/9/2015).

5. Sabe-se que o militar temporário não possui direito adquirido à estabilidade ou reengajamentos, estando a permanência no serviço, sujeitos aos critérios de discricionariedade da Administração.

6. Importante destacar o entendimento recente da Corte Especial do STJ quanto ao tema, no EREsp 1.123.371/RS, julgado em 19/09/2018, DJe 12/03/2019, no sentido da exigência do nexo causal entre a moléstia e o serviço castrense para que o militar temporário faça jus à reforma de ofício.

7. Se depreende do citado julgado, que o licenciamento de militar temporário é um ato discricionário da Administração Militar, que, contudo, encontra-se adstrito a determinados limites, entre eles a existência de higidez física do militar a ser desligado, não sendo cabível o término do vínculo, por iniciativa da Administração, quando o militar se encontrar incapacitado para o exercício das atividades relacionadas ao serviço militar, hipótese em que deve ser mantido nas fileiras castrenses até sua recuperação ou, não sendo possível, eventual reforma (EResp 1123371/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, Rel. p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/09/2018, DJe 12/03/2019).

8. O entendimento da Corte Superior, nos casos de incapacidade permanente para o serviço nas Forças Armadas do militar temporário, há a possibilidade de reintegração como adido, com percepção de soldos, quando comprovado o nexo causal entre a lesão/doença e a prestação do serviço ativo, ainda, em caso de invalidez total e permanente para todo e qualquer labor a possibilidade de reforma, tal qual oferecido aos militares de carreira. Precedentes.

9. O agravante afirma que lesionou o ombro direito em competição realizada durante os Jogos Desportivos do Exército realizados em Brasília no período de 13 a 20 de outubro de 2018, tendo sido posteriormente afastado do esforço físico e formatura por 8 dias.

10. Do exame dos documentos acostados aos autos principais, se verifica que em abril de 2019 o agravante foi licenciado das fileiras militares, conforme informação lançada em seu prontuário (Num. 20775823 – Pág. 1 do processo de origem). De fato, não há qualquer registro em sua ficha relativo à alegada lesão ocorrida durante os Jogos Desportivos do Exército.

11. O documento Num. 20775814 – Pág. 1 do processo de origem revela que no mês seguinte ao evento – novembro de 2018 – o agravante se submeteu a 8 sessões de fisioterapia em clínica conveniada ao Sistema Fused. Por sua vez, o documento Num. 20775814 - Pág. 2 também aponta a realização de outras sessões de fisioterapia nos meses de janeiro, fevereiro e março de 2019 (Num. 20775814 – Pág. 2 do processo de origem).

12. Ainda que não conste da Folha de Alterações do agravante o registro da ocorrência da lesão no ombro direito (apenas da sua participação nos Jogos Desportivos do Exército), é possível observar que as sessões de fisioterapia foram realizadas nos meses imediatamente seguintes à competição desportiva.

13. Segundo consta do documento Num. 20775834 – Pág. 1 do processo de origem há requerimento de profissional médico para reabilitação fisioterápica para luxação do ombro direito por no mínimo 6 meses, além de solicitação de avaliação “para tratamento cirúrgico de instabilidade do ombro direito” em 10.06.2019 (Num. 20775850 – Pág. 1 do processo de origem)

14. Da análise do histórico militar do agravante é possível extrair que em 13 de março de 2019 o militar apresentou atestado médico emitido pelo Dr. WALDIR STAUT ALBANEZE (ortopedista e traumatologista), com a recomendação de ser dispensado do TAF, TFM e Formatura por 08 dias, a contar de 01/03/2019 (20775823 - Pág. 1). Se verifica que o militar foi licenciado a contar de 10/04/2019, quando a recomendação de dispensa de serviço já havia sido ultrapassada.

15. Em Inspeção de Saúde realizada e, 01/04/2019, o militar foi julgado “Apto A” (20775818 - Pág. 1), a concluir que na ocasião do licenciamento o militar estava em boas condições de robustez física.

16. Muito embora a Administração Militar não tenha reconhecido o acidente como ocorrido em serviço, o que se verifica é que houve o imediato tratamento médico adequado para a melhora e cura das lesões sofridas. Como sobredito, a Administração ofereceu tratamento fisioterápico e inclusive tratamento cirúrgico conforme prontuário emitido pelo Hospital Militar de Campo Grande em 12/11/2019 (32932213 - Pág. 1).

17. Nos termos do documento n. 41114548 - Pág. 6 – autos principais, o militar teve alta cirúrgica em 28/10/2020, a comprovar que o Exército dispôs de todos os meios e procedimentos existentes na medicina para a melhora ou estabilização da lesão.

18. *O julgamento do militar pela Junta de Saúde e o resultado de ser considerado “Apto A” demonstra que o licenciamento ocorreu dentro da legalidade, diante do tratamento fisioterápico e cirúrgico oferecido pela Administração Militar. Não há comprovação nos autos de que o militar foi desligado enquanto acometido de incapacidade, eis que, na Inspeção de Saúde foi julgado “Apto” e em nenhum momento foi caracterizada qualquer incapacidade para o serviço militar.*

19. *Inexiste a ilegalidade apontada no ato de licenciamento, pois realizado de forma regular sob os critérios de conveniência e oportunidade inerentes ao ato administrativo tendo cumprido a Administração Militar todas as formalidades exigidas por lei antes de licenciar o militar, inclusive, o tratamento de saúde.*

20. Agravo de instrumento não provido. Agravo interno prejudicado. (TRF 3ª Região, 1ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5024001-75.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal WILSON ZAUHY FILHO, julgado em 14/12/2021, Intimação via sistema DATA: 18/01/2022)”

No concernente à indenização por danos morais, tem-se que para a configuração do dano moral, à luz da CF/88, é necessária a ocorrência de ato ilícito na esfera da responsabilidade civil com resultado de um dano que viole o direito à dignidade da pessoa humana, não configurando dano toda e qualquer repercussão na esfera patrimonial do ofendido. O efetivo dano moral deve ser caracterizado pela violação ao um bem imaterial, isto é intimidade, vida privada, honra, imagem ou integridade psíquica do ofendido.

Não há nos autos qualquer prova da conduta negligente, abusiva ou ilegal por parte da Administração Militar, ou realização de ato diverso da forma prevista em legislação e normas específicas de cada Força Singular que possa ser considerada lesiva à moral do autor, a caracterizar prejuízo à dignidade do militar, sendo indevida a indenização por danos morais.

Quanto a alegação da apelante acerca ausência de alegações finais, a gerar a nulidade da sentença, deve ser afastada, pois se encontra acostado aos autos despacho do Juízo 'a quo', que abriu vista a União para se manifestar sobre a prova pericial e posteriormente a União se manifestou sobre o laudo pericial em 17/02/2020 (141456401 - Pág. 1/2).

Igualmente, não prospera a alegação de necessidade de devolução dos valores devidos a título de compensação pecuniária ao militar, isto porque, trata-se de espécie de indenização ao militar que, ao término da prorrogação do tempo de serviço, foi licenciado "ex officio", possui natureza assistencial, porquanto visa compensar aquele militar que foi excluído involuntariamente a retornar à vida civil e ao mercado de trabalho.

O militar foi licenciado "ex officio" em razão de término de tempo de serviço, faz jus a referida verba, mormente em razão do licenciamento ter sido por término de prorrogação do tempo de serviço, ou seja, quando a própria Administração, por critérios de conveniência e oportunidade, indefere o pedido de reengajamento do militar temporário a prorrogação do serviço.

Tendo em vista a improcedência do pedido com a inversão da sucumbência, em relação a fixação dos honorários, não se desconhece que a matéria foi afetada pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, sob o rito dos recursos representativos de controvérsia, no REsp 1.850.512/SP e no REsp 1.877.883/SP (Tema 1.076/STJ).

Concluído em 16/03/2022 o julgamento, a Corte Especial firmou as seguintes teses: *i) A fixação dos honorários por apreciação equitativa não é permitida quando os valores da condenação, da causa ou o proveito econômico da demanda forem elevados. É obrigatória nesses casos a observância dos percentuais previstos nos §§ 2º ou 3º do art. 85 do CPC - a depender da presença da Fazenda Pública na lide -, os quais serão subsequentemente calculados sobre o valor: (a) da condenação; ou (b) do proveito econômico obtido; ou (c) do valor atualizado da causa. ii) Apenas se admite arbitramento de honorários por equidade quando, havendo ou não condenação: (a) o proveito econômico obtido pelo vencedor for inestimável ou irrisório; ou (b) o valor da causa for muito baixo.*

Na hipótese, verifica-se que o proveito econômico não é estimável, razão pela qual deve-se considerar as peculiaridades do caso concreto, de modo a remunerar adequadamente o trabalho do advogado, a fim de evitar o enriquecimento desproporcional das partes, portanto, razoável a fixação dos honorários advocatícios no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), com fulcro no art. 85, §2º e §8º, do CPC.

Diante do exposto, *dou provimento* à apelação da União para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido, nos termos da fundamentação desenvolvida.

É como voto.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA

5003734-61.2018.4.03.6000

Apelante: FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO
Apelada: CRHISTINNE CAVALHEIRO MAYMONE GONÇALVES
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 02/02/2023

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR. REGIME DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR.

1. Critério determinante para opção pelo regime previdenciário que recai na data de ingresso no serviço público, sem restrição quanto ao ente federado. Direito à aplicação do regime próprio de previdência da União que se reconhece. Inteligência do artigo 40, §16, da Constituição, e do artigo 1º, §1º, da Lei 12.618/2012. Precedentes.

2. Apelação e remessa oficial desprovidas.

ACÓRDÃO

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

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança impetrado contra ato do Reitor da Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - FUFMS acoimado de violação a direito líquido e certo da impetrante.

Proferida sentença de concessão da ordem (ID 164502318), dela recorre a parte impetrada sustentando a legalidade do ato.

Com contrarrazões subiram os autos, também por força da remessa oficial, o Ministério Público Federal manifestando-se pela ausência de interesse no feito.

É o relatório.

VOTO

Debate-se nos autos sobre a legalidade do ato da autoridade impetrada que indeferiu pedido de manutenção no regime previdenciário anterior de servidora que ingressou no serviço público federal após a regulamentação do regime de previdência complementar no âmbito da Administração Pública Federal e que anteriormente era servidora pública vinculada a outro ente federativo.

A sentença proferida concluiu pela ilegalidade do ato, entendendo seu prolator que:

“O pedido de liminar foi deferido nos seguintes termos (ID 10334449 - Pág. 1 -7):

“(…) O Regime de Previdência Complementar – RPC dos servidores públicos federais, exigido como requisito pelo § 14 do art. 40 da CF para permitir a limitação do valor das aposentadorias e pensões ao teto do RGPS, foi instituído pela Lei nº 12.618/2012:

Constituição Federal:

(…)

E o RPC para servidores do Poder Executivo Federal foi considerado instituído com a publicação do Plano de Benefício do FUNPRESP-EXE pela Portaria PREVIC n. 44/2013, de 04.02.2013.

Também se depreende dos referidos dispositivos, em especial do § 16 do art. 40, CF, e do § 1º do art. 1º da Lei n. 12.618/2012, que os servidores dos Estados, Distrito Federal e Municípios que ingressaram no serviço público antes de 04.02.2013 e não estavam limitados ao teto do RGPS no ente federado ao qual estavam vinculados também possuem o direito de manter-se no RPPS sem limitação ao RGPS quando do ingresso no serviço federal, desde que não tenha havido solução de continuidade.

Isso porque o texto normativo menciona ingresso no serviço público sem restringi-lo à esfera federal. E não cabe ao intérprete incluir restrição inexistente na norma.

Esse também foi o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça ao analisar caso semelhante, em precedente já colacionado na petição inicial:

(…)

A mesma conclusão foi adotada pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

(…)

No caso, a autoridade reconhece que a impetrante ingressou no serviço público em data anterior a 04.02.2013 e, sem solução de continuidade, passou ao serviço público federal em 26.07.2013.

E os documentos trazidos pela impetrante demonstram que ela era regida pelo regime estatutário junto ao Município de Campo Grande, ente que embora tenha Regime Próprio de Previdência Social, ainda não instituiu o Regime Previdenciário Complementar, de modo que as aposentadorias e pensões não podem ser limitadas ao RGPS por força do art. 40, § 14, CF, tanto que as remunerações das contribuições da impetrante superaram diversas vezes o teto do Regime Geral (doc. 8503294, p. 1-4).

Presente, portanto, o *fumus boni iuris*. (...)’

Com efeito, não vejo razões para alterar esse entendimento, uma vez que não houve, em relação à questão sub judice, qualquer alteração fática, legislativa ou jurisprudencial vinculante, apta a modificar a situação até então existente nos autos.

Logo, as mesmas razões de fato e de direito que conduziram ao deferimento da liminar para assegurar a vinculação da impetrante ao RPPS, segundo o regime anterior à Lei nº 12.618/2012, se apresentam, agora, como motivação *per relationem*, suficientes para a procedência do pedido.”

Ponho-me de acordo com a sentença proferida.

A Emenda Constitucional nº 20/1998 incluiu no art. 40 da Constituição os §§ 14, 15 e 16, possibilitando a criação pelos entes federativos de regime de previdência complementar. *In verbis*:

“§ 14 - A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, desde que instituam regime de previdência complementar para os seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo, poderão fixar, para o valor das aposentadorias e pensões a serem concedidas pelo regime de que trata este artigo, o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201.

§ 15 - Observado o disposto no art. 202, lei complementar disporá sobre as normas gerais para a instituição de regime de previdência complementar pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, para atender aos seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo.

§ 16 - Somente mediante sua prévia e expressa opção, o disposto nos §§ 14 e 15 poderá ser aplicado ao servidor que tiver ingressado no serviço público até a data da publicação do ato de instituição do correspondente regime de previdência complementar.”

Posteriormente, o §15 foi alterado pela Emenda Constitucional nº 41/2003, passando a assim dispor:

“§ 15. O regime de previdência complementar de que trata o § 14 será instituído por lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo, observado o disposto no art. 202 e seus parágrafos, no que couber, por intermédio de entidades fechadas de previdência complementar, de natureza pública, que oferecerão aos respectivos participantes planos de benefícios somente na modalidade de contribuição definida. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)”

No âmbito da União sobreveio a edição da Lei 12.618 em 30 de abril de 2012 instituindo o regime de previdência complementar para os servidores públicos federais titulares de cargo efetivo, destacando-se o disposto nos artigos 1º e 3º:

“Art. 1º É instituído, nos termos desta Lei, o regime de previdência complementar a que se referem os §§ 14, 15 e 16 do art. 40 da Constituição

Federal para os servidores públicos titulares de cargo efetivo da União, suas autarquias e fundações, inclusive para os membros do Poder Judiciário, do Ministério Público da União e do Tribunal de Contas da União.

§ 1º Os servidores e os membros referidos no *caput* deste artigo que tenham ingressado no serviço público até a data anterior ao início da vigência do regime de previdência complementar poderão, mediante prévia e expressa opção, aderir ao regime de que trata este artigo, observado o disposto no art. 3º desta Lei. (Renumerado do parágrafo único pela Lei nº 13.183, de 2015)

§ 2º Os servidores e os membros referidos no *caput* deste artigo com remuneração superior ao limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, que venham a ingressar no serviço público a partir do início da vigência do regime de previdência complementar de que trata esta Lei, serão automaticamente inscritos no respectivo plano de previdência complementar desde a data de entrada em exercício. (Incluído pela Lei nº 13.183, de 2015)

§ 3º Fica assegurado ao participante o direito de requerer, a qualquer tempo, o cancelamento de sua inscrição, nos termos do regulamento do plano de benefícios. (Incluído pela Lei nº 13.183, de 2015)

§ 4º Na hipótese do cancelamento ser requerido no prazo de até noventa dias da data da inscrição, fica assegurado o direito à restituição integral das contribuições vertidas, a ser paga em até sessenta dias do pedido de cancelamento, corrigidas monetariamente. (Incluído pela Lei nº 13.183, de 2015)

§ 5º O cancelamento da inscrição previsto no § 4º não constitui resgate. (Incluído pela Lei nº 13.183, de 2015)

§ 6º A contribuição aportada pelo patrocinador será devolvida à respectiva fonte pagadora no mesmo prazo da devolução da contribuição aportada pelo participante. (Incluído pela Lei nº 13.183, de 2015)”

“Art. 3º Aplica-se o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social às aposentadorias e pensões a serem concedidas pelo regime de previdência da União de que trata o art. 40 da Constituição Federal, observado o disposto na Lei nº 10.887, de 18 de junho de 2004, aos servidores e membros referidos no *caput* do art. 1º desta Lei que tiverem ingressado no serviço público:

I - a partir do início da vigência do regime de previdência complementar de que trata o art. 1º desta Lei, independentemente de sua adesão ao plano de benefícios; e

II - até a data anterior ao início da vigência do regime de previdência complementar de que trata o art. 1º desta Lei, e nele tenham permanecido sem perda do vínculo efetivo, e que exerçam a opção prevista no § 16 do art. 40 da Constituição Federal.

(...)”

Da leitura dos citados dispositivos constitucionais e legais verifica-se que somente mediante prévia e expressa opção poderá ser aplicado o regime de previdência complementar ao servidor que tiver ingressado no serviço público até a data da publicação da respectiva lei instituidora do RPC, debatendo-se nos autos sobre a situação de servidor público federal egresso de outro ente da federação mas sem solução de continuidade no serviço público.

É questão que passou pelo crivo da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, firmando orientação no sentido de que o artigo 40, §16 da Constituição e o artigo 1º, §1º, da Lei 12.618/2012 utilizam como critério determinante o ingresso no serviço público sem fazer restrição quanto ao ente federado:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. INGRESSO NO SERVIÇO PÚBLICO. CRITÉRIO DIFERENCIADOR. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. Consoante a jurisprudência consolidada nesta Corte Superior de Justiça a respeito do regime de previdência complementar, a legislação de regência não faz qualquer ressalva no que diz respeito ao ente federado, tratando somente do ingresso no serviço público como critério diferenciador.

2. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no REsp n. 1.735.782/PB, relator Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 31/8/2020, DJe de 11/9/2020.);

“RECURSO ESPECIAL. LEI 12.618/2012. NOMEAÇÃO EM CARGO DO PODER JUDICIÁRIO FEDERAL. VÍNCULO ANTERIOR COM O SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL. DIREITO À OPÇÃO DE REGIME PREVIDENCIÁRIO. POSSIBILIDADE.

1. A controvérsia consiste em saber se os servidores egressos de outros entes da federação que, sem solução de continuidade, ingressaram no serviço público federal, tem ou não direito de optar pelo regime previdenciário próprio da União anterior ao regime de previdência complementar estabelecido por esse último ente e sujeito ao teto do RGPS.

2. O art. 40, § 16, da CF e o art. 1º, § 1º, da Lei 12.618/2012, ao tratar da obrigatoriedade do regime de previdência complementar, utilizaram-se do ingresso no serviço público como critério diferenciador, sem fazer referência expressa a qualquer ente federado. Não há, portanto, nenhuma restrição ao ente federado em que houve o ingresso no serviço público.

3. Recurso Especial não provido.”

(RESP 201701100378, HERMAN BENJAMIN, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:12/09/2017..DTPB:.).

Outro não é o entendimento desta Corte, de que são exemplos os seguintes julgados:

“DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. REGIME DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. LEI Nº 12.618/2012. SERVIDOR EGRESSO DE OUTRO ENTE SEM SOLUÇÃO DE CONTINUIDADE. DIREITO DE OPÇÃO. REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA DA UNIÃO. POSSIBILIDADE. SENTENÇA REFORMADA. APELO PROVIDO.

I - O servidor público federal, egresso de cargo público de outro ente da federação no período anterior a 30/04/2012, sem quebra de continuidade, tem direito de optar pelo regime previdenciário anterior ao da Lei nº 12.618/12, que instituiu o regime de previdência complementar.

II - Apelação provida.”

(Ap 00072887620154036103, DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:19/07/2018..FONTE_REPUBLICACAO:.);

“CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. REEXAME NECESSÁRIO. APELAÇÃO. SERVIDOR PÚBLICO. INGRESSO EM CARGO PÚBLICO FEDERAL. AUSÊNCIA DE SOLUÇÃO DE CONTINUIDADE COM O SERVIÇO PÚBLICO. DIREITO DE OPÇÃO A REGIME PREVIDENCIÁRIO. PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. REEXAME NECESSÁRIO NÃO CONHECIDO. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. Apelação interposta pela União em face de sentença de procedência.
 2. Ação proposta por Patrick Felicori Batista, Procurador Federal de 1ª Categoria, visando sua vinculação ao regime de previdência próprio da União, com direitos e deveres estabelecidos no art. 40 da CF, em conformidade com as regras anteriores à edição da Lei nº 12.618/2012, e requerendo o desconto em folha de pagamento da contribuição previdenciária correspondente.
 2. Não se conhece do reexame necessário. Intelecção do art. 496, §3º, I, CPC.
 3. *A instituição de regime de previdência complementar aos servidores públicos encontra cariz constitucional.*
 4. *Com o intuito de regulamentar os preceitos constitucionais, adveio a Lei nº 12.618/12, criando o regime de previdência complementar para os servidores públicos federais titulares de cargo efetivo.*
 5. *No âmbito legislativo não se fez distinção acerca da necessidade de vinculação a mesmo ente federado, no caso de novo ingresso em cargo público, sem solução de continuidade.*
 6. *É garantida do servidor público a opção de permanecer no regime previdenciário anterior ao da previdência complementar (Lei nº 12.618/2012), independentemente do ente político ao qual esteve originalmente atrelado, se sua posse em cargo público federal se deu sem quebra do elo com o serviço público. Precedente do STJ.*
 7. Reexame Necessário não conhecido. Apelação desprovida.”
- (TRF 3ª Região, 1ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 5001147-64.2017.4.03.6109, Rel. Desembargador Federal HELIO EGYDIO DE MATOS NOGUEIRA, julgado em 25/06/2021, DJEN DATA: 01/07/2021).

No caso dos autos, verifica-se que a parte impetrante ingressou no serviço público em 04/04/1988 como servidora municipal, vindo a integrar os quadros da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul em 26/07/2013, sem solução de continuidade, ocorrendo de a Administração Federal ter indeferido o pedido da servidora de não aplicação do regime de previdência complementar instituído pela Lei 12.618/12 na consideração de que *“tal garantia deu-se apenas aos servidores ingressos no Serviço Público Federal até 04.02.2013, conforme Orientação Normativa nº 9, de 19 de novembro de 2015, da Secretaria de Gestão Pública”*, concluindo-se, pois, pela ilegalidade do ato impetrado.

Impõe-se, destarte, a manutenção da sentença de concessão da segurança.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso e à remessa oficial.

É como voto.

Peixoto Junior

Desembargador Federal Relator

Direito Constitucional



APELAÇÃO CÍVEL **0008472-82.2006.4.03.6103**

Apelantes: UNIÃO FEDERAL, WALTER SARTORI, MARIA APARECIDA RASTELI SARTORI, NELSON EDUARDO MALUF, VERA MARIA D MALUF, PEDRO JOAO DE OLIVEIRA - ESPÓLIO

Apelados: CONDOMÍNIO RESIDENCIAL ILHAS CANÁRIAS, ESTADO DE SÃO PAULO, MUNICÍPIO DE CARAGUATATUBA

Terceira Interessada: ONDINA SOARES

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS FRANCISCO

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 10/02/2023

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO DE USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA. IMÓVEL URBANO. RESIDENCIAL ILHAS CANÁRIAS. CARAGUATATUBA/SP. TERRENO DE MARINHA. ALEGAÇÃO DE BEM PÚBLICO. ÔNUS DA PROVA. PRESCRITIBILIDADE. COMPROVAÇÃO DO EXERCÍCIO DA POSSE MANSO E PACÍFICA, COM *ANIMUS DOMINI*, POR PRAZO SUPERIOR A 15 ANOS. USUCAPIÃO RECONHECIDA.

- O reconhecimento da usucapião extraordinária se dará àquele que detiver a posse de um imóvel, de forma mansa e pacífica, e como se dono fosse, pelo prazo de 20 anos, previsto no art. 550, do CC/2016, ou de 15 anos, conforme o art. 1.238 do CC/2002, a depender da regra de transição estabelecida pelo art. 2.028, do CC/2002.

- Os arts. 183, §3º e 191, parágrafo único, da Constituição Federal, e o art. 102, do CC, vedam a usucapião de bens públicos.

- Os terrenos de marinha são áreas banhadas pelas águas do mar ou dos rios navegáveis, que se estendam à distância de 33 metros para a terra, contados a partir da linha do preamar médio de 1831. Trata-se de bens da União, por expressa determinação constitucional (art. 20, VII, da Constituição).

- No caso dos autos, trata-se de imóvel localizado no Residencial Ilhas Canárias (Caraguatatuba/SP), sobre o qual a parte ré não logrou provar que o imóvel usucapiendo constitui bem público (terreno de marinha), insuscetível de aquisição originária por meio da usucapião.

- No curso da ação, o autor demonstrou por prova documental e pericial o exercício da posse mansa e pacífica, sem interrupção ou oposição, por período superior a 15 anos, como se dono fosse, razão pela qual deve ser mantida a sentença que declarou a usucapião extraordinária do bem.

- Recurso e reexame necessário, tido por submetido, não providos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Segunda Turma decidiu, por unanimidade, negar provimento ao recurso e ao reexame necessário tido por submetido, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal CARLOS FRANCISCO (Relator): Trata-se de apelação interposta pela UNIÃO em face de sentença que julgou procedente o pedido formulado para reconhecer a usucapião extraordinária, declarar e pronunciar o domínio conjunto, em fração ideal, diretamente proporcional à área das unidades, de todos os proprietários de unidades autônomas no Condomínio Residencial Ilhas Canárias. A sentença deixou de condenar a União e os demais contestantes a ressarcir ao Condomínio autor os honorários do perito judicial e ao pagamento de honorários de advogado (art. 85, § 3.º do CPC de 2015) e quaisquer outras verbas de sucumbência, tendo em vista que a carga predominantemente declaratória da sentença afasta a ideia de sucumbência.

Sustenta a apelante que o laudo pericial produzido nos autos não pode vingar, tendo em vista que a Superintendência do Patrimônio da União - SPU/SP, com a necessária fundamentação, deixou claro que a área objeto da ação está localizada em áreas denominadas terrenos de marinha. Defende que os critérios adotados pelo Perito não condizem com a legislação que rege a propriedade da União, devendo o laudo ser refeito. Sustenta a existência de uma área de preservação permanente no imóvel, a qual deverá ser levada a registro.

Com as contrarrazões, vieram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal ofereceu parecer.

É o breve relatório. Passo a decidir.

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal CARLOS FRANCISCO (Relator): Preliminarmente, tenho por submetido o reexame necessário, nos termos do art. 496, I, do CPC.

Importa observar, de início, que o instituto da usucapião consiste em um modo originário de aquisição da propriedade, que se perfaz pelo exercício da posse mansa e pacífica por um determinado intervalo de tempo definido em lei. Diferentemente do que ocorre com a aquisição derivada, em que são mantidos

os atributos e gravames que recaem sobre o bem, na aquisição originária a propriedade é transmitida sem quaisquer limitações ou ônus existentes antes de sua declaração. A usucapião encontra fundamento na função social da propriedade, conferindo segurança jurídica para situações de fato, consolidadas na sociedade.

Atualmente, a usucapião comporta espécies distintas, conforme o tempo necessário para sua configuração e os requisitos exigidos em cada modalidade. Em síntese, encontram-se previstas em nosso ordenamento as seguintes espécies de usucapião: 1) Especial Individual, que poderá ser Rural (art. 191, da Constituição Federal e art. 1.239, do CC), ou Urbana, dividindo-se, esta última em Comum (art. 183, da Constituição Federal e art. 1.240, do CC) ou Familiar (art. 1.240-A, do CC); 2) Especial Coletivo (art. 10, da Lei nº. 10.257/2001 – Estatuto da Cidade); 3) Ordinário (art. 1.242, do CC); 4) Extraordinário (art. 1.238, CC).

Para que seja declarada a aquisição da propriedade pela usucapião, é necessário o atendimento a requisitos de três ordens: 1) pessoal (quem estará sujeito aos prazos da prescrição aquisitiva), ao que se aplicam os arts. 197 e 198, do CC, segundo os quais não corre a prescrição entre cônjuges, na constância da sociedade conjugal, entre ascendentes e descendentes, durante o poder familiar, entre tutelados ou curatelados e seus tutores ou curadores, durante a tutela ou curatela, contra os incapazes, contra os ausentes do País em serviço público da União, dos Estados ou dos Municípios, e contra os que se acharem servindo nas Forças Armadas, em tempo de guerra.; 2) real (quais bens poderão ser usucapidos), merecendo destaque a previsão contida nos arts. 183, §3º e 191, parágrafo único, da Constituição, e art. 102, do CC, que vedam a usucapião de bens públicos, além da Súmula 340, do STF, segundo a qual “desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião”; 3) formais (requisitos essencialmente vinculados à posse do bem).

No que concerne especificamente aos requisitos formais, existem três deles que são comuns a todas as modalidades de usucapião: 1) tempo, que pode variar conforme a modalidade de usucapião de que se trate; 2) posse mansa e pacífica, ou seja, sem os vícios da violência, clandestinidade, ou precariedade; 3) “animus domini”, correspondente à atuação do possuidor em relação ao bem, como se dono fosse. Outros requisitos são ainda exigidos para modalidades específicas, como o justo título e a boa-fé, para a usucapião ordinária; a posse para fins de moradia, na usucapião urbana (comum ou familiar), ou a posse para fins de trabalho, na usucapião rural.

No caso dos autos, a parte autora propôs ação de usucapião extraordinária, na qual pretende seja declarada a consolidação da propriedade sobre o imóvel descrito na inicial (ID 122963840, fls. 12) e mais especificamente no parecer técnico (ID 122963840, fls. 27) e no memorial (ID 122963840, fls. 65): *“um terreno situado à margem do Rio Tabatinga, no Bairro Tabatinga, no Município de Caraguatatuba, que mede 90,00 metros, de frente para o referido Rio, e 90,00*

metros, de fundos onde se confronta com o terreno de propriedade dos vendedores, por toda a extensão da frente aos fundos, a partir do terreno dos vendedores até o rio Tabatinga, cuja área estimada é de 1.870m² (mil, oitocentos e setenta metros quadrados), confrontando do lado de quem do terreno olha para o Rio, com a rua 11, do lado esquerdo com José de Paula Ferreira”.

Consta dos autos que, na origem, certo José de Paula Ferreira e esposa seriam os possuidores do imóvel e teriam transferido sua posse a Walter Lopes Couto e sua esposa Aparecida Bergamo Couto, por meio de Escritura de Compromisso de venda e de compra, lavrada em 14/11/1973. Esses adquirentes teriam se mantido na posse do terreno até 07/11/1986, quando, então, teriam transmitido os direitos possessórios a Reinaldo Toledo e Márcia Angélica Nogueira Toledo (esposa), por Escritura de Cessão e Transferência. Estes últimos, Reinaldo e Márcia, por sua vez, teriam transferido a posse do imóvel a Balbas Construção e Empreendimentos Imobiliários Ltda., por meio de Instrumento particular de Compromisso de venda e de compra, datado de 17/12/1987. Seria essa a cadeia sucessória da posse. Em 18/12/1987, a Balbas Construção e Empreendimentos Imobiliários Ltda. teria adquirido de Walter Lopes Couto e Reina/do Toledo a propriedade de um terreno contíguo ao imóvel usucapiendo, com área perimetral total de 5.490,00 m (cinco mil, quatrocentos e noventa metros quadrados), como lançado à margem da Matrícula n.º 7.593 (Registro n.º 3). Nesse terreno contíguo, com 5.490,00 m², teriam sido construídos os 5 (cinco) blocos de prédios que compõem o Residencial Ilhas Canárias; enquanto, no imóvel usucapiendo, teriam sido construídos quiosques, quadra poliesportiva, depósito e playground, equipamentos esses utilizados pelos condôminos e visitantes desde 06/03/1997. Desde então, o imóvel usucapiendo é a própria área de lazer do Residencial Ilhas Canárias.

Diz a inicial que o imóvel usucapiendo não conteria nem confrontaria com terrenos de marinha, sendo certo que o córrego que segue ao longo do imóvel teria sido artificialmente aberto por antigos possuidores para escoar a água da chuva, formando um braço artificial do Rio Tabatinga.

Por outro lado, a apelante defende, em suas razões recursais, que "A Superintendência do Patrimônio da União - SPU/SP, às fis. 965/983, com a necessária fundamentação, deixou claro que a área objeto da ação está localizada em áreas denominadas TERRENOS DE MARINHA (fl. 967 -verso). O imóvel objeto da ação está situado a margem do rio Tabatinga, no bairro Tabatinga, no município de Caraguatatuba, e mede 90,00m de frente para o rio e 90,00m de fundos, onde confronta com o imóvel de nº 85 da rua Galdino Muniz, possuindo no vértice dessa divisa, coordenadas UTM - sad 69 N 7392856.866m e E=471945.357m, encerrando uma área de 1.796,00m². Segundo a planta nº 180 da demarcação dos Terrenos de Marinha do trecho margem esquerda do rio Guaratuba (Bertioga) até a margem direita do rio Tabatinga (Caraguatatuba), referente ao Processo nº 10880.039560/92-96, o imóvel abrange totalmente terrenos de Marinha”.

Aduz ainda a União que, apesar de as alegações verificadas nos autos sugerirem que a área está situada às margens de um braço artificial do rio Tabatinga, construído há aproximadamente 30 anos atrás pelos antigos moradores, circunstância que excluiria o enquadramento da área como terreno de marinha, o que se verifica é que, na verdade, a área é banhada por um meandro natural do rio Tabatinga, e que nesse ponto recebe influência da maré.

Pois bem. Como se sabe, os terrenos de marinha são definidos pelo art. 2º do Decreto-Lei nº 9.760/1946, assim redigido:

Art. 2º São terrenos de marinha, em uma profundidade de 33 (trinta e três) metros, medidos horizontalmente, para a parte da terra, da posição da linha do preamar-médio de 1831:

- a) os situados no continente, na costa marítima e nas margens dos rios e lagoas, até onde se faça sentir a influência das marés;
- b) os que contornam as ilhas situadas em zona onde se faça sentir a influência das marés.

Trata-se, portanto, das áreas banhadas pelas águas do mar ou dos rios navegáveis, que se estendam à distância de 33 metros para a terra, contados a partir da linha do preamar médio de 1831. Os terrenos de marinha são bens da União, por expressa determinação constitucional (art. 20, VII, da CF), o que se justifica por razões de defesa e segurança nacional. O uso dos terrenos de marinha pelos particulares, quando admitido, faz-se pelo regime da enfiteuse, no qual a União (senhorio direto) transfere o domínio útil ao particular (enfiteuta), mediante o pagamento anual de uma importância denominada foro, bem como do pagamento do laudêmio, sempre que houver a transferência onerosa do domínio útil ou a cessão de direitos por ato *inter vivos*.

A demarcação dos terrenos de marinha, por sua vez, é atribuição da Secretaria do Patrimônio da União (SPU), observando-se o procedimento descrito nos arts. 9º a 14 do Decreto-Lei nº 9.760/1946, com a notificação pessoal de todos os interessados identificados, devendo ser assegurados o contraditório e a ampla defesa. Enquanto a demarcação específica da área não for efetuada, é possível ao Poder Judiciário declarar a usucapião do imóvel, uma vez que, segundo o Superior Tribunal de Justiça, não é razoável que o jurisdicionado fique à mercê de evento discricionário, futuro e incerto. Confira-se a seguinte ementa de acórdão:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. USUCAPIÃO. MODO DE AQUISIÇÃO ORIGINÁRIA DA PROPRIEDADE. TERRENO DE MARINHA. BEM PÚBLICO. DEMARCAÇÃO POR MEIO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINADO PELO DECRETO-LEI N. 9.760/1946. IMPOSSIBILIDADE DE DECLARAÇÃO DA USUCAPIÃO, POR ALEGAÇÃO POR PARTE DA UNIÃO DE QUE, EM FUTURO E INCERTO PROCEDIMENTO DE DEMARCAÇÃO PODERÁ SER CONSTATADO QUE A ÁREA USUCAPIENDA ABRANGE A FAIXA DE MARINHA. DESCABIMENTO.

1. Embora seja dever de todo magistrado velar a Constituição Federal, para que se evite supressão de competência do egrégio STF, não se admite apreciação, em sede de recurso especial, de matéria constitucional, ainda que para viabilizar a interposição de recurso extraordinário.
2. A usucapião é modo de aquisição originária da propriedade, portanto é descabido cogitar em violação ao artigo 237 da Lei 6.015/1973, pois o dispositivo limita-se a prescrever que não se fará registro que dependa de apresentação de título anterior, a fim de que se preserve a continuidade do registro. Ademais, a sentença anota que o imóvel usucapiendo não tem matrícula no registro de imóveis.
3. Os terrenos de marinha, conforme disposto nos artigos 1º, alínea a, do Decreto-lei 9.760/46 e 20, VII, da Constituição Federal, são bens imóveis da União, necessários à defesa e à segurança nacional, que se estendem à distância de 33 metros para a área terrestre, contados da linha do preamar médio de 1831. Sua origem remonta aos tempos coloniais, incluem-se entre os bens públicos dominicais de propriedade da União, tendo o Código Civil adotado presunção relativa no que se refere ao registro de propriedade imobiliária, por isso, em regra, o registro de propriedade não é oponível à União
4. A Súmula 340/STF orienta que, desde a vigência do Código Civil de 1916, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião, e a Súmula 496/STJ esclarece que "os registros de propriedade particular de imóveis situados em terrenos de marinha não são oponíveis à União".
5. No caso, não é possível afirmar que a área usucapienda abrange a faixa de marinha, visto que a apuração demanda complexo procedimento administrativo, realizado no âmbito do Poder Executivo, com notificação pessoal de todos os interessados, sempre que identificados pela União e certo o domicílio, com observância à garantia do contraditório e da ampla defesa. Por um lado, em vista dos inúmeros procedimentos exigidos pela Lei, a exigir juízo de oportunidade e conveniência por parte da Administração Pública para a realização da demarcação da faixa de marinha, e em vista da tripartição dos poderes, não é cabível a imposição, pelo Judiciário, de sua realização; por outro lado, não é também razoável que os jurisdicionados fiquem à mercê de fato futuro, mas, como incontroverso, sem qualquer previsibilidade de sua materialização, para que possam usucapir terreno que já ocupam com ânimo de dono há quase três décadas.
6. Ademais, a eficácia preclusiva da coisa julgada alcança apenas as questões passíveis de alegação e efetivamente decididas pelo Juízo constantes do mérito da causa, e nem sequer se pode considerar deduzível a matéria acerca de tratar-se de terreno de marinha a área usucapienda.
7. Quanto à alegação de que os embargos de declaração não foram protelatórios, fica nítido que não houve imposição de sanção, mas apenas, em caráter de advertência, menção à possibilidade de arbitramento de multa; de modo que é incompreensível a invocação à Súmula 98/STJ e a afirmação de ter sido violado o artigo 538 do CPC - o que atrai a incidência da Súmula 284/STF - a impossibilitar o conhecimento do recurso.
8. Recurso especial a que se nega provimento.
(REsp n. 1.090.847/RS, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 23/4/2013, DJe de 10/5/2013.)

Feitas essas considerações, e examinando os elementos de prova existentes nos autos, tenho que o laudo pericial (ID 122963865, fls. 62/90 e ID 122963866, fls. 1/19), elaborado por perito judicial imparcial e com conhecimento técnico sobre o assunto (art. 156 do CPC), deve prevalecer, na medida em que foi categórico no sentido de que:

“Não verificamos qualquer fato que desabone a ocupação da área, que encontra - se cercada e nela, implantada a área de lazer do citado condomínio. A região é servida de luz elétrica, água e rede telefônica e de captação de águas pluviais. Dista a área objeto da ação em 186,00 metros do Rio Tabatinga (menor distância da margem direita) e 224,00 metros do ponto mais próximo da praia. Ainda, do ponto de interseção do braço artificial com o Rio Tabatinga até o oceano (praia), a distância em linha reta é de 564,00 metros, como mostra nosso levantamento, ANEXO 01.

A área objeto da ação, de acordo com as características locais, distância do Rio Tabatinga e da praia, curso d’água não navegável e de nossa análise em todo seu entorno, não sofre influência das marés, portanto, concluímos que a mesma encontra-se fora dos limites de terrenos de marinha.

Os documentos juntados nos autos mostram que no passado distante, mais de 40 (Quarenta) anos, o córrego Tabatinga era referência de divisas nas confrontações dos imóveis ali existentes. Hoje, por suas características, é um “braço artificial”, não navegável, que serve para escoamento da águas pluviais, que segundo informações e características do local, aberto pelos moradores.

No local, o pequeno curso d’água tem suas margens protegidas por pedras e concreto. O restante do curso d’água é direcionado de forma artificial para o Rio Tabatinga.

O citado ‘braço artificial’ é um pequeno afluente do referido Rio Tabatinga, rio este, estadual, pois nasce e tem seu final no próprio estado de São Paulo”.

Vale acrescentar que o perito judicial também instruiu seu laudo técnico com diversas fotografias, notas explicativas, levantamento topográfico planimétrico e um memorial descritivo. Respondeu, ainda, a inúmeros quesitos formulados por ambas as partes, pelo Ministério Público e pelo Juízo (ID 122963866, fls. 6/16), destacando-se, entre as respostas oferecidas, aquelas segundo as quais a área usucapienda não confronta com o Rio Tabatinga, dele distando 150,00 metros; o Rio Tabatinga, que não é navegável, tem nascente, curso e foz inteiramente no Estado de São Paulo, situando-se na divisa dos Municípios de Caraguatatuba e Ubatuba, não se estendendo a outro território, sendo certo, de toda forma, que o imóvel usucapiendo não confronta com o Rio Tabatinga, nem abrange terrenos da União e não sofre influência das marés; foi realizado laudo do Instituto de Criminalística de São Paulo, atestando que o curso d’água existente de frente para o imóvel usucapiendo é artificial; não existem construções edificações e/ou benfeitorias dentro da área da União.

Ao responder aos quesitos formulados quando da realização da prova pericial, o perito ainda mencionou a existência de declaração em papel com timbre do Ministério da Marinha, de 11/10/1988, atestando tratar-se do Córrego

Tabatinga, não navegável, e que o braço é artificial, aberto há muitos anos pelos moradores da região para facilitar o escoamento das águas pluviais. Além disso, da planta de situação com a área usucapienda consta um parecer do Capitão de Fragata – Delegado da Capitania dos Portos, de 25/10/1991, no sentido de que nada havia a opinar, em virtude de estar preservada a faixa de terreno de marinha (ID 122963841, fls. 29). Por fim, o Perito faz referência a uma perícia produzida em sede de Ação Civil Pública promovida pelo Ministério Público Estadual contra a empresa que construiu o empreendimento, ou seja, a Balbas Construções e Empreendimentos Imobiliários, na qual ficou evidenciado que a área usucapienda não confronta com o Rio Tabatinga, de modo que a referida ação foi julgada improcedente (ID 122963841, fls. 30/34).

É preciso registrar, além disso, ter ficado incontroverso nos autos (art. 374, III, do CPC) que o imóvel usucapiendo dista 224,00 metros do ponto mais próximo da praia. Assim, ainda que o braço artificial do rio Tabatinga, construído pelos antigos moradores, fosse, como alega a apelante, “um Meandro natural do Rio Tabatinga”, não há prova alguma nos autos no sentido de que a influência das marés nele se faria sentir, por 224,00 metros depois da praia. Acrescente-se a isso a circunstância de que a documentação juntada aos autos pela União (ID 90362127, fls. 53/67) não é conclusiva no sentido de estar o imóvel usucapiendo à margem de um meandro natural do Rio Tabatinga ou de um córrego artificialmente construído. Também não existe prova nenhuma da influência das marés no trecho desse curso de água, seja ele natural ou artificial.

Em suma, tem-se que a apelante não logrou fazer prova da natureza pública do bem usucapiendo, fato impeditivo do direito à aquisição originária pelo autor, ônus que lhe incumbia a teor do disposto no art. 373, II, do CPC. Dessa forma, deve-se confirmar a natureza de terreno alodial do imóvel objeto desta ação, assim entendido como o terreno particular contíguo ao terreno de marinha.

Anote-se, outrossim, que a alegação formulada pela União em sua apelação, no sentido da existência de uma área de preservação permanente no imóvel, além de representar indevida inovação da lide em sede recursal, também não se encontra comprovada nos autos. De toda forma, o laudo pericial informa que, embora o imóvel esteja sujeito à legislação ambiental em vigor, ou seja, não podendo haver desmatamento, corte de árvores, alteração de nascentes naturais etc., não foi verificado, na área em questão, qualquer vestígio de danos ao meio ambiente.

A tudo quanto acima exposto, acrescenta-se a ausência de interesse no imóvel por parte do Município de Caraguatatuba e da Fazenda Pública do Estado de São Paulo, de modo que o imóvel está sujeito à usucapião.

Superada a questão concernente ao domínio público, a análise do pedido deve prosseguir com relação ao preenchimento dos pressupostos autorizadores da usucapião, de acordo com a modalidade invocada pelo autor, qual seja, a usucapião extraordinária.

Antes, porém, é preciso que se estabeleça o dispositivo aplicável à modalidade de usucapião discutida. Embora o art. 1.238, do CC/2002 mantenha a conformação dada ao instituto pelo art. 550, do CC/1916, o legislador optou por reduzir o prazo de vinte anos anteriormente exigido, fixando em quinze anos o período necessário à configuração da usucapião extraordinária, ou ainda em dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

Para tanto, o novo código trouxe em seu art. 2.028, regra de transição segundo a qual “serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada”. No caso sob análise, a posse do imóvel pelo condomínio autor remonta a 06/03/1997, quando ocorreu a conclusão da área de lazer do Residencial Ilhas Canárias; logo, em 11/01/2003, data da entrada em vigor do novo Estatuto Civil, não havia transcorrido mais da metade do prazo vintenário previsto no art. 550, do CC/1916, de forma que o lapso temporal a ser observado é o do art. 1.238 do CC/2002.

No mais, o reconhecimento da usucapião extraordinária exige, tanto no art. 550, do CC/1916, quanto no art. 1.238, do CC/2002, que a posse do imóvel ocorra sem interrupção ou oposição (posse mansa e pacífica), e que o possuidor atue, em relação ao bem, como se dono fosse (“animus domini”).

No caso concreto, é preciso registrar que a usucapião extraordinária não exige justo título e boa-fé.

Dos elementos constantes dos autos, extrai-se que o exercício da posse do imóvel pelo autor se deu de forma mansa e pacífica desde 06/03/1997, sem notícia de que tenha se interrompido, ou enfrentado oposição por quem detinha a titularidade do bem, por período não inferior a 15 anos (art. 1.238 do CC/2002). Essa conclusão não se altera pela existência de uma ação reivindicatória (Proc. n.º 867/02 - 3. Vara Cível de Caraguatatuba), extinta sem exame do mérito (ID 122963864, fls. 19).

Da mesma forma, a postura do autor desde o ingresso na posse do imóvel se deu de forma a transparecer a convicção de ser ele proprietário do bem. Com efeito, conforme os registros fotográficos que integram o laudo pericial, a área usucapienda é perfeitamente delimitada, mantida, cuidada e preservada pelo condomínio edilício, com grama aparada e equipamentos de lazer, de forma que, aos olhos da coletividade, os condôminos são tidos e havidos por legítimos donos do imóvel. Somem-se a isso as guias e certidões de recolhimento do IPTU (ID 122963840, fls. 89/92). Nessa mesma linha, o laudo pericial concluiu que, sim, o autor recolhe IPTU sobre o imóvel, conforme documentos juntados nos autos (ID 122963866, fls. 10).

Portanto, tratando-se de imóvel passível de ser adquirido por usucapião, e tendo sido demonstrada por prova documental e pericial o exercício da posse mansa e pacífica, sem interrupção ou oposição, por período superior a 15 anos,

pelo autor, como se dono fosse, a manutenção da sentença recorrida que declarou a usucapião é medida que se impõe.

Diante do exposto, NEGO PROVIMENTO ao recurso e ao reexame necessário tido por submetido.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL

0000330-84.2010.4.03.6124

Apelantes: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - PR/SP, UNIÃO FEDERAL, INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS, CESP - COMPANHIA ENERGÉTICA DE SÃO PAULO, RIO PARANÁ ENERGIA S.A

Apelados: CELSO BATISTA DOS REIS, JOSE BASILIO ALVES NETO, CESP - COMPANHIA ENERGÉTICA DE SÃO PAULO, MUNICÍPIO DE MARINOPOLIS, RIO PARANÁ ENERGIA S.A, INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS, MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - PR/SP, UNIÃO FEDERAL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 06/01/2023

EMENTA

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DANO AMBIENTAL. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE NO ENTORNO DO RESERVATÓRIO DA USINA HIDRELÉTRICA DE ILHA SOLTEIRA. PRELIMINARES REJEITADAS. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE.

1. Pedido de julgamento conjunto de ações civis públicas propostas com objetivo de assegurar a reparação de danos ambientais havidos em razão de ocupações indevidas no entorno da UHE de Ilha Solteira, área de preservação permanente. Situações fáticas distintas e específicas, a demandar apreciação individualizada. Preliminar rejeitada.
2. Preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* arguida por CESP e Rio Paraná S.A. rejeitada. A responsabilidade por danos ambientais tem natureza objetiva e solidária entre poluidores diretos e indiretos. Hipótese de litisconsórcio passivo facultativo.
3. Preliminar de falta de interesse processual do Ministério Público Federal rejeitada. Muito embora se parta da premissa de não subsistirem intervenções nas áreas de proteção permanente objeto da lide, persiste o interesse no deslinde do feito, a abranger responsabilizações ainda pendentes de resolução nesta Corte.
4. Preliminar de nulidade da sentença por cerceamento do direito de defesa arguida pela CESP rejeitada. Prova pericial determinada em decisão saneadora, mas não realizada. Decisão saneadora não impugnada em momento oportuno. Preclusão para impugnação neste momento processual. Ausência de prejuízo ao deslinde do feito.
5. Relativamente à questão de fundo, consiste a pretensão em apurar responsabilidades decorrentes de ocupação indevida em área de

proteção permanente no entorno da UHE (usina hidrelétrica de Ilha Solteira).

6. Ajuizamento à luz do Código Florestal pretérito, Lei nº 4.771/65, e Resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA nº 4/1985 e 302/2002, os quais definiram e delimitaram as áreas de preservação permanente em reservatórios artificiais e uso do entorno, correspondente a 100 (cem) metros desde o nível mais alto medido horizontalmente, em faixa marginal.

7. Superveniência do Novo Código Florestal, Lei nº 12.651/2012, com vigência retroativa, efeito vinculante e cogente, como reconhecido no julgamento da Reclamação nº 38.764 pelo C.STF.

8. Reconhecimento de constitucionalidade do 62do novo Código Florestal (ADC nº 42 e Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 4901, 4902, 4903 e 4937).

9. Construção da usina hidrelétrica de Ilha Solteira ocorrida em 1970. Exploração concedida à CESP e sucedida à Rio Paraná S.A. Concessão que antecedeu a edição da Medida Provisória nº 2.166-67/2001, referida no artigo 62 da Lei nº 12.651/2012, razão pela qual a faixa da área de preservação permanente para o reservatório consiste na distância entre o nível máximo operativo normal e a cota máxima *maximorum*.

10. Imóvel que integra um dos loteamentos localizados em faixa territorial limítrofe ao reservatório da Usina Hidrelétrica de Ilha Solteira. Edificação em área de preservação permanente. Aferição da dimensão dos danos a ser feita em liquidação de sentença.

11. Obrigação de natureza objetiva, a ensejara responsabilização dos envolvidos, direta ou indiretamente, na ocorrência de danos ambientais, independentemente de aferição de culpa ou dolo, a teor das disposições insertas no art. 225, § 3º, da Constituição Federal e no artigo 4º, inciso VII, c.c. art. 14, § 1º, da Lei 6.938/81, que versa sobre a Política Nacional de Meio Ambiente. Obrigação de natureza *propter rem*.

12. Pretensão de extensão do marco temporal, 22/07/2008, correspondente à entrada em vigor do Decreto nº 6.514, às hipóteses específicas elencadas no art. 62 do Código Florestal relativas aos reservatórios de água artificial para geração de energia elétrica. Impossibilidade. Opção legítima de política pública.

13. Matéria preliminar rejeitada. Parcial provimento ao recurso de apelação do Ministério Público Federal e do IBAMA, para que sejam solidariamente responsáveis à recomposição ambiental todas as partes do processo que contribuíram para a ocorrência dos danos na área de preservação permanente. Desprovimento dos recursos de apelação da CESP e da Rio Paraná S.A., por serem solidariamente responsáveis pelos danos ambientais havidos. Desprovimento do recurso de

apelação da União Federal, em razão da impossibilidade de fixação do marco temporal pretendido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, rejeitou a matéria preliminar arguida e, no mérito, deu parcial provimento ao recurso de apelação do Ministério Público Federal e do IBAMA, para que sejam solidariamente responsáveis à recomposição ambiental todas as partes do processo que contribuíram para a ocorrência dos danos na área de preservação permanente; negou provimento aos recursos de apelação da CESP e da Rio Paraná S.A., por serem solidariamente responsáveis pelos danos ambientais havidos, e negou provimento ao recurso de apelação da União Federal, em razão da impossibilidade de fixação do marco temporal pretendido, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

Cuida-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal em face dos proprietários do imóvel descrito na inicial, Celso Batista dos Reis e José Basílio Alves Neto, da União Federal, do Ibama e da CESP - Companhia Energética de São Paulo, com o objetivo de assegurar indenização, *in natura*, por danos causados em razão de alterações realizadas em área de preservação permanente - APP, localizada no município de Marinópolis, margem esquerda do Rio Paraná, confrontando-se com o Reservatório da UHE Ilha Solteira.

Pretende-se a responsabilização da União Federal por omissão quanto à fiscalização do contrato firmado com a concessionária, bem assim seja compelida a apurar as responsabilidades dos gestores do contrato, recompor os danos ambientais, além de proceder ao pagamento de multa pecuniária por omissão.

Relativamente aos proprietários, pugna-se a condenação em obrigação de fazer consistente na recuperação integral da área prejudicada mediante reflorestamento, retirada de impermeabilizações, como também na obrigação de coibir atividades lesivas à área de preservação permanente objeto desta ação.

Cumula-se pedido de condenação do IBAMA, da concessionária e da Municipalidade em obrigação de fazer consistente na completa recuperação da área, mediante remoção das edificações irregulares, com fiscalização e exercício de poder de polícia pela referida autarquia federal.

Por fim, aduz-se que as leis municipais contrariam a legislação federal (Lei nº 4.771/65 e Resoluções do CONAMA nº 4/85 e nº 302/02) no atinente à extensão, ocupação e proteção do Reservatório de Ilha Solteira, assim como requer-se a fixação de indenização pecuniária e multa diária por descumprimento

de obrigações impostas, com a consequente rescisão do contrato de concessão por quebra de cláusula contratual.

O IBAMA e a União Federal, a pedido, passaram a integrar o polo ativo da ação e a Rio Paraná S.A, sucessora da CESP em exploração da usina hidrelétrica, ingressou o polo passivo.

A sentença, integrada após a apreciação de embargos de declaração, considerou a distância entre o nível máximo operativo normal e a cota *máxima maximorum* área de preservação permanente, no entorno do imóvel objeto da lide, em relação ao reservatório de água da UHE de Ilha Solteira, nos termos do art. 62 da Lei nº 12.651/12. Determinou aos proprietários/possuidores a destruição e remoção de qualquer intervenção antrópica existente na APP, para fins de recuperação natural da vegetação nativa degradada, obrigação esta conferida de modo subsidiário ao Município, à CESP e à Rio Paraná S.A, após 60 (sessenta) dias contados da intimação acerca da inércia dos responsáveis principais, os quais foram, ainda, condenados a se abster de praticar atos que obstem o cumprimento da obrigação subsidiária. Julgou prejudicado o pedido de indenização por danos morais coletivos e improcedente o pedido de condenação do IBAMA em exercer fiscalização e exercício de poder de polícia e de rescisão do contrato de concessão.

Em apelação, o IBAMA requer, preliminarmente, sejam julgadas em conjunto as ações civis públicas que objetivam a reparação de dano ambiental na APP do entorno da UHE de Ilha Solteira. Pugna, também, de forma preliminar, a reforma da decisão saneadora quanto à fixação do artigo 62 do novo Código Florestal como marco normativo para instrução do feito e sustenta o cabimento do pedido em sede de recurso de apelação, à luz do art. 1009, § 1º, do CPC. No mérito, pede a reforma da sentença para que o reconhecimento da extensão da APP no entorno do imóvel, *considerando a* distância entre o nível máximo operativo normal e a cota máxima *maximorum*, a teor do art. 62 da Lei nº 12.651/2012, valha apenas às intervenções antrópicas ocorridas até 22 de julho de 2008. Alternativamente, pretende adote-se como marco a entrada em vigor da Lei nº 12.651/2012. Por fim, sustenta a necessidade de serem solidariamente responsáveis os poluidores, reformando-se a sentença que atribuiu responsabilidade subsidiária, por ter natureza solidária a responsabilidade por danos ambientais, nos termos dos artigos 3º, IV, e 14, §1º, da Lei 6.938/1981. Pugna o prequestionamento para eventual interposição de recursos em instâncias superiores.

O Ministério Público Federal apela e também requer a reforma da decisão saneadora, pelos mesmos fundamentos aduzidos pelo IBAMA nas razões de apelação. Pretende incida ao caso em exame a legislação vigente à época do ajuizamento, qual seja, a Lei nº 4.771/65, a Resolução CONAMA nº 4/1985 e a Resolução CONAMA nº 302/2002, a qual delimita APP de 100 metros a partir do nível máximo normal de operação da UHE de Ilha Solteira, sob pena de retrocesso ambiental. Pleiteia, ainda, a responsabilização solidária dos poluidores à recomposição integral do dano ambiental verificado, por meio de

reflorestamento e a adoção de práticas de adequação ambiental, bem assim a condenação também solidária, pelos danos ambientais havidos.

Apela a CESP arguindo, preliminarmente, nulidade da sentença por cerceamento do direito de defesa decorrente da impossibilidade de prosseguimento da realização de prova pericial. Pretende a intimação da Rio Paraná S.A para apresentar documentação necessária para regularização das áreas de APP e, caso parem dúvidas acerca da extensão dos danos ambientais, seja assegurada a realização de perícia, já requerida e deferida. Aduz, ainda, ser parte ilegítima para figurar no feito, em razão da responsabilização exclusiva da Rio Paraná S.A por passivos e obrigações ambientais decorrentes do contrato de concessão, bem assim por se tratar, a espécie, de obrigação *propter rem*. Por essa razão, requer o afastamento da condenação subsidiária que lhe foi imposta, bem assim de qualquer responsabilização por omissão fiscalizatória ou conduta permissiva de intervenção em APP.

A Rio Paraná Energia S/A, em razões de apelação, requer, preliminarmente, a reforma da decisão saneadora quanto à fixação do artigo 62 do novo Código Florestal como marco normativo para instrução do feito, a teor do art. 1009, § 1º, do CPC. Ainda, em preliminar, sustenta ilegitimidade passiva, em razão da impossibilidade de alteração subjetiva após a citação. Aduz também falta de interesse processual do MPF. No mérito, alega não ser responsável por atos ilícitos ocorridos anteriormente ao contrato de concessão firmado e pugna pela improcedência do pedido deduzido, por ausência de conduta a ela atribuível a ensejar responsabilização por danos ambientais descritos.

Por fim, a União Federal apela e requer a reforma da sentença. Pretende haja interpretação do art. 62 do Código Florestal, para que no caso específico de ocupação antrópica ocorrida até 22 de julho de 2008, a faixa de APP seja a distância entre o nível máximo operativo normal e a cota *máxima maximorum*. Em áreas onde não houver ocupação antrópica até 22 de julho de 2008, pugna seja considerada a área compreendida entre a cota máxima normal de operação (320 m) e o limite da área desapropriada para formação do empreendimento, totalizando 208,44 km² de área com largura variável para a UHE Ilha Solteira, tal como definida no licenciamento ambiental. Alternativamente, requer seja adotado como marco temporal a data de entrada em vigor da Lei nº 12.651/2012, evitando-se assim a perpetuação da consolidação de áreas no entorno de reservatórios artificiais e a significativa diminuição da área de preservação permanente no reservatório de Ilha solteira.

Com contrarrazões de apelação apresentadas por CESP, Ministério Público Federal, Rio Paraná Energia S/A e o IBAMA, os autos foram remetidos a esta Corte.

O Ministério Público Federal, em parecer, opina pelo provimento de seu recurso de apelação e pelo desprovimento dos demais recursos de apelação.

É o relatório.

VOTO

Preliminarmente, rejeito o pedido deduzido pelo IBAMA de julgamento conjunto das ações civis públicas propostas pelo Ministério Público Federal com objetivo de assegurar a reparação de danos ambientais havidos em razão de ocupações indevidas no entorno da UHE de Ilha Solteira, área de preservação permanente, por versarem situações fáticas distintas e específicas, a demandar apreciação individualizada. Acompanho o posicionamento da Turma neste particular (AC nº 0001952-72.2008.4.03.6124, DJE 12/08/2022).

A preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* arguida por CESP e Rio Paraná S.A, por sua vez, também não prospera. Permito-me, a esse respeito, transcrever tópico do voto proferido nos autos da ação civil pública nº 0001652-13.2008.4.03.6124, de relatoria do Desembargador Federal Johnson Di Salvo, o qual, com proficiência, analisou a questão:

A UHE de Ilha Solteira, localizada no Rio Paraná, entre os municípios de Ilha Solteira/SP e Selvíria/MS é a terceira maior usina de energia elétrica no Brasil e a maior no Estado de São Paulo (www.aneel.gov.br). No ano de 1970, a concessão para exploração da UHE de Ilha Solteira foi outorgada à CESP pela UNIÃO FEDERAL, por meio do Decreto nº 67.066, de 17/8/1970, sendo prorrogada por mais 20 anos, de 8/7/1995 a 7/7/2015, pela Portaria nº 289/2004 do Ministério das Minas e Energia, que antecedeu o Contrato de Concessão nº 003/2004/ANEEL/CESP (processo nº 48500.005033/00-41) (www.aneel.gov.br).

Em 2105, a empresa CHINA THREE GORGES BRASIL ENERGIA LTDA (CTG BRASIL) /RIO PARANÁ ENERGIA S/A venceu o processo licitatório aberto pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), obtendo a concessão da UHE de Ilha Solteira por 30 anos, formalizada por meio do Contrato de Concessão nº 01/2016/MME (processo 48500.002243/2015-62), firmado em 5/1/2016 (www.aneel.gov.br). Ou seja, em 13/10/2008, quando essa ação civil pública foi ajuizada, a concessão da UHE de Ilha Solteira era da CESP e no decorrer da instrução, em 5/1/2016, passou à RIO PARANÁ ENERGIA S/A.

Não obstante a vasta argumentação dessas corrés, cada qual defendendo a sua ilegitimidade passiva, ambas devem responder a ação. O dano ambiental em questão iniciou-se e tomou corpo ao tempo da CESP. E a RIO PARANÁ ENERGIA S/A, contratualmente, tornou-se responsável pela APP do entorno da UHE de Ilha Solteira e, nessa esteira, por eventual passivo ambiental.

Confira-se: CLÁUSULA TERCEIRA - BENS DA(S) CONCESSÃO(ÕES) Os Bens da(s) Concessão(ões) ora outorgada(s) são todos aqueles utilizados na atividade de Geração de Energia Elétrica, devendo ser registrados contabilmente e controlados conforme disponham os Manuais de Contabilidade e de Controle Patrimonial, e as demais Instruções e Orientações Contábeis e de Controle Patrimonial editados pela ANEEL....

CLÁUSULA DÉCIMA - OBRIGAÇÕES DA CONCESSIONÁRIA E CONDIÇÕES DE EXPLORAÇÃO DA(S) USINA(S) HIDRELÉTRICA(S) Além de outras obrigações decorrentes de leis e de normas regulamentares específicas, constituem obrigações da Concessionária, inerentes à(s) concessão(ões) regulada(s) por este Contrato:... III. Realizar a gestão dos reservatórios da(s) Usina(s)

Hidrelétrica(s) e respectivas áreas de proteção, nos termos da legislação e regulamentação pertinentes, bem como de eventuais condições a serem estabelecidas na(s) outorga(s) de direito de uso de recursos hídricos;... VII. Cumprir a legislação ambiental e de recursos hídricos, atendendo às exigências contidas nas licenças já obtidas e providenciando os licenciamentos complementares necessários, respondendo pelas eventuais consequências do descumprimento da legislação pertinente;... Subcláusula Primeira - A Concessionária deverá adotar o que estabelece a Portaria MME nº 170, de 4 de fevereiro de 1987, no que diz respeito à Cessão de Direito de Uso de Áreas Marginais ao Reservatório, Glebas Remanescentes e Ilhas, bem como deverá obter a Outorga de Uso de Recursos Hídricos junto à ANA ou à Unidade Estadual Gestora de Recursos Hídricos, e cumprir eventuais condicionantes que vierem a ser estabelecidas na(s) referida(s) Outorga(s). (ID 210621084 - fls. 106/122).

Acrescente-se que os deveres associados à APP, além de solidários, têm natureza *propter rem*, aderindo ao título de domínio ou posse, conforme entendimento sumulado pelo STJ:

As obrigações ambientais possuem natureza *propter rem*, sendo admissível cobrá-las do proprietário ou possuidor atual e/ou dos anteriores, à escolha do credor. (Súmula 623, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/12/2018, DJe 17/12/2018)

Cuida-se, portanto, de hipóteses de litisconsórcio passivo facultativo, competindo ao autor, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, a opção de litigar em desfavor da CESP ou da RIO PARANÁ ENERGIA S/A ou de ambas, como ocorreu no caso dos autos. Em outras palavras, não é caso de sucessão processual, e sim de integração à lide. Nesse sentido:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LITISCONSÓRCIO PASSIVO FACULTATIVO. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SÚMULA 568/STJ. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO....

2. A jurisprudência desta Corte entende que, nas ações civis públicas, em relação aos danos ambientais, não existe a obrigatoriedade de litisconsórcio passivo necessário entre os eventuais corresponsáveis, sendo, em regra, hipótese de litisconsórcio facultativo. Precedentes.3. Agravo interno não provido.

(STJ - AgInt no REsp 1860338/AM, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/02/2021, DJe 11/02/2021)
PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. USUFRUATUÁRIOS DE IMÓVEL. DEGRADAÇÃO AMBIENTAL. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. INEXISTÊNCIA. AÇÃO RESCISÓRIA. IMPROCEDÊNCIA.

...

2. É firme nesta Corte Superior a compreensão de que "a responsabilidade por danos ambientais é solidária entre o poluidor direto e o indireto, o que permite que a ação seja ajuizada contra qualquer um deles, sendo facultativo o litisconsórcio. Tal conclusão decorre da análise do inciso IV do art. 3º da Lei 6.938/1981, que considera 'poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental'"

(AgInt no AREsp 839.492/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 06/03/2017)....(STJ - AgInt no AREsp

1250031/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/09/2020, DJe 30/09/2020)

E como vem ressaltando o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, ainda que sobre a RIO PARANÁ ENERGIA S/A, na qualidade de nova concessionária da UHE de Ilha Solteira, recaiam as obrigações de fazer atuais e prospectivas, como a efetiva reparação do dano e a fiscalização da APP, sobre a CESP permanece a responsabilidade pela degradação ambiental havida na sua gestão. Tanto que essa Corte, em casos análogos, já decidiu pela manutenção da CESP e da RIO PARANÁ ENERGIA S/A, no polo passivo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO AMBIENTAL. DIREITO PROCESSUAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TEMPESTIVIDADE. CABIMENTO DO RECURSO. EXCLUSÃO DE LITISCONORTE. RESPONSABILIDADE AMBIENTAL SOLIDÁRIA. OBRIGAÇÃO AMBIENTAL DE NATUREZA PROPER REM. SUCESSÃO PROCESSUAL. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO EM PARTE.

1. Inicialmente, afasto peremptoriamente a preliminar de admissibilidade recursal aventada pela CESP, pois, ainda que seja sucedida no polo passivo pela agravante, se manteria a existência de litisconsórcio, pois há ainda mais partícipes no polo passivo da demanda.

2 Trata-se na origem de ação civil pública em matéria ambiental, proposta pelo Ministério Público Federal, União e IBAMA, nos idos do ano de 2008 em face do Município de Ilha Solteira, da Associação dos Oficiais da Polícia Militar do Estado de São Paulo e da CESP por danos ambientais em área de preservação permanente (APP) às margens do reservatório da UHE de Ilha Solteira.

3. Durante o trâmite processual o período de concessão da UHE de Ilha Solteira à CESP se findou. Após o devido e regular procedimento de licitação, a Rio Paraná Energia S.A. assumiu a operação da UHE de Ilha Solteira, como nova concessionária. Desde então, a CESP vem peticionando nos diversos processos coletivos em que figura como ré requerendo a sua exclusão do polo passivo, por meio de sucessão processual pela atual concessionária, com fundamento na responsabilidade indireta da Rio Paraná S.A., nos termos do art. 3º, inciso IV, da Lei nº 6.938/81, haja vista que detém a posse da área a partir da formalização do contrato de concessão da referida UHE.

4. Em matéria ambiental, a responsabilidade é considerada solidária, dada a indivisibilidade do bem jurídico considerado, o meio-ambiente, e a aplicação da teoria do risco integral, ilimitada, em homenagem aos princípios do poluidor-pagador, da reparação integral e da proteção ao vulnerável (*favor debilis*). Precedentes.

5. As obrigações ambientais têm natureza *propter rem*, ou seja, se aderem ao imóvel e seguem com ele, de modo que o proprietário, possuidor ou detentor assume tais obrigações no momento em que assume o bem. Desta forma, considerando que a nova concessionária, e ora agravante, detém a posse da área de preservação permanente, em função da operação da UHE de Ilha Solteira assumida com a formalização do contrato de concessão, seguindo as obrigações com área concedida, tem responsabilidade pela preservação atual e reparação dos danos existentes na APP. Precedente.

6. O ordenamento jurídico brasileiro adotou a teoria da dualista eclética da ação, a qual entende que o direito processual e o direito material são autônomos, e têm como liame as condições da ação, que, pela teoria da asserção são aferidas no momento da primeira análise da admissibilidade inicial do processo. Nesse interim, o art. 109 do CPC, repetindo o art. 42 do

CPC de 1973, dispôs que “A alienação da coisa ou direito litigioso por ato entre vivos, a título particular, não altera a legitimidade das partes.”. Assim, é possível concluir que a assinatura do contrato de concessão não tem o condão de alterar a natureza solidária da responsabilidade ambiental.

7. Deste modo, “condições da ação, entre elas a legitimidade *ad causam*, devem ser avaliadas *in status assertionis*, limitando-se ao exame do que está descrito na petição inicial, não cabendo ao Juiz, nesse momento, aprofundar-se em sua análise, sob pena de exercer um juízo de mérito. (...) Muito oportuna, nesse ponto, a lição de Alexandre Freitas Câmara, de que “as condições da ação são requisitos exigidos para que o processo vá em direção ao seu fim normal, qual seja, a produção de um provimento de mérito. Sua presença, assim, deverá ser verificada em abstrato, considerando-se, por hipótese, que as assertivas do demandante em sua inicial são verdadeiras, sob pena de se ter uma indisfarçável adesão às teorias concretas da ação. (...) (Lições de direito processual civil, vol. I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998, pp. 124-125).” (REsp 1424617/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/05/2014, DJe 16/06/2014).

8. Agravo de instrumento provido em parte.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5024549-37.2018.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 12/07/2021, Intimação via sistema DATA: 15/07/2021)

AMBIENTAL - PROCESSO CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - TEMPESTIVIDADE - LEGITIMIDADE PASSIVA - REPARAÇÃO AMBIENTAL - SOLIDARIEDADE.

1. A legitimidade passiva da CESP está sub judice. A contagem em dobro dos prazos para litisconsortes, nos termos do artigo 229, do Código de Processo Civil, é aplicável. A contagem simplificada, para os atos processuais posteriores, depende da eventual exclusão definitiva dos demais litisconsortes.

2. A responsabilidade pela reparação ambiental é solidária. Precedentes.

3. A sucessão contratual não modifica a natureza solidária da responsabilidade, sem prejuízo de identificação do responsável direto pelo dano.

4. Agravo de instrumento provido, em parte. Agravo interno improvido.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5015616-75.2018.4.03.0000, Rel. Juiz Federal Convocado LEILA PAIVA MORRISON, julgado em 09/02/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 14/02/2020)

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - AMBIENTAL - ILHA SOLTEIRA - MANUTENÇÃO DA CESP NO POLO PASSIVO DA AÇÃO - POSSIBILIDADE - AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO....

II - Cuida-se de agravo de instrumento interposto por Rio Paraná Energia S/A em face de decisão proferida no bojo da ação civil pública nº 0001873-93.2008.403.6124, em trâmite perante a 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Andradina/SP, a qual excluiu a Companhia Energética de São Paulo - CESP do polo passivo da demanda e determinou a inclusão da agravante na condição de sucessora processual.

III - A legitimidade “*ad causam*” consiste na imputação subjetiva da pessoa para responder pelos pedidos deduzidos na inicial, formulados pelo autor. Há indissociável e necessária correlação entre os pedidos deduzidos e o responsável pela sua satisfação. Deve figurar no polo passivo da relação

processual a pessoa ou pessoas que efetivamente podem cumprir o comando judicial, caso julgado procedente o pedido. Essa correlação é aferida não somente considerando a situação jurídica posta inicialmente na lide, mas, também, as eventuais futuras modificações objetivas e subjetivas que possam comprometer a eficácia da decisão jurisdicional.

IV - O pedido deduzido no item 3 da inicial somente poderá ser cumprido pela empresa concessionária da área, pois consiste em obrigação de fazer própria da concessão.

V - Eventual condenação da CESP dependerá materialmente das ações da empresa concessionária ocupante da área discutida. Sendo assim, o reconhecimento de sua ilegitimidade neste momento processual poderá, posteriormente, acarretar em inutilidade do provimento judicial postulado, e no prévio reconhecimento de sua irresponsabilidade.

VI - Inaplicabilidade do disposto no artigo 109 do Código de Processo Civil, uma vez que não se trata de alienação de coisa ou de direito litigioso por ato entre vivos, a título particular.

VII - Em relação ao pedido subsidiário, com razão a agravante. Pleiteia-se não somente a completa reparação da área, mas também a condenação da CESP em ressarcir os danos ambientais que, no curso do processo, mostrarem-se técnica e absolutamente irrecuperáveis nas áreas de preservação permanente irregularmente utilizadas.

VIII - Considerando os pedidos feitos, cabível a manutenção da CESP no polo passivo da ação.

IX - Agravo de instrumento parcialmente provido.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5015589-92.2018.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 17/12/2019, Intimação via sistema DATA: 19/12/2019)

Preliminar de ilegitimidade passiva arguida pela CESP e pela Rio Paraná Energia S/A afastada.

Acrescento à bem fundamentada decisão que a responsabilização por danos ambientais é de natureza objetiva e solidária, a teor do art. 3º, IV, e 14, § 1º, da Lei 6.938/1981, c.c. art. 7º da Lei nº 12651/12, dada a indivisibilidade do bem jurídico considerado, o meio-ambiente, e a aplicação da teoria do risco integral, ilimitada, em homenagem aos princípios do poluidor-pagador, da reparação integral e da proteção ao vulnerável.

Por fim, no atinente à análise da questão preliminar aventada, pondere-se serem as obrigações ambientais de natureza *propter rem*, ou seja, aderem ao imóvel, de modo que o proprietário, possuidor ou detentor as assume no momento em que adquire o bem por algum desses institutos jurídicos.

Portanto, acertada a integração da Rio Paraná S.A, a teor do art. 493 do Código de Processo Civil, assim como a manutenção da CESP no polo passivo.

Rejeito a preliminar de falta de interesse processual do Ministério Público Federal para o feito, arguida sob alegação de esvaziamento do objeto da lide após a expedição da Licença de Operação nº 1300/2015 pelo IBAMA (válida até

2025), bem assim por não haver mais intervenções na área de proteção tutelada.

Com efeito, muito embora se parta da premissa de não subsistirem intervenções nas áreas de proteção permanente objeto da lide, persiste o interesse no deslinde do feito, a abranger responsabilizações ainda pendentes de resolução nesta Corte.

A CESP argui, ainda preliminarmente, a nulidade da sentença por cerceamento do direito de defesa, sob o fundamento de impossibilidade de prosseguimento na realização de prova pericial.

Por oportuno, transcrevo o quanto decidido, no que interessa:

...

h) DETERMINO a inversão do ônus probatório, atribuindo-o aos proprietários do imóvel quanto à prova de que as edificações apontadas pelo MPF na inicial estão na APP da UHE de Ilha Solteira;

i) DETERMINO a realização de prova pericial, cujo ônus financeiro de adiantar a integralidade dos valores deve ser arcado pelo(s) proprietário(s) do imóvel;

j) NOMEIO como perito o Dr. Artur Pantoja Marques, professor da UNESP – Ilha Solteira, que realizará a perícia nos termos de projeto firmado entre esta instituição de ensino e a Justiça Federal (Processo SEI 0015936-98.2020.4.03.8001). Ficam as partes cientes de que já houve aceite do encargo e que currículo do expert está disponível na plataforma Lattes (<http://lattes.cnpq.br/7547159209899887>);

k) FIXO o valor dos honorários periciais no patamar de R\$ 1.157,00 (um mil, cento e cinquenta e sete reais), nos termos do projeto citado. Intime-se o proprietário do imóvel para adiantar, em 15 (quinze) dias, o valor integral dos honorários periciais, mediante depósito judicial na Caixa Econômica Federal, vinculado a estes autos, sob pena de preclusão da prova pericial e julgamento do processo no estado em que se encontrar;

l) INTIMEM-SE as partes para, no mesmo prazo de 15 (quinze) dias, querendo, apresentarem seus quesitos e eventualmente indicarem assistente técnico;

m) Efetuado o adiantamento dos honorários, EXPEÇA-SE ordem de transferência à UNESP de valor correspondente a 50% (cinquenta por cento) do valor depositado. Concomitantemente, INTIME-SE o perito para indicar o período de realização da perícia, que deverá ser comunicado ao Juízo com antecedência mínima de 10 (dez) dias. Com a indicação, INTIMEM-SE as partes para ciência, ficando o(s) proprietário(s) do imóvel cientes de que deverão franquear livre acesso do expert para realização da perícia, sob pena de incursão em crime, além de terem de suportar o ônus da não realização da perícia;

...

Com a apresentação final de esclarecimentos pelo perito; ou não os tendo sido requeridos; ou não tendo havido o adiantamento dos honorários periciais; venham os autos conclusos para sentença.

A decisão, de forma expressa, remete os autos à prolação de sentença, produzida ou não a prova pericial, tendo sido oportunizado às partes se manifestar, as quais se quedaram silentes, aceitando os termos da decisão. Ressalto, outrossim, ter a CESP formulado quesitos, a comprovar tanto a ciência como o conformismo com o teor da decisão proferida na fase instrutória.

Diante disso, a preclusão para impugnação neste momento processual é manifesta, razão pela qual rejeito a preliminar.

Passo à apreciação das questões de fundo, as quais abrangem, vale destacar, os pedidos de reforma da decisão saneadora quanto à fixação do artigo 62 do novo Código Florestal como marco normativo para instrução do feito, por estar em estrita vinculação com o exame de mérito.

A ação foi ajuizada pelo Ministério Público Federal a partir de procedimento administrativo instaurado para apurar responsabilidades decorrentes da ocupação indevida em área de proteção permanente no entorno da UHE (usina hidrelétrica de Ilha Solteira), no Município de Marinópolis.

Infrutífera a tentativa de recomposição na via administrativa, pretende-se, neste feito, assegurar a reparação de danos ambientais havidos.

O ajuizamento se deu à luz do Código Florestal pretérito, Lei nº 4.771/65, e Resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA nº 4/1985 e nº 302/2002, os quais definiram e delimitaram as áreas de preservação permanente em reservatórios artificiais e uso do entorno.

Transcrevo a legislação, no que interessa:

Lei 4.771/65:

...

Art. 2º Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:

...b) ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d'água naturais ou artificiais;

Resolução CONAMA nº 4/1985:

Art. 3º. São Reservas Ecológicas:

...

b. as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:

I. ao longo dos rios ou de outro qualquer corpo d'água, em faixa marginal além do leito maior sazonal, medida horizontalmente, cuja largura mínima será:

...

- de 100 (cem) metros para todos os cursos d'água cuja largura seja superior à 200 (duzentos) metros;

Resolução CONAMA nº 302/2002:

...

Art 3º Constitui Área de Preservação Permanente a área com largura mínima, em projeção horizontal, no entorno dos reservatórios artificiais, medida a partir do nível máximo normal de:

I - trinta metros para os reservatórios artificiais situados em áreas urbanas consolidadas e cem metros para áreas rurais;

...

§ 1º Os limites da Área de Preservação Permanente, previstos no inciso I, poderão ser ampliados ou reduzidos, observando-se o patamar mínimo de trinta metros, conforme estabelecido no licenciamento ambiental e no plano de recursos hídricos da bacia onde o reservatório se insere, se houver.

Conjugando os dispositivos acima, pretende-se a responsabilização das partes rés pelo restabelecimento da área de proteção ambiental afetada, área rural no entorno de reservatório de água artificial, correspondente a 100 (cem) metros desde o nível mais alto medido horizontalmente, em faixa marginal.

Aduz-se ter a legislação municipal invadido a esfera de competência da União Federal e disposto sobre extensão, ocupação e utilização das faixas de proteção do Reservatório de Ilha Solteira, tornando área de lazer o entorno do reservatório e reduzindo a faixa de preservação a 30 (trinta) metros, em dissonância aos 100 (cem) metros estabelecidos nas Resoluções em comento.

A conduta perpetrada pelo Município, segundo alegado na inicial, propiciou a constituição de vários loteamentos e assim favoreceu a ocupação e a edificação em área de preservação permanente, causando os danos ambientais destacados nestes autos.

Diante disso, tendo em conta a responsabilidade objetiva e solidária no trato de questões envolvendo o meio ambiente, quer decorra de ações ou omissões, pretende-se a condenação dos envolvidos na medida de suas responsabilidades, independentemente da ocorrência de dolo ou culpa.

Durante a tramitação do feito, entrou em vigor o novo Código Florestal, Lei nº 12.651/2012, o qual buscou compatibilizar a proteção ambiental ao desenvolvimento sustentável. Houve a revogação da Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965, da Lei nº 7.754, de 14 de abril de 1981, bem assim da Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001, por incompatíveis à nova disciplina. Da mesma forma, foram alteradas as Leis nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006.

Trago à consideração, para deslinde do feito, dispositivos do novo Código Florestal:

Art. 3º. Para os efeitos desta Lei, entende-se por:

...

II - Área de Preservação Permanente - APP: área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas;

4º Considera-se Área de Preservação Permanente, em zonas rurais ou urbanas, para os efeitos desta Lei:

...

III - as áreas no entorno dos reservatórios d'água artificiais, decorrentes de barramento ou represamento de cursos d'água naturais, na faixa definida na licença ambiental do empreendimento;

art. 5º. Na implantação de reservatório d'água artificial destinado a geração de energia ou abastecimento público, é obrigatória a aquisição, desapropriação ou instituição de servidão administrativa pelo empreendedor das Áreas de Preservação Permanente criadas em seu entorno, conforme estabelecido no licenciamento ambiental, observando-se a faixa mínima de 30 (trinta) metros e máxima de 100 (cem) metros em área rural, e a faixa mínima de 15 (quinze) metros e máxima de 30 (trinta) metros em área urbana. (Redação dada pela Lei nº 12.727, de 2012).

Art. 62. Para os reservatórios artificiais de água destinados a geração de energia ou abastecimento público que foram registrados ou tiveram seus contratos de concessão ou autorização assinados anteriormente à Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001, a faixa da Área de Preservação Permanente será a distância entre o nível máximo operativo normal e a cota máxima *maximorum*.

As modificações implementadas na disciplina da matéria foram objeto de questionamentos no C. STF, o qual reconheceu a constitucionalidade dos artigos 5º, *caput* e §§ 1º e 2º, e 62 do novo Código Florestal, por ocasião do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 42 e das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 4901, 4902, 4903 e 4937.

Confirmam-se os seguintes trechos do v. acórdão:

DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO AMBIENTAL. ART. 225 DA CONSTITUIÇÃO. DEVER DE PROTEÇÃO AMBIENTAL. NECESSIDADE DE COMPATIBILIZAÇÃO COM OUTROS VETORES CONSTITUCIONAIS DE IGUAL HIERARQUIA. ARTIGOS 1º, IV; 3º, II E III; 5º, *CAPUT* E XXII; 170, *CAPUT* E INCISOS II, V, VII E VIII, DA CRFB. DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL. JUSTIÇA INTERGERACIONAL. ALOCAÇÃO DE RECURSOS PARA ATENDER AS NECESSIDADES DA GERAÇÃO ATUAL. ESCOLHA POLÍTICA. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. IMPOSSIBILIDADE DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO. EXAME DE RACIONALIDADE ESTREITA. RESPEITO AOS CRITÉRIOS DE ANÁLISE DECISÓRIA EMPREGADOS PELO FORMADOR DE POLÍTICAS PÚBLICAS. INVIABILIDADE DE ALEGAÇÃO DE VEDAÇÃO AO RETROCESSO. NOVO CÓDIGO FLORESTAL. AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE E AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE JULGADAS PARCIALMENTE PROCEDENTES.

...

15. A preservação dos recursos naturais para as gerações futuras não pode significar a ausência completa de impacto do homem na natureza, consideradas as carências materiais da geração atual e também a necessidade de gerar desenvolvimento econômico suficiente para assegurar uma travessia confortável para os nossos descendentes....

19. O Princípio da vedação do retrocesso não se sobrepõe ao princípio democrático no afã de transferir ao Judiciário funções inerentes aos Poderes Legislativo e Executivo, nem justifica afastar arranjos legais mais eficientes para o desenvolvimento sustentável do país como um todo.

20. A propósito, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal demonstra deferência judicial ao planejamento estruturado pelos demais Poderes no que tange às políticas públicas ambientais. No julgamento do Recurso Extraordinário nº 586.224/SP (Rel. ministro Luiz Fux, julgamento em 05/03/2016), apreciou-se o conflito entre lei municipal proibitiva da técnica de queima da palha da cana-de-açúcar e a lei estadual definidora de uma superação progressiva e escalonada da referida técnica. Decidiu a Corte que a lei do ente menor, apesar de conferir aparentemente atendimento mais intenso e imediato ao interesse ecológico de proibir queimadas, deveria ceder ante a norma que estipulou um cronograma para adaptação do cultivo da cana-de-açúcar a métodos sem a utilização do fogo. Dentre os fundamentos utilizados, destacou-se a necessidade de acomodar, na formulação da política pública, outros interesses igualmente legítimos, como os efeitos sobre o mercado de trabalho e a impossibilidade do manejo de máquinas diante da existência de áreas cultiváveis acidentadas. Afastou-se, assim, a tese de que a norma mais favorável ao meio ambiente deve sempre prevalecer (*in dubio pro natura*), reconhecendo-se a possibilidade de o regulador distribuir os recursos escassos com vistas à satisfação de outros interesses legítimos, mesmo que não promova os interesses ambientais no máximo patamar possível. Idêntica lição deve ser transportada para o presente julgamento, a fim de que seja refutada a aplicação automática da tese de vedação ao retrocesso para anular opções validamente eleitas pelo legislador.

21. O Código Florestal ostenta legitimidade institucional e democrática, sendo certo que a audiência pública realizada nas presentes ações apurou que as discussões para a aprovação da Lei questionada se estenderam por mais de dez anos no Congresso Nacional. Destarte, no âmbito do Parlamento, mais de 70 (setenta) audiências públicas foram promovidas com o intuito de qualificar o debate social em torno das principais modificações relativas ao marco regulatório da proteção da flora e da vegetação nativa no Brasil. Conseqüentemente, além da discricionariedade epistêmica e hermenêutica garantida ao Legislativo pela Constituição, também militam pela autocontenção do Judiciário no caso em tela a transparência e a extensão do processo legislativo desenvolvido, que conferem legitimidade adicional ao produto da atividade do Congresso Nacional.

22. Apreciação pormenorizada das impugnações aos dispositivos do novo Código Florestal (Lei nº 12.651/2012):

...

(e) Art. 4º, inciso III e §§ 1º e 4º (Áreas de preservação permanente no entorno de reservatórios artificiais que não decorram de barramento de cursos d'água naturais e de reservatórios naturais ou artificiais com superfície de até um hectare): As alegações dos requerentes sugerem a falsa ideia de que o novo Código Florestal teria extinto as APPs no entorno dos reservatórios d'água artificiais, decorrentes de barramento ou represamento de cursos d'água naturais. No entanto, esses espaços especialmente protegidos continuam a existir, tendo a lei delegado ao órgão que promover a licença ambiental do empreendimento a tarefa de definir a extensão da APP, consoante as especificidades do caso concreto. Essa opção legal evita os inconvenientes da solução *one size fits all* e permite a adequação da norma protetiva ao caso concreto. Por sua vez, a pretensão de constitucionalização da metragem de Área de Proteção Permanente estabelecida na lei revogada ofende o princípio democrático e a faculdade conferida ao legislador pelo art.

225, § 1º, III, da Constituição, segundo o qual compete à lei alterar, ou até mesmo suprimir, espaços territoriais especialmente protegidos. Pensamento diverso transferiria ao Judiciário o poder de formular políticas públicas no campo ambiental. Conclusão: Declaração de constitucionalidade do art. 4º, III e §§ 1º e 4º, do novo Código Florestal;

...

(h) Artigos 5º, *caput* e §§ 1º e 2º, e 62 (Redução da largura mínima da APP no entorno de reservatórios d'água artificiais implantados para abastecimento público e geração de energia): O estabelecimento legal de metragem máxima para áreas de proteção permanente no entorno de reservatórios d'água artificiais constitui legítima opção de política pública ante a necessidade de compatibilizar a proteção ambiental com a produtividade das propriedades contíguas, em atenção a imperativos de desenvolvimento nacional e eventualmente da própria prestação do serviço público de abastecimento ou geração de energia (art. 175 da CF). Por sua vez, a definição de dimensões diferenciadas da APP em relação a reservatórios registrados ou contratados no período anterior à MP nº 2166-67/2001 se enquadra na liberdade do legislador para adaptar a necessidade de proteção ambiental às particularidades de cada situação, em atenção ao poder que lhe confere a Constituição para alterar ou suprimir espaços territoriais especialmente protegidos (art. 225, § 1º, III). Trata-se da fixação de uma referência cronológica básica que serve de parâmetro para estabilizar expectativas quanto ao cumprimento das obrigações ambientais exigíveis em consonância com o tempo de implantação do empreendimento; Conclusão: Declaração de constitucionalidade dos artigos 5º, *caput* e §§ 1º e 2º, e 62, do novo Código Florestal;

...

23. Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 4901, 4902, 4903 e 4937 e Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 42 julgadas parcialmente procedentes.

(STF - ADC 42, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 28/02/2018, publicado em 13/08/2019).

A Corte Suprema consagrou o princípio da prevalência do desenvolvimento econômico sustentável no País em detrimento da vedação ao retrocesso em matéria ambiental, à luz das disposições inseridas no novo Código Florestal, proclamou a constitucionalidade dos dispositivos impugnados, em harmonia aos preceitos do art. 225, § 1º, III, da Constituição Federal, segundo o qual compete à lei alterar ou até mesmo suprimir espaços territoriais especialmente protegidos.

Merece destaque, ainda, a decisão proferida, também no C. STF, por ocasião do julgamento da Reclamação nº 38.764 pelo STF, na qual cassada a decisão desta Corte Regional em sede de apelação nos autos da Ação Civil Pública nº 0002737-88.2008.4.03.6106, para reconhecer a vigência retroativa dos dispositivos insertos no novo Código Florestal e o efeito vinculante e cogente das decisões proferidas no âmbito da Corte Suprema, de molde a afastar qualquer questionamento acerca do princípio *tempus regit actum*:

O cabimento da reclamação, instituto jurídico de natureza constitucional, deve ser aferido nos estritos limites das normas de regência, que somente a concebem para preservação da competência do Tribunal e para garantia da autoridade de suas decisões (art. 102, I, I, CF), bem como contra atos que contrariem ou indevidamente apliquem Súmula Vinculante (art. 103-A, § 3º, da CF). Na espécie, a autoridade reclamada assim apreciou a matéria (eDOC 29, p. 10/11): "A ilegalidade da ocupação desse imóvel, do ponto de vista ambiental, vem sendo apontada, discutida e apurada desde 12/04/2005, data em que o réu José Cláudio Alvarez foi autuado nos moldes do Auto de Infração Ambiental/Interdição nº 263662 (fl. 36/37). Portanto, na vigência do antigo código, Lei nº 4.771, de 1965. Diante do fato de existirem, no curso do processo de apuração, três leis tratando dessa matéria (4.771, de 1965 - 7.803, de 1989 e 12651, de 2012), por razões de segurança jurídica, deve-se aplicar o princípio do *tempus regit actum*, até porque, como já decidiu o C. STJ, o novo Código Florestal tem eficácia *ex nunc* e não alcança fatos pretéritos quando isso implicar a redução do patamar de proteção do meio ambiente:...(AgRg no REsp 1434797 / PRAGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL2013/0395471-7 - Ministro HUMBERTO MARTINS - SEGUNDA TURMA - Julgamento em 17/05/2016 - Publicado no DJe 07/06/2016)

Nesse mesmo sentido o entendimento deste Tribunal Regional:..."Nesta reclamação, sustenta-se que os acórdãos prolatados pela autoridade reclamada teriam "deliberadamente" deixado de aplicar a norma do art. 62 da Lei 12.651/2012. Este artigo modificou os critérios de determinação das APPs em reservatórios artificiais para geração de energia elétrica e ou abastecimento de água que foram registrados ou, simplesmente, tiveram seus contratos de concessão ou autorização assinados anteriormente à Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001. Os referidos acórdãos teriam deixado de observar, assim, as decisões desta Corte na ADI 4903 e na ADC 42. Julgadas em conjunto, as decisões apontadas como paradigmas trataram, nas palavras de seu e. Relator, Ministro Luiz Fux, Relator, do exame da (in)constitucionalidade de "praticamente todo o Código Florestal". O ponto em questão, qual seja, a possibilidade de a norma do art. 62 do Código Florestal retroagir para disciplinar os reservatórios artificiais de água destinados à geração de energia ou abastecimento público que foram registrados ou tiveram seus contratos de concessão ou autorização assinados anteriormente à Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001, foi objeto de debate por ocasião do julgamento dos processos paradigmas, conforme destacado pelo Ministro Dias Toffoli, ao deferir a medida liminar (eDOC 33, p. 6): "No ponto, as razões da Procuradoria-Geral da República não foram acolhidas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal que, "por unanimidade, julgou constitucional o art. 62 do Código Florestal". Na oportunidade do julgamento do *leading case*, o Min. Luiz Fux, Relator, assim consignou:..."Na ocasião, acompanhei a conclusão do e. Relator, asseverando que nos termos do art. 225, § 1º, III, da Constituição Federal, permite-se que lei altere ou suprima os espaços territoriais especialmente protegidos, de modo que a fixação, por meio de edição de lei, de metragem máxima para APPs no entorno de reservatórios d'água artificiais consubstancia alternativa de política pública. Esse também foi o meu entendimento quanto à alegação de que o dispositivo em comento (art. 62 da 12.651/2012) permitiria a descaracterização das APPs no entorno de reservatórios artificiais, pelo que consubstanciava retrocesso ambiental, uma vez que o referido artigo

determina que a faixa da Área de Preservação Permanente será a distância entre o nível máximo operativo norma e a cota máxima *maximorum*. Por fim, destaco o seguinte trecho da manifestação do Procurador-Geral da República, que bem direciona o deslinde da questão veiculada nesta reclamação (eDOC 39, p. 11-13): "A manutenção do posicionamento adotado pela Corte Regional (e pelo Superior Tribunal de Justiça em vários julgados posteriores ao julgamento proferido na Suprema Corte), no sentido da aplicação do princípio *tempus regit actum* e do postulado da vedação do retrocesso em matéria ambiental, leva a um sério risco de perpetuação da judicialização do tema da aplicabilidade do Novo Código Florestal, gerando insegurança jurídica. Tendo sido já discutida a controvérsia pela Suprema Corte em sede de controle concentrado de constitucionalidade, a discussão sobre a validade do dispositivo legal em questão está superada e sua aplicação ao caso é obrigatória. A decisão em sede de controle de constitucionalidade possui efeito erga omnes, vinculante e retroativo. Como leciona o Ministro Luís Roberto Barroso, "a decisão que acolhe o pedido tem, como a designação da ação sugere, natureza declaratória. Consequentemente, não inova ela na ordem jurídica, limitando-se a estabelecer certeza jurídica acerca de situação preexistente. É possível afirmar que os efeitos da decisão se produzem *ex tunc* no sentido de que a lei será tida como constitucional desde o seu nascimento". Essencial destacar que não houve modulação de efeitos do julgamento proferido pela Suprema Corte, o que permitiria, caso assim pretendesse o Tribunal, restringir os efeitos da decisão, excluindo de seu alcance determinadas situações ou impedindo sua retroação em específicas hipóteses. Não foi essa, todavia, a intenção do STF, de forma que aplicável, no caso, a regra geral da eficácia *ex tunc*, abrangendo-se assim intervenções ambientais anteriores ao julgado. Nas palavras do reclamante, "uma vez declarada a constitucionalidade da referida norma, obrigatório reconhecer a sua validade desde o início de sua vigência, ou seja, desde 25 de maio de 2012. Ressalte-se que a referida norma tem validade não apenas após a decisão do C. STF, mas sim desde o termo legal de vigência fixado em seu texto, dado o conteúdo declaratório da decisão que afirmou a constitucionalidade dos dispositivos do Novo Código Florestal impugnados". Com efeito, após o pronunciamento definitivo da Suprema Corte sobre o tema, não é cabível negativa de aplicação do art. 62 da Lei 12.651/2012 pelos órgãos do Poder Judiciário ou pela administração pública, tendo em vista o disposto no art. 102, § 2º, da Constituição Federal, segundo o qual "as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal". "Contata-se, assim, que o acórdão reclamado, ao afastar a aplicação do art. 62 da Lei 12.651/2012, deixou de observar a autoridade das decisões desta Corte proferidas em sede de controle concentrado. Ante o exposto, nos termos do arts. 21, § 1º, e 161, parágrafo único, do RISTF, julgo procedente a presente reclamação, para cassar a decisão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que apreciou a Apelação Cível nº 0002737-88.2008.4.03.6106/SP, e determinar que nova decisão seja proferida com a observância do que decidido por esta Corte na ADI 4903 e na ADC 42...(STF - Rcl 38764/SP,

Relator(a): Min. EDSON FACHIN, julgamento em 28/05/2020, publicado em 17/06/2020)

Por conseguinte, a teor do quanto dispõe o art. 62 do novo Código Florestal e da decisão proferida no C. STF, considera-se área de preservação permanente para reservatórios de água artificiais, com concessão outorgada anteriormente à Medida Provisória nº 2.166-67/2001, a distância entre o nível máximo operativo normal e a cota *máxima maximorum*, ou seja, a máxima elevação a que pode chegar a barragem.

Trago à colação, por oportuno, decisões proferidas nesta Corte:

PROCESSUAL CIVIL. ANÁLISE DA LEGITIMIDADE. TEORIA DA ASSERÇÃO. ADMINISTRATIVO. MULTA AMBIENTAL. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. DANO AMBIENTAL. EDIFICAÇÃO REALIZADA EM APP. CRITÉRIO CONSTANTE NO ART. 62, DA LEI Nº 12.651/12. RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA SUBJETIVA. CONFIGURAÇÃO NO CASO DOS AUTOS. SANÇÃO APLICADA NO PATAMAR MÍNIMO. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE DA SANÇÃO. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO.

....

6. Utilizando-se dos parâmetros do julgado proferido pela Segunda Seção deste e. Tribunal Regional Federal (TRF 3ª Região, 2ª Seção, AR - AÇÃO RESCISÓRIA - 5020192-48.2017.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 06/05/2021, DJEN DATA: 10/05/2021), bem como do quanto reconhecido na ADC nº 42, do a. Supremo Tribunal Federal, o artigo 62, da Lei nº 12.651/12 tem aplicação retroativa.

7. Indo adiante, o nível normal de operação é o de 446,3m e o nível máximo *maximorum* é de 447,36m. Destarte, utilizando-se dos critérios constantes na legislação, a área de proteção permanente confirmar-se-ia neste pouco mais de 1,0m (um metro).

8. Ocorre que, nos termos do levantamento planialtimétrico constante no id nº 90434789, f. 39, ao menos a rampa de concreto fora construída na área de preservação permanente (entre o nível de operação e o nível máximo *maximorum*).

9. Sendo assim, dúvida não remanesce que a área de preservação permanente sofrera infração administrativa, nos termos do artigo 70, da Lei nº 9.605/98, na modalidade recuperação do meio ambiente.

10. Cumpre analisar, neste momento, a responsabilidade administrativa e, neste desiderato, a jurisprudência do c. Superior Tribunal de Justiça é devidamente firme em reconhecer que esta apenas se configura em caráter subjetivo, não se confundindo com a responsabilidade civil, de natureza objetiva e *propter rem*.

11. Neste diapasão, o próprio apelante apresentou manifestação perante o órgão ambiental, alegando que realizara as edificações na área (id nº 90434790, f. 77), o que denota a livre realização da conduta danosa ao meio ambiente, tornando patente a necessidade da manutenção da autuação.

12. Registre-se, por oportuno, que a multa aplicada ocorrera no valor mínimo à época, o que torna proporcional e razoável a sanção que incidira à espécie, em cotejo com o dano experimentado.

13. Recurso de apelação desprovido.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 0030711-17.2015.4.03.9999, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 11/11/2021, DJEN DATA: 16/11/2021)

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. PRELIMINAR DE DECADÊNCIA AFASTADA. MÉRITO. JULGAMENTO ANTECIPADO. DANO AMBIENTAL. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. UHE ÁGUA VERMELHA. APLICAÇÃO DO CÓDIGO NOVO CÓDIGO FLORESTAL. ARTIGO 62. CONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO STF. ADI 4.903 E ADC 42. AGRAVO INTERNO PREJUDICADO. RESCISÓRIA PROCEDENTE.

...

5. Quanto ao mérito, na ADI 4.903/DF, assim como na ADC 42, restou consignada a constitucionalidade do artigo 62 do Novo Código Florestal. Não é demais ressaltar que o Ministro Dias Toffoli, do Supremo Tribunal Federal, debruçando-se não só sobre o tema, mas especificamente sobre a UHE Água Vermelha, nos autos da Reclamação Rcl 38.764/SP distribuída à Relatoria do Min. Edson Fachin, decidiu que esta Corte Federal, nos autos da Apelação Cível nº 0002737-88.2008.4.03.6106/SP (caso análogo ao presente), desrespeitou a autoridade do Supremo Tribunal Federal e a eficácia do julgado na ADI 4.903/DF e na ADC nº 42/DF.

6. Assim, resta indene de dúvida que o artigo 62 do Novo Código Florestal tem aplicação pretérita já que o dispositivo, cuja constitucionalidade foi declarada, em sua literalidade, define novos parâmetros às áreas de preservação permanente "Para os reservatórios artificiais de água destinados a geração de energia ou abastecimento público que foram registrados ou tiveram seus contratos de concessão ou autorização assinados anteriormente à MP nº 2.166-67 de 2001", o que é o caso da UHE Água Vermelha.

7. Realizado este apanhado, há de ser reconhecida a violação à norma jurídica, especificamente o artigo 62 do Novo Código Florestal, pelo acórdão rescindendo, de modo que a decisão combatida comporta rescisão.

8. Com efeito, embora o acórdão rescindendo tenha fixado como área de preservação permanente a extensão de 100 metros no entorno da UHE Água Vermelha, aplicado o artigo 62 do Novo Código Florestal ao contrato de concessão em espécie, firmado em 1999, a distância entre o nível máximo operativo normal e a cota máxima *maximorum* da UHE de Água Vermelha coincide no valor de 383,3 m, o que culmina em uma área de preservação permanente nula ou igual a zero.

9. Em decorrência, havendo norma legal declarada constitucional e aplicável ao caso vertente, afasta-se a pretensa aplicação, pela defesa, da Resolução CONAMA 302/2004, inexistindo, via de consequência, dano ambiental a ser reconhecido.

10. Agravo interno prejudicado, preliminar arguida afastada. No mérito, julgada procedente a ação rescisória.

(TRF 3ª Região, 2ª Seção, AR - AÇÃO RESCISÓRIA - 5020192-48.2017.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 06/05/2021, DJEN DATA: 10/05/2021)

APELAÇÃO. REMESSA NECESSÁRIA. AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO. AMBIENTAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRELIMINARES E PREJUDICIAIS DE MÉRITO AFASTADAS. INTERVENÇÃO EM ÁREA DE

PRESERVAÇÃO PERMANENTE. RESERVATÓRIO ARTIFICIAL. USINA DE MARIMBONDO. RECUPERAÇÃO DA ÁREA. NECESSIDADE. IBAMA. REALOCAÇÃO AO POLO ATIVO. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.

...

3. Cinge-se a questão em averiguar a responsabilidade dos apelantes e do proprietário do imóvel pelo levantamento de edificações em área de preservação permanente, situada às margens do Reservatório da Usina Hidrelétrica de Marimbondo, no município de Guaraci/SP.3. A Lei 12.651/2012 (novo Código Florestal) descreve hipóteses objetivas de Áreas de Preservação Permanente - APP nas quais, em regra, é vedada qualquer intervenção antrópica, dentre elas, os entornos de reservatórios artificiais de água destinados a geração de energia ou abastecimento público que foram registrados ou tiveram seus contratos de concessão ou autorização firmados anteriormente à Medida Provisória 2.166-67, de 24/10/2001.

4. Nesses casos, a faixa da APP será a distância entre o nível máximo operativo normal e a cota máxima *maximorum*, nos termos do art. 62 do novo Código Florestal.

5. No caso do imóvel do recorrente, localizado na beira da UHE de Marimbondo, a APP corresponde à área inundável do reservatório, ou seja, aquele nível limite suportado pelo reservatório em casos excepcionais, além do nível máximo normal de operação.

6. Salieta-se que o E. Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADIN 4.903, em 13/08/2019, declarou a constitucionalidade do art. 62 do novo Código Florestal, o que deverá ser observado pelos demais órgãos judicantes em razão do efeito erga omnes e vinculante próprios de decisórios dessa natureza.

7. De se ter presente, ainda, que o Pretório Excelso, no julgamento da Reclamação 38.764, em 17/06/2020, cassou acórdão deste C. TRF da 3ª Região proferido no processo 0002737-88.2008.4.03.6106, o qual havia deixado de aplicar a norma do art. 62 da Lei 12.651/2012, ao fundamento de que esse dispositivo não alcançaria fatos anteriores à sua vigência.

8. Naquela oportunidade, fixou o E. STF que, ao menos no que concerne à incidência do art. 62 do novo Código Florestal, não têm aplicação os preceitos da vedação ao retrocesso ou do "tempus regit actum", o que impõe considerar que todos os reservatórios artificiais de água para geração de energia registrados ou concedidos anteriormente à Medida Provisória 2.166-67, de 24/08/2001 - como é o caso da Usina de Marimbondo, em operação comercial desde 1975 - possuem, atualmente, APP fixada nos termos daquele dispositivo, sendo desimportante a existência de anteriores normas, ainda que de cunho mais protetivo.

9. Neste caso, conforme atestado por farta prova documental, as construções levadas à cabo no local dos fatos - alambrado e portão guarnecidos por baldrames e colunas de alvenaria, sem prejuízo da constatação de outras em liquidação e cumprimento de sentença - efetivamente invadiram área de preservação permanente, uma vez que não observaram os limites da área inundável do reservatório artificial.

10. O dano ambiental efetivamente ocorreu, sendo inerente à desautorizada intervenção no local, que sabidamente gera supressão de vegetação nativa, resíduos e efluentes domésticos, e portanto, a reparação da área danificada é determinação constitucional nos termos do § 3º do art. 225 da Carta Magna e deve ser promovida pelos seus causadores, razão pela qual a discussão sobre

a existência ou não de excludente de ilicitude não tem relevância, em face da natureza objetiva da responsabilidade por dano ambiental, refletida na teoria do risco integral. (REsp 1374284/MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 27/08/2014 pela sistemática dos recursos repetitivos)

....

22. Não se conhece do agravo retido. Nega-se provimento à remessa necessária e às apelações de Furnas Centrais Elétricas S/A e do município de Guaraci/SP. Dá-se provimento ao apelo do IBAMA.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 0011307-97.2007.4.03.6106, Rel. Desembargador Federal DIVA PRESTES MARCONDES MALERBI, julgado em 30/04/2021, Intimação via sistema DATA: 04/05/2021)

Vencida a apreciação da constitucionalidade dos dispositivos insertos no novo Código Florestal, aprecio o enquadramento da situação fática à hipótese legal.

A construção da usina hidrelétrica de Ilha Solteira, ocorrida em 1970, foi possível por desapropriação de imóveis situados na região que abrange o Marinópolis.

A exploração foi concedida à CESP, Centrais Elétricas de São Paulo S/A, por meio do Decreto nº 67.066, de 17/8/1970, e prorrogada até julho de 2015, nos termos da Portaria nº 289, de 11 de novembro de 2004, do Ministério de Minas e Energia, conforme consta do Contrato nº 003/2004/ANEEL/CESP.

A concessão antecedeu a edição da Medida Provisória nº 2.166-67/2001, referida no artigo 62 da Lei nº 12.651/2012, razão pela qual, a faixa da Área de Preservação Permanente para o reservatório de Ilha Solteira consiste na distância entre o nível máximo operativo normal e a cota *máxima maximorum*.

Relativamente ao imóvel retratado nestes autos, é certo integrar um dos loteamentos localizados em faixa territorial limítrofe ao reservatório da Usina Hidrelétrica de Ilha Solteira, criados no Município por lei municipal, a qual considerou área de lazer a parte rural do território do município banhada pela bacia de acumulação da hidrelétrica em comento.

A localização da propriedade está comprovada nestes autos, sendo certo que, apesar de não realizada prova pericial destinada a comprovar a intervenção antrópica em área de preservação ambiental permanente, mostra-se razoável e consentâneo com o objeto desta ação que a apuração e aferição da dimensão dos danos seja feita em liquidação de sentença, sobretudo considerando a alteração da legislação atinente ao tema e o tempo decorrido até final resolução da questão versada.

Nesse sentido, a Sexta Turma já decidiu à unanimidade, por ocasião do julgamento da ação civil pública nº 0001652-13.2008.4.03.6124, acima mencionada, cujo tópico transcrevo:

Logo, a intervenção antrópica sobre a APP não foi confirmada. Mas isso não significa que a mesma inexista, ainda mais quando se tem notícia de que no

local há edificações/impermeabilizações. E, existindo, deve ser removida e o dano ambiental reparado. Correta, por conseguinte, a sentença quando determina que a intervenção ou não em APP, até então presumida, deve ser apurada em liquidação de sentença e, caso configurada, seja integralmente retirada para promoção da recuperação ambiental.

Demais disso, trata-se, *in casu*, de responsabilidade de natureza objetiva, a ensejar a obrigação de indenizar dos envolvidos, direta ou indiretamente, na ocorrência de danos ambientais, independentemente de aferição de culpa ou dolo, a teor das disposições insertas no art. 225, § 3º, da Constituição Federal e no artigo 4º, inciso VII, c.c. art. 14, § 1º, da Lei 6.938/1981, que versa sobre a Política Nacional de Meio Ambiente. Transcrevo:

“Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

...

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Art. 4º - A Política Nacional do Meio Ambiente visará:

...

VII - à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos.

Art. 14: Sem prejuízo das penalidades definidas pela lei federal, estadual e municipal, o não cumprimento das penalidades necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade sujeitará os transgressores:

§ 1º. Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

São suficientes, assim, a comprovação de ação ou omissão, a ocorrência do dano e o nexo causal entre ambos.

Ademais, a obrigação de reparar o dano ambiental se caracteriza como obrigação *propter rem*, existente em razão da coisa ou bem, ou seja, é obrigação de natureza mista, a se estabelecer em vista da situação jurídica entre o proprietário/possuidor e o bem, aderindo ao título de domínio ou à posse.

Assim, são responsáveis pela recomposição ambiental o proprietário/possuidor do lote às margens do reservatório, bem assim as

empresas às quais outorgada a exploração da usina hidrelétrica de Ilha Solteira, inicialmente a CESP e posteriormente a Rio Paraná S.A.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ÁREA NON *AEDIFICANDI*. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE - APP. DEGRADAÇÃO DECORRENTE DE EDIFICAÇÕES. CONDENAÇÃO A OBRIGAÇÕES DE FAZER E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO.

1. Trata-se na origem de Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais voltada à recuperação de Área de Preservação Permanente degradada.

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

3. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a responsabilidade civil pelo dano ambiental, qualquer que seja a qualificação jurídica do degradador, público ou privado, é de natureza objetiva, solidária e ilimitada, sendo regida pelos princípios poluidor-pagador, da reparação *in integrum*, da prioridade da reparação *in natura* e do favor *debilis*, este último a legitimar uma série de técnicas de facilitação do acesso à justiça, entre as quais se inclui a inversão do ônus da prova em favor da vítima ambiental.

4. Induidosa a prescrição do legislador, no que se refere à posição intangível e ao caráter non *aedificandi* da APP, nela interditando ocupação ou construção, com pouquíssimas exceções (casos de utilidade pública e interesse social).

5. Causa inequívoco dano ecológico quem desmata, ocupa ou explora APP, ou impede sua regeneração, comportamento de que emerge obrigação *propter rem* de restaurar na sua plenitude e indenizar o meio ambiente degradado e terceiros afetados, sob regime de responsabilidade civil objetiva. São inúmeros os precedentes do STJ nessa linha: AgRg no REsp 1.494.988/MS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 9.10.2015; REsp 1.247.140/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, 22.11.2011; REsp 1.307.938/GO, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 16.9.2014; AgRg no REsp 1.367.968/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 12.3.2014; EDcl no Ag 1.224.056/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 6.8.2010; REsp 1.175.907/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 25.9.2014.

6. A cumulação de obrigação de fazer, não fazer e pagar não configura *bis in idem*, porquanto a indenização, em vez de considerar lesão específica já ecologicamente restaurada ou a ser restaurada, põe o foco em parcela do dano que, embora causada pelo mesmo comportamento pretérito do agente, apresenta efeitos deletérios de cunho futuro, irreparável ou intangível. Nesse sentido: AgRg no REsp 1.545.276/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 13.4.2016; REsp 1.264.250/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 11.11.2011; REsp 1.382.999/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 18.9.2014.

7. Recurso Especial provido para determinar a recuperação da área afetada, reconhecendo-se a possibilidade de cumulação de obrigação de fazer com pagamento de indenização, esta última a ser fixada na origem.
(STJ - REsp 1454281/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/08/2016, DJe 09/09/2016)

No mesmo diapasão há decisões proferidas nesta Corte, as quais destaco para ciência: ApelRemNec 0008081-56.2013.4.03.6112, 3ª Turma, Rel. Desembargador Federal Antonio Carlos Cedenho, DJEN 15/10/2021; ApCiv 0002504-97.2013.4.03.6112, 6ª Turma, Rel. Desembargador Federal Luis Antonio Johansom Di Salvo, DJEN 15/03/2022; ApCiv 5004024-31.2018.4.03.6112, 3ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Cecilia Maria Piedra Marcondes, DJEN 28/08/2019.

Aprecio o pedido deduzido pela União Federal e pelo IBAMA para que seja estendido aos reservatórios artificiais de água versados especificamente no art. 62 do novo Código Florestal, o marco temporal previsto Decreto nº 6.514, qual seja, 22/07/2008, que fora adotado para áreas consolidadas em área de preservação permanente, com ocupação antrópica preexistente ao aludido decreto.

Pretendem seja considerada área de preservação permanente aquela definida especificamente no licenciamento da UHE Ilha Solteira, qual seja, a área compreendida entre a cota máxima normal de operação e o limite da área desapropriada para formação do empreendimento, às situações nas quais não houve ocupação antrópica até a data prevista no Decreto em comento, cingindo-se a limitação de área de preservação permanente estabelecida no art. 62 do Código Florestal às hipóteses nas quais houve ocupação e edificação indevidas.

Fundamentam a pretensão na necessidade de interpretação harmônica e sistemática dos dispositivos previstos na Seção II do Código Florestal vigente.

Todavia, o art. 62 da Lei 12.651/12 dispõe expressamente sobre a área de preservação permanente no entorno dos reservatórios artificiais de água destinados a geração de energia (distância entre o nível máximo operativo normal e a cota máxima *maximorum*) para hipóteses nas quais a concessão antecede a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001, situação específica versada nestes autos quanto à usina hidrelétrica de Ilha Solteira.

As situações tuteladas nos art. 61-A e 61-C, muito embora dispostas na mesma Seção, são distintas e se referem a áreas de preservação permanente com prescrição de marco temporal de consolidação.

Como visto ao longo da análise do feito, o estabelecimento legal de metragem máxima para áreas de proteção permanente no entorno de reservatórios de água artificiais constitui legítima opção de política pública, de molde a compatibilizar a proteção ambiental à produtividade das propriedades contíguas, não havendo margem a interpretações que destoem do objetivo expressamente fixado na Consigne-se, por fim, estar a decisão proferida nestes autos em consonância ao entendimento consolidado no C. STJ e neste Tribunal.

Destaco recentes julgados, para ciência: ARESP nº 1944740, STJ, Relator Ministro Benedito Gonçalves, DJ 25/08/2022; ApCiv/SP 0001585-48.2008.4.03.6124, Relator Desembargador Federal Luis Antonio Johansom Di Salvo, Órgão Julgador, 6ª Turma; DJEN 12/07/2022; ApCiv/SP, 0009537-69.2007.4.03.6106, Relator Desembargador Federal Nery da Costa Junior, Órgão Julgador 3ª Turma, DJEN: 20/07/2022.

Ante o exposto, rejeito a matéria preliminar arguida.

No mérito, dou parcial provimento ao recurso de apelação do Ministério Público Federal e do IBAMA, para que sejam solidariamente responsáveis à recomposição ambiental todas as partes do processo que contribuíram para a ocorrência dos danos na área de preservação permanente.

Nego provimento aos recursos de apelação da CESP e da Rio Paraná S.A. por serem solidariamente responsáveis por danos ambientais havidos.

Nego provimento ao recurso de apelação da União Federal, em razão da impossibilidade de fixação do marco temporal pretendido.

É como voto.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL 0001033-74.2016.4.03.6004

Parte Autora: RODRIGO RICARDO CENI

Parte Ré: INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA - INCRA

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VALDECI DOS SANTOS

Disponibilização do Acórdão: DJEN 24/01/2023

EMENTA

REMESSA NECESSÁRIA. MANDADO DE SEGURANÇA. SUPERINTENDENTE REGIONAL DO INCRA. CERTIFICAÇÃO DO GEORREFERENCIAMENTO DE IMÓVEL RURAL. IMPOSSIBILIDADE. SOBREPOSIÇÃO COM A RESERVA INDÍGENA KADIWÉU. DEMARCAÇÃO HOMOLOGADA POR DECRETO PRESIDENCIAL. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO DO IMPETRANTE. DISCUSSÃO SOBRE LEGITIMIDADE DA DEMARCAÇÃO INCABÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. NECESSIDADE DE PARTICIPAÇÃO DA UNIÃO, DA COMUNIDADE INDÍGENA E DA FUNAI. REMESSA NECESSÁRIA PROVIDA. SEGURANÇA DENEGADA.

1. Trata-se de mandado de segurança impetrado por Rodrigo Ricardo Ceni contra ato do Superintendente Regional do INCRA em Mato Grosso do Sul, visando ao reconhecimento da nulidade do ato administrativo que negou a certificação do georreferenciamento do imóvel rural de sua propriedade (Fazenda Boa Sorte), de 3.051,0259 m², matriculado sob nº 2.788 do CRI de Corumbá/MS, bem como à determinação à autoridade impetrada para que proceda à referida certificação, no prazo de 10 dias.

2. Narra o impetrante que adquiriu a referida propriedade em 09/10/2015, de Maurício Virgili Mendes e Newton José Oliveira Garcia, e, ciente da necessidade de georreferenciamento e certificação para a transferência do domínio, tomou todas as providências para tanto, sendo, todavia, negada a certificação pelo INCRA, sob o fundamento de que uma das parcelas se sobrepõe à Terra Indígena Kadiwéu. Alega que inexistente a mencionada sobreposição, vez que o imóvel tem sua cadeia dominial iniciada em 29/03/1921, bem antes da área Kadiwéu, cuja matrícula data de 22/05/1984 (matrícula nº 1.154 do CRI de Porto Murtinho/MS). Sustenta, ainda, que a Reserva Indígena em questão está localizada no município de Porto Murtinho/MS e não em Corumbá/MS, bem como que a demarcação da área encontra-se *sub judice*. Aduz a nulidade da decisão administrativa do INCRA, posto que a negativa de certificação fere o seu direito de propriedade.

3. Por sua vez, a autoridade impetrada informou que o processo de certificação da Fazenda Boa Sorte foi protocolado no INCRA em 03/02/2006, em nome de Maurício Virgili Mendes e outro, sendo estes notificados em 19/07/2013 que a certificação somente poderia se dar mediante autorização da FUNAI, uma vez que havia sido identificada sobreposição da área com a Terra Indígena Kadiwéu. O processo foi, então, encerrado. Ocorre que, em 24/04/2016, o requerente Maurício Virgili Mendes tentou novamente a certificação do imóvel, não sendo possível pelo mesmo motivo - sobreposição com a TI Kadiwéu - sendo o processo automaticamente remetido para a análise da FUNAI. Alega, assim, que não houve negativa de certificação por parte do INCRA, pois, *"o sistema SIGEF remete automaticamente à apreciação da FUNAI toda ocorrência de sobreposição com terras indígenas"*.

4. A parte impetrada esclareceu, ainda, que o SIGEF (Sistema de Gestão Fundiária) é uma ferramenta eletrônica instituída em 11/2013, por meio da qual se faz a certificação de poligonais referentes a limites de imóveis rurais, a fim de garantir a inexistência de multiplicidade de títulos sobre o mesmo imóvel. Ao verificar a consistência dos dados e a ausência de sobreposições, o SIGEF gera automaticamente a certificação, cabendo ao CRC (Comitê Regional de Certificação) analisar somente os casos de sobreposição com polígonos existentes na base de dados do INCRA, tais como Projetos de Assentamentos da Reforma Agrária e Territórios Quilombolas, de modo que, tratando-se de sobreposição com área indígena, a análise cabe à FUNAI. Defendeu, assim, a necessidade da FUNAI integrar o polo passivo da lide, na condição de litisconsorte.

5. A sentença concedeu em parte a segurança, nos termos do artigo 487, I, do CPC, para determinar à autoridade impetrada que proceda à análise do memorial descritivo no que diz respeito ao atendimento das exigências técnicas e, em caso positivo, proceda à certificação, anotando a existência de distribuição da ação demarcatória que definirá a questão da sobreposição, ou não, entre as terras indígenas e o imóvel adquirido pelo impetrante. Sem condenação em custas e honorários advocatícios (Súmulas n. 512 do STF e n. 105 do STJ).

6. Sem recurso voluntário, os autos vieram a esta E. Corte por força da remessa necessária.

7. Em seu parecer, o Ministério Público Federal opinou pela *"extinção do processo sem resolução de mérito, por inadequação da via eleita e porque é impossível a formação de coisa julgada contra parte da relação de direito material que não participou da relação processual, ou, caso assim não se entenda, pela nulidade dos autos desde o momento em que a comunidade indígena, a FUNAI e a União deveriam ter sido integradas à lide, ou, na improvável hipótese contrária, pelo provimento da remessa oficial diante da ausência de direito líquido e certo"*.

8. O mandado de segurança é ação constitucional que obedece a procedimento célere e encontra regulamentação básica no art. 5º, LXIX, da Constituição Federal: "*Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público*".

9. Percebe-se, portanto, que, dentre outras exigências, é necessário que o direito cuja tutela se pretende seja líquido e certo. Assim, é líquido e certo o direito apurável sem a necessidade de dilação probatória, ou seja, quando os fatos em que se fundar o pedido puderem ser provados de forma incontestável no processo.

10. No caso, o impetrante alega ter direito líquido e certo à certificação do georreferenciamento do imóvel rural de sua propriedade (Fazenda Boa Sorte), de 3.051,0259 m², matriculado sob nº 2.788 do CRI de Corumbá/MS.

11. A Lei nº 10.267/2001 incluiu o §3º no artigo 176 da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73), estabelecendo a obrigatoriedade do georreferenciamento dos imóveis rurais, nos casos de desmembramento, parcelamento e remembramento.

12. Nesse sentir, extrai-se da leitura do artigo 9º, *caput* e §1º, do Decreto nº 4.449/2002, que regulamenta a referida lei, que, para fins de identificação do imóvel rural, caberá ao INCRA certificar que a propriedade em análise não se sobrepõe a nenhuma outra constante de seu cadastro georreferenciado, de modo que, por decorrência lógica, havendo sobreposição de terras, a autarquia fica impedida de prosseguir com os demais procedimentos de identificação.

13. A medida vindicada pelo impetrante corresponde a uma declaração/certificação no sentido de que os imóvel rural de matrícula nº 2.788 do CRI de Corumbá/MS não se sobrepõe a nenhuma outra área que conste do cadastro de georreferenciamento do INCRA, nos termos do artigo 176, §5º, da Lei nº 6.015/73. Ocorre que, incidindo tal imóvel sobre área correspondente à Reserva Indígena Kadiwéu, torna-se impossível ao INCRA proceder à certificação em questão.

14. Ademais, sequer a FUNAI poderia proceder tal certificação, já que a demarcação administrativa da Reserva Indígena Kadiwéu foi homologada pelo Presidente da República, através do Decreto nº 89.578, de 24 de abril de 1984, publicado no D.O.U. de 25/04/1984.

15. Vale ressaltar que, ainda que a referida demarcação seja objeto de contestação e esteja *sub judice* (proc. nº 0012478-14.2010.403.6000 e nº 0000003-37.1984.403.6000), a sua homologação continua válida para todos os fins, enquanto não houver decisão judicial em sentido contrário, com trânsito em julgado. Assim, em conformidade com o artigo 231, § 6º, da CF, tratando-se de direito originário de povos

indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam, não há que se falar em violação ao direito de propriedade do impetrante. Nesse sentido: STJ - Primeira Seção - MS n. 201001895920, Relator Ministro Castro Meira, DJ 01-02-2013.

16. Por fim, conforme bem salientado pelo Ministério Público Federal, a discussão sobre a legitimidade da demarcação da Reserva Indígena e sobre a anterioridade da cadeia dominial do imóvel é incabível em sede de mandado de segurança, ante a evidente necessidade a dilação probatória. Ainda que assim não fosse, a questão não poderia ser discutida sem a presença da FUNAI, da União e da Comunidade Indígena Kadiwéu no polo passivo.

17. Assim, por todos os ângulos analisados, não restou demonstrado o direito líquido e certo do impetrante à certificação do georreferenciamento do imóvel rural objeto dos autos.

18. Remessa necessária provida. Segurança denegada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Primeira Turma, por maioria, deu provimento à remessa necessária, para denegar a segurança, por ausência de direito líquido e certo do impetrante, nos termos do voto do senhor Desembargador Federal Relator Valdeci dos Santos, acompanhado pelo voto do senhor Juiz Federal Convocado Alexandre Saliba; vencido o senhor Desembargador Federal Wilson Zauhy, que negava provimento ao agravo interno, mantendo o desprovimento à remessa necessária, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Rodrigo Ricardo Ceni contra ato do Superintendente Regional do INCRA em Mato Grosso do Sul, visando compelir a autoridade impetrada a proceder ao georreferenciamento e à certificação do imóvel de sua propriedade (Fazenda Boa Sorte), matriculado sob nº 2.788 do CRI de Corumbá/MS.

Notificada, a autoridade impetrada prestou informações e defendeu a inexistência de ato coator por parte do INCRA, requerendo a intimação da FUNAI para integrar o polo passivo na condição de litisconsorte.

O impetrante se manifestou.

A sentença concedeu em parte a segurança, nos termos do artigo 487, I, do CPC, para determinar à autoridade impetrada que proceda à análise do memorial descritivo no que diz respeito ao atendimento das exigências técnicas e, em caso

positivo, proceda à certificação, anotando a existência de distribuição da ação demarcatória que definirá a questão da sobreposição, ou não, entre as terras indígenas e o imóvel adquirido pelo impetrante. Sem condenação em custas e honorários advocatícios (Súmulas n. 512 do STF e n. 105 do STJ).

Sem recurso voluntário, os autos vieram a esta E. Corte por força da remessa necessária.

Em seu parecer, o Ministério Público Federal opinou pela *“extinção do processo sem resolução de mérito, por inadequação da via eleita e porque é impossível a formação de coisa julgada contra parte da relação de direito material que não participou da relação processual, ou, caso assim não se entenda, pela nulidade dos autos desde o momento em que a comunidade indígena, a FUNAI e a União deveriam ter sido integradas à lide, ou, na improvável hipótese contrária, pelo provimento da remessa oficial diante da ausência de direito líquido e certo”*.

O Exmo. Des. Fed. Johansom Di Salvo proferiu decisão monocrática, negando provimento à remessa necessária.

O Ministério Público Federal opôs embargos de declaração, que foram rejeitados.

Irresignado, o *Parquet* interpôs agravo interno.

Em sessão de julgamento de 26/05/2022, houve deliberação no sentido de retirar o feito de pauta.

Sobreveio, então, decisão monocrática do i. Relator reconsiderando as decisões anteriores, que tinham negado provimento à remessa necessária e aos embargos de declaração (ID's 129868870 e 192876171), e declinando da competência em favor de uma das Turmas integrantes da 1ª Seção.

Diante disso, o feito foi redistribuído por sorteio a este Relator.

O Ministério Público Federal manifestou ciência da decisão.

É o relatório.

VOTO

O *writ* foi impetrado por Rodrigo Ricardo Ceni contra ato do Superintendente Regional do INCRA em Mato Grosso do Sul, visando ao reconhecimento da nulidade do ato administrativo que negou a certificação do georreferenciamento do imóvel rural de sua propriedade (Fazenda Boa Sorte), de 3.051,0259 m², matriculado sob nº 2.788 do CRI de Corumbá/MS, bem como à determinação à autoridade impetrada para que proceda à referida certificação, no prazo de 10 dias.

Narra o impetrante que adquiriu a referida propriedade em 09/10/2015, de Maurício Virgili Mendes e Newton José Oliveira Garcia, e, ciente da necessidade

de georreferenciamento e certificação para a transferência do domínio, tomou todas as providências para tanto, sendo, todavia, negada a certificação pelo INCRA, sob o fundamento de que uma das parcelas se sobrepõe à Terra Indígena Kadiwéu. Alega que inexistente a mencionada sobreposição, vez que o imóvel tem sua cadeia dominial iniciada em 29/03/1921, bem antes da área Kadiwéu, cuja matrícula data de 22/05/1984 (matrícula nº 1.154 do CRI de Porto Murtinho/MS). Sustenta, ainda, que a Reserva Indígena em questão está localizada no município de Porto Murtinho/MS e não em Corumbá/MS, bem como que a demarcação da área encontra-se *sub judice*. Aduz a nulidade da decisão administrativa do INCRA, posto que a negativa de certificação fere o seu direito de propriedade.

Por sua vez, a autoridade impetrada informou que o processo de certificação da Fazenda Boa Sorte foi protocolado no INCRA em 03/02/2006, em nome de Maurício Virgili Mendes e outro, sendo estes notificados em 19/07/2013 que a certificação somente poderia se dar mediante autorização da FUNAI, uma vez que havia sido identificada sobreposição da área com a Terra Indígena Kadiwéu. O processo foi, então, encerrado. Ocorre que, em 24/04/2016, o requerente Maurício Virgili Mendes tentou novamente a certificação do imóvel, não sendo possível pelo mesmo motivo - sobreposição com a TI Kadiwéu - sendo o processo automaticamente remetido para a análise da FUNAI. Alega, assim, que não houve negativa de certificação por parte do INCRA, pois, "*o sistema SIGEF remete automaticamente à apreciação da FUNAI toda ocorrência de sobreposição com terras indígenas*" (ID 128599053, p. 01).

A parte impetrada esclareceu, ainda, que o SIGEF (Sistema de Gestão Fundiária) é uma ferramenta eletrônica instituída em 11/2013, por meio da qual se faz a certificação de poligonais referentes a limites de imóveis rurais, a fim de garantir a inexistência de multiplicidade de títulos sobre o mesmo imóvel. Ao verificar a consistência dos dados e a ausência de sobreposições, o SIGEF gera automaticamente a certificação, cabendo ao CRC (Comitê Regional de Certificação) analisar somente os casos de sobreposição com polígonos existentes na base de dados do INCRA, tais como Projetos de Assentamentos da Reforma Agrária e Territórios Quilombolas, de modo que, tratando-se de sobreposição com área indígena, a análise cabe à FUNAI. Defendeu, assim, a necessidade da FUNAI integrar o polo passivo da lide, na condição de litisconsorte.

A sentença concedeu em parte a segurança, nos termos do artigo 487, I, do CPC, para determinar à autoridade impetrada que proceda à análise do memorial descritivo no que diz respeito ao atendimento das exigências técnicas e, em caso positivo, proceda à certificação, anotando a existência de distribuição da ação demarcatória que definirá a questão da sobreposição, ou não, entre as terras indígenas e o imóvel adquirido pelo impetrante. Sem condenação em custas e honorários advocatícios (Súmulas n. 512 do STF e n. 105 do STJ).

Sem recurso voluntário, os autos vieram a esta E. Corte por força da remessa necessária.

Em seu parecer, o Ministério Público Federal opinou pela “*extinção do processo sem resolução de mérito, por inadequação da via eleita e porque é impossível a formação de coisa julgada contra parte da relação de direito material que não participou da relação processual, ou, caso assim não se entenda, pela nulidade dos autos desde o momento em que a comunidade indígena, a FUNAI e a União deveriam ter sido integradas à lide, ou, na improvável hipótese contrária, pelo provimento da remessa oficial diante da ausência de direito líquido e certo*”.

Passo à análise.

O mandado de segurança é ação constitucional que obedece a procedimento célere e encontra regulamentação básica no art. 5º, LXIX, da Constituição Federal: “*Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público*”.

Percebe-se, portanto, que, dentre outras exigências, é necessário que o direito cuja tutela se pretende seja líquido e certo. Assim, é líquido e certo o direito apurável sem a necessidade de dilação probatória, ou seja, quando os fatos em que se fundar o pedido puderem ser provados de forma incontestável no processo.

No caso, o impetrante alega ter direito líquido e certo à certificação do georreferenciamento do imóvel rural de sua propriedade (Fazenda Boa Sorte), de 3.051,0259 m², matriculado sob nº 2.788 do CRI de Corumbá/MS.

Neste contexto, assevero que a Lei n.º 10.267/2001 incluiu o §3º no artigo 176 da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73), estabelecendo a obrigatoriedade do georreferenciamento dos imóveis rurais, nos casos de desmembramento, parcelamento e remembramento.

Nesse sentir, o Decreto nº 4.449/2002, que regulamenta a referida Lei nº 10.267/2001, dispõe em seu artigo 9º, *caput* e §1º, *in verbis*:

“Art. 9º A identificação do imóvel rural, na forma do § 3º do art. 176 e do § 3º do art. 225 da Lei nº 6.015, de 1973, será obtida a partir de memorial descritivo elaborado, executado e assinado por profissional habilitado e com a devida Anotação de Responsabilidade Técnica - ART, contendo as coordenadas dos vértices definidores dos limites dos imóveis rurais, georreferenciadas ao Sistema Geodésico Brasileiro, e com precisão posicional a ser estabelecida em ato normativo, inclusive em manual técnico, expedido pelo INCRA.

§ 1º Caberá ao INCRA certificar que a poligonal objeto do memorial descritivo não se sobrepõe a nenhuma outra constante de seu cadastro georreferenciado e que o memorial atende às exigências técnicas, conforme ato normativo próprio.”

Da leitura do referido artigo extrai-se que, para fins de identificação do imóvel rural, caberá ao INCRA certificar que a propriedade em análise não se sobrepõe a nenhuma outra constante de seu cadastro georreferenciado, de modo que, por decorrência lógica, havendo sobreposição de terras, a autarquia fica impedida de prosseguir com os demais procedimentos de identificação.

No caso, a medida vindicada pelo impetrante corresponde a uma declaração/certificação no sentido de que os imóvel rural de matrícula nº 2.788 do CRI de Corumbá/MS não se sobrepõe a nenhuma outra área que conste do cadastro de georreferenciamento do INCRA, nos termos do artigo 176, §5º, da Lei nº 6.015/73.

Ocorre que, incidindo tal imóvel sobre área correspondente à Reserva Indígena Kadiwéu, torna-se impossível ao INCRA proceder à certificação em questão.

Ademais, sequer a FUNAI poderia proceder tal certificação, já que a demarcação administrativa da Reserva Indígena Kadiwéu foi homologada pelo Presidente da República, através do Decreto nº 89.578, de 24 de abril de 1984, publicado no D.O.U. de 25/04/1984.

Vale ressaltar que, ainda que a referida demarcação seja objeto de contestação e esteja *sub judice* (proc. nº 0012478-14.2010.403.6000 e nº 0000003-37.1984.403.6000), a sua homologação continua válida para todos os fins, enquanto não houver decisão judicial em sentido contrário, com trânsito em julgado.

Assim, tratando-se de direito originário de povos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam, não há que se falar em violação ao direito de propriedade do impetrante. Sobre o tema, dispõe o artigo 231, § 6º, da CF:

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

(...)

§ 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração de riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé”.

Nesse sentido, destaco o seguinte julgado do C. STJ:

“MANDADO DE SEGURANÇA. TERRA INDÍGENA SOMBRERITO/MS. COMUNIDADE GUARANI NHANDÉVA. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE DEMARCAÇÃO. LEGALIDADE E CONSTITUCIONALIDADE. ALEGAÇÃO DE QUE

A ÁREA NÃO É OCUPADA PELA COMUNIDADE INDÍGENA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. ART. 231, § 6º, DA CF/88. NULIDADE DOS TÍTULOS DOMINIAIS. SEGURANÇA DENEGADA.

1. Impetra-se o mandado de segurança, com pedido liminar, contra ato supostamente abusivo e ilegal do Ministro de Estado da Justiça, consubstanciado na Portaria n.º 3.076/2010 (DOU de 28.9.10), por meio da qual declarou de posse permanente do grupo Guarani Nhandéva a Terra Indígena Sombrerito/MS.

2. O Decreto n.º 1.775/96, que “dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas e dá outras providências”, faculta aos interessados contestar os resultados do Relatório de Identificação e Delimitação de Terras Indígenas, cabendo ao próprio Ministro de Estado da Justiça decidir sobre a regularidade do procedimento.

3. O Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade do procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas, previsto no Decreto 1.775/96.

4. O ato indigitado coator baseia-se em laudo antropológico que afirmou (a) a presença de índios Guarani Nhandéva no entorno da área demarcada, (b) o esbulho violento das terras por não-índios, e (c) a constante tentativa da comunidade indígena de retomar as terras tradicionalmente ocupadas. Em consequência, a alegação do impetrante em sentido contrário não pode ser aceita, sem a produção de prova pericial.

5. O mandado de segurança é o remédio constitucional para a defesa de direito líquido e certo, demonstrado por prova pré-constituída, violado por ato abusivo e ilegal de autoridade pública. No caso, inexistente prova pré-constituída de que a área demarcada não é indígena, o que torna o *mandamus* remédio inadequado à defesa da pretensão vindicada.

6. Saber se os índios ocupavam a área na data de promulgação da CF/88, ou se nela já não habitavam por força de esbulho injusto e violento de não índio (marco temporal), se estiveram sempre na intenção de reocupá-las, se têm relação anímica com aquela específica porção do território (marco tradicionalista), dentre outras questões de fato, dependem de indispensável dilação probatória, providência incompatível com o rito especial e sumário do *writ of mandamus*.

7. A demarcação de terras indígenas processada e conduzida exclusivamente na instância administrativa, sem necessidade de apreciação judicial, é prática reiterada na Administração Pública Federal, sobretudo após a promulgação da CF/88.

8. Os atos administrativos são passíveis de revisão judicial segundo o princípio da inafastabilidade. Isso não implica, todavia, que o Poder Judiciário tenha que intervir, sempre e necessariamente, como condição de validade de todo e qualquer ato administrativo.

9. O procedimento demarcatório de terras indígenas ampara-se em norma legal minudente, que especifica o iter procedimental a ser trilhado pela Administração Pública. Nada impede que o administrado, todavia, questione judicialmente o procedimento, em qualquer de seus aspectos formais ou materiais, mas caberá a ele infirmar a presunção de legalidade, legitimidade e auto-executoriedade que milita em favor dos atos administrativos, sobretudo quando a pretensão judicial for veiculada por meio de mandado de segurança, que não admite dilação probatória.

10. *A existência de propriedade, devidamente registrada, não inibe a FUNAI de investigar e demarcar terras indígenas, caso contrário, seria praticamente impossível a demarcação de novas áreas, pelo menos de maneira contínua, já que boa parte do território nacional já se encontra nas mãos de particulares.*

11. *Segundo o art. 231, §§ 1º e 6º, da CF/88 pertencem aos índios as terras por estes tradicionalmente ocupadas, sendo nulos quaisquer atos translativos do domínio, ainda que adquiridos de boa fé. Portanto, a demarcação de terras indígenas, se regular, não fere o direito de propriedade.*

12. *Uma vez constatada a posse imemorial na área, não há que se invocar, em defesa do direito de propriedade, o título translativo, nem a cadeia sucessória do domínio, documentos que somente servem para demonstrar a boa-fé dos atuais titulares e, se for o caso, ensejar indenização pelas benfeitorias realizadas.*

13. *As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios incluem-se no domínio constitucional da União. As áreas por elas abrangidas são inalienáveis, indisponíveis e insuscetíveis de prescrição aquisitiva. Mesmo que comprovada a titulação de determinada área, se essa for considerada como de ocupação indígena tradicional, os títulos existentes, mesmo que justos, são nulos, de acordo com o já citado art. 231, § 6º, da CF/88.*

14. *Não é necessária intervenção judicial para o registro da terra indígena no cartório imobiliário. Os arts. 5º e 6º do Decreto 1.775/96 são expressos quando afirmam que, após o decreto presidencial de homologação do procedimento demarcatório, promoverá a funai o registro da área no assentamento cartorário respectivo.*

15. *Mandado de segurança denegado. (g.n.)*

(STJ - Primeira Seção - MS n. 201001895920, Relator Ministro Castro Meira, DJ 01-02-2013)

Por fim, conforme bem salientado pelo Ministério Público Federal, a discussão sobre a legitimidade da demarcação da Reserva Indígena e sobre a anterioridade da cadeia dominial do imóvel é incabível em sede de mandado de segurança, ante a evidente necessidade a dilação probatória. Ainda que assim não fosse, a questão não poderia ser discutida sem a presença da FUNAI, da União e da Comunidade Indígena Kadiwéu no polo passivo.

Assim, por todos os ângulos analisados, não restou demonstrado o direito líquido e certo do impetrante à certificação do georreferenciamento do imóvel rural objeto dos autos.

Diante do exposto, *dou provimento à remessa necessária*, para denegar a segurança, por ausência de direito líquido e certo do impetrante.

É o voto.

DES. FED. WILSON ZAUHY:

Peço vênica ao eminente Relator para dele divergir quanto ao deslinde da causa.

Rodrigo Ricardo Ceni impetrou a ação de mandado de segurança em face do ato coator praticado pelo Superintendente Regional do INCRA em Mato Grosso do Sul, visando compelir a autoridade impetrada a proceder ao georreferenciamento e à certificação do imóvel de sua propriedade - a Fazenda Boa Sorte -, matriculado sob n. 2.788 do CRI de Corumbá/MS.

Ao prestar suas informações, a autoridade tida por coatora defendeu a inexistência de ato violador de direito do particular e, no mais, requereu a citação da FUNAI para compor o polo passivo da lide, na condição de litisconsorte. Apesar do mencionado requerimento, o juízo de primeiro grau deu seguimento à demanda independentemente da inclusão da FUNAI, vindo a sentenciar o feito.

Julgou-se o pedido formulado parcialmente procedente para, resolvendo-se o mérito com espeque no art. 487, I, do CPC/2015, determinar que a autoridade impetrada procedesse à análise do memorial descritivo apresentado pelo particular no que dissesse respeito ao atendimento das exigências técnicas e, em caso positivo, para que se realizasse a certificação almejada, anotando-se a distribuição de ação demarcatória que definiria a questão da sobreposição ou não com terras indígenas.

Nenhuma das partes recorreu da sentença, tendo a ação mandamental subido à Corte Regional pela remessa necessária. Em decisão monocrática, o eminente Des. Fed. Johansom Di Salvo negou provimento ao reexame necessário, o que levou o Ministério Público Federal - MPF a opor embargos de declaração, que vieram a ser rejeitados. Posteriormente, o MPF interpôs agravo interno.

Inicialmente pautado para a sessão de 26 de maio de 2022, não se procedeu ao julgamento do feito, porque a competência para processamento e julgamento do reexame necessário seria da Primeira Seção. Com isso, promoveu-se a redistribuição da causa, tendo o eminente Des. Fed. Valdeci dos Santos sido sorteado como seu novo relator. Neste momento, o Dr. Valdeci traz o agravo interno em remessa necessária a julgamento, votando no sentido de prover o recurso do MPF para denegar a ordem, por suposta ausência de direito líquido e certo do impetrante.

Compreendeu o eminente Relator que o juízo de primeiro grau não poderia ter concedido em parte a segurança pretendida, tendo em vista que há sobreposição da área particular com a reserva indígena Kadiwéu. Sustentou Sua Excelência, ainda, que a reserva indígena já teria sido demarcada por decreto presidencial e que não se poderia discutir essa questão no âmbito do mandado de segurança, ante os limites que essa espécie de ação apresenta quanto ao revolvimento de teses que demandam dilação probatória.

Venho, contudo, a divergir do eminente Relator, como já havia adiantado. Isso porque o mandado de segurança envolve questão diversa da eventual sobreposição da área particular com a reserva indígena. Com efeito, o presente mandado de segurança diz com a análise do pedido de georreferenciamento e

certificação do imóvel. Por outro lado, a questão da eventual sobreposição com reserva indígena é objeto de ações diversas, noticiadas pelo próprio Relator (processos n. 0012478-14.2010.4.03.6000 e n. 000003-37.1984.4.03.6000), não havendo que se confundir o pedido final formulado em uma demanda com o das outras. A concomitância dos processos em nada afeta a tramitação deste mandado de segurança.

Além disso, o fato de o impetrante ter reconhecido o seu direito nesta ação mandamental não coloca em risco o eventual reconhecimento da sobreposição da área particular com reserva indígena, ao contrário do que entendeu Sua Excelência. A um, porque a ação mandamental não envolveu a FUNAI ou a Comunidade Indígena afetada, donde a sentença jamais poderia produzir efeitos em relação a eles (eficácia subjetiva da coisa julgada). E, a dois, porque o próprio juízo de primeiro grau ressaltou que a existência de ação demarcatória deveria ser anotada na certificação do imóvel, adotando as cautelas necessárias no sentido de preservar a reserva indígena, caso a sobreposição com a área particular venha a ser confirmada em juízo (ID 128599054, página 20).

Por isso, divergindo do eminente Relator, voto por negar provimento ao agravo interno, mantendo o desprovimento à remessa necessária, tudo conforme a fundamentação supra.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL 5004977-31.2018.4.03.6100

Apelante: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Apelada: CASA DO PARAPLÉGICO DE SANTOS
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA
Disponibilização do Acórdão: DJEN 08/02/2023

EMENTA

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE. ENTIDADE SEM FINS LUCRATIVOS. ART. 195, § 7º, CRFB. PIS. REQUISITOS DO ART. 14 DO CTN E DA LEI 12.101/2009, ATUALMENTE DA LEI COMPLEMENTAR 187/2021. CERTIFICADO DE ENTIDADE BENEFICENTE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL (CEBAS). APRESENTAÇÃO. CUMPRIMENTO. PEDIDO SUBSIDIÁRIO DE EXCLUSÃO DE HONORÁRIOS. NÃO CABIMENTO. HONORÁRIOS RECURSAIS FIXADOS.

1. No caso vertente, pretende a parte autora, ora apelada, sob a qualificação de entidade de caráter beneficente, sem fins lucrativos, reconhecer a inexistência de relação jurídico-tributária que a obrigue ao recolhimento de Pis.

2. Em se tratando de contribuições, a Lei 8.212/91, em seu art. 55, indicou determinados requisitos a serem cumpridos pela entidade beneficente de assistência social, a fim de ser concedida a imunidade prevista no § 7º do art. 195, da Constituição da República.

3. Contudo, o Supremo Tribunal Federal, na ADI 2.028, considerou inconstitucionais os aludidos requisitos de imunidade, por entender que tais questões devem estar previstas em lei complementar, nos termos determinados pela Constituição da República.

4. Depois de muita controvérsia, recentemente, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 566.622/RS, sob a sistemática de repercussão geral da matéria, reviu seu posicionamento anterior para esclarecer que a regência da imunidade se faz mediante lei complementar.

5. Como se nota dos julgados do Pretório Excelso, aspectos meramente procedimentais referentes à certificação continuam passíveis de definição em lei ordinária.

6. Nesse passo, continua válida a imposição da certificação exigida inicialmente pelo art. 55, II, da Lei 8.212/1991, posteriormente disciplinada pela Lei 12.101/2009 e atualmente pela Lei Complementar 187/2021, sendo necessária, portanto, a apresentação do CEBAS para o reconhecimento do direito à imunidade das contribuições sociais.

7. *In casu*, o r. Juízo a quo reconheceu a imunidade e fixou que (...) *deverá a autora comprovar o preenchimento dos requisitos previstos no artigo 14 do Código Tributário Nacional, junto à autoridade administrativa, que é a competente para suspender a aplicação do benefício, se for o caso (§ 1º do art. 14, do CTN).*

8. Por outro lado, a União não se opôs à referida determinação, mas tão somente ao reconhecimento da imunidade de Pis para o período a partir de 14/11/2017, sob o argumento de que o requerimento formulado pela autora de renovação de CEBAS foi indeferido, não tendo o recurso apresentado o condão de manter a certificação da empresa.

9. Assim, cinge-se a questão em saber se a parte autora, ora apelada, possui certificação válida.

10. No caso concreto, ao contrário do que afirma a União Federal, comprovou a apelada que houve deferimento do pedido de renovação do CEBAS durante o período posterior a 13/11/2017, que se encontra vigente até 13/11/2022.

11. Também sem razão a União quanto ao pedido subsidiário de exclusão de sua condenação ao pagamento de honorários advocatícios, uma vez que, em sua contestação, houve oposição ao reconhecimento da imunidade no período posterior a 14/11/2011.

12. A título de honorários recursais, a verba honorária fixada na sentença deve ser majorada no valor equivalente a 1% (um por cento) do seu total, nos moldes do art. 85, § 11 do Código de Processo Civil, tendo em conta que o seu arbitramento deve pautar-se pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de forma que remunere adequadamente o trabalho do advogado, sem deixar de considerar as peculiaridades que envolvem o caso concreto, tais como, o valor da causa e o grau de complexidade da demanda.

13. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

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

RELATÓRIO

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA (RELATORA): Trata-se de apelação em ação de rito ordinário ajuizada por Casa do Paraplégico de Santos contra a União Federal, objetivando (...) *declarar a inexistência de relação jurídico-tributária no que diz respeito à contribuição ao PIS, tendo em vista a imunidade prevista no artigo 195, § 7.º do*

Texto Constitucional (...) e (...) condenar a Ré a restituir à Autora todos os valores indevidamente recolhidos a este título, corrigidos pelos índices oficiais (taxa SELIC) no período não prescrito (aplicando-se o prazo de cinco anos) (ID 150147305).

Alega ser entidade beneficente e de fins filantrópicos, cuja atuação tem foco no auxílio a pessoas necessitadas, gozando, portanto, de imunidade tributária, nos termos do art. 195, § 7º da Constituição da República.

Foi atribuído à causa o valor de R\$ 17.395,60 (dezesete mil trezentos e noventa e cinco reais e sessenta centavos).

O r. Juízo a quo julgou (...) *procedente o pedido e extinto o processo, com resolução de mérito, com fulcro no artigo 487, inciso III, alínea 'a', do Código de Processo Civil, para, com fundamento no artigo 195, §7º, da Constituição reconhecer o direito da autora à imunidade, quanto à contribuição ao PIS, mediante a comprovação do cumprimento dos requisitos previstos no artigo 14, do Código Tributário Nacional (...), determinando que (...) fica autorizada a restituição/compensação dos valores recolhidos a tal título, a partir dos 5 (cinco) anos que antecederam o ajuizamento da presente ação, com incidência da taxa SELIC, que abrange juros e correção monetária, a partir da data do pagamento indevido. Condenada a ré ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, nos termos do art. 85, § 3º, I, do Código de Processo Civil. Sentença não submetida ao reexame necessário, nos termos do art. 496, § 3º, I, do Código de Processo Civil (ID 150175392).*

A União opôs embargos de declaração aduzindo a ocorrência de contradição ou obscuridade quanto à verba honorária, os quais foram rejeitados (ID 150175401).

Apelou a União Federal, pleiteando a reforma parcial do julgado, alegando, em breve síntese, que, embora não se oponha à restituição pretendida pela autora durante o período de 1º/03/2013 a 13/11/2017, reconhecendo a procedência da presente demanda em relação ao pedido de restituição do Pis recolhido no aludido período, não concorda com o reconhecimento da imunidade de Pis para os períodos futuros, tampouco quanto à restituição dos valores recolhidos a partir de 14/11/2017, tendo em vista a não renovação da certificação. Ademais, em respeito ao princípio da eventualidade, requer (...) *que seja excluída a condenação da Fazenda Nacional, de forma integral, ao pagamento de honorários advocatícios à parte Autora, devendo ser determinado que os honorários advocatícios em favor da parte Autora devam ser fixados nos percentuais mínimos do §3º do artigo 85 do CPC, com escalonamento nos termos do §5º, incidente sobre o valor da condenação, a teor do que prevê o artigo 85, §4º, II do CPC (ou, ainda, nos termos do artigo 90, § 4º do Código de Processo Civil) (...)* por entender que, (...) *na contestação apresentada pela Fazenda Nacional, a maior parte do pedido não foi contestada (ID 150175403).*

Com contrarrazões (ID 163292463), subiram os autos a este e. Tribunal.

É o relatório.

VOTO

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA (RELATORA):

A apelação não deve prosperar.

No caso vertente, pretende a parte autora, ora apelada, sob a qualificação de entidade de caráter beneficente, sem fins lucrativos, reconhecer a inexistência de relação jurídico-tributária que a obrigue ao recolhimento de Pis, condenando a União ao pagamento dos valores indevidamente recolhidos a este título.

As instituições de educação ou de assistência social, de caráter filantrópico, em decorrência das atividades e projetos que desempenham em atendimento às necessidades da parcela mais carente e necessitada da sociedade, em áreas nem sempre - ou quase nunca - atendidas pelo Estado, tiveram o seu relevante e nobre valor social reconhecido e protegido pelo legislador constituinte, que lhes assegurou a imunidade sobre as contribuições para a seguridade social desde que atendam às exigências estabelecidas em lei, no seguintes termos:

Art. 195 (...) § 7º São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.

Não obstante constar do referido dispositivo a expressão "isentas", em verdade, o benefício fiscal ora tratado consiste em imunidade, pois previsto no próprio texto constitucional, não podendo a lei infraconstitucional limitar indevidamente a própria extensão da imunidade constitucional.

Em se tratando de contribuições, a Lei 8.212/91, em seu art. 55, indicou determinados requisitos a serem cumpridos pela entidade beneficente de assistência social, a fim de ser concedida a imunidade prevista no § 7º do art. 195, da Constituição da República.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal, na ADI 2.028, considerou inconstitucionais os aludidos requisitos de imunidade, por entender que tais questões devem estar previstas em lei complementar, nos termos determinados pela Constituição da República:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONVERSÃO EM ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. CONHECIMENTO. IMUNIDADE. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS. ARTS. 146, II, e 195, § 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. REGULAMENTAÇÃO. LEI 8.212/91 (ART. 55). DECRETO 2.536/98 (ARTS. 2º, IV, 3º, VI, §§ 1º e 4º e PARÁGRAFO ÚNICO). DECRETO 752/93 (ARTS. 1º, IV, 2º, IV e §§ 1º e 3º, e 7º, § 4º). ENTIDADES BENEFICENTES DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. DISTINÇÃO. MODO DE ATUAÇÃO DAS ENTIDADES DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. TRATAMENTO POR LEI COMPLEMENTAR. ASPECTOS MERAMENTE PROCEDIMENTAIS. REGRAMENTO POR LEI ORDINÁRIA.

Nos exatos termos do voto proferido pelo eminente e saudoso Ministro Teori Zavascki, ao inaugurar a divergência:

1. “[...] fica evidenciado que (a) entidade beneficente de assistência social (art. 195, § 7º) não é conceito equiparável a entidade de assistência social sem fins lucrativos (art. 150, VI); (b) a Constituição Federal não reúne elementos discursivos para dar concretização segura ao que se possa entender por modo beneficente de prestar assistência social; (c) a definição desta condição modal é indispensável para garantir que a imunidade do art. 195, § 7º, da CF cumpra a finalidade que lhe é designada pelo texto constitucional; e (d) esta tarefa foi outorgada ao legislador infraconstitucional, que tem autoridade para defini-la, desde que respeitados os demais termos do texto constitucional.”.

2. *“Aspectos meramente procedimentais referentes à certificação, fiscalização e controle administrativo continuam passíveis de definição em lei ordinária. A lei complementar é forma somente exigível para a definição do modo beneficente de atuação das entidades de assistência social contempladas pelo art. 195, § 7º, da CF, especialmente no que se refere à instituição de contrapartidas a serem observadas por elas.”.*

3. Procedência da ação “nos limites postos no voto do Ministro Relator”. Arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente da conversão da ação direta de inconstitucionalidade, integralmente procedente. (STF, ADI 2.028, Rel. JOAQUIM BARBOSA, Rel. p/ Acórdão: ROSA WEBER, TRIBUNAL PLENO, j. 02/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-095 08/05/2017) (destaque nosso)

Depois de muita controvérsia, recentemente, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 566.622/RS, sob a sistemática de repercussão geral da matéria, reviu seu posicionamento anterior para esclarecer que a regência da imunidade se faz mediante lei complementar.

Conforme voto do eminente relator, Ministro Marco Aurélio, a interpretação a ser dada para a expressão “exigências estabelecidas em lei” deve considerar o motivo da imunidade em discussão - a garantia de realização de direitos fundamentais.

Desta forma, qualquer interpretação que favoreça obstáculos ao gozo da imunidade deve ser evitada, devendo prestigiar a que beneficie a conquista da função política e social do dispositivo constitucional.

Considerou que (...) as normas de imunidade tributária constantes da Carta visam proteger valores políticos, morais, culturais e sociais essenciais, não permitindo que os entes tributem certas pessoas, bens, serviços ou situações ligadas a esses valores. Onde há regra constitucional de imunidade, não poderá haver exercício da competência tributária e isso ante uma seleção de motivos fundamentais.

Como verdadeira limitação ao poder de tributar e, portanto, norma de regulação, o art. 195, § 7º deve ser interpretado e aplicado em conjunto com o art. 146, II, de modo que os requisitos para o gozo da imunidade limitam-se aos

previstos em lei complementar, mais precisamente, no Código Tributário Nacional, art. 14, *in verbis*:

Art. 14. O disposto na alínea c do inciso IV do artigo 9º é subordinado à observância dos seguintes requisitos pelas entidades nele referidas:

I - não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título;

II - aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais;

III - manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.

§ 1º Na falta de cumprimento do disposto neste artigo, ou no § 1º do artigo 9º, a autoridade competente pode suspender a aplicação do benefício.

§ 2º Os serviços a que se refere a alínea c do inciso IV do artigo 9º são exclusivamente, os diretamente relacionados com os objetivos institucionais das entidades de que trata este artigo, previstos nos respectivos estatutos ou atos constitutivos.

Feitas tais considerações, revejo posicionamento anteriormente externado que seguia o quanto decidido pela Suprema Corte no Recurso Extraordinário 636.941/RS, para seguir sua nova orientação sufragada no RE 566.622/RS:

IMUNIDADE - DISCIPLINA - LEI COMPLEMENTAR. Ante a Constituição Federal, que a todos indistintamente submete, a regência de imunidade faz-se mediante lei complementar.

In casu, o r. Juízo *a quo* reconheceu a imunidade e fixou que (...) deverá a autora comprovar o preenchimento dos requisitos previstos no artigo 14 do Código Tributário Nacional, junto à autoridade administrativa, que é a competente para suspender a aplicação do benefício, se for o caso (§ 1º do art. 14, do CTN).

Por outro lado, a União não se opôs à referida determinação, mas tão somente ao reconhecimento da imunidade de Pis para o período a partir de 14/11/2017, sob o argumento de que o requerimento formulado pela autora de renovação de CEBAS foi indeferido, não tendo o recurso apresentado o condão de manter a certificação da empresa.

Assim, cinge-se a questão em saber se a parte autora, ora apelada, possui certificação válida.

Como se sabe, continua válida a imposição da certificação exigida inicialmente pelo art. 55, II, da Lei 8.212/1991, posteriormente disciplinada pela Lei 12.101/2009 e atualmente pela Lei Complementar 187/2021, sendo necessária, portanto, a apresentação do CEBAS para o reconhecimento do direito à imunidade das contribuições sociais.

No caso concreto, ao contrário do que afirma a União Federal, comprovou a apelada que houve deferimento do pedido de renovação do CEBAS durante o período posterior a 13/11/2017, com vigência até 13/11/2022 (ID 150175407, p. 3).

Assim, apresentado CEBAS válido, faz jus a apelada à imunidade sobre o Pis, incidente sobre a folha de pagamento e suas fontes geradoras de receita.

Nesse mesmo sentido, o seguinte precedente desta c. Terceira Turma:

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE DE CONTRIBUIÇÃO AO PIS. ENTIDADE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. ART. 195, § 7º, CF. ART. 14, do CTN. ART. 55, DA LEI 8.212/91. LEI 9.732/98. LEI 12.101/09. CERTIFICAÇÃO. NECESSIDADE. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL NÃO PROVIDAS.

1. Como a certificação do cumprimento dos requisitos do art. 55, da Lei 8.212/91 não tem eficácia constitutiva, mas declaratória (de situação já existente), para as entidades que possuam certificado válido (renovado), a Lei n 12.101/09, em seu artigo 24, determina a verificação dos requisitos da nova lei no momento da próxima renovação. Desse modo, os requisitos dos artigos 55, da Lei n.º 8.212/91 e 29 da Lei 12.101/09 devem ser verificados, cada um a seu tempo, para fruição da imunidade prevista no art. 195, § 7º, da Constituição Federal. Assim, em relação ao período posterior a 30.11.2009, os requisitos a serem observados são os da Lei n. 12.101/2009.

2. A imunidade presente e futura, bem como eventuais indébitos desde a expiração da validade do último certificado concedido, dependem da expedição da renovação do CEBAS (Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social), atestando a continuidade das condições para o seu gozo.

3. A autora faz jus à imunidade enquanto obtiver a renovação do CEBAS (Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social) atestando a continuidade das condições para o seu gozo, como ocorreu no caso concreto, consoante comprova a documentação trazida à colação

4. Apelação e remessa oficial não providas.

(TRF3, 3ª Turma, ApelRemNec 5026529-52.2018.4.03.6100, Rel. Des. Fed. ANTÔNIO CEDENHO, j. 17/12/2021, Intimação via sistema DATA: 17/01/2022)

Também sem razão a União quanto ao pedido subsidiário de exclusão de sua condenação ao pagamento de honorários advocatícios, uma vez que, em sua contestação, houve oposição ao reconhecimento da imunidade no período posterior a 14/11/2011.

Por fim, mostra-se de rigor a majoração dos honorários fixados, a teor do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil, que assim dispõe:

Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

§ 11. O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento.

Dessa forma, a título de honorários recursais, a verba honorária fixada na sentença deve ser majorada no valor equivalente a 1% (um por cento) do seu total, nos moldes do art. 85, § 11 do Código de Processo Civil, tendo em conta que o seu arbitramento deve pautar-se pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de forma que remunere adequadamente o trabalho do advogado, sem deixar de considerar as peculiaridades que envolvem o caso concreto, tais como, o valor da causa e o grau de complexidade da demanda.

Nesse sentido, o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 85, § 11, DO CPC/2015. OMISSÃO. ACOLHIMENTO. SÚMULA ADMINISTRATIVA 7/STJ. MAJORAÇÃO NA FASE RECURSAL. OBSERVÂNCIA DOS LIMITES DOS §§ 3º E 11 DO ART. 85 DO CPC/2015.

1. A parte embargante alega que o acórdão recorrido é omissivo com relação à majoração dos honorários advocatícios prevista no art. 85, § 11, do CPC/2015.

2. Segundo o § 11 do art. 85 do CPC/2015: "O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento".

3. De acordo com a Súmula Administrativa 7/STJ, "somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC".

4. No caso específico do autos, trata-se de processo eletrônico no qual se constata que a publicação da decisão de origem ocorreu depois de 18.3.2016 e onde houve a condenação em honorários sucumbenciais em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

5. Para majoração dos honorários, o art. 85, §11, do CPC/2015 expressamente exige a valoração da atividade do advogado na fase recursal. Mais que isso, o CPC exige que seja demonstrado qual o trabalho adicional apresentado pelo advogado.

6. Por conseguinte e diante das circunstâncias do caso, majoro em 1% os honorários fixados anteriormente, considerando que a atuação recursal da parte embargante consistiu unicamente na apresentação de contrarrazões.

7. Ressalto que os §§ 3º e 11 do art. 85 do CPC/2015 estabelecem teto de pagamento de honorários advocatícios quando a Fazenda Pública for sucumbente, o que deve ser observado sempre que a verba sucumbencial é majorada na fase recursal, como no presente caso.

8. Majoração da verba sucumbencial deve se ater, por ocasião da liquidação de sentença, aos limites previstos nos §§ 3º e 11 do art. 85 do CPC/2015.

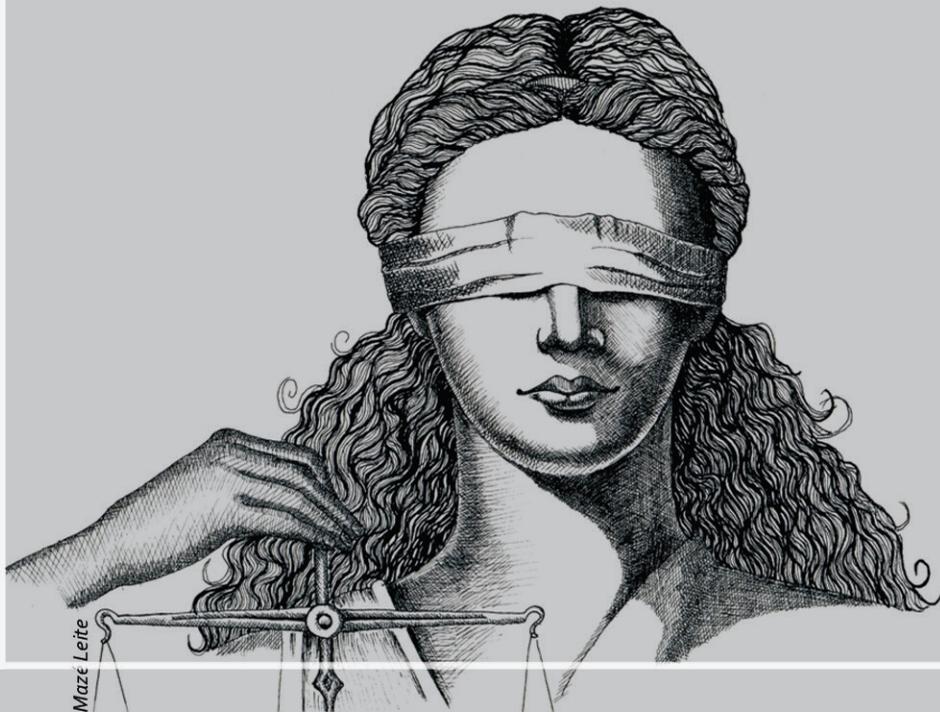
9. Embargos de Declaração acolhidos.

(STJ, EDcl no REsp 1.660.104/SC, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, j. 19/09/2017, DJe 09/10/2017)

Em face do exposto, *nego provimento* à apelação.

É como voto.

Direito Penal



Mazé Leite

APELAÇÃO CRIMINAL 0008671-78.2013.4.03.6000

Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - PR/SP

Apelado: HALES SOARES BELEM

Relator originário: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ
NEKATSCHALOW

Relator para o Acórdão: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 10/01/2023

EMENTA

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. RECEPÇÃO. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS. USO DE DOCUMENTO FALSO. APLICADA A CONSUNÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. AGRAVANTE DISCIPLINADA NO ART.62, IV, DO CP AFASTADA, DE OFÍCIO. PENA REDIMENSIONADA.

1. Materialidade e autoria comprovadas pelo conjunto probatório.
2. Aplicado, de ofício, o princípio da consunção, para que seja absorvido o crime descrito no artigo 304 c.c. o artigo 297, ambos do Código Penal, pelo crime definido no artigo 180 do Código Penal.
3. Dosimetria. Afastada, de ofício, a agravante de paga ou promessa de recompensa para o crime de receptação, de modo que a pena definitiva resta fixada em 1 (um) ano de reclusão, em regime inicial aberto, e pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, pena privativa de liberdade substituída por 1 (uma) pena restritiva de direitos consistente em prestação de serviços à comunidade pelo prazo da pena corporal.
4. Apelação interposta pelo Ministério Público Federal desprovida. De ofício, aplicado o princípio da consunção, para que seja absorvido o crime descrito no artigo 304 c.c. o artigo 297, ambos do Código Penal, pelo crime definido no artigo 180 do Código Penal, bem como afastar a agravante de paga ou promessa de recompensa para o crime de receptação, de modo que a pena definitiva resta fixada em 1 (um) ano de reclusão, em regime inicial aberto, e pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, pena privativa de liberdade substituída por 1 (uma) pena restritiva de direitos consistente em prestação de serviços à comunidade pelo prazo da pena corporal.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Quinta Turma, por maioria, decidiu negar provimento ao recurso da acusação e,

de ofício, aplicar o princípio da consunção, para que seja absorvido o crime do art. 304 c. c. 297, ambos do Código Penal, pelo crime do art. 180 do Código Penal, bem como afastar a agravante de paga ou promessa de recompensa para o crime de receptação, de modo que a pena definitiva resta fixada em 01 (um) ano de reclusão, em regime inicial aberto, e 10 (dez) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, substituída a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade pelo prazo da pena corporal, nos termos do voto do DES. FED. PAULO FONTES, acompanhado pela conclusão pelo DES. FED. MAURICIO KATO, vencido o Relator que DAVA PARCIAL PROVIMENTO à apelação interposta pelo Ministério Público Federal para majorar a pena-base do crime de uso de documento falso (CP, art. 304 c. c. o art. 297) imposta ao réu e acrescentar a pena de prestação de serviços à comunidade na substituição da pena privativa de liberdade do crime de receptação (CP, art. 180) e, de ofício, em relação ao crime de receptação (CP, art. 180), afastava a agravante de paga ou promessa de recompensa, fixando a pena definitiva em 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 21 (vinte e um) dias-multa, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta pelo Ministério Público Federal contra a sentença de Ids n. 262425381 (fls 47/59) e n. 262425382 (fls. 1/3), que condenou Hales Soares Belem à pena de 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 21 (vinte e um) dias-multa pelos crimes dos arts. 180 e 304 c. c. 297, todos do Código Penal.

Alega-se, em síntese, o seguinte:

a) a pena-base deve ser majorada pela personalidade do agente, conduta social e circunstâncias do crime de receptação, e pela culpabilidade, conduta social e circunstâncias do crime de uso de documento falso;

b) em relação ao crime de uso de documento falso, houve equívoco ao considerar a pena do art. 299 do Código Penal, deve ser afastada a incidência da atenuante da confissão e elevada a pena de multa;

c) devem ser aplicadas 2 (duas) penas restritivas de direitos para o crime de receptação;

d) no caso de a somatória das penas aplicadas aos crimes ultrapassar quatro anos, deve ser afastada a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e alterado o regime para o semiaberto;

e) deve ser aplicado o efeito da inabilitação para dirigir, conforme previsto no art. 92, III, do Código Penal (Id n. 262425382, fls. 14/21)

O réu apresentou contrarrazões (Id n. 262425430).

O Ilustre Procurador Regional da República, Dr. Ageu Florêncio da Cunha, opinou pelo conhecimento e parcial provimento do recurso (Id n. 262805066).

É o relatório.

Encaminhem-se os autos à revisão, nos termos regimentais.

VOTO

Imputação. Hales Soares Belem foi denunciado pela prática dos delitos previsto nos arts. 190 e 304 c. c. 297, todos do Código Penal.

Narra a denúncia que, em 23.08.13, por volta de 01h15min, no km 532 da rodovia BR-060, no município de Nioaque (MS), o acusado foi preso em flagrante delito ao apresentar como sendo própria uma Carteira Nacional de Habilitação falsa em nome de Julio Cesar Nogueira da Rocha, enquanto conduzia um veículo adulterado, que havia sido furtado (Id n. 262425378, fls 2/5).

Materialidade. A materialidade do delito é incontroversa e está comprovada pelos seguintes elementos de convicção:

a) Auto de Apresentação e Apreensão n. 949/2013, que formalizou a apreensão da Carteira de Habilitação (CNH) e da Certidão de Registro e Licenciamento de Veículo supostamente falsos, juntamente com outros objetos que estavam no poder de Hales Soares Belem (262425375, fl. 12)

b) Termo de Apreensão n. 971/2013 do caminhão VW placa JJB5884, que foi apreendido na posse de Hales Soares Belem (Id n. 262425376, fl 5);

c) Laudo de Perícia Criminal Federal (veículos) n. 1314/2013, constatando que o caminhão apreendido estava com seus sinais identificadores adulterados (Id n. 262425376, fls. 40/44).

d) Laudo de Perícia Criminal Federal (documentoscopia) n. 1499/2013, que constatou que a Carteira Nacional de Habilitação apreendida apresentava dados falsos (Ids n. 262425376, fls 57/58 e 262425377, fls 1/3).

Autoria. A autoria do delito também é incontroversa e está devidamente demonstrada.

A testemunha Marizeth Barbosa declarou, em Juízo, disse que tomou conhecimento de que um caminhão conduzido por Hales Soares Belem estava no nome de sua empresa e que nunca viu o acusado. Marizeth afirmou que o caminhão que consta no documento é de sua empresa e faz transportes entre Santa Bárbara (GO) e Goiânia (GO). A testemunha recorda que teve uma caminhonete furtada em 2012 e que nela haviam documentos dos caminhões de sua transportadora (Id n. 262425389).

A testemunha Jaimina Alcântara Gomes Viana declarou, em Juízo, que teve seus documentos furtados no centro de Goiânia (GO). Jaimina afirmou que o

cartão de crédito em seu nome, que foi encontrado com Hales Soares Belem, era verdadeiro e foi levado nesse furto (Id n. 262425390)

A testemunha Franklin George da Silva, Policial Rodoviário Federal, declarou, em Juízo, que se recorda que foi feita uma abordagem noturna durante uma fiscalização de rotina e foi verificado que a Carteira de Habilitação apresentada pelo condutor aparentava ser falsa e o caminhão tinha indícios de adulteração. Franklin narrou que o acusado foi conduzido até o posto da Polícia Rodoviária Federal de Nioaque (MS) e que lá foi constatado que o documento que ele portava pertencia a outra pessoa e que o caminhão que ele conduzia era produto de roubo e tinha um compartimento falso, que estava vazio no momento. A testemunha afirmou que, só após a constatação dos policiais, o acusado confessou a falsidade do documento (262425391).

A testemunha João Paulo Pinheiro Bueno, Policial Rodoviário Federal, declarou, em Juízo, que se recorda vagamente da abordagem. João narra que, durante uma fiscalização de rotina, foi constatado que o caminhão que era conduzido por Hales Soares Belem não correspondia a placa do veículo. Afirmou que o caminhão possuía um "preparado", ou seja, um fundo falso que poderia ser utilizado no transporte de drogas. A testemunha disse não se recordar do documento falso apresentado pelo acusado (Id n. 262425392)

A testemunha de defesa Anaide de Melo França declarou, em Juízo, que o acusado é seu cunhado, mas que pouco o conhece. A testemunha disse que mora cerca de 10 (dez) anos na cidade e que Hales apresentou boa conduta nesse período. Anaide afirmou que ele cuida dos pais, com quem mora, e que trabalha com vários "bicos" por não ter conseguido um emprego fixo como motorista (262425384).

A testemunha de defesa Edvânia Quintiliano Ledux declarou que conhece o denunciado e que é colega de sua irmã. A testemunha afirmou que conhece a família de Hales e que sabe que ele trabalhou muitos anos fora da cidade e que exerce a profissão de caminhoneiro. Edvânia declarou que nunca ouviu nada a respeito de delitos praticados pelo acusado e que ele sempre apresentou uma conduta pacífica (262425385).

Interrogado em Juízo, Hales Soares Belem confessou os fatos que lhe foram imputados pela acusação. O réu afirmou que trabalha fazendo "bicos" como motorista. Hales declarou que atualmente cumpre pena em regime aberto pelo "art. 33". O interrogado narrou que foi contratado para conduzir o caminhão até Bela Vista (MS) e que não sabia que ele era produto de crime. Afirmou que não receberia 2.000 (mil) reais pelo transporte, somente R\$ 1.000,00 (mil reais), entregaria o caminhão a um terceiro e retornaria de ônibus. Esclareceu que não têm carteira de habilitação (CNH) para conduzir veículos automotores e que recebeu a CNH falsa junto com o caminhão. Afirmou que, no momento da abordagem, não disse que era a pessoa do documento, apenas o apresentou. Negou que havia sido contratado para transportar qualquer tipo de droga (Ids n. 262425386 e 262425387).

A defesa não se insurge quanto à materialidade e autoria, sendo de rigor a manutenção da condenação.

Passo a análise da dosimetria.

Dosimetria (CP, Art. 180). Na primeira fase, o Juízo “a quo” fixou a pena-base no mínimo legal, correspondente a 1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na segunda fase, aplicou a agravante da paga/promessa de recompensa (CP, art. 62, IV), elevando a pena para 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa.

Na terceira fase, considerou ausente qualquer causa de aumento e diminuição de pena, fixando a pena definitiva em 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa.

Dosimetria (CP, Art. 304 c. c. art. 297). Na primeira fase, o Juízo “a quo” fixou a pena-base no mínimo legal, em 1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na segunda fase, compensou a agravante da paga/promessa de recompensa (CP, art. 62, IV) com a atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, “d”).

Na terceira fase, considerou inexistente qualquer causa de aumento e diminuição de pena, fixando a pena definitiva em 1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Com a aplicação do concurso material de crimes, a pena aplicada pelo Juízo “a quo” ficou em 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão e 21 (vinte e um) dias-multa.

Foi definido o regime inicial aberto.

A pena privativa de liberdade foi substituída por uma pena restritiva de direitos pelo crime do art. 180 e duas restritivas de direitos pelo crime do art. 304 c. c. art. 297, todos do Código Penal.

O Juízo “a quo” negou o pedido do Ministério Público para aplicar a suspensão da habilitação para dirigir veículo (Ids n. 262425381, fls. 47/59 e 262425382, fls. 1/3).

Em sede recursal, o Ministério Público Federal requer a majoração das penas-base, o afastamento da atenuante da confissão espontânea no crime de uso de documento falso, a elevação da pena de multa e a aplicação de 2 (duas) penas restritivas de direitos para o crime de receptação. Ademais, pleiteia a aplicação da inabilitação para dirigir veículo (Id n. 262425382, fls. 14/21).

Reveja a dosimetria.

Receptação (CP, Art. 180). Na primeira fase, em que pese a alegação da acusação em relação à personalidade do acusado, de que tentou ocultar sua identidade, não acolho a alegação, pois implicaria em “bis in idem”, visto que foi

condenado pelo crime de uso de documento falso (CP, art. 304 c. c. 297). Em relação à conduta social, o recurso ministerial faz referência a uma condenação posterior do réu, logo, não pode ser considerada, nestes autos, como circunstância judicial desfavorável. Também não justifica a exasperação da pena-base a circunstância da carteira de habilitação ser da categoria máxima (categoria E), uma vez que não concerne ao crime de receptação. Mantenho a pena-base, no mínimo legal, em 1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na segunda fase, excluo a agravante de paga/promessa de recompensa (CP, art. 62, IV), pois inerente ao crime patrimonial, assim, fixo a pena intermediária em 1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na terceira fase, considero inexistente qualquer causa de aumento e diminuição de pena, fixo a pena definitiva em 1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Uso de documento falso (CP, Art. 304 c. c. art. 297). Na primeira fase, não prospera a alegação da acusação em relação à culpabilidade do acusado, em razão de constar outro condutor no documento, pois não há elementos que indiquem que foi o autor da falsificação, afirmou que recebeu o caminhão e o documento de terceiro. Em relação à conduta social, o recurso ministerial faz referência a uma condenação posterior do réu, logo, não pode ser considerada, nestes autos, como circunstância judicial desfavorável. Majoro a pena mínima de 2 (dois) anos, conforme preceito secundário do art. 297 do Código Penal, em 1/6 (um sexto), em razão das circunstâncias do crime, haja vista que o réu utilizou documento falso para lhe atribuir a falsa habilitação para conduzir veículo da categoria máxima ("E"). A circunstância de a CNH permitir a condução de veículos pesados e caminhões enseja a exasperação da pena-base (TRF da 3ª Região, ApCrim n. 0011163-72.2015.4.03.6000, Rel. Des. Fed. André Nekatschalw, j. 19.03.18; TRF da 3ª Região, ApCrim n. 0000839-62.2011.4.03.6000, Rel. Des. Fed. Mauricio Kato, j. 10.10.16). Desse modo, fixo a pena-base em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa.

Na segunda fase, o Ministério Público Federal pleiteia o afastamento da atenuante da confissão espontânea, mas ela foi utilizada na fundamentação da condenação, devendo ser mantida. Portanto, mantenho a compensação da agravante da paga/promessa de recompensa (CP, art. 62, IV) com a atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, "d").

Na terceira fase, inexistente qualquer causa de aumento e diminuição de pena, fixo a pena definitiva em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa.

Segundo a jurisprudência, o agente que conduz veículo produto de crime e utiliza documento público inautêntico, ciente da origem ilícita do bem e da falsidade do documento, pratica os crimes de receptação e uso de documento público falso, em concurso material, afigurando-se inaplicável o princípio da consunção, uma vez que o emprego da falsidade não é circunstância elementar

do delito de receptação (STJ, AgRg no REsp n. 1640607 - RO, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª Turma, j. 28.03.19; TRF da 3ª Região, ACR n. 00004538920124036002, Rel. Des. Fed. Nino Toldo, j. 30.05.17; ACR n. 0002493-64.2014.4.03.6005, Rel. De. Fed. André Nekatschalow, j. 05.12.16; TRF da 4ª Região, ACR n. 5000753-14.2015.404.7010, Rel. Des. Fed. João Pedro Gebran Neto, j. 19.10.16). Com a aplicação do concurso material de crimes, as penas somadas resultam em 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 21 (vinte e um) dias-multa. Mantenho o valor do dia-multa no mínimo legal (1/30).

Mantenho o regime inicial aberto.

Substituo as penas privativas de liberdade cominadas por duas penas restritiva de direitos para cada um dos crimes, conforme especificado na sentença. Dessa forma, mantenho a substituição em relação ao crime de uso de documento falso (CP, art. 304, c. c. art. 297), e acrescento a prestação de serviços à comunidade, além da prestação pecuniária, para o crime de receptação (CP, art. 180), com fundamento no art. 44, § 2º, do Código Penal.

O Juízo *a quo* não aplicou a inabilitação para dirigir veículo sob o argumento de que o réu realizava “bicos” como motorista e que, assim, essa sanção inviabilizaria sua atividade profissional. Ocorre que, de acordo com o depoimento do próprio réu, ele realizava suas atividades de motorista sem possuir carteira de habilitação, ou seja, de forma totalmente irregular. Portanto, não há que se falar em aplicar o efeito previsto no art. 92, III, do Código Penal, pois o réu não pode conduzir qualquer veículo automotor por falta de habilitação.

Ante o exposto, *DOU PARCIAL PROVIMENTO* à apelação interposta pelo Ministério Público Federal para majorar a pena-base do crime de uso de documento falso (CP, art. 304 c. c. o art. 297) imposta ao réu e acrescentar a pena de prestação de serviços à comunidade na substituição da pena privativa de liberdade do crime de receptação (CP, art. 180) e, de ofício, em relação ao crime de receptação (CP, art. 180), afasto a agravante de paga ou promessa de recompensa, fixando a pena definitiva em 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 21 (vinte e um) dias-multa.

É o voto.

VOTO VENCEDOR

Inicialmente, ressalto a estima e a admiração que nutro pelo Eminentíssimo Relator deste feito, Des. Fed. André Nekatschalow, de quem ousei divergir nos seguintes termos.

Trata-se de apelação criminal interposta pelo Ministério Público Federal contra a sentença que condenou Hales Soares Belem à pena de 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicial aberto, bem como ao pagamento de 21 (vinte e um) dias-multa pelo cometimento dos crimes descritos nos artigos 180 e 304 c.c. o artigo 297, todos do Código Penal (ID 262425381, fls.47/59 e ID 262425382, fls.01/03).

O apelo ministerial pede: (i) a majoração da pena-base em decorrência da personalidade do agente e circunstâncias do crime de receptação, bem assim pela culpabilidade, conduta social e circunstâncias do crime de uso de documento falso; (ii) no tocante ao delito de uso de documento falso, postula o afastamento da atenuante da confissão espontânea; (iii) a aplicação de duas penas restritivas de direitos ao delito de receptação; (iv) no caso de a somatória das penas aplicadas aos crimes ultrapassar quatro anos, o afastamento das penas substitutivas e a fixação do regime inicial semiaberto; e (v) seja aplicada a inabilitação para dirigir, nos termos do artigo 92, inciso III, do Código Penal (ID 262425382, fls.14/21).

O voto do e. Relator deu parcial provimento ao recurso da acusação para majorar a pena-base do crime de uso de documento falso (art. 304 c.c. 297, do CP) imposta ao réu e acrescentar a pena de prestação de serviços à comunidade na substituição da pena privativa de liberdade do crime de receptação (art. 180 do CP) e, de ofício, em relação ao crime de receptação (art. 180 do CP), afastou a agravante de paga ou promessa de recompensa, fixando definitiva a pena de 3 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 21 (vinte e um) dias-multa.

Não obstante, data vênua, divirjo de Sua Excelência.

Da materialidade e autoria. A materialidade e autoria delitivas restaram comprovadas pelo conjunto probatório, como se extrai dos depoimentos testemunhais e confissão do denunciado em Juízo, como destacado no voto do E. Relator.

Do princípio da consunção. O princípio da consunção encontra aplicação nas hipóteses em que se verifica mais de uma conduta típica com nexo de dependência entre si, de modo que o crime-fim absorva o crime-meio.

Narra a denúncia, em síntese, que, em 23 de agosto de 2013, por volta de 01h15min no km 532 da rodovia BR-060, no Município de Nioaque/MS, o réu foi preso em flagrante delito ao apresentar como sendo sua uma Carteira Nacional de Habilitação falsa em nome de Júlio Cesar Nogueira da Rocha, enquanto conduzia um veículo adulterado, que havia sido furtado (ID 262425378, fls.02/05).

Para que se apure a consunção ou a autonomia entre os delitos, é necessário verificar, caso a caso. Se a utilização de documento espúrio se esgota na prática do crime de receptação, exaurindo sua potencialidade lesiva, haverá absorção do crime de falso, incidindo aqui o princípio da consunção; caso contrário, servindo o documento falsificado pelo agente para a aplicação de uma série de fraudes, deverá ele responder pelo delito de receptação em concurso material com a falsidade documental.

Não obstante tenham sido utilizados papéis ilegítimos (CNH) para iludir os agentes da polícia rodoviária, o que, em princípio, tipifica formalmente o crime de uso de documento falso, fica evidente que o objetivo do apelante era garantir

o transporte de veículo furtado, em proveito próprio ou alheio, que sabia ser produto do delito de furto.

Na hipótese, a falsificação da CNH teve por único desígnio assegurar a consecução do crime de receptação, isto é, apenas se realizou no intuito de ludibriar a fiscalização policial, caso o réu fosse abordado quando transportava o veículo receptado.

Nessa esteira, tem sido pacífico o entendimento de que é aplicável o princípio da consunção quando o delito previsto no artigo 304 do Código Penal afigura-se como crime-meio empregado para a consecução de outro crime, ainda que seja cominada pena mais grave a este último (cf. v. g. Súmula 17 do c. STJ):

“PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. RECEPÇÃO DE AUTOMÓVEL ROUBADO. ART. 180, *CAPUT*, DO CP. USO DE DOCUMENTO PÚBLICO FALSO. ART. 304 C. C. O ART. 297 DO CP. ERRO DE TIPO. CONSUNÇÃO. PENA-BASE.

1. Materialidade, autoria e dolo comprovados.
2. O erro accidental, que não incide sobre os elementos constitutivos do tipo, não afasta o dolo do acusado.
3. Constatado que o agente tinha conhecimento da origem ilícita do bem receptado e assim comprovado o dolo direto na prática da receptação, é incabível a desclassificação dos fatos para a figura prevista no art. 180, § 3º, do Código Penal.
4. É aplicável o princípio da consunção à situação em que o delito previsto no art. 304 do Código Penal afigura-se como crime-meio empregado para a consecução de outro crime, ainda que seja cominada pena mais grave a este último. Inteligência da Súmula 17 do c. STJ.
5. Situação em que a apresentação do documento público falso em questão teve por único desígnio o ludíbrio da fiscalização policial para o exaurimento do crime de receptação, com remota possibilidade de que o documento tivesse outra utilidade autônoma.
6. O valor do bem receptado e o seu transporte para local distante, para dificultar-se a fiscalização estatal, são circunstâncias que autorizam a majoração da pena-base.
7. Recursos ministerial e de defesa parcialmente providos.” (TRF3, AC nº 00053717920114036000, Quinta Turma, Rel. Des. Fed. MAURÍCIO KATO, DJe: 15.03.2018).

Nesse sentido, entendimento desta E. Quinta Turma, quando do julgamento da Apelação Criminal nº 0000722-80.2016.4.03.6005, de minha relatoria, na sessão de 02/12/2022:

“PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. RECEPÇÃO DOLOSA. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS. USO DE DOCUMENTO FALSO. APLICADA A CONSUNÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA DE PRESTAÇÃO PECUINÁRIA REDUZIDA, DE OFÍCIO. RECURSO PROVIDO EM PARTE.

1. Materialidade e autoria.
2. Aplicado o princípio da consunção quando o delito previsto no artigo 304 c.c. artigo 297 do Código Penal.

3. Dosimetria da pena. Afastado o delito do art. 304 c.c art. 297 do Código Penal. Mantida a pena fixada quanto ao crime previsto no art. 180, *caput*, do Código Penal. Pena de prestação pecuniária reduzida, de ofício.
4. Recurso provido em parte”.

Desse modo, é caso de aplicação do princípio da consunção, restando o crime de uso de documento falso absorvido pelo crime de receptação.

Da dosimetria. Na primeira fase, a pena foi fixada no piso legal - 1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na segunda fase, foi aplicada a agravante da paga/promessa de recompensa estabelecida no artigo 62, inciso IV, do Código Penal, de maneira que a pena restou fixada em 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa.

Dispõe o artigo 62, inciso IV, do Código Penal que:

“Art. 62. A pena será ainda agravada em relação ao agente que:
(...) IV- executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa”.

No caso, a referida agravante deve ser excluída, porquanto inerente ao crime patrimonial.

Destarte, afasto, de ofício, a incidência da agravante disciplinada no artigo 62, inciso IV, do Código Penal, resultando na pena de 1 (um) ano de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa.

Na terceira fase, à míngua de causa de diminuição ou de aumento, fixo definitiva a pena de 1 (um) ano de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Mantido o regime inicial aberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade (artigo 33, §2º, “c”, do CP).

Presentes os requisitos do artigo 44 do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade por 1 (uma) pena restritiva de direitos consistente em prestação de serviços à comunidade pelo prazo da pena corporal.

Com tais considerações, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso interposto pela acusação e, **DE OFÍCIO**, aplico o princípio da consunção, para que seja absorvido o crime descrito no artigo 304 c.c. o artigo 297, ambos do Código Penal, pelo crime definido no artigo 180 do Código Penal, bem como afasto a agravante de paga ou promessa de recompensa para o crime de receptação, de modo que a pena definitiva resta fixada em 1 (um) ano de reclusão, em regime inicial aberto, e pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, pena privativa de liberdade substituída por 1 (uma) pena restritiva de direitos consistente em prestação de serviços à comunidade pelo prazo da pena corporal.

É o voto.

APELAÇÃO CRIMINAL 0002445-80.2015.4.03.6002

Apelantes: LINDOMAR VIEIRA BARBOSA, ZILDO VIEIRA DA ROCHA
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL NO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 18/01/2023

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. ARTIGO 334-A DO CÓDIGO PENAL. CONTRABANDO DE CIGARROS. USO DE RÁDIO TRANSECTOR. ATIVIDADE CLANDESTINA DE TELECOMUNICAÇÃO. ARTIGO 183 DA LEI N.º 9.472/1997. DOSIMETRIA DAS PENAS. MAJORAÇÃO DAS PENAS-BASE DO CRIME DE CONTRABANDO. GRANDE QUANTIDADE DE CIGARROS. MANTIDO O REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DAS PENAS EM SEMIABERTO.

- Artigo 183 da Lei n.º 9.472/1997 - Da correta tipificação do delito descrito na inicial. Com a edição da Lei n.º 9.472/1997, a Lei n.º 4.117/1962 não foi revogada em sua integralidade. Nesse contexto, as Cortes Superiores consolidaram entendimento no sentido de que o artigo 183 da Lei nº 9.742/1997 não revogou o artigo 70 da Lei nº 4.117/1962 quanto à radiodifusão, ressaltando-se que: 1) Uma vez reconhecida a atividade clandestina de telecomunicações, o réu deve ser condenado como incurso no art. 183 da Lei nº 9.742/1997; e 2) Caso seja constatada apenas a conduta de instalação ou desenvolvimento da atividade devidamente autorizada, mas em desacordo com os regulamentos, restará tipificada a conduta inculpada no artigo 70 da Lei nº 4.117 /1962. Portanto, a instalação e uso clandestino de rádio transceptor, ou seja, sem autorização legal da ANATEL subsome-se ao tipo penal do artigo 183 da Lei nº 9.472/97.

- Dosimetria da pena. Do crime de contrabando. No cálculo da pena-base aplicada aos réus computou-se negativamente as circunstâncias do crime, considerando a grande quantidade de cigarros contrabandeados, o que está em conformidade com o posicionamento firmado nesta E. Turma julgadora, que considera o aumento de 02 (dois) anos. Pena-base mantida em 04 (quatro) anos de reclusão. Sem outras insurgências, pena definitiva pela prática do crime do artigo 334-A do Código Penal fixada em 04 (quatro) anos de reclusão.

- Regime Inicial de Cumprimento da Pena. Apesar da execução sucessiva de penas de natureza distinta, para fixação de regime inicial de cumprimento as penas impostas devem ser somadas, de forma

que, *in casu*, a somatória das penas fixadas totaliza 06 (seis) anos. Mantido o regime SEMIABERTO para início de cumprimento da pena, nos termos do artigo 33, §2º, "b", do Código Penal.

- Da inabilitação para dirigir veículo automotor (artigo 92, inciso III, do Código Penal). No caso, constata-se que os réus utilizaram-se de veículo automotor com o fito de transportarem carga de cigarros contrabandeados, razão pela qual se mostra imperiosa, com o intuito de se atingir os objetivos de repressão e de prevenção, a decretação a indicados agentes, como efeito secundário de suas condenações, da inabilitação para dirigir veículos automotores (de qualquer categoria). Mantida a inabilitação dos réus para dirigir veículos pelo mesmo período da pena corporal aplicada ao crime de contrabando.

- Apelação dos réus a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Décima Primeira Turma, por unanimidade, decidiu NEGAR PROVIMENTO à Apelação dos réus LINDOMAR VIEIRA BARBOSA e ZILDO VIEIRA DA ROCHA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

O DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS:

Trata-se de Apelação interposta por LINDOMAR VIEIRA BARBOSA, nascido em 13.04.1987, e ZILDO VIEIRA DA ROCHA, nascido em 16.08.1981, em face de sentença que os condenou pela prática dos crimes do artigo 334-A do Código Penal e artigo 183 da Lei n.º 9.472/1997.

Narra a denúncia (ID 216482449 – fls. 03/08), inicialmente recebida em 03.08.2015 (ID 216482449 – fls. 19/23):

Em síntese: entre os dias 03 e 06.07.2015 LINDOMAR VIEIRA BARBOSA e ZILDO VIEIRA DA ROCHA, em concurso entre si e com TICO, e mediante promessa de recompensa no valor de R\$ 15.000,00 para cada um, dolosa e clandestinamente importaram do Paraguai 700.000 maços de cigarros da marca Pine Blue, a qual não tem registro na Anvisa (apesar de exigível) e por esse motivo é de importação proibida, mediante a utilização, como instrumentos para a prática do crime, do cavalo-trator da marca Scania, modelo G 420 A6x4 2011, de cor branca e placa NPO-6362 de Campo Verde, dos semirreboques da marca Noma, modelo 2008, de cor branca e placas

NJF-3417 e NJF-3377 de Sete Quedas, do cavalo-trator da marca Mercedes-Benz, modelo 1938 2005, de cor branca de placa JYV-2856 de Palmas e dos semirreboques da marca Randon, modelo 2000, de cor branca e placas KDS-9180 e KDS-9100 de Cruzeiro D'Oeste. Assim agindo praticaram, em concurso de pessoas (Código Penal, art. 29), e por meio da utilização de veículos, o crime tipificado pelo art. 334-A, *caput*, e §1º, inc. II, do Código Penal (contrabando), com a agravante de haverem executado mediante promessa de recompensa (Código Penal, art.62, inc.IV).

Em audiência de oitiva das testemunhas e interrogatório dos réus, realizada na data de 09.10.2015, ante a possibilidade de nova definição jurídica dos fatos, decorrente de informações e provas que não constavam nos autos do inquérito policial, o magistrado determinou, com fulcro no artigo 384 do Código de Processo Penal, que após a juntada das provas requeridas, fosse dada vista ao Ministério Público Federal para aditamento da denúncia, se assim entendesse pertinente (ID 216482450 – fls. 66/67).

De forma que, na data de 18.12.2015, o órgão ministerial aditou a denúncia, recebida em 17.12.2017 (ID 216482451 – fl. 76), nos seguintes termos (ID 216482451 – fls. 55/58):

CP Art. 304, c/c art. 297 (uso de documento particular falso)

No dia 06.07.2015, às 07h30min, no km 365 da Rodovia BR 163, no Município de Nova Alvorada do Sul-MS, LINDOMAR VIEIRA BARBOSA e ZILDO VIEIRA DA ROCHA, dolosamente, apresentaram aos Policiais Rodoviários Federais documentos particulares (Documento Auxiliar de Nota Fiscal Eletrônica – Danfe) que sabiam ser materialmente falsos, uma vez que as informações sobre emitente, destinatário, quantidade e discriminação de mercadorias transportadas não eram verdadeiras.

(...)

Lei n.º 4.117/62, art. 70 (crime contra as telecomunicações)

Nas mesmas condições de tempo e lugar mencionados os réus LINDOMAR VIEIRA BARBOSA e ZILDO VIEIRA DA ROCHA utilizaram, sem autorização da Agência Nacional de Telecomunicações (Lei n.º 9.472/97, art. 163, *caput*), os rádios transeptores (equipamento de telecomunicações): a) da marca Voyager, modelo VR95M PLUS, número de série M120702114, acompanhado de um microfone do tipo PTT (Push to Talk) também da marca Voyager, e b) marca Voyager, modelo VR148GTL, número de série V140900696, acompanhado de um microfone do tipo PTT (Push to Talk) da marca Ranger, respectivamente instalado no veículo Scania, conduzido por LINDOMAR, e no veículo Mercedes Benz, conduzido por ZILDO. Os aludidos equipamentos foram utilizados pelos réus durante a viagem, conforme admitidos por eles quando interrogados em Juízo

(...)

Sentença de parcial procedência da pretensão punitiva estatal (ID 216482454 – fls. 45/64), proferida e publicada na data de 29.07.2019, pelo Exmo. Juiz Federal Rubens Petrucci Júnior, da 1ª Vara Federal de Dourados/MS,

para absolver os réus LINDOMAR VIEIRA BARBOSA e ZILDO VIEIRA DA ROCHA da prática do delito do artigo 304 c.c. o artigo 297, ambos do Código Penal, pela aplicação do princípio da consunção e, após realizar a *emendatio libelli*, condenar os réus pelos delitos descritos nos artigos 334-A do Código Penal e 183 da Lei n.º 9.472/1994, ambos à pena privativa de liberdade de 04 (quatro) anos de reclusão e 02 (dois) anos de detenção, além do pagamento de 10 (dez) dias-multa, cada qual no valor de 1/30 do salário-mínimo vigente na data dos fatos, em regime inicial SEMIABERTO, sem substituição por penas restritivas de direitos. Aplicou, ainda, os efeitos da condenação descritos no artigo 92, inciso III, do Código Penal, determinando a inabilitação dos réus para dirigirem veículos automotores pelo mesmo prazo da pena imposta.

Os réus LINDOMAR VIEIRA BARBOSA e ZILDO VIEIRA DA ROCHA apelaram, conjuntamente (ID 216482499), pleiteando a redução da pena-base do crime de contrabando ao mínimo legal, afastando as circunstâncias judiciais negativamente computadas; desclassificação do delito do artigo 183 da Lei n.º 9.472/1997 para o crime tipificado no artigo 70 da Lei n.º 4.117/1967; fixando, conseqüentemente, o regime inicial de cumprimento da pena em ABERTO, com a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos. Por fim, a defesa requer que seja afastada a inabilitação do réu LINDOMAR VIEIRA BARBOSA para dirigir veículos automotores.

Contrarrrazões apresentadas pelo órgão ministerial (ID 216482606).

Nesta instância, a Procuradoria Regional da República emitiu parecer (ID 220305342) pelo desprovimento do apelo da defesa.

É o relatório.

À revisão.

VOTO

O DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS:

Os réus LINDOMAR VIEIRA BARBOSA e ZILDO VIEIRA DA ROCHA foram condenados pela prática dos crimes dos artigos 334-A do Código Penal e artigo 183 da Lei n.º 9.472/1997, *in verbis*:

Contrabando

Art. 334-A. Importar ou exportar mercadoria proibida:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

Lei n.º 9.472/1997

Art. 183. Desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicação:

Pena - detenção de dois a quatro anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro, e multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

De acordo com a denúncia, no dia 06.07.2015, os acusados LINDOMAR VIEIRA BARBOSA e ZILDO VIEIRA DA ROCHA foram flagrados transportando 700.000 maços de cigarros da marca Pine Blue, importados clandestinamente do Paraguai, de comercialização proibida em território nacional, utilizando, para ludibriar eventual fiscalização policial, documentos falsos sobre o conteúdo, procedência e destino da carga transportada, e aparelhos transceptores para o quais não tinham autorização de uso pelo órgão competente.

DA EMENDATIO LIBELLI E DA CORRETA TIPIFICAÇÃO DO DELITO DESCRITO NA INICIAL

Em razões de Apelação, os réus LINDOMAR VIEIRA BARBOSA e ZILDO VIEIRA DA ROCHA requerem a desclassificação do crime do artigo 183 da Lei n.º 9.472/1997 para o delito do artigo 70 da Lei n.º 4.117/1967.

Inicialmente, há que se mencionar que a primeira regulamentação, quanto aos serviços de telecomunicações no Brasil, se deu através da Lei n.º 4.117, de 27 de agosto de 1962 (Código Brasileiro de Telecomunicações).

Nos termos do artigo 10 da citada lei:

Art. 10. Compete privativamente à União:

I - manter e explorar diretamente:

- a) os serviços dos troncos que integram o Sistema Nacional de Telecomunicações, inclusive suas conexões internacionais;
- b) os serviços públicos de telégrafos, de telefones interestaduais e de radiocomunicações, ressalvadas as exceções constantes desta lei, inclusive quanto aos de radiodifusão e ao serviço internacional;

II - fiscalizar os Serviços de telecomunicações por ela concedidos, autorizados ou permitidos.

Prosseguindo, estabeleceu o artigo 70 da Lei n.º 4.117/1962 que constitui crime punível com a pena de detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro, a instalação ou utilização de telecomunicações, sem observância do disposto nesta Lei e nos regulamentos.

Posteriormente, a Carta Magna de 1988 manteve o domínio privativo da União no setor das telecomunicações e, em seu art. 223, enfatizou ser indispensável a autorização estatal, mediante outorga ou renovação de concessão, permissão e autorização pelo Poder Executivo, para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens. Quando da sua promulgação, o inciso XI do art. 21 da CF, assegurava a prestação de serviços de informações por entidades de direito privado através da rede pública de telecomunicações explorada pela União.

Com a edição da Emenda Constitucional nº 8, de 15 de agosto de 1995, as redações dos incisos XI e XII, alínea "a", do artigo 21 foram modificadas, *in verbis*:

Art. 21. Compete à União:

(...)

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens;

Por sua vez, a Lei n.º 9.472/1997 foi editada para complementar as disposições constitucionais, nos termos da Emenda Constitucional n.º 8/1995, *sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais*. Citada lei definiu e estabeleceu parâmetros para a exploração dos serviços de telecomunicações, inclusive a radiofrequência, cuja utilização no âmbito privado depende de prévia autorização da ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações), inteligência dos artigos 131 e 163.

O bem jurídico tutelado pelas disposições normativas sempre foi a forma de utilização, bem com a fiscalização, do espectro eletromagnético. O doutrinador Renato Brasileiro de Lima, no entanto, faz uma distinção considerando que *parte da doutrina sustenta que o bem jurídico tutelado pelo crime do art. 183 da Lei n. 9.472/97 é o monopólio de controle da atividade de telecomunicações pela União. Prevalece, todavia, principalmente na jurisprudência, o entendimento de que o crime em questão tutela a segurança dos meios de telecomunicações. Isso porque a radiodifusão e o uso de aparelhos de telecomunicações de forma clandestina podem gerar interferência em serviços regulares de rádio e televisão, bem como sobre as comunicações das autoridades policiais e na navegação marítima e aérea (In Legislação criminal especial comentada: volume único, 9. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Jus PODIVM, 2021, p. 921)*.

Com a edição da Lei n.º 9.472/1997, a Lei n.º 4.117/1962 não foi revogada em sua integralidade, pois, consoante dispõe seu art. 215, houve revogação da referida lei, salvo quanto à matéria penal não tratada na norma, bem como quanto aos preceitos relativos à radiodifusão.

A conceituação de "radiodifusão" foi trazida pela Lei n.º 9.610, de 19.02.1998, artigo 5º, inciso XII, como sendo *a transmissão sem fio, inclusive por satélites, de sons ou imagens e sons ou das representações desses, para recepção ao público e a transmissão de sinais codificados, quando os meios de decodificação sejam oferecidos ao público pelo organismo de radiodifusão ou com seu consentimento*.

Fato, contudo, é que a Lei n.º 9.472/1997, apresenta definição de "telecomunicação" que abrange o conceito de radiodifusão, sendo o serviço de telecomunicações definido como *o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação. Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético,*

de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza (artigo 60, §1º, da Lei n.º 9.472/1997).

De seu turno, prescreve o artigo 183 da Lei nº 9.472/1997:

Art. 183. Desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicação:

Pena - detenção de dois a quatro anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro, e multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, direta ou indiretamente, concorrer para o crime.

Prosseguindo, o artigo 184 do mesmo diploma legal, em seu parágrafo único, ressalta que considera-se clandestina a atividade desenvolvida sem a competente concessão, permissão ou autorização de serviço, de uso de radiofrequência e de exploração de satélite.

Nesse contexto, as Cortes Superiores consolidaram entendimento no sentido de que o artigo 183 da Lei nº 9.742/1997 não revogou o artigo 70 da Lei nº 4.117/1962 quanto à radiodifusão, ressaltando-se que: 1) Uma vez reconhecida a atividade clandestina de telecomunicações, o réu deve ser condenado como incurso no art. 183 da Lei nº 9.742/1997; e 2) Caso seja constatada apenas a conduta de instalação ou desenvolvimento da atividade devidamente autorizada, mas em desacordo com os regulamentos, restará tipificada a conduta inculpada no artigo 70 da Lei nº 4.117 /1962.

Portanto, a instalação e uso clandestino de rádio transceptor, ou seja, sem autorização legal da ANATEL, portanto, subsume-se ao tipo penal do artigo 183 da Lei nº 9.472/97.

Nesse mesmo sentido, destaco os julgados:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. *RÁDIO INSTALADA EM VEÍCULO SEM A DEVIDA AUTORIZAÇÃO*. DELITO TIPIFICADO NO ART. 183 DA LEI N. 9.472/1997. PRECEDENTES. AUSÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DAS RAZÕES DO RECURSO DE APELAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. *A prática de atividade de telecomunicação sem a devida autorização dos órgãos públicos competentes subsume-se no tipo previsto no art. 183 da Lei 9.472/1997. Precedentes.*

2. O acórdão está em consonância com esta Corte, firme no sentido de que nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal - CPP, não há nulidade se não gerou prejuízo, o que não se verificou no caso dos autos. Agravo regimental desprovido. (g.n)

(STJ, AGREsp 1363155 - Relator Ministro Joel Ilan Paciornik, 5ª Turma, v.u., DJE:03.09.2018)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CONTRABANDO. DESENVOLVIMENTO CLANDESTINO DE ATIVIDADE DE TELECOMUNICAÇÕES. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. MATERIALIDADE E AUTORIA. DOLO. DOSIMETRIA DA PENA.

1. É entendimento pacífico no âmbito desta Corte que a consumação do crime de contrabando prescinde da utilização clandestina de equipamentos de telecomunicações. Estes, em verdade, funcionam como instrumentos facilitadores da prática daquele delito, não exaurindo sua potencialidade lesiva com a consecução do contrabando. São, portanto, condutas autônomas, não havendo que se falar em absorção do crime do art. 183 da Lei 9.472/97 por aquele previsto no art. 334-A do Código Penal.

2. *O Superior Tribunal de Justiça pacificou sua jurisprudência no sentido de que o uso clandestino de rádio transceptor subsome-se ao tipo penal do art. 183 da Lei nº 9.472/97, e não àquele previsto no art. 70 da Lei nº 4.117/62.*

3. Materialidade, autoria e dolo comprovados.

4. Dosimetria da pena. Reconhecidas a atenuante da confissão e a agravante do art. 61, II, "b", do CP, que se compensam.

5. Reconhecido o concurso material entre o crime do art. 183 da Lei nº 9.472/97 e do art. 334, § 1º, "b", do Código Penal.

6. Fixado o regime aberto para início do cumprimento das penas privativas de liberdade, que ficam substituídas por duas penas restritivas de direitos.

7. Apelação provida. (g.n.)

(Ap. Crim. 0001931-61.2014.4.03.6003, Relator Desembargador Federal Nino Toldo, 11ª Turma, e-DJF3 Judicial 1:11.02.2019)

APELAÇÃO CRIMINAL. CONTRABANDO DE CIGARROS. PRESCRIÇÃO. NÃO CONFIGURADA. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS. RÁDIO TRANSCÉPTOR. INCIDÊNCIA DO ARTIGO 183 DA LEI Nº 9.472/97. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ARTIGO 70 DA LEI Nº 4.117/92 INCABÍVEL. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS. DOSIMETRIA DA PENA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. SÚMULA 231 DO STJ. CONCURSO MATERIAL. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL ABERTO. SOMATÓRIA DAS PENAS CONSERVADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. APELAÇÃO DA DEFESA DESPROVIDA.

(...)

4. A autoria do delito foi comprovada pelo auto de prisão em flagrante, corroborada pelas provas produzidas em juízo.

5. *O uso do rádio transceptor apreendido subsume-se ao tipo penal do artigo 183, caput, da Lei nº 9.472/97. Não se olvida que a conduta típica descrita no artigo 70 da Lei nº 4.117/62, com redação mantida pelo Decreto-lei nº 236 de 28/02/1967, não foi revogada. Todavia, enquanto o delito da Lei nº 4.117/62 incrimina o desenvolvimento de telecomunicação, em desacordo com os regulamentos, embora com a devida autorização para funcionar, o delito inculcado no artigo 183, caput, da Lei nº 9.472/97 tipifica a operação clandestina de tal atividade, ou seja, sem a devida autorização, como no caso dos autos, em que se mantinha em funcionamento rádio transceptor, sem autorização da ANATEL.*

6. A materialidade foi demonstrada pelo Auto de Prisão em Flagrante, pelos Laudos de Perícia Criminal Federal veicular, pelo Auto de Apreensão e pelos Laudos Periciais em Equipamentos Eletroeletrônicos, que apontaram a presença de rádios transceptores ocultos nos dois carros apreendidos, bloqueados na mesma frequência, sem certificação ou selo de homologação junto à ANATEL. (...) (g.n.)

(Processo n. 0001314-24.2012.4.03.6116, Relator Desembargador Federal José Lunardelli, 11ª Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA:15.04.2019)

Portanto, os fatos imputados ao réu no aditamento da denúncia subsomem, em tese, ao delito descrito no artigo 183 da Lei n. 9.472/1997, não sendo o caso de acolher o pleito da defesa de desclassificação para o crime do artigo 70 da Lei n.º 4.117/1962.

MATERIALIDADE, AUTORIA E ELEMENTO SUBJETIVO

Não questionado pelas partes, a materialidade, autoria e o dolo, quanto ao crime de contrabando, restaram devidamente comprovados por meio do Auto de Prisão em Flagrante (ID 216482448 – fls. 09/16), com Auto de Apreensão (ID 216482448 – fls. 17/18); Laudo Merceológico (ID 216482449 – fls. 83/88), atestando que os cigarros apreendidos, da marca Pine Blue, são de origem sul coreana e não possuem registro na Anvisa, sendo, portanto, de importação e comercialização vedados em território nacional e, ainda, pelas Representações Fiscais, acompanhadas dos Autos de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal de Mercadorias, apontando a quantidade de 375.500 maços de cigarros apreendidos no veículo caminhão modelo Scania de placas NPO 6362, conduzido por LINDOMAR VIEIRA BARBOSA (ID 216482453 – fls. 12/18), e 395.000 maços de cigarros apreendidos no veículo caminhão Mercedes-Benz, placas JYV-2856, conduzido por ZILDO VIEIRA DA ROCHA (ID 216482452 – fls. 46/50).

Por fim, o conjunto probatório conta com o depoimento das testemunhas, os policiais José da Silva Oliveira e Francisco Pimentel de Araújo Filho, e confissão dos réus, todos tanto em sede policial quanto em juízo.

No que concerne ao crime do artigo 183 da Lei n.º 9.472/1997, também sem insurgência das partes quanto a comprovação da materialidade, autoria e dolo, constata-se que os aparelhos transceptores somente foram localizados quando realizado laudo pericial nos veículos apreendidos, de forma que, no caminhão trator da marca Scania, modelo G420, placas NPO-6362 (conduzido por LINDOMAR VIEIRA BARBOSA) constava um rádio transceptor marca Voyager, modelo VR95M (ID 216482449 – fls. 89/92 e 216482450 – fls. 01/07) e no caminhão trator da marca Mercedes Benz, modelo 1938S, de placas JYV-2856 (conduzido por ZILDO VIEIRA DA ROCHA), foi localizado um rádio transceptor marca Voyager, modelo VR-148 GTL/NC (ID 216482450 – fls. 08/18).

Realizada perícia técnica no aparelho transceptor de radiocomunicação móvel marca Voyager, modelo VR95M, fabricado na Malásia, constatou-se que este *apresentava-se ajustado para operar em AM, banda D, canal "35", na frequência de 27,355 MHz (...), com potência de aproximadamente 19 W (dezenove watts). Essa frequência está contida na faixa destinada ao Serviço Rádio Cidadão (...). Durante a transmissão de radiofrequência, o transceptor examinado é capaz de dificultar ou mesmo impedir a recepção de sinais oriundos de outros equipamentos de comunicação via rádio que operem em mesma frequência, em frequências próximas ou em frequências múltiplas (harmônicas).* Por fim, atestou que o aparelho não possui certificado de homologação, bem como a operação do Serviço Rádio do Cidadão requer do usuário a competente autorização da ANATEL (ID 216482450 – fls. 35/41).

Em perícia técnica no aparelho transceptor de radiocomunicações móvel marca Voyager, modelo VR-148 GTL/NC, fabricado no Vietnã, constatou-se que este *apresentava-se ajustado para operar no canal "6" do Serviço Rádio do Cidadão, com a frequência de 27,025 MHz (...), e potência de aproximadamente 4,5 W (quatro watts e meio). Essa frequência está contida na faixa destinada ao Serviço Rádio Cidadão (...). Durante a transmissão de radiofrequência, o transceptor examinado é capaz de dificultar ou mesmo impedir a recepção de sinais oriundos de outros equipamentos de comunicação via rádio que operem em mesma frequência, em frequências próximas ou em frequências múltiplas (harmônicas).* Por fim, atestou que o aparelho não possui certificado de homologação, bem como a operação do Serviço Rádio do Cidadão requer do usuário a competente autorização da ANATEL (ID 216482450 – fls. 42/48).

A despeito da ausência de questionamentos em sede policial, em interrogatório judicial, os réus confessaram a utilização de citados aparelhos transceptores, ressaltando que estavam se comunicando durante a viagem.

Portanto, restou devidamente comprovada a materialidade, autoria e dolo na conduta dos agentes, sendo o caso de manter a condenação pela prática dos crimes do artigo 334-A do Código Penal e artigo 183 da Lei n.º 9.472/1997, tal qual lançada em sentença.

DOSIMETRIA

O cálculo da pena deve ater-se aos critérios dispostos no artigo 68 do Código Penal, de modo que, na primeira etapa da dosimetria, observando as diretrizes do artigo 59 do Código Penal, o magistrado deve atentar à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, e estabelecer a quantidade de pena aplicável, dentro de uma discricionariedade juridicamente vinculada, a partir de uma análise individualizada e simultânea de todas as circunstâncias judiciais.

Na segunda fase de fixação da pena, o juiz deve considerar as agravantes e atenuantes, previstas nos artigos 61 a 66, todos do Código Penal.

Finalmente, na terceira etapa, incidem as causas de diminuição e de aumento da pena.

1 – Do réu LINDOMAR VIEIRA BARBOSA

No que concerne à dosimetria da pena imposta ao réu, restou estabelecido em sentença:

CONTRABANDO. A pena prevista para a infração capitulada no art. 334-A do Código Penal está compreendida entre 2 (dois) e 5 (cinco) anos de reclusão. Circunstâncias judiciais (1ª fase). Na análise das circunstâncias do art. 59, *caput*, do CP, valoro negativamente apenas a vetorial relativa às circunstâncias do delito, dada a vasta quantidade de cigarros apreendidos - LINDOMAR transportava 375.500 maços de cigarros. Estabelecida essa consideração e, para ponderar, com segurança jurídica, o sopesamento das

circunstâncias judiciais, valho-me de precedentes do TRF da 3ª Região, em casos similares aos dos presentes autos. (...). Assim, à vista de tais precedentes jurisprudenciais e das circunstâncias do caso concreto, fixo a pena-base acima do mínimo legal, em 4 (quatro) anos de reclusão. Circunstâncias agravantes e atenuantes (2ª fase). Incide a agravante da paga ou promessa de recompensa, nos termos do art. 62, IV, do CP, já que restou indene de dúvidas que receberia valores pecuniários pelo transporte dos cigarros, dos quais ele próprio reconheceu não ser o proprietário. Com efeito, a jurisprudência tanto do Superior Tribunal de Justiça quanto do Tribunal Regional Federal 3ª Região é no sentido de que essa agravante não é circunstância inerente ao tipo penal do art. 334-A do Código Penal (STJ, AgInt no REsp n. 1.457.834, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 17.05.16; STJ, REsp n. 1.317.004, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 23.09.14; TRF3, Apelação Criminal nº 0000288-22.2015.4.03.6007, Rel. Des. Federal André Nekatschalow, j. 06.11.18). Incide, também, a atenuante do artigo 65, III, "d", do CP, em razão da confissão em interrogatório judicial pelos réus. É o caso, portanto, de se compensar a agravante da paga ou promessa de recompensa com a atenuante da confissão espontânea. Causas de aumento ou de diminuição (3ª fase). Não havendo causas de aumento ou diminuição de pena, TORNO DEFINITIVA a pena privativa de liberdade de ambos os réus em 4 (quatro) anos de reclusão.

CRIME CONTRA AS TELECOMUNICAÇÕES A pena prevista para a infração capitulada no art. 183 da Lei 9.472/97 está compreendida entre 2 (dois) e 4 (cinco) anos de detenção e multa de R\$ 10.000,00. Circunstâncias judiciais (1ª fase) Pela análise dos parâmetros legais, não se vislumbra a existência de elementos a justificar a exasperação da pena-base. Dessa forma, fixo a pena-base em 2 (dois) anos de detenção. Circunstâncias agravantes e atenuantes (2ª fase) Não concorrem circunstâncias agravantes e/ou atenuantes. Ressalte-se que quanto a este delito, o relato do réu em interrogatório acerca da utilização do rádio para se comunicar com ZILDO não foi considerado para fins da condenação. Causas de aumento ou de diminuição (3ª fase) Não havendo causas de aumento ou diminuição de pena, TORNO DEFINITIVA a pena privativa de liberdade em 2 (dois) anos de detenção. Cumpre observar, por fim, que a pena de multa estabelecida na Lei 9.472/97 deve ser modificada (aplicada de forma diversa da previsão legal específica), por violar o princípio da individualização da pena, conforme proclamado pelo Órgão Especial do E. TRF3 quando do julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade Criminal nº 00054555-18.2000.4.03.6113, em 29 de junho de 2011, que declarou a inconstitucionalidade da expressão "de R\$ 10.000,00". Assim sendo, em obediência à proporcionalidade que a pena de multa deve guardar com a pena privativa de liberdade, fixo-a de acordo com a metodologia trazida no Código Penal, em 10 (dez) dias-multa, cada qual fixado no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo da data dos fatos, por não haver nos autos notícia da situação econômica do réu. Pena definitiva: 2 (dois) anos de detenção e 10 (dez) dias-multa. Regime inicial Quando houver a condenação em mais de um crime, a determinação do regime inicial será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas (art. 111 da LEP). Nessa linha, a pena final alcança o quantum de 06 anos de pena privativa de liberdade. Assim, fixo o regime inicial semiaberto para cumprimento de pena, nos termos do art. 33, 2º, "b", do CP. Substituição da

pena privativa de liberdade. Incabível por não preenchidos os requisitos do art. 44, CP (pena privativa de liberdade superior a quatro anos). (...)

Da inabilitação do direito de dirigir. Incide no caso o efeito extrapenal da condenação previsto no art. 92, inciso III, do Código Penal, consistente na inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso, medida que visa impedir a reiteração delitiva. (...) Sendo essa precisamente a hipótese dos autos, é de ser declarada a inabilitação do réu para dirigir veículo pelo prazo da pena imposta na sentença.

Em razões de Apelação, o réu LINDOMAR VIEIRA BARBOSA pleiteia a redução da pena-base do crime de contrabando ao mínimo legal, afastando as circunstâncias judiciais negativamente computadas, com a redução da pena imposta, fixando o regime inicial de cumprimento da pena em ABERTO, com a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

Analisando os autos, constata-se que no cálculo da pena-base aplicada ao réu computou-se negativamente as circunstâncias do crime, considerando a grande quantidade de cigarros contrabandeados (375.500 maços), o que está em conformidade com o entendimento firmado nesta E. Corte. Nestes termos, destaco:

APELAÇÃO CRIMINAL. ARTIGO 334, §1º, ALÍNEAS 'B' E 'D' DO CÓDIGO PENAL (REDAÇÃO ANTERIOR À LEI 13.008/2014). GRANDE QUANTIDADE DE CIGARROS. ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. AUMENTO DA PENA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. INCIDÊNCIA. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

1. A sentença recorrida condenou ADI PEDRO MIERRO pelo cometimento da conduta descrita no artigo 334, §1º, alíneas 'b' e 'd' do Código Penal (redação anterior à Lei 13.008/2014), à pena de 1 (um) ano e 9 (nove) meses de reclusão em regime aberto. A pena privativa de liberdade foi substituída por 2 (duas) penas restritivas de direitos, a saber: (i) prestação pecuniária a ser revertida para entidade filantrópica definida pelo juízo das execuções penais, no valor correspondente à metade da fiança prestada, e (ii) prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, pelo mesmo período da pena corporal substituída, a ser cumprida em entidade pública ou privada, a ser designada pelo juízo das execuções penais, em audiência admonitória, em regime de oito horas semanais. O apelo insurge-se quanto à dosimetria da pena.

2. A materialidade foi demonstrada pelo Auto de Prisão em Flagrante (fls. 02/06), Auto de Apresentação e Apreensão (fls. 08/09), Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal de Mercadorias (fls. 79/82). Tais documentos atestam a apreensão de 424.000 (quatrocentos e vinte e dois) maços de cigarro da marca San Marino, de origem estrangeira, desacompanhados de qualquer documentação fiscal e sanitária que pudesse comprovar sua internação regular em território nacional.

3. A autoria delitiva restou demonstrada pelo Auto de Prisão em Flagrante, corroborado pelas demais provas dos autos. Os elementos constantes nos autos comprovam que ADI PEDRO MIERRO, de forma livre e consciente, mediante remuneração, efetuou o transporte de cigarros ilegais provenientes

do exterior, incorrendo na conduta descrita no artigo 334, §1º, alíneas 'b' e 'd' do Código Penal, na redação anterior à Lei 13.008/2014.

4. Dosimetria. *A enorme quantidade de cigarros deve ser valorada negativamente. Nesse sentido, perfilho-me ao entendimento de que a excessiva quantidade de cigarros apreendidos constitui fator apto a elevar a pena-base a título de circunstância desfavorável. Nesse sentido, os seguintes precedentes desta Corte: 1ª Turma, ACR 00020214320084036112, Rel. Des. Fed. Hélio Nogueira, e-DJF3: 03.02.2016; 11ª Turma, ACR 00032297520114036106, Rel. Juiz Convocado Leonel Ferreira, e-DJF3: 01.02.2016. O magistrado de primeiro grau, nessa fase, aumentou a pena base para 2 (dois) anos de reclusão. Em consonância com os parâmetros que podem ser induzidos dos julgados desta 11ª primeira Turma, a quantidade de 424.000 (quatrocentos e vinte e dois) maços de cigarro transportados deve levar ao aumento da pena base até o patamar de 3 (três) anos e 2 (dois) meses de reclusão, tendo em conta que o mínimo legal para o crime de contrabando anteriormente às alterações da Lei 13.008/2014 era de 1 (um) ano.*

(...)

9. Apelação parcialmente provida. (g.n.)

(Ap. 00063543320114036112, Relator Desembargador Federal, José Lunardelli, 11ª Turma, v.u., e-DJF3 20.04.2018)

PENAL. PROCESSO PENAL. ART. 334-A, § 1º, IV, DO CÓDIGO PENAL. CONTRABANDO DE CIGARROS ESTRANGEIROS. REJEIÇÃO DA PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MODIFICAÇÃO DO REGIME INICIAL. CABIMENTO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INABILITAÇÃO PARA DIRIGIR VEÍCULO. DESCAMINHO E CONTRABANDO. CABIMENTO. DESPROVIMENTO DA APELAÇÃO DA ACUSAÇÃO. PARCIAL PROVIMENTO DA APELAÇÃO DO RÉU.

1. Rejeitada a preliminar de incompetência da Justiça Federal, haja vista a demonstração do interesse da União conforme o art. 109, I, da Constituição da República.

2. Materialidade e autoria do delito demonstradas.

3. *Dosimetria. Fixação da pena-base acima do mínimo legal diante de circunstância judicial desfavorável relativa à quantidade de mercadorias apreendidas em poder do réu (422.500 maços de cigarros de origem estrangeira de internalização proibida).*

4. Cabimento da fixação de regime inicial aberto, com fundamento no art. 33, § 2º, c, do Código Penal.

5. Presentes os requisitos do art. 44 do Código Penal, é possível substituir 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 e prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas.

6. É admissível a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime de contrabando e descaminho, nos termos do art. 92, III, do Código Penal, mas não como interdição temporária de direitos, pois, segundo o art. 57 desse Código, a pena de interdição, prevista no seu art. 47, III, aplica-se aos crimes culposos de trânsito (STJ, AgRg no REsp 1512273,

Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 04.08.15 e TRF da 3ª Região, ACr n. 0013759-97.2009.4.03.6110, Rel. Des. Fed. Cecilia Mello, j. 10.11.15).

7. Apelação da acusação desprovida. 8. Apelação do réu parcialmente provida (g.n.)

(Ap. 00001280920174036142, Relator Desembargador Federal André Nekatschalow, 5ª Turma, v.u., e-DJF3 Judicial 1 DATA:16.04.2018)

Portanto, estando a sentença em consonância com o entendimento firmado por esta E. Turma julgadora, que considera o aumento de 02 (dois) anos, mantém a pena-base em 04 (quatro) anos de reclusão.

Sem outras insurgências e, porquanto, corretamente fixada, mantém-se a pena definitiva pela prática do crime do artigo 334-A do Código Penal em 04 (quatro) anos de reclusão.

No que concerne ao crime do artigo 183 da Lei n.º 9.472/1997, sem irresignações das partes e, no mais, considerando que a pena foi fixada no mínimo legal, mantém-se a pena definitiva em 02 (dois) anos de detenção e pagamento de 10 (dez) dias-multa, cada qual no valor unitário de 1/30 do salário-mínimo vigente na data dos fatos.

Concurso de crimes

Quanto à prática dos crimes do artigo 334-A do Código Penal e do artigo 183 da Lei n.º 9.472/1997, constata-se que ações realizadas pelo agente são autônomas, sendo o caso de aplicação do artigo 69 do Código Penal.

Ressalta-se que o concurso material, via de regra, enseja a soma das penas privativas de liberdade.

Contudo, havendo cumulação de pena de reclusão e de detenção, tal qual este caso, não há a somatória das penas, mas sim execução sequencial das mesmas, devendo a de reclusão ser cumprida em primeiro lugar, conforme explicitado no *caput* parte final do artigo 69 do Código Penal.

Assim, consideradas as regras do concurso material para as penas corporais, o réu deve cumprir 04 (quatro) anos de reclusão e 02 (dois) anos de detenção e efetuar o pagamento de 10 (dez) dias-multa, cada qual no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente na data dos fatos.

Regime inicial de cumprimento da pena

Apesar da execução sucessiva de penas de natureza distinta, para fixação de regime inicial de cumprimento elas devem ser somadas, conforme entendimento jurisprudencial:

APELAÇÃO CRIMINAL. CONTRABANDO DE CIGARROS. PRESCRIÇÃO. NÃO CONFIGURADA. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS. RÁDIO TRANSCÉPTOR. INCIDÊNCIA DO ARTIGO 183 DA LEI Nº 9.472/97. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ARTIGO 70 DA LEI Nº 4.117 /92 INCABÍVEL. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS. DOSIMETRIA DA PENA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. SÚMULA 231 DO STJ. CONCURSO MATERIAL.

FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL ABERTO. SOMATÓRIA DAS PENAS CONSERVADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. APELAÇÃO DA DEFESA DESPROVIDA.

1. O apelante foi condenado pela prática do crime previsto no artigo 334, § 1º, alínea "c", do Código Penal, na redação vigente à época dos fatos, em concurso material com o delito previsto no artigo 183 da Lei nº 9.472/97. 2. (...)

12. Nos termos do artigo 69 do Código Penal, as penas impostas pela prática das infrações devem ser somadas, pois mediante mais de uma ação praticaram dois crimes.

13. No caso em apreço, em virtude da aplicação cumulativa de penas de reclusão e detenção, a regra é que deve ser executada primeiro aquela, consoante preceitua a parte final do referido artigo 69. Dessa forma, inicialmente deverá ser cumprida a pena atribuída ao crime de contrabando e, em seguida, àquela cominada ao delito de desenvolvimento clandestino de atividades de telecomunicação.

14. Frise-se, entretanto, que para a determinação do regime inicial de cumprimento da pena devem ser somadas as reprimendas - ainda que concorrendo penas de reclusão e detenção - dos crimes praticados.

15. Diante da pena final aplicada, deve ser mantido o regime inicial aberto para fins de cumprimento da pena, nos termos do artigo 33, §2º, alínea "c", do Código Penal.

16. Presentes os requisitos elencados no artigo 44, § 2º, do Código Penal, resta mantida a substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, consistentes em: i) prestação pecuniária, a qual, guardada a mesma proporcionalidade com a pena corporal decretada, e observada a condição socioeconômica do réu, resta mantida no valor de 1 (um) salário-mínimo; ii) prestação de serviços à comunidade pelo período da pena substituída, a ser definida pelo juízo da execução.

17. De ofício, destino a pena de prestação pecuniária à União. 18. Apelo da defesa do réu Valdinei desprovido.

(ApCrim 0001314-24.2012.4.03.6116, DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI, TRF3 DÉCIMA PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 15/04/2019.)

Portanto, no caso concreto, a somatória das penas fixadas totaliza 06 (seis) anos, de forma que deve ser mantido o regime SEMIABERTO para início de cumprimento da pena, nos termos do artigo 33, §2º, "b", do Código Penal.

No mais, com pena superior a 04 (quatro) anos, incabível a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, nos termos do artigo 44, inciso I, do Código Penal.

2 - Do réu ZILDO VIEIRA DA ROCHA

No que concerne à dosimetria da pena imposta ao réu, restou estabelecido em sentença:

CONTRABANDO. A pena prevista para a infração capitulada no art. 334-A do Código Penal está compreendida entre 2 (dois) e 5 (cinco) anos de reclusão. Circunstâncias judiciais (1ª fase). Na análise das circunstâncias do art. 59,

caput, do CP, valoro negativamente apenas a vetorial relativa às circunstâncias do delito, dada a vasta quantidade de cigarros apreendidos - ZILDO transportava 395.000 maços de cigarros. Estabelecida essa consideração e, para ponderar, com segurança jurídica, o sopesamento das circunstâncias judiciais, valho-me de precedentes do TRF da 3ª Região, em casos similares aos dos presentes autos. (...). Observo, no ponto, que o fato de ZILDO responder a ação penal, pelo crime de contrabando, em Naviraí - autos 0000550-77.2012.403.6006 - não acarretará a valoração negativa de seus antecedentes em razão do disposto na Súmula 444 do STJ. Assim, à vista de tais precedentes jurisprudenciais e das circunstâncias do caso concreto, fixo a pena-base acima do mínimo legal, em 4 (quatro) anos de reclusão. Circunstâncias agravantes e atenuantes (2ª fase). Incide a agravante da paga ou promessa de recompensa, nos termos do art. 62, IV, do CP, já que restou indene de dúvidas que receberia valores pecuniários pelo transporte dos cigarros, dos quais ele próprio reconheceu não ser o proprietário. Com efeito, a jurisprudência tanto do Superior Tribunal de Justiça quanto do Tribunal Regional Federal 3ª Região é no sentido de que essa agravante não é circunstância inerente ao tipo penal do art. 334-A do Código Penal (...). Incide, também, a atenuante do artigo 65, III, "d", do CP, em razão da confissão em interrogatório judicial pelos réus. É o caso, portanto, de se compensar a agravante da paga ou promessa de recompensa com a atenuante da confissão espontânea. Causas de aumento ou de diminuição (3ª fase). Não havendo causas de aumento ou diminuição de pena, TORNO DEFINITIVA a pena privativa de liberdade em 4 (quatro) de reclusão.

CRIME CONTRA AS TELECOMUNICAÇÕES A pena prevista para a infração capitulada no art. 183 da Lei 9.472/97 está compreendida entre 2 (dois) e 4 (quatro) anos de detenção e multa de R\$ 10.000,00. Circunstâncias judiciais (1ª fase) Pela análise dos parâmetros legais, não se vislumbra a existência de elementos a justificar a exasperação da pena-base. Dessa forma, fixo a pena-base em 2 (dois) anos de detenção. Circunstâncias agravantes e atenuantes (2ª fase) Não concorrem circunstâncias agravantes e/ou atenuantes. Ressalte-se que quanto a este delito, o relato do réu em interrogatório acerca da utilização do rádio para se com ZILDO não foi considerado para fins da condenação. Causas de aumento ou de diminuição (3ª fase). Não havendo causas de aumento ou diminuição de pena, TORNO DEFINITIVA a pena privativa de liberdade em 2 (dois) anos de detenção. Cumpre observar, por fim, que a pena de multa estabelecida na Lei 9.472/97 deve ser modificada (aplicada de forma diversa da previsão legal específica), por violar o princípio da individualização da pena, conforme proclamado pelo Órgão Especial do E. TRF3 quando do julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade Criminal nº 00054555-18.2000.4.03.6113, em 29 de junho de 2011, que declarou a inconstitucionalidade da expressão "de R\$ 10.000,00". Assim sendo, em obediência à proporcionalidade que a pena de multa deve guardar com a pena privativa de liberdade, fixo-a de acordo com a metodologia trazida no Código Penal, em 10 (dez) dias-multa, cada qual fixado no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo da data dos fatos, por não haver nos autos informações sobre a situação econômica do réu. Pena definitiva: 2 (dois) anos de detenção e 10 (dez) dias-multa. Regime inicial. Quando houver a condenação em mais de um crime, a determinação do regime inicial será feita

pelo resultado da soma ou unificação das penas (art. 111 da LEP). Nessa linha, a pena final alcança o quantum de 06 anos de pena privativa de liberdade. Assim, fixo o regime inicial semiaberto para cumprimento de pena, nos termos do art. 33, 2º, "b", do CP. Substituição da pena privativa de liberdade. Incabível por não preenchidos os requisitos do art. 44, CP (pena privativa de liberdade superior a quatro anos). (...)

Da inabilitação do direito de dirigir. Incide no caso o efeito extrapenal da condenação previsto no art. 92, inciso III, do Código Penal, consistente na inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso, medida que visa impedir a reiteração delitiva. (...). Sendo essa precisamente a hipótese dos autos, é de ser declarada a inabilitação do réu para dirigir veículo pelo prazo da pena imposta na sentença.

Em razões de Apelação, o réu ZILDO VIEIRA DA ROCHA pleiteia a redução da pena-base do crime de contrabando ao mínimo legal, afastando as circunstâncias judiciais negativamente computadas, com a redução da pena imposta, fixando o regime inicial de cumprimento da pena em ABERTO, com a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

Analisando os autos, constata-se que no cálculo da pena-base aplicada ao réu computou-se negativamente as circunstâncias do crime, considerando a grande quantidade de cigarros contrabandeados (395.000 maços), o que está em conformidade com o entendimento firmado nesta E. Corte, conforme dito alhures.

Pena-base mantida em 04 (quatro) anos de reclusão.

Sem outras insurgências e, porquanto, corretamente fixada, mantém-se a pena definitiva pela prática do crime do artigo 334-A do Código Penal em 04 (quatro) anos de reclusão.

No que concerne ao crime do artigo 183 da Lei n.º 9.472/1997, sem irresignações das partes e, no mais, considerando que a pena foi fixada no mínimo legal, mantém-se a pena definitiva em 02 (dois) anos de detenção e pagamento de 10 (dez) dias-multa, cada qual no valor unitário de 1/30 do salário-mínimo vigente na data dos fatos.

Concurso de crimes

Quanto à prática dos crimes do artigo 334-A do Código Penal e do artigo 183 da Lei n.º 9.472/1997, constata-se que ações realizadas pelo agente são autônomas, sendo o caso de aplicação do artigo 69 do Código Penal.

Ressalta-se que o concurso material, via de regra, enseja a soma das penas privativas de liberdade.

Contudo, havendo cumulação de pena de reclusão e de detenção, tal qual este caso, não há a somatória das penas, mas sim execução sequencial das mesmas, devendo a de reclusão ser cumprida em primeiro lugar, conforme explicitado no *caput* parte final do artigo 69 do Código Penal.

Assim, consideradas as regras do concurso material para as penas corporais, o réu deve cumprir 04 (quatro) anos de reclusão e 02 (dois) anos de detenção e efetuar o pagamento de 10 (dez) dias-multa, cada qual no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente na data dos fatos.

Regime inicial de cumprimento da pena

Do mesmo modo, nos termos já expostos, no caso concreto, a somatória das penas fixadas totaliza 06 (seis) anos, de forma que deve ser mantido o regime SEMIABERTO para início de cumprimento da pena, nos termos do artigo 33, §2º, "b", do Código Penal.

No mais, com pena superior a 04 (quatro) anos, incabível a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, nos termos do artigo 44, inciso I, do Código Penal.

DO EFEITO DA CONDENAÇÃO CONSISTENTE NA INABILITAÇÃO PARA DIRIGIR VEÍCULO AUTOMOTOR

O réu LINDOMAR VIEIRA BARBOSA pleiteia, por fim, que seja afastada a inabilitação para dirigir veículo automotor (art. 92, inciso III, do CP).

De certo, prescreve o inciso III do art. 92 do Código Penal ser efeito da condenação a inabilitação para dirigir veículo automotor quando este tiver sido utilizado como mecanismo para a prática de infração penal punida a título doloso - a propósito: *Art. 92. São também efeitos da condenação: (...) III - a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso. Consigne-se, por oportuno, nos termos do parágrafo único de mencionado preceito legal, que o efeito em tela não é automático, devendo, assim, ser declarado motivadamente no bojo de r. provimento judicial (Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença).*

No caso concreto, constata-se que o réu utilizou-se de veículo automotor com o fito de transportar carga de cigarros contrabandeados, perpetrando, desta feita, o delito elencado no art. 334-A do Código Penal, razão pela qual se mostra imperiosa, com o intuito de se atingir os objetivos de repressão e de prevenção, a decretação a indicado agente, como efeito secundário da sua condenação, da inabilitação para dirigir veículos automotores (de qualquer categoria). A propósito, cumpre trazer à colação os julgados que seguem, da lavra do C. Superior Tribunal de Justiça e deste E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CONTRABANDO. CIGARROS. INABILITAÇÃO PARA DIRIGIR VEÍCULO. EFEITO DA CONDENAÇÃO. MEDIDA APLICADA DE FORMA FUNDAMENTADA.

1. Constatada a prática de crime doloso e que o veículo foi utilizado como instrumento para a realização do crime, é possível a imposição da inabilitação para dirigir veículo (com fundamento no art. 92, III, do Código Penal), desde que fundamentada a necessidade de aplicação da medida no caso concreto. Precedentes.

2. Agravo regimental improvido

(STJ, AgRg no REsp 1509078/PR, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/09/2015, DJe 01/10/2015)

PENAL. PROCESSO PENAL. CONTRABANDO. CP, ART. 334-A, § 1º, I, C, C. C. OS ARTS. 2º E 3º DO DECRETO-LEI N. 399/68. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE MANTIDA CONFORME A SENTENÇA. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO PARA O DELITO DE CONTRABANDO. MULTA. PROPORCIONALIDADE. INABILITAÇÃO PARA DIRIGIR VEÍCULO. ADMISSIBILIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA INDEFERIDA. APELAÇÃO DOS RÉUS PARCIALMENTE PROVIDAS. (...)

8. É admissível a declaração do efeito da condenação estabelecido no inciso III do art. 92 do Código Penal na hipótese de contrabando ou descaminho, constituindo a inabilitação para dirigir veículos medida eficaz para desestimular a reiteração delitiva (TRF da 3ª Região, ACR n. 0004776-06.2009.4.03.6112, Rel. Des. Fed. José Lunardelli, j. 20.08.13; TRF da 4ª Região, 4ª Seção, ENUL n. 50000077020114047210, Rel. Des. Fed. José Paulo Baltazar Junior, j. 04.06.14) (...)

(TRF3, QUINTA TURMA, ApCrim - APELAÇÃO CRIMINAL - 80230 - 0000061-69.2010.4.03.6116, Rel. Des. Fed. ANDRÉ NEKATSCHALOW, julgado em 02/12/2019, e-DJF3 Judicial 1 DATA:17/12/2019)

APELAÇÃO CRIMINAL. CONTRABANDO DE CIGARROS. USO DE RÁDIO TRANSCÉPTOR SEM AUTORIZAÇÃO. ART. 183 DA LEI 9.472/97. CONSUNÇÃO. INAPLICABILIDADE. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE CIGARROS. EXECUÇÃO DO CONTRABANDO MEDIANTE PAGA. CRIME DO ART. 183 DA LEI 9.472/97. INCIDÊNCIA DA AGRAVANTE DO ART. 61, II, 'B' DO CP. EFEITO DA CONDENAÇÃO. ART. 92, III, CP. (...)

A inabilitação para dirigir veículo constitui efeito da condenação, apresentando-se como uma reprimenda legalmente prevista, de todo aplicável ao presente caso, a fim de atingir os escopos de repressão e prevenção da pena (...)

(TRF3, DÉCIMA PRIMEIRA TURMA, ApCrim - APELAÇÃO CRIMINAL - 80004 - 0006463-53.2015.4.03.6000, Rel. Des. Fed. JOSÉ LUNARDELLI, julgado em 12/12/2019, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/01/2020)

Consigne-se, por oportuno, que o efeito ora decretado de inabilitação para dirigir veículo automotor não tem o condão de ofender o direito social ao trabalho previsto na Constituição Federal de 1988 na justa medida em que o acusado, ainda que motorista de profissão, optou, de forma livre, consciente e voluntária, em fazer uso de seu labor para fins criminosos, de molde que neste momento não tem o menor cabimento alegar que seu ganha pão está justamente no transporte profissional - em outras palavras, deveria o acusado ter pensado nesta situação que poderia lhe afligir antes da perpetração delitiva com o escopo até mesmo de não adentrar à criminalidade, não sendo lícita arguição de que o trabalho que potencialmente poderia executar estaria sendo

comprometido com a medida em tela. Acrescente-se, ademais, que o acusado poderá se dedicar a outro labor com o desiderato de manter-se, juntamente com sua família, provendo, assim, seus sustentos.

Portanto, afastado o pleito da defesa, sendo o caso de manter a inabilitação dos réus LINDOMAR VIEIRA BARBOSA e ZILDO VIEIRA DA ROCHA para dirigir veículo automotor, pelo mesmo período da pena corporal aplicada ao crime do art. 334-A do Código Penal.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, voto por *NEGAR PROVIMENTO* à *Apelação dos réus LINDOMAR VIEIRA BARBOSA e ZILDO VIEIRA DA ROCHA*, na forma da fundamentação.

É o voto.

APELAÇÃO CRIMINAL 0000101-81.2019.4.03.6004

Apelantes: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - PR/SP, DOUGLAS ALEXANDER VELASCO SOLIZ
Apelados: DOUGLAS ALEXANDER VELASCO SOLIZ, MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - PR/SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 20/01/2023

EMENTA

PROCESSO PENAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. AUTORIA. DOLO. COMPROVAÇÃO. DOSIMETRIA. JUSTIÇA GRATUITA. APELAÇÕES PARCIALMENTE PROVIDAS.

1. Materialidade e autoria delitiva comprovadas mediante prova documental e testemunhal.
2. O dolo exsurge das circunstâncias fáticas e da prova testemunhal.
3. O réu, estrangeiro, foi contratado para transportar a droga da Bolívia até Corumbá, para eventualmente ser comercializada no País ou levada ao exterior. Trata-se de "mula" do tráfico e agiu com conhecimento de sua contribuição à traficância internacional, de modo que é razoável a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 na fração mínima de 1/6 (um sexto).
4. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o conhecimento pelo agente de estar a serviço do crime organizado para o tráfico transnacional de entorpecentes constitui fundamento concreto e idôneo a ser valorado para fins de estabelecimento da incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 no mínimo legal, ante a gravidade da conduta perpetrada (STJ, HC n. 387.077, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 06.04.17).
5. Defiro o pedido da gratuidade da justiça pleiteada pelo apelante, salientando que, não obstante sua concessão, há de ser mantida a responsabilidade do beneficiário pelas despesas processuais e pelos honorários advocatícios decorrentes de sua sucumbência (CPC/15, art. 98, § 2º), ficando, no entanto, sobrestado o pagamento, enquanto perdurar a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão da gratuidade, pelo prazo de 5 (cinco) anos, ocorrendo, após, a extinção da obrigação (CPC/15, art. 98, § 3º).
6. Dado parcial provimento ao recurso da acusação para reduzir a fração do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 e condenar o réu a 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta

e três) dias-multa, cada qual no valor mínimo legal, e ao recurso da defesa para deferir os benefícios da justiça gratuita.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quinta Turma, por unanimidade, decidiu DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso da acusação para reduzir a fração do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, fixando a pena definitiva de Douglas Alexander Velasco em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, cada qual no valor mínimo legal, bem como alterar o regime inicial de cumprimento da pena para o semiaberto e DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso da defesa para deferir os benefícios da justiça gratuita, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

Trata-se de apelações criminais interpostas pelo Ministério Público Federal e por Douglas Alexander Velasco contra a sentença que o condenou a 3 (três) anos, 2 (dois) meses e 3 (três) dias de reclusão, regime inicial aberto, e a 317 (trezentos e dezessete) dias-multa, cada qual no valor mínimo legal, pelo crime do art. 33, *caput*, c. c. o art. 40, I, ambos da Lei n. 11.343/06. A pena privativa de liberdade foi convertida em penas restritivas de direito, de prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, a serem delimitadas (Ids n. 262349898/99).

O *Parquet* Federal alega e requer o quanto segue:

a) a causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 deve ser aplicada na fração mínima de 1/6 (um sexto);

b) as circunstâncias que envolveram a prisão em flagrante de Douglas Alexander e a grande quantidade de droga apreendida, denotam que o agente tem uma relação mais próxima com a cúpula do tráfico, a ponto de lhe serem confiados a custódia e o transporte da mercadoria ilícita de alto valor econômico, devendo tal circunstância ser um indicativo de que o acusado participa, ainda que lateralmente, da atuação de uma organização criminoso (Id n. 262349899).

A defesa também apela e alega o seguinte:

a) não há prova robusta da autoria delitiva;

b) apelante foi vítima de um terrível golpe, pois de boa-fé resolveu prestar ajuda a um senhor, que pediu para que o carro fosse levado a um determinado local sem que tivesse como desconfiar de qualquer ato ilícito, visto que ainda realizou uma averiguação no veículo, nada encontrando de atípico;

- c) o apelante apresentou sempre a mesma versão, negando a prática criminosa;
 - d) nada de ilícito foi encontrado em poder do apelante;
 - e) o apelante é primário e não tinha conhecimento da origem ilícita do veículo que conduzia;
 - f) não restou provado o dolo, pelo que requer a absolvição;
 - g) houve excesso na dosimetria das penas ao se reconhecer indevidamente o dolo da prática delitiva;
 - h) requer a concessão dos benefícios da justiça gratuita (Id n. 262349929).
- Foram oferecidas contrarrazões (Ids n. 262349927 e n. 262350432).

A Procuradoria Regional da Fazenda manifestou-se pelo desprovimento do recurso da defesa e pelo parcial provimento do recurso da acusação para a causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 seja aplicada em 1/6 (um sexto) (Id n. 264712417).

É o relatório.

Encaminhem-se os autos à revisão, nos termos regimentais.

VOTO

Denúncia. Douglas Alexander foi denunciado pelo crime do art. 33, *caput*, c. c. o art. 40, I, ambos da Lei n. 11.343/06, como segue:

No dia 12 de março de 2019, por volta das 17:30 horas, durante fiscalização de rotina no Posto Esdras, no município de Corumbá/MS, verificou-se que DOUGLAS ALEXANDER VELASCO SOLIZ importou, transportou e trouxe consigo 17.295g (dezessete mil, duzentos e noventa e cinco gramas) de cocaína proveniente do Bolívia, sem autorização e em desacordo com as normas legais.

Consta do incluso inquérito policial que, no dia e local dos fatos, uma equipe da Polícia Militar e da Receita Federal, em trabalho de rotina no Posto Esdras, abordou o veículo Corola, branco, placa boliviana PSA 2054, conduzido pelo boliviano DOUGLAS ALEXANDER VELASCO SOLIZ.

Neste momento, deu-se início à vistoria no veículo, sendo que em seu interior e no porta-malas nada foi encontrado. Contudo, por ter demonstrado nervosismo, a equipe pediu que abrisse o capô do automóvel, e DOUGLAS, depois de relutar, abriu o compartimento solicitado por uma alavanca. Com a abertura, foram encontrados, em seu interior, dois sacos acondicionados contendo vários tabletes de cocaína.

Em entrevista preliminar, o ora denunciado afirmou que receberia o valor de R\$ 1.000,00 (mil reais) pelo transporte da droga até Corumbá/MS, valor que seria pago por um brasileiro, cujo nome desconhecia, segundo se extrai do depoimento de condutor e testemunha.

Interrogado em sede policial (fls. 05/06), DOUGLAS ALEXANDER VELASCO SOLIZ confirmou a versão dos policiais e afirmou que, no dia dos fatos, no período da tarde, na feirinha de Porto Quijarro/BO, um boliviano, cujo nome desconhecia, perguntou se ele possuía habilitação para dirigir. Ao responder que possuía carteira de habilitação boliviana, o contratante lhe ofereceu uma quantia de cem bolivianos para levar um carro até o ferro velho do Vicente em Corumbá/MS. Ainda, orientou-o a deixar a chave no contato e retornar de táxi, sendo que, na volta, receberia mais cem bolivianos ou cem reais, não sabia ao certo. Então, olhou o interior do veículo, viu que não havia nada e aceitou a proposta. Por fim, asseverou que não era o proprietário do entorpecente encontrado no veículo, não saberia quem o seria e não sabia da existência da droga embaixo do capô do automóvel.

Este o quadro, tem-se que:

- i) a *materialidade* do crime de tráfico de drogas restou comprovada pelo Auto de Prisão em Flagrante de fis. 02/06, pelo Auto de Apresentação e Apreensão n- 26/2019 de fl. 07, pelo Laudo Preliminar de Constatação (COCAÍNA) de fis. 10/11 e pelo Laudo de Perícia Criminal Federal (QUÍMICA FORENSE) de fls. 33/36, os quais atestaram a apreensão, na situação narrada, de *17.295 a (dezessete mil, duzentos e noventa e cinco gramas) de cocaína*;
- ii) a *autoria* delitativa, por seu turno, restou evidenciada pela prisão em flagrante efetivada, pelos depoimentos do condutor e da testemunha; e
- iii) finalmente, a transnacionalidade do crime restou evidenciada pelas circunstâncias do caso, e em especial pelo interrogatório do ora denunciado, que afirmou ter pego o veículo que continha o entorpecente em Porto Quijarro/BO e o conduziria até Corumbá/MS. (Id n. 262349895)

Materialidade. A materialidade foi provada com base nos seguintes elementos de convicção:

- a) auto de apresentação e apreensão de 17.295 (dezessete quilogramas e duzentos e noventa e cinco gramas) de substância análoga a cocaína e de um aparelho celular, ambos em poder do réu (Id n. 262349892);
- b) laudo preliminar de constatação, conclusivo de que a substância apreendida se trata de cocaína (Id n. 262349892);
- c) termo de apreensão do veículo conduzido pelo réu, no qual estava acondicionada a droga (Id n. 262349892);
- d) laudo de perícia criminal, conclusivo de que a droga apreendida em poder do réu se trata de cocaína (Id n. 262349893).

Autoria. A autoria foi suficientemente provada.

Douglas Alexander, boliviano, admitiu ter sido contratado para levar um veículo até Corumbá (MS), partido de Puerto Quijarro (BO). O depoente negou ter conhecimento da existência de droga no veículo que conduzia:

QUE, fala e entende bem o português porque já trabalhou como ajudante de pedreiro em Corumbá/MS; QUE, no dia de hoje (12/03/2019), no período da tarde, quando estava na feirinha de Porto Quijarro/Bolívia, um boliviano perguntou se o conduzido tinha habilitação para dirigir veículos e ao

responder que possuía carteira de habilitação boliviana, o mesmo lhe ofereceu a quantia de cem bolivianos para trazer um carro até o ferro-velho do Vicente em Corumbá/MS, orientando-o que deixasse a chave no contato e que retornasse de táxi, pois na sua volta receberia mais cem, não sabe se cem bolivianos ou cem reais; QUE, olhou dentro do carro e não viu nada demais, o que fez o conduzido aceitar a proposta; QUE, nunca tinha visto antes referido boliviano e nem sabe seu nome; QUE, nesta tarde, por volta das 17:00 horas, ao passar pelo posto fiscal ESDRAS conduzindo o veículo Corola, branco, placas bolivianas nº PSA - 2054, foi abordado pela RECEITA FEDERAL, que vistoriou o veículo e ao abrir o capô foram encontrados dois sacos com a droga apreendida; QUE, diz não ser proprietário da droga e nem sabe quem é o dono; QUE, alega que não sabia da droga apreendida embaixo do capo do carro que dirigia; QUE, questionado por qual motivo não quis abrir o capô quando lhe pediram, diz que puxava a alavanca, porém o capô não abria, mas quando puxou o próprio cabo da alavanca o mecanismo abriu o capô; QUE, mora com a mãe e com uma irmã de treze anos em Porto Quijarro; QUE, não possui filhos bolivianos e nem prole brasileira; (...). QUE, nunca foi preso e nem processado criminalmente (Id n. 262349892).

Em Juízo, o réu, ajudante de pedreiro, reafirmou que não sabia da existência da droga do veículo. Recebeu 100 (cem) bolivianos para transportar o veículo. Negou que estivesse nervoso quando da abordagem policial. Não conseguiu abrir o capô por problemas do veículo. Depois conseguiu abrir. Não sabia para quem entregaria o veículo no Brasil, sendo que iria deixá-lo com a chaves. Não desconfiou de nada no momento. Não teve malícia e age de boa fé com as pessoas. Não conhecia a pessoa que lhe pediu para atravessar o veículo pela região de fronteira. Iria deixar o carro na rua, em frente a um ferro velho. Nunca foi preso. Não se recorda de ter dito que receberia R\$1.000,00 (mil reais) pelo transporte do veículo. Receberia um brinde ao entregar o carro. Não desconfiava da existência da droga no veículo. Na data dos fatos, foi abordado na primeira vez que entrou no País (Id n. 2623449904).

Hermano José Toscano, Auditor da Receita Federal, realizava fiscalização de rotina no Posto da Receita Federal na divisa entre Brasil e Bolívia, e esclareceu a abordagem do veículo conduzido pelo réu e a vistoria do capô em decorrência do nervosismo apresentado pelo condutor, no qual foram encontrados tabletes com cocaína (17,295kg):

QUE, nesta data (12/03/2019), por volta das 17:30 minutos, o depoente realizava fiscalização de rotina no Posto da RECEITA FEDERAL denominado ESDRAS. na divisa Brasil/Bolívia, quando foi abordado o veículo Corola, branco, placas bolivianas nº PSA - 2054, conduzido por DOUGLAS ALEXANDER VELASCO SOLIZ, cidadão boliviano; QUE, vistoriado o porta-malas e o interior do veículo nada foi encontrado; QUE, percebendo que DOUGLAS estava bastante nervoso, mandou que abrisse o capô, mas ele disse que o mecanismo de abertura estava com problema, porém o depoente insistiu dizendo que se não abrisse iria abrir com uma chave de fenda, ele entrou novamente no veículo e abriu o capô, momento que se viu dois sacos acondicionados embaixo do capô, contendo vários tabletes de drogas,

posteriormente confirmados como de cocaína; QUE, pesados, os tabletes somaram 17kg de cocaína; QUE, DOUGLAS relatou que iria receber R\$ 1.000,00 para transportar a droga apreendida até Corumbá/MS, valor que supostamente seria pago por um brasileiro, mas não declinou nenhum nome; QUE, apesar de ser boliviano, o conduzido fala bem o português; QUE, segundo lhe informou o SGT PM NOLASCO, que trabalha nesse posto fiscal, o conduzido já tinha entrado e saído país no dia hoje, mas isso ocorre normalmente com a prática do contrabando de combustível o que é difícil de ser caracterizado. (Id n. 262349892)

A testemunha informou em Juízo que o réu estava bastante nervoso quando da abordagem e resistiu inicialmente a abrir o capô do veículo, dizendo que estava com problema. Acredita que o réu tinha conhecimento da droga no veículo. Se não se engana, o réu disse que estava levando umas latas de tinta, sendo que as latas estavam vazias. O réu disse que receberia R\$1.000,00 (mil reais) para levar a droga até um ponto da cidade, não precisando para quem. A droga não estava muito bem escondida (Id n. 26234907).

O Sargento da Polícia Militar Dinarte Nolasco participou da diligência que culminou com a prisão em flagrante do réu e prestou declarações semelhantes àquelas do Auditor Hermano, acrescentando que Douglas já havia entrado e saído do País naquele dia sem que tivesse suspeitado de algo. Os sacos com a droga estavam acondicionados no motor do veículo, sendo que o réu resistiu inicialmente à abordagem para a parada do veículo e à abertura do capô, dizendo que estava quebrada a alavanca. Ao dizerem que abririam o capô, o réu resolveu abri-lo. Douglas disse que passou pelo mesmo local na parte da manhã (Ids n. 262349892 e n. 262349903).

Sônia, testemunha de defesa, disse que o réu construiu a casa de seu pai e a sua própria, não tendo conhecimento direto dos fatos. Deu boas referências de Douglas. Acha que o réu praticou tal conduta porque a mãe dele estava doente, com problemas no rim (Id n. 262349905).

Carlos, boliviano, testemunha da defesa, disse conhecer o réu. Conhece a família do réu, cuja mãe vendia bolos e estava doente, com problemas no coração. Mora no mesmo bairro da família do réu. Nunca viu o rapaz envolvido com fatos suspeitos. O réu ajudava o pai (Id n. 262349906).

As provas coligidas nos autos são aptas a embasar o reconhecimento da autoria delitiva.

Com efeito, Douglas, boliviano, foi preso em flagrante ao conduzir a um veículo de cujo proprietário disse não conhecer, da Bolívia até o Brasil, no qual foram acondicionados tabletes com expressiva quantidade de cocaína.

Ao contrário da versão do réu e das razões da defesa em sede recursal, não remanesce dúvida de que Douglas tinha conhecimento da existência da droga e de que contribuiu para que fosse entregue em outro país para o fim de comércio ilícito.

Nesse sentido, os depoimentos dos policiais que realizaram a fiscalização de rotina e a abordagem ao réu são claros e coesos no sentido de que Douglas aparentava nervosismo ao ser parado e que ele resistiu inicialmente ao pedido para abrir o capô do veículo, a evidenciar seu prévio conhecimento da existência da droga e sua adesão à prática criminosa, em razão da qual receberia contraprestação em dinheiro.

Douglas, ademais, disse ter verificado o veículo antes de conduzi-lo e que não encontrara nada de anormal, afirmação que não resiste aos relatos dos policiais de que a droga foi facilmente descoberta quando o capô do veículo foi aberto.

Não é crível, outrossim, que Douglas aceitasse trazer um veículo procedente da região de fronteira da Bolívia até o País, a pedido de um desconhecido e deixá-lo com as chaves em frente a um ferro velho na cidade de Corumbá, sem que sequer desconfiasse de que estaria em curso uma conduta criminosa.

Acrescente-se a informação do Policial Dinarte de que Douglas fora visto passando pelo mesmo posto fiscal da abordagem, no mesmo dia, no período da manhã, embora residisse na Bolívia e não tivesse vínculo com o País, a indicar seu envolvimento com atividades ilícitas.

As declarações das testemunhas da defesa de que a mãe do réu tinha problemas de saúde não tem o condão de afastar a responsabilidade de Douglas, cujo fato sequer foi sustentado pela defesa nas razões recursais.

O dolo exsurge das circunstâncias fáticas e da prova testemunhal.

Deve ser mantida, portanto, a sentença condenatória.

Dosimetria. As penas foram fixadas como segue:

Não incidem qualificadoras sobre o tipo penal.

Quanto à majorante da Lei 11.343/2006, artigo 40, tenho que a circunstância da transnacionalidade (inciso I) está adequadamente provada nos autos. É fato notório que o Estado Plurinacional da Bolívia é um dos países com maior produção mundial de "cocaína" em termos absolutos. A esmagadora maioria da "cocaína" consumida em solo brasileiro é de origem boliviana. Além disso, as cidades de Puerto Suarez e Puerto Quijarro, em território boliviano, fazem fronteira com o território brasileiro, principalmente com o município de Corumbá, MS. Na fronteira seca, o acesso é fácil a qualquer transeunte, não distando mais que 15 (quinze) quilômetros os centros comerciais de uma e outra cidade, desde o lado brasileiro até o lado boliviano. A soma de todas as evidências, torna forçosa a conclusão de que a cocaína fora produzida na Bolívia e internalizada em solo brasileiro na cidade de Corumbá, MS. Ademais, do quanto apurado, o acusado recebera o veículo em Puerto Quijarro/BO. Assim, a internacionalidade do crime, está suficientemente demonstrada na instrução do feito, o partir do próprio contexto delitivo.

Em face dessas razões, reconheço o majorante do artigo 40 (inciso I) e fixo-a em 1/6 (um sexto), a incidir na terceira fase de dosimetria.

Quanto à minorante do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, entendo que o acusado é primário e não há demonstração nos autos de que dedique sua vida às atividades criminosas, nem de que integre organização criminosa.

Não restou provado quem seria o proprietário da droga e qual o liame o acusado teria com essa pessoa.

Reconheço a minorante, a incidir na terceira fase de dosimetria. À ausência de elementos que justifiquem a fixação em patamar menor, fixo a minorante em 2/3 (dois terços). Rejeito parcialmente o pleito do MPF.

Inaplicável a atenuante da confissão, posto que o acusado não assumiu a autoria do crime. Rejeito o pleito da defesa.

Incidente a agravante da dissimulação (CP, 61, II, "c"), posto que a droga estava escondida no interior no capô do automóvel.

DOSIMETRIA

Para fins de, no decreto condenatório, apresentar a condenação do acusado devidamente quantificada, passo a dosar-lhe as penas.

A pena prevista para o crime capitulado na Lei 11.343/2006, artigo 33, *caput*, está compreendida entre 05 (cinco) e 15 (quinze) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. Considerando o CP, 59, entendo que as circunstâncias, a culpabilidade, os motivos e as consequências do crime são normais à espécie delitiva. Não se perquiriu da personalidade nem da conduta social do acusado. Inexistem antecedentes a serem considerados nessa fase e o comportamento da vítima não labora em deles. Quanto às circunstâncias especiais (Lei 11.343/2006, artigo 42), a natureza da droga ("cocaína") opera em desfavor dele, pelo poder viciante da droga e a coletividade que poderia ser atingida. A quantidade - 17,295 kg (dezesete quilos, duzentos e noventa e cinco gramas) - é expressiva: devidamente malhada é capaz de atingir milhares de pessoas, pelo que entendo que deve ser considerada na fixação da pena base. Com fulcro nas circunstâncias judiciais, fixo a pena base em 7 (sete) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa.

Em razão da incidência da agravante acima reconhecida (CP, 61, II, "c"), agravo a pena em 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão e 116 (cento e dezesseis) dias-multa, e torno a pena intermediária em 8 (oito) anos e 2 (dois) meses de reclusão, e 816 (oitocentos) dias-multa.

Incidente a majorante da Lei 11.343/2006, artigo 40, inciso I, fixada em 1/6, majoro a pena intermediária em 1 (um) ano, 4 (quatro) meses e 10 (dez) dias e 136 (cento e trinta e seis) dias-multa; alcançando um subtotal de 9 (nove) anos, 6 (seis) meses e 10 (dez) dias e 952 (novecentos e cinquenta e dois) dias-multa.

Incidente a minorante da Lei 11.343/2006, artigo 33, § 4º, fixada em 2/3, minoro o subtotal em 6 (seis) anos, 4 (quatro) meses e 7 (sete) dias de reclusão: e 635 (seiscentos e trinta e cinco) dias-multa. Com isso, fixo a pena definitiva em 3 (três) anos, 2 (dois) meses e 3 (três) dias de reclusão, e 317 (trezentos e dezessete) dias-multa.

Aplico a detração estipulada pela Lei 12.736/2012, diminuindo do tempo de execução de pena de DOUGLAS 7 (sete) meses e 4 (quatro) dias, já cumpridos em prisão preventiva desde o flagrante (12/03/2019) até a prolação de sentença (15/10/2019). Restarão, assim, apenas 2 (dois) anos, 6 (seis) meses e 29 (vinte e nove) dias de pena a serem cumpridos.

Fixo o valor do dia-multa em 1/30 (um trinta avos) de salário mínimo à época do fato, corrigido monetariamente até a data de efetivo recolhimento da pena de multa, por não ter sido demonstrada a capacidade econômica do acusado. Fixo como regime inicial para cumprimento da pena o aberto, nos termos do CP, 33, § 2º, "c".

Nos termos do CP, 44, substituo o tempo restante de pena privativa de liberdade por 02 (duas) penas restritivas de direito, a serem cumpridas em igual tempo ao da pena de reclusão, na cidade de Corumbá, MS. Entendo que a pena de prestação de serviços à comunidade servirá para incentivar a vida em comunidade, e a pena de prestação pecuniária servirá para restaurar no condenado a valorização do trabalho lícito, a serem delimitadas. Deverá, durante todo o curso do seu cumprimento de pena, manter residência na cidade de Corumbá, MS, não podendo sair do território brasileiro - sob pena de regressão de seu regime de pena e decretação de sua imediata prisão.

Prejudicada a apreciação do sursis (CP, 77).

O acusado foi mantido preso ao longo do feito. Porém, em razão da pena e regime fixados: do precedente do STJ, RHC 47.836/RS: e da inexistência de antecedentes; não persistem os motivos ensejadores da segregação cautelar, devendo, pois, ser colocado em liberdade (CPP, 312). Revogo a prisão preventiva: expeça-se imediatamente o ALVARÁ DE SOLTURA, para ser cumprido com urgência, salvo se por outro motivo estiver preso (Id n. 262349898).

A acusação impugna a fixação das penas e alega que a causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 deve ser aplicada na fração mínima de 1/6 (um sexto). Aduz que as circunstâncias que envolveram a prisão em flagrante de Douglas e a grande quantidade de droga apreendida, indicam que o réu tem uma relação mais próxima com a cúpula do tráfico, a ponto de lhe serem confiados a custódia e o transporte da mercadoria ilícita de alto valor econômico, devendo tal circunstância ser um indicativo de que o acusado participa, ainda que lateralmente, da atuação de uma organização criminosa (Id n. 262349899).

A defesa alega que houve excesso na dosimetria das penas ao se reconhecer indevidamente o dolo da prática delitiva e requer, por fim, a concessão dos benefícios da justiça gratuita (Id n. 262349929).

Prosperam em parte os pleitos recursais, de modo que passo à revisão das penas.

Com fundamento nos arts. 59 e 68 do Código Penal e no art. 42 da Lei n. 11.343/06, fixo a pena-base em 1/5 (um quinto) acima do mínimo legal, para 6 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa.

A quantidade e a natureza da droga apreendida justificam a elevação da pena na fração aplicada, sendo que as demais circunstâncias são favoráveis ao réu.

Ausentes atenuantes.

Cabe afastar a agravante do art. 61, II, c, do Código Penal (dissimulação) na medida que, conforme a prova testemunhal, a localização da droga não se revestiu de maior complexidade ou dificuldade, ainda que escondida no interior do capô do veículo conduzido pelo réu.

Com relação à aplicação do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, anoto que o réu, estrangeiro, foi contratado para transportar a droga da Bolívia até Corumbá, para eventualmente ser comercializada no País ou levada ao exterior. Trata-se de "mula" do tráfico e agiu com conhecimento de sua contribuição à traficância internacional, de modo que é razoável a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 na fração mínima de 1/6 (um sexto).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o conhecimento pelo agente de estar a serviço do crime organizado para o tráfico transnacional de entorpecentes constitui fundamento concreto e idôneo a ser valorado para fins de estabelecimento da incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 no mínimo legal, ante a gravidade da conduta perpetrada (STJ, HC n. 387.077, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 06.04.17).

Assim, reduzo a pena em 1/6 (um sexto), para (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

A seguir, majoro a pena em 1/6 (um sexto) pela transnacionalidade do crime, para 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, cada qual no valor mínimo legal, que torno definitiva.

Considerando a pena definitiva ora fixada, deve ser alterado o regime inicial de cumprimento da pena para o semiaberto (CP, art. 33, § 2º, b).

Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito em razão da pena aplicada (CP, art. 44, I).

Defiro o pedido da gratuidade da justiça pleiteada pelo apelante, salientando que, não obstante sua concessão, há de ser mantida a responsabilidade do beneficiário pelas despesas processuais e pelos honorários advocatícios decorrentes de sua sucumbência (CPC/15, art. 98, § 2º), ficando, no entanto, sobrestado o pagamento, enquanto perdurar a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão da gratuidade, pelo prazo de 5 (cinco) anos, ocorrendo, após, a extinção da obrigação (CPC/15, art. 98, § 3º).

Ante o exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso da acusação para reduzir a fração do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, fixando a pena definitiva de Douglas Alexander Velasco em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, cada qual no valor mínimo legal, bem como alterar o regime inicial de cumprimento da pena para o semiaberto e DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso da defesa para deferir os benefícios da justiça gratuita.

É o voto.

APELAÇÃO CRIMINAL 5004788-67.2019.4.03.6181

Apelante: IRANI FILOMENA TEODORO
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - PR/SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAURÍCIO KATO
Disponibilização do Acórdão: DJEN 03/02/2023

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. PECULATO ELETRÔNICO. ARTIGO 313-A DO CÓDIGO PENAL. ABSOLVIÇÃO IMPRÓPRIA. ARTIGO 26 DO CÓDIGO PENAL. MATERIALIDADE. AUTORIA. DOLO. IMPUTABILIDADE. INCAPACIDADE SUPERVENIENTE. SUSPENSÃO DO PROCESSO. ARTIGO 152 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

1. O conjunto probatório deve ser interpretado e valorado em unidade de sentindo, sem prejuízo ao livre convencimento motivado.
2. A absolvição imprópria reclama prova da inimputabilidade do réu ao tempo dos fatos, cujo ônus recai sobre a defesa.
3. A superveniência de doença mental significa prejuízo à capacidade de entendimento ou de autodeterminação, impondo-se a suspensão do processo até que o réu se restabeleça.
4. Recurso da defesa desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quinta Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso da defesa da ré Irani Filomena Teodoro e, de ofício, reformar parcialmente a sentença para reconhecer a imputabilidade da ré ao tempo dos fatos, com reconhecimento de sua incapacidade superveniente, motivo pelo qual determinou a suspensão do feito, com fundamento no artigo 152 do Código de Processo Penal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação criminal interposta pela defesa da ré *Irani Filomena Teodoro* em face da sentença (id. 153884570) que a condenou pela prática do crime previsto no artigo 313-A do Código Penal, às penas de 02 (dois) anos e 03 (três) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 11 (onze) dias-multa, cada um equivalente ao mínimo legal.

Em suas razões recursais (id. 164303288), a defesa pugna pela absolvição da ré por reputar ausentes ou insuficientes as provas da autoria e do dolo. Subsidiariamente, requer a absolvição imprópria.

Com contrarrazões pela acusação (id. 165091636), os autos vieram a esta Corte Regional.

A Procuradoria Regional da República manifestou-se pelo desprovemento do recurso (id. 165237806).

É o relatório.

À revisão, nos termos regimentais.

VOTO

Irani Filomena Teodoro foi denunciada pela prática do crime do artigo 313-A do Código Penal pois, na qualidade de servidora autorizada do INSS, inseriu dados falsos e alterou dados verdadeiros nos sistemas informatizados e bancos de dados da referida autarquia federal, de modo que possibilitou a fraudulenta concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição NB 42/157.825.479-2 em favor de *Agostinho José dos Santos*.

De acordo com a denúncia, a denunciada, então técnica do seguro social lotada na Agência de Previdência Social Água Branca, em São Paulo/SP, habilitou fraudulentamente, em 17.11.2011, sem agendamento prévio, requerimento de *Agostinho José dos Santos* e iniciou seu processamento nos sistemas da Previdência Social, com inserção no sistema PRISMA de vínculo empregatício com a *Cooperativa Agrícola de Coria*, no período de 29.01.1966 a 14.10.1975, e de contribuições individuais, no intervalo de 01.10.1995 a 30.09.2003 e de 01.02.2004 a 31.01.2006, ambos sem eco na base de dados do CNIS e nas anotações existentes em CTPS.

Após regular instrução processual, sobreveio sentença que condenou *Irani Filomena Teodoro* às penas de 02 (dois) anos e 03 (três) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 11 (onze) dias-multa, cada um equivalente ao mínimo legal pela prática do crime tipificado no artigo 313-A do Código Penal.

Passo à análise das matérias devolvidas.

A *materialidade*, a *autoria* e o *dolo* do crime estão apoiadas nos seguintes elementos de convicção: procedimento de reconstituição do processo concessório da aposentadoria por tempo de contribuição NB 42/157.825.479-2 (id. 158718953 a 153718963) e processo administrativo disciplinar nº 35664.000106/2017-31, no qual a autarquia previdenciária apurou o modo de agir e a responsabilidade da ora apelante, punindo-lhe com a cassação de sua aposentadoria por ter concedido fraudulentamente diversos benefícios previdenciários (id. 221493710).

A reconstituição do processo administrativo concessório do benefício NB 42/157.825.479-2, cujo interessado era *Agostinho José dos Santos*, revelou que a concessão da aposentadoria por tempo de contribuição considerou vínculo empregatício com a *Cooperativa Agrícola de Coria*, no período de 29.01.1966 a 14.10.1975, e de contribuições individuais, no intervalo de 01.10.1995 a 30.09.2003 e de 01.02.2004 a 31.01.2006. Entretanto, todos esses dados se revelaram falsos por não corresponderem à base de dados do CNIS, por ausência de anotação em CTPS e de documentação comprobatória dos recolhimentos.

Evidenciou, também, que o benefício foi habilitado sem a formalização de autos físicos, sem prévio agendamento eletrônico de atendimento e com retroação indevida da data de início do benefício. Verificou-se, outrossim, que todas as informações falsas foram inseridas por meio do sistema PRISMA, que não exigia o concurso de outro agente público para homologar as alterações na base de dados. Apurou-se, por fim, que *Irani Filomena Teodoro* atuou do protocolo ao despacho concessório do benefício que, inclusive, foram executados no mesmo dia (id. 158718963 - fls. 07/10).

O processamento e a concessão do NB 42/157.825.479-2 não foram os únicos marcadamente idiossincráticos, tendo em vista que o INSS apurou que a acusada concedeu outros benefícios com o mesmo modo de agir, o que ensejou a instauração do procedimento administrativo disciplinar nº 35664.000106/2017-31, no qual a comissão processante investigou as fraudes praticadas na concessão de aproximadamente 40 (quarenta) benefícios, reconheceu a responsabilidade da ré em todos os casos e decidiu pela cassação de sua aposentadoria (id. 220801595).

A *autoria* e o *dolo* emergem, ainda, das provas coletadas em instrução probatória.

De acordo com a testemunha *Jefferson William Niessa*, compunha a equipe responsável pela reanálise dos benefícios concedidos pela ré. Não se recordou do benefício concedido a *Agostinho José dos Santos*. De um total de 1800 (mil e oitocentos) processos de aposentadoria analisados, aproximadamente 560 (quinhentos e sessenta) benefícios foram suspensos por irregularidades e a testemunha analisou pessoalmente pelo menos 70% (setenta por cento) deles. Indagado, esclareceu que os processos irregulares tinham características comuns, tais como ausência de prévio agendamento, data de entrada do requerimento e concessão coincidentes, ausência de formalização dos respectivos autos físicos e anotações de vínculos empregatícios fraudulentos ou indevida qualificação de atividades como especiais. A respeito dos vínculos empregatícios fraudulentos, esclareceu que eram majoritariamente anteriores a 1994, porque inseríveis por meio do PRISMA sem necessidade de idêntica ação no CNIS, e que é muito mais fácil inserir dados diretamente no primeiro programa que no segundo. Não teve contato pessoal com *Irani*. Não tem conhecimento a respeito da saúde ou do quadro clínico da acusada. A princípio, a equipe considerou possível que as fraudes tivessem sido patrocinadas por diversas pessoas, mas essa hipótese foi refutada pelas investigações porque *Irani* patrocinou os protocolos e concessões dos benefícios fraudulentos (id. 158719122 a 158719124).

Interrogada em juízo, a ré *Irani Filomena* negou a prática do crime. Sua aposentadoria foi cassada, mas se aposentou novamente. Não fazia protocolos de requerimentos sem prévio agendamento. Nunca recebeu documentos de segurados em sua casa. Respondeu que o protocolo de requerimento de benefício e a concessão podem acontecer no mesmo dia, apesar de incomum. Entre 2011 e 2014, trabalhava na agência de previdência social Água Branca, das 7h00 às 15h00. Não recebia documentos de terceiros para analisar se faziam jus a benefício previdenciário. Guardava sua senha pessoal em sua mesa de trabalho, numa gaveta, e assim o fez durante quinze anos (id. 158719182 a 158719183).

Destarte, plenas as provas da autoria e da materialidade delitivas e demonstrado o dolo, insubsistente o pleito defensivo e seria a hipótese de conservar a condenação de *Irani Filomena Teodoro*, exceto por sua incapacidade superveniente.

Vejamos: O juízo sentenciante concebeu a ré como imputável e a condenou pela prática do crime previsto no artigo 313-A do Código Penal.

A defesa, todavia, almeja o reconhecimento da inimputabilidade da ré à luz das conclusões do laudo pericial do incidente de insanidade mental nº 5002105-57.2019.4.03.6181 (id. 221493708) e demais avaliações médicas a que a ré se submetera, cujas conclusões convergem para a perda da capacidade de autodeterminação.

Com efeito, vê-se que os exames médicos revelaram um estado, que como sói é passageiro e não um aspecto perene da mente da ré. Noutras palavras, os laudos estampam uma condição *rebus sic stantibus*, isto é, expuseram e descreveram o quadro clínico existente no exato momento das respectivas avaliações médicas.

Anoto, por oportuno, que elementos de convicção não podem ser valorados de maneira compartimentalizada, porque sua fiel interpretação tem como pressuposto o constante intercâmbio entre o conteúdo das provas, que se sujeitam à recíproca influência dos respectivos texto e contexto, a fim de se projetar à unidade de sentido.

Fixadas essas premissas, verifico que por ocasião dos exames realizados pela junta médica e ao ensejo de sua resposta à acusação, a ré exibiu atestado emitido pelo *Dr. Rafael Dias Cardoso*, médico psiquiatra que a acompanha há anos, cujo teor transcrevo (id. 158719036):

Paciente: Irani Filomena Teodoro

Atesto, para os devidos fins, que paciente acima está em seguimento psiquiátrico comigo desde junho de 2016, por CID10 F10.2, F32.1 e F43.2. Atualmente, já fez uso de fluoxetina, paroxetina e clorpromazina, sem efeito terapêutico. Por conta dos sintomas depressivos e ansiosos apresentados atualmente, introduzido venlafaxina 75mg/dia e diazepam 40mg/dia. Apresenta crises de choro, dificuldade para dormir, desânimo, desesperança, crises de angústia, falta de ar e pensamentos de morte. Acredito que prognóstico terapêutico da paciente seja bom. Proposta terapêutica futura é chegar em 300mg/dia de venlafaxina e iniciar psicoterapia de grupo para manutenção de abstinência ao álcool. Por conta dos sintomas apresentados, solicito afastamento laboral por 120 dias a partir de hoje.

O profissional em questão indicou, ainda, a internação da ré para tratamento psiquiátrico, por risco de suicídio e atestou que seu transtorno mental não limitava sua plena capacidade de entendimento ao menos desde 06.2016.

Por ocasião dos exames promovidos pela junta médica, a ré nomeou como assistente técnico Dr. *Roberto Moscatello*, psiquiatra cujo parecer, de 21.11.2017, apontou (id. 158719037):

[...] do ponto de vista psiquiátrico-forense, pode-se concluir que atualmente a servidora não reúne condições mentais de acompanhar as apurações desenvolvidas no Processo Administrativo Disciplinar ou de ser interrogada em razão de seu envolvimento nos fatos tratados no PAD. Entre os anos de 2008 e até o corrente ano, a servidora não reunia plena capacidade de entender a licitude ou ilicitude de seus atos..."

Com base nos exames clínicos, conclui-se que a apelante padece de transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso nocivo de álcool, com episódios depressivos moderados e transtornos de adaptação, pairando dúvida a respeito do eventual comprometimento de suas faculdades de entendimento e de autodeterminação.

Para dirimir a incerteza, a junta médica do INSS, realizada em 19.10.2017, respondeu a dois quesitos sobre o tema:

1. atualmente a servidora reúne condições psíquico/mentais de acompanhar as apurações desenvolvidas no processo administrativo disciplinar, bem como de ser interrogada em razão de seu envolvimento nos fatos tratados no PAD? Sim
2. Entre os anos de 2008 até o corrente ano, a servidora reunia plena capacidade para entender a licitude ou ilicitude de seus atos? Sim.

Destarte, ao menos até 19.10.2017, a acusada conseguia entender a ilicitude de seus atos e de se comportar conforme esse entendimento.

Todavia, em sede de instrução processual penal sobreveio o laudo do incidente de insanidade mental, cujas conclusões da perita judicial transcrevo (id. 221493708 – fls. 40/50):

O que ocorre com a ré? [...] Ao exame psiquiátrico atual encontramos uma pessoa muito nervosa (ansiosa) com depressão de moderada a grave parcialmente controlada com a Paroxetina. Ela terá prejuízos para responder pelos atos atribuídos a ela. O tratamento da dependência da autora para ter alguma chance de sucesso é a internação prolongada de seis meses a um ano para quebrar o ciclo da dependência. Este ciclo se auto alimenta com a dependência: o indivíduo ingere a droga psicoativa, sente prazer e alívio e quando o efeito passa sente-se mal necessitando fazer uso novamente. Somente com um afastamento prolongado da substância psicoativa e tratamento multiprofissional é que há possibilidade de a ré alcançar a abstinência senão ela vai evoluir para um quadro de sequelas definitivas do etilismo. Tanto a depressão como a ansiedade da autora são subjacentes ao

etilismo e necessitam de tratamento. Seu problema maior para fazer frente ao interrogatório é a amnésia subsequente ao uso diário de álcool no serviço como técnica do INSS. A autora não tem histórico prévio de processo criminal, seu extrato bancário prova que não usufruiu de benesses financeiras ilícitas e há indícios de que tenha sido usada por quadrilha que fraudava o INSS. Do ponto de vista da insanidade mental, a ré é capaz de entender o caráter ilícito dos atos praticados, mas não é capaz de reconhecer que os praticou nem é capaz de se autodeterminar de acordo com esse entendimento por ser portadora de etilismo crônico. Com base nos elementos e fatos expostos e analisados, conclui-se: a ré é capaz de entender o caráter ilícito dos fatos, mas não é capaz de reconhecer que os praticou nem de se autodeterminar de acordo com o entendimento da ilicitude pelo quadro de dependência de álcool.

Evidentemente, os laudos guardam entre si uma relação de complementariedade.

O laudo da junta médica limitou-se à resposta daqueles dois quesitos, que não diziam respeito à capacidade de autodeterminação da ré, mas que autoriza a presunção de que a ré preservava as capacidades de entendimento e de autodeterminação ao menos até o dia 19.10.2017, porque a defesa não produziu prova em sentido diverso.

Já a perícia judicial, realizada em 21.11.2019, examinou o duplo aspecto da imputabilidade e concluiu que, apesar de ainda entender a ilicitude de seus atos, a ré não se lembra de tê-los praticado, tampouco conseguiria se portar de acordo com o entendimento da ilicitude.

Em suma, a apelante, malgrado as afecções de que padece, preservava suas faculdades íntegras até a data do exame pela junta médica, em 19.10.2017. Todavia, o processo de erosão e comprometimento de sua mente se agravou com o vagar do tempo, de modo que em 21.11.2019 evoluiu para um quadro amnésico e deixou de gozar da capacidade de autodeterminação.

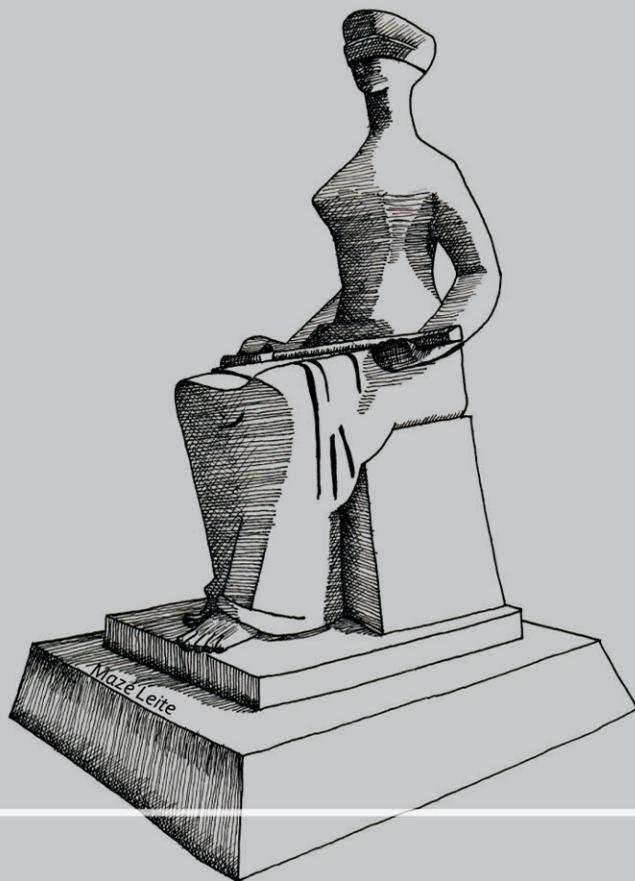
Logo, inadequado absolver impropriamente a acusada porque inexistem provas de que era inteiramente inimputável à época dos fatos. De igual modo, insubsistente a condenação na medida em que a ré padece de afecção que lhe privou da autodeterminação.

Assim, com a superveniência de doença mental que reduziu drasticamente o discernimento da ré, tornando-a incapaz de responder ao processo, de rigor a suspensão do feito até o restabelecimento de sua saúde mental, nos termos do artigo 152, *caput* do Código de Processo Penal.

Ante o exposto, *nego provimento* ao recurso da defesa da ré *Irani Filomena Teodoro* e, de ofício, reformo parcialmente a sentença para reconhecer a imputabilidade da ré ao tempo dos fatos, com reconhecimento de sua incapacidade superveniente, motivo pelo qual determino a suspensão do feito, com fundamento no artigo 152 do Código de Processo Penal.

É o voto.

Direito Previdenciário



APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA **0000764-20.2013.4.03.6140**

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: LUIZ CARLOS SILVERIO
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO VIEIRA
Disponibilização do Acórdão: DJEN 03/02/2023

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. ART. 1040, II DO CPC/2015. RECURSO EXTRAORDINÁRIO nº 791.961/PR. REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. APOSENTADORIA ESPECIAL. NECESSIDADE DE AFASTAMENTO DO BENEFICIÁRIO DAS ATIVIDADES LABORAIS NOCIVAS. TEMA 709 STF. JUÍZO DE RETRATAÇÃO POSITIVO.

1. O Plenário do C. Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 791.961/PR – Tema 709, representativo de controvérsia, que assentou o entendimento no sentido de que “*É constitucional a vedação de continuidade da percepção de aposentadoria especial se o beneficiário permanece laborando em atividade especial ou a ela retorna, seja essa atividade especial aquela que ensejou a aposentação precoce ou não. ii) Nas hipóteses em que o segurado solicitar a aposentadoria e continuar a exercer o labor especial, a data de início do benefício será a data de entrada do requerimento, remontando a esse marco, inclusive, os efeitos financeiros. Efetivada, contudo, seja na via administrativa, seja na judicial a implantação do benefício, uma vez verificado o retorno ao labor nocivo ou sua continuidade, cessará o benefício previdenciário em questão*”.

2. Juízo de retratação positivo. Apelação do INSS provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Oitava Turma, por unanimidade, decidiu, nos termos do art. 1040, II do CPC, em juízo de retratação positivo, dar provimento ao apelo do INSS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

Cuida-se de juízo de retratação previsto no inciso II do artigo 1.040 do Código de Processo Civil/2015, considerando a decisão proferida pelo E. Plenário

do C. Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 791.961/PR – Tema 709, representativo de controvérsia, que assentou o entendimento no sentido de que *“É constitucional a vedação de continuidade da percepção de aposentadoria especial se o beneficiário permanece laborando em atividade especial ou a ela retorna, seja essa atividade especial aquela que ensejou a aposentação precoce ou não. ii) Nas hipóteses em que o segurado solicitar a aposentadoria e continuar a exercer o labor especial, a data de início do benefício será a data de entrada do requerimento, remontando a esse marco, inclusive, os efeitos financeiros. Efetivada, contudo, seja na via administrativa, seja na judicial a implantação do benefício, uma vez verificado o retorno ao labor nocivo ou sua continuidade, cessará o benefício previdenciário em questão”*.

É o relatório.

VOTO

O acórdão representativo de controvérsia proferido pelo C. STF está assim ementado:

“Direito Previdenciário e Constitucional. Constitucionalidade do art. 57, § 8º, da Lei nº 8.213/91. Percepção do benefício de aposentadoria especial independentemente do afastamento do beneficiário das atividades laborais nocivas a sua saúde. Impossibilidade. Recurso extraordinário parcialmente provido.

1. O art. 57, § 8º, da Lei nº 8.213/91 é constitucional, inexistindo qualquer tipo de conflito entre ele e os arts. 5º, inciso XIII; 7º, inciso XXXIII; e 201, § 1º, da Lei Fundamental. A norma se presta, de forma razoável e proporcional, para homenagear o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como os direitos à saúde, à vida, ao ambiente de trabalho equilibrado e à redução dos riscos inerentes ao trabalho.

2. É vedada a simultaneidade entre a percepção da aposentadoria especial e o exercício de atividade especial, seja essa última aquela que deu causa à aposentação precoce ou não. A concomitância entre a aposentadoria e o labor especial acarreta a suspensão do pagamento do benefício previdenciário.

3. O tema da data de início da aposentadoria especial é regulado pelo art. 57, § 2º, da Lei nº 8.213/91, que, por sua vez, remete ao art. 49 do mesmo diploma normativo. O art. 57, § 8º, da Lei de Planos e Benefícios da Previdência Social cuida de assunto distinto e, inexistindo incompatibilidade absoluta entre esse dispositivo e aqueles anteriormente citados, os quais também não são inconstitucionais, não há que se falar em fixação da DIB na data de afastamento da atividade, sob pena de violência à vontade e à prerrogativa do legislador, bem como de afronta à separação de Poderes.

4. Foi fixada a seguinte tese de repercussão geral: “(i) [é] constitucional a vedação de continuidade da percepção de aposentadoria especial se o beneficiário permanece laborando em atividade especial ou a ela retorna, seja essa atividade especial aquela que ensejou a aposentação precoce ou não; (ii) nas hipóteses em que o segurado solicitar a aposentadoria e continuar a exercer o labor especial, a data de início do benefício será a data de entrada

do requerimento, remontando a esse marco, inclusive, os efeitos financeiros; efetivada, contudo, seja na via administrativa, seja na judicial, a implantação do benefício, uma vez verificada a continuidade ou o retorno ao labor nocivo, cessará o benefício previdenciário em questão.

5. Recurso extraordinário a que se dá parcial provimento..”

(STF, RE 791.961/PR, Relator Ministro Dias Toffoli, Plenário, julgamento em 08.06.2020, publicação 19.08.2020, trânsito em julgado 01.12.2021)

No presente caso, pleiteia o apelante a reforma da sentença de primeiro grau que julgou parcialmente procedente o pedido, reconhecendo a especialidade do labor no período laborado 01/10/1994 a 30/06/1995 e 19/11/2003 a 01/09/2008 exercido na empresa Usina da Barra S/A Açúcar e Álcool. Fixou a sucumbência recíproca..

Nesta Corte, a remessa necessária não foi conhecida e foi dado provimento ao apelo interposto para reconhecer a especialidade do período de 02/06/1998 a 18/11/2003, determinando a concessão da aposentadoria especial a partir de 01/09/2008, com o pagamento dos valores atrasados, o que denota contrariedade com o julgado representativo de controvérsia em questão, pelo que cabível o juízo de retratação

O beneficiário deve se afastar de qualquer atividade especial como condição de recebimento da aposentadoria especial, exceção feita ao caso de indeferimento do supracitado benefício em sede judicial e administrativa, ocasião na qual poderá o segurado continuar exercendo atividade especial até a data da concessão do benefício pelo INSS ou pelo Poder Judiciário e, inclusive, receber os valores atrasados desde a data do requerimento administrativo, ou da citação, conforme for o caso dos autos.

Portanto, assim que implantada a aposentadoria especial e comunicado este fato ao beneficiário, deve este imediatamente afastar-se do labor especial, sob pena de ter o benefício cessado, mesmo que ainda não transitada em julgado a decisão judicial, vez que não há qualquer ressalva nesse sentido no aresto proferido pela Corte Suprema.

Diante do entendimento firmado pelo C. Supremo Tribunal Federal, de rigor a retratação do julgado, para dar provimento ao apelo autárquico e determinar a necessidade de o segurado afastar-se de qualquer atividade especial como condição de recebimento da aposentadoria especial.

Ante o exposto, nos termos do art. 1040, II do CPC, *em juízo de retratação positivo, dou provimento ao apelo do INSS*, para determinar o afastamento do segurado de qualquer atividade especial, como condição de recebimento da aposentadoria especial.

Oportunamente, encaminhem-se os autos à E. Vice-Presidência para as providências que entender cabíveis quanto aos recursos especial e extraordinário, nos termos do inciso II do artigo 22 do Regimento Interno desta Corte.

É como voto.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA **0008415-37.2014.4.03.6183**

Apelante: JOSE EMIDIO DE SOBRAL
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO DENILSON BRANCO
Disponibilização do Acórdão: DJEN 01/12/2022

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. JUÍZO DE RETRATAÇÃO POSITIVO. TEMA 979/STJ: POSSIBILIDADE DE DEVOLUÇÃO DE VALORES RECEBIDOS SOMENTE NA HIPÓTESE DE ERRO EM QUE OS ELEMENTOS DO CASO CONCRETO NÃO PERMITAM CONCLUIR PELA INEQUÍVOCA PRESENÇA DA BOA-FÉ OBJETIVA. NÃO DEVOLUÇÃO. ERRO MATERIAL DA ADMINISTRAÇÃO.

- A Vice-Presidência desta Corte determinou a devolução desses autos a esta Oitava Turma apenas para realização do juízo de retratação ou manutenção do acórdão recorrido, diante do julgamento do citado no tema 979 pelo C.STJ.

- No caso dos autos, a parte autora recebeu benefício auxílio-acidente de outubro de 1999 a março de 2007. Os valores cobrados pelo INSS originaram-se do recebimento concomitante do benefício acima mencionado e o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição objeto do título executivo.

- A cobrança do débito decorreu de erro da própria Administração, que tinha condições de apurar o recebimento cumulativo, não estando caracterizada a má-fé do requerente. Na presente hipótese, ainda que o requerente conseguisse constatar a existência de erro (o que não ocorre no presente feito), a devolução dos valores recebidos somente poderia ocorrer nos processos que tenham sido distribuídos a partir de 23/04/2021 (data da publicação do acórdão do RES n. 1.381.734/RN).

- Em *juízo de retratação positivo*, acolhidos os embargos de declaração para determinar o prosseguimento da execução sem que se proceda os descontos dos valores recebidos em razão do benefício auxílio-acidente de 50%, das competências outubro de 1999 a março de 2007, de acordo com o entendimento firmado no *tema 979* pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça no julgamento do RES n. 1.381.734/RN.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Oitava Turma, por unanimidade, decidiu, em juízo de retratação positivo, acolher

os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ FEDERAL CONVOCADO DENILSON BRANCO (RELATOR): O v. acórdão, em síntese, rejeitou os embargos de declaração interpostos nesta ação previdenciária, mantendo o desconto dos valores pagos a título de auxílio-acidente promovido pelo INSS, uma vez que concomitantes à aposentadoria por tempo de contribuição do segurado.

A parte autora interpôs recurso especial.

Sobreveio decisão da E. Vice-Presidência, pela qual, nos termos do art. 1040, II, do CPC/2015, determinada a devolução dos autos à Turma Julgadora, para verificação da pertinência de proceder-se a um juízo positivo de retratação, em razão de assentamentos de controvérsias, pelo C. Superior Tribunal de Justiça, em decorrência do julgamento do RESP nº 1.381.734/RN, que decidiu acerca do Tema 979, nos seguintes termos:

“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. 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.”

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ FEDERAL CONVOCADO DENILSON BRANCO (RELATOR): Verifica-se dos autos que a Vice-Presidência desta Corte determinou a devolução desses autos a esta Oitava Turma apenas para realização do juízo de retratação ou manutenção do acórdão recorrido, diante do julgamento do citado no tema 979 pelo C.STJ.

A E. Nona Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, proferindo o v. acórdão com a seguinte ementa:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. HIPÓTESES DO ARTIGO 1.022 DO CPC/2015. ERRO MATERIAL, OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO. REDISCUSSÃO DO MÉRITO DO ACÓRDÃO EMBARGADO. PREQUESTIONAMENTO. INADEQUAÇÃO. REJEIÇÃO.

1. Contrariamente ao alegado pelo recorrente, não há erro material, ponto omissivo, obscuro ou contraditório no julgado embargado.
2. O simples inconformismo da parte com os termos da decisão não enseja o acolhimento do presente recurso, uma vez que ausentes quaisquer dos vícios elencados no art. 1.022 do CPC/2015.
3. Ainda que o propósito do embargante seja o prequestionamento da matéria, faz-se imprescindível, para o acolhimento do recurso, que se verifique a existência de quaisquer dos vícios descritos no artigo 1.022 do CPC/2015.
4. Embargos de declaração rejeitados.

Examinando a insurgência, entendo que o julgado merece integração, para esclarecimentos.

Por ocasião do julgamento do Recurso Especial Repetitivo nº 1.381.734/RN (Tema nº 979), o C. Superior Tribunal de Justiça se posicionou no sentido de que "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."

Por oportuno, transcrevo a ementa da íntegra:

"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 Administração Previdenciária, ao instaurar o devido processo administrativo, observar as peculiaridades de cada caso concreto, com desconto no benefício 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 maioria 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 o 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.”

Comporta salientar que houve modulação dos efeitos definidos na tese firmada, para que somente seja aplicada aos processos que tenham sido distribuídos a partir da publicação do acórdão, em 23/04/2021.

DO CASO CONCRETO

No caso dos autos, a parte autora recebeu benefício auxílio-acidente de outubro de 1999 a março de 2007. Os valores cobrados pelo INSS originaram-se do recebimento concomitante do benefício acima mencionado e o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição objeto do título executivo.

Com efeito, verifico que a cobrança do débito decorreu de erro da própria Administração, que tinha condições de apurar o recebimento cumulativo, não estando caracterizada a má-fé do requerente.

Desta forma, considerando que a má-fé não pode ser presumida, devendo ser efetivamente comprovada nos autos, na presente hipótese, ainda que o requerente conseguisse constatar a existência de erro (o que não ocorre no presente feito), a devolução dos valores recebidos somente poderia ocorrer nos processos que tenham sido distribuídos a partir de 23/04/2021 (data da publicação do acórdão do RES n. 1.381.734/RN).

Assim, indevida a devolução dos valores pagos a título de benefício de auxílio-acidente.

Nesse sentido é o posicionamento da E. Oitava Turma:

“PENSÃO POR MORTE. DEVOLUÇÃO DE VALORES. VALORES RECEBIDOS DE BOA FÉ.

I- Com relação à devolução de valores recebidos de boa fé, no julgamento do Recurso Especial Repetitivo nº 1.381.734/RN (Tema nº 979) do C. STJ, ficou assentado o entendimento de que, “em situações em que o homem médio consegue constatar a existência de erro, necessário se a faz a devolução de valores ao erário”. Contudo, houve a modulação de efeitos da decisão, de modo que o entendimento firmado no referido julgado somente atingirá os processos distribuídos a partir da publicação do aludido acórdão (23/4/21).

II- *In casu*, verifica-se que a cobrança do débito decorreu de erro da própria Administração, não estando caracterizada a má-fé da parte autora. E, ainda que o autor conseguisse constatar a existência de erro (o que não ocorre no presente feito), a devolução dos valores recebidos somente poderia ocorrer nos processos que tenham sido distribuídos, na primeira instância, a partir da

publicação do acórdão proferido no recurso repetitivo acima transcrito, sendo que a presente ação foi distribuída em data anterior a 23/4/21. III- Apelação improvida.

(TRF 3ª Região, 8ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5002596-22.2020.4.03.9999, Rel. Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA, julgado em 09/03/2022, Intimação via sistema DATA: 11/03/2022)

PREVIDENCIÁRIO. CANCELAMENTO DE BENEFÍCIO. PEDIDO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ERRO ADMINISTRATIVO. NULIDADE DA INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA (RESP 1.852.691/PB - TEMA REPETITIVO 1.064, CORRELATO AO 598). PRESCRIÇÃO RECONHECIDA. IRREPETIBILIDADE (RESP 1.381.734/RN - TESE 979 STJ).

- O reconhecimento da prescrição, *in casu*, decorre do entendimento sedimentado pelo E. STJ no REsp 1.852.691/PB (tema correlato àquele de nº 598): "As inscrições em dívida ativa dos créditos referentes a benefícios previdenciários ou assistenciais pagos indevidamente ou além do devido constituídos por processos administrativos que tenham sido iniciados antes da vigência da Medida Provisória nº 780, de 2017, convertida na Lei n. 13.494/2017 (antes de 22.05.2017) são nulas, devendo a constituição desses créditos ser reiniciada através de notificações/intimações administrativas a fim de permitir-se o contraditório administrativo e a ampla defesa aos devedores e, ao final, a inscrição em dívida ativa, obedecendo-se os prazos prescricionais aplicáveis".

- Com efeito, o reconhecimento da nulidade da Certidão de Dívida Ativa de nº 39.025.927-6, em face da decisão acima colacionada, implica na extensão da nulidade aos atos subsequentes, dentre os quais os efeitos de interrupção do prazo prescricional decorrente da tramitação da execução fiscal de registro nº 0004725-58.2011.403.6133, pelo que a presente demanda, ajuizada em 21/7/2017, não poderia discutir valores referentes aos exercícios de março a junho de 2009, em virtude da prescrição quinquenal

- Ainda que assim não fosse, aplicação da Tese 979 do mesmo Tribunal Superior - "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." - obsta o reconhecimento da repetibilidade dos valores recebidos indevidamente.

- Demonstrado, *in casu*, a boa-fé da parte autora, que não reunia condições de notar eventual equívoco do INSS no pagamento dos valores mensais do benefício em processo de cessação, além do caráter alimentar do benefício, deve ser aplicado o princípio da irrepetibilidade dos valores pagos pelo INSS.

- Recurso a que se nega provimento.

(TRF 3ª Região, 8ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000760-74.2017.4.03.6133, Rel. Desembargador Federal THEREZINHA ASTOLPHI CAZERTA, julgado em 17/02/2022, DJEN DATA: 22/02/2022)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - VALORES RECEBIDOS DE BOA-FÉ - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO IMPROVIDOS

- São cabíveis embargos de declaração para esclarecer obscuridade ou eliminar contradição, suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, ou corrigir erro material, consoante dispõe o artigo 1.022, I, II e III, do CPC. Têm por finalidade, portanto, a função integrativa do aresto, sem provocar qualquer inovação. Somente em casos excepcionais é possível conceder-lhes efeitos infringentes.

- Em seus embargos, a Autarquia aduz o acolhimento dos presentes embargos para que sejam esclarecidas as obscuridades, eliminadas as contradições e supridas as omissões, de vez que a parte autora não comprovou estar exposta a agente químico, físico ou biológico, após 05.03.97, mas apenas exposta a perigo (tensão superior a 250 volts), razão pela qual, em face da legislação de regência e da falta de fonte de custeio, impossível enquadramento das atividades por ela exercidas após essa data.

- 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.

- MODULAÇÃO DE EFEITOS – TEMA 979 (STJ) “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 exame, 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”. (Acórdão publicado no DJe de 13/04/2021).

- Embargos de declaração opostos pelo INSS improvidos.

(TRF 3ª Região, 8ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 0010434-19.2011.4.03.9999, Rel. Desembargador Federal LUIZ DE LIMA STEFANINI, julgado em 02/02/2022, Intimação via sistema DATA: 04/02/2022)

Na presente hipótese, o Contador judicial descontou os valores referentes às rendas mensais do benefício auxílio-acidente de 50%, das competências outubro de 1999 a março de 2007, uma vez que o mesmo recebia o auxílio-acidente por força de decisão judicial transitada em julgado.

Assim, tenho que os embargos de declaração devem ser acolhidos, visto que o acórdão recorrido destoa do entendimento adotado pelo entendimento do STJ por ocasião do julgamento do Tema 979.

Ante o exposto, em *juízo de retratação positivo*, acolho os embargos de declaração para determinar o prosseguimento da execução sem que se proceda os descontos dos valores recebidos em razão do benefício auxílio-acidente de 50%, das competências outubro de 1999 a março de 2007, de acordo com o entendimento firmado no *tema 979* pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça no julgamento do RES n. 1.381.734/RN.

É o voto.

APELAÇÃO CÍVEL

0025374-76.2017.4.03.9999

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: ANA EDWIGES SOARES DA COSTA
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ALI MAZLOUM
Disponibilização do Acórdão: DJEN 23/02/2023

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. SENTENÇA CONDICIONAL. NULIDADE. ARTIGO 1.013, § 3º, II, do NCP. RECONHECIMENTO DE LABOR URBANO SEM REGISTRO. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. REQUISITOS PREENCHIDOS PARA A CONCESSÃO DA APOSENTADORIA. APELO DO INSS PREJUDICADO.

- Verifica-se que a decisão *a quo* proferida nestes autos reconheceu o tempo de serviço comum referente a período trabalhado pela parte autora, condicionando a concessão do benefício à contagem do tempo de contribuição a ser realizada pela Autarquia, incidindo na negativa de prestação jurisdicional adequada, configurando hipótese de nulidade da decisão.

- Em que pese o reconhecimento da nulidade da sentença proferida, estando o feito em condições de imediato julgamento, possível a análise do mérito, nos termos do art. 1.013, § 3º, inciso II, do Código de Processo Civil atual.

- Discute-se o direito da parte autora ao reconhecimento do tempo de serviço urbano comum e à concessão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço.

- O conjunto probatório permite concluir pelo desempenho de atividade urbana no período alegado pela autora, de 08/08/1978 a 31/08/1990, como afirmado na r. sentença, eis que comprovado nos autos por meio de início de prova material, corroborado por prova testemunhal harmônica e idônea, cabendo lembrar não ser exigível a apresentação de um princípio de prova documental referente a todo o tempo trabalhado, mas apenas a uma parte desse lapso temporal e isso foi feito no caso em apreço, nos moldes já vistos.

- Presentes os requisitos, é devido o benefício da aposentadoria por tempo de contribuição, a partir da data de entrada do requerimento administrativo (Precedente).

- Juros de mora e correção monetária fixados na forma explicitada.

- Honorários advocatícios a cargo do INSS em percentual mínimo a ser definido na fase de liquidação, considerando-se as parcelas

vencidas até a data da decisão concessiva do benefício (Súmula nº 111 do c. Superior Tribunal de Justiça).

- Isenção da autarquia previdenciária do pagamento de custas processuais, com exceção das custas e despesas comprovadamente realizadas pela parte autora.
- Sentença anulada de ofício.
- Julgado parcialmente procedente o pedido da parte autora.
- Apelo do INSS prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por unanimidade, decidiu anular, de ofício, a r. sentença, julgar parcialmente procedente o pedido da parte autora e julgar prejudicado o apelo do INSS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta pelo INSS, em face da r. sentença (proferida em 26/01/2017) que julgou procedente o pedido formulado para reconhecer o tempo de serviço urbano comum de 08/08/1978 a 31/08/1990, referente ao exercício da atividade de empregada doméstica desempenhada pela autora, e condenar a Autarquia Federal a conceder à requerente a aposentadoria por tempo de contribuição, desde a DER (17/03/2016), caso a averbação do período permita o preenchimento dos requisitos.

A decisão *a quo* condenou, ainda, o réu ao pagamento dos atrasados, com correção monetária e juros de mora, a contar da citação, aplicados na forma prevista no Manual de Orientação de Procedimentos para os cálculos na Justiça Federal, em vigor na data da decisão, respeitada eventual prescrição quinquenal. Condenou, ainda, o ente previdenciário ao pagamento das custas e despesas processuais (Súmula 178 do STJ), bem como dos honorários advocatícios, que fixou em 15% (quinze por cento) do valor atualizado da causa. Antecipou os efeitos da tutela para determinar ao INSS o imediato cumprimento da decisão, devendo informar se houve ou não a concessão do benefício.

Apela o INSS, pugnando pela reforma da r. sentença e a declaração de improcedência do pedido, haja vista a ausência de anotação em CTPS e de recolhimentos no CNIS com relação ao período reconhecido. Sustenta, em síntese, a ausência de início de prova material para averbação de efetivo trabalho vinculado ao RGPS. Aduz que a prova oral produzida é inapta a comprovar o suposto labor. Pede, subsidiariamente, a alteração dos critérios de

incidência dos juros de mora e da correção monetária, bem como a redução da verba honorária. Prequestiona a matéria para fins recursais.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

De início, verifica-se que a decisão *a quo* proferida nestes autos reconheceu o tempo de serviço comum referente a período trabalhado pela parte autora, condicionando a concessão do benefício à contagem do tempo de contribuição a ser realizada pela Autarquia, incidindo na negativa de prestação jurisdicional adequada, configurando hipótese de nulidade da decisão.

Nesse sentido:

“RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VIOLAÇÃO AO ART. 460. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. SENTENÇA CONDICIONAL. NULA.

O acórdão, ao condicionar a eficácia da decisão a evento futuro e incerto, viola o Diploma Processual Civil, tendo em vista que a legislação processual impõe que a sentença deve ser certa, a teor do artigo 460, parágrafo único do CPC.

Decisão condicional é nula.

Recurso conhecido e provido.”

(RESP nº 648.168, STJ, 5ª Turma, Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU 06/12/2004).

“PROCESSO CIVIL - RELAÇÃO JURÍDICA CONDICIONAL - POSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO DO MÉRITO - SENTENÇA CONDICIONAL - INADIMISSIBILIDADE - DOUTRINA - ARTIGO 460, PARÁGRAFO ÚNICO, CPC - RECURSO PROVIDO

I- Ao solver a controvérsia e pôr fim à lide, o provimento do juiz deve ser certo, ou seja, não pode deixar dúvidas quanto à composição do litígio, nem pode condicionar a procedência ou a improcedência do pedido a evento futuro e incerto. Ao contrário, deve declarar a existência ou não do direito da parte, ou condená-la a uma prestação, deferindo-lhe ou não a pretensão.

II - A sentença condicional mostra-se incompatível com a própria função estatal de dirimir conflitos, consubstanciada no exercício da jurisdição.

III - Diferentemente da “sentença condicional” (ou “com reservas”, como preferem Pontes de Miranda e Moacyr Amaral Santos), a que decide relação jurídica de direito material, pendente de condição, vem admitida no Código de Processo Civil (artigo 460, parágrafo único).

IV - Na espécie, é possível declarar-se a existência ou não do direito de percepção de honorários, em ação de rito ordinário, e deixar a apuração do montante para a liquidação da sentença, quando se exigirá a verificação da condição contratada, como pressuposto para a execução.”

(REsp nº 164.110/SP, 4ª Turma, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira - j. 21/03/2000, DJ 08/05/2005, p. 414).

Contudo, em que pese o reconhecimento da nulidade da sentença proferida, estando o feito em condições de imediato julgamento, passo à análise do mérito, nos termos do art. 1.013, § 3º, inciso II, do Código de Processo Civil atual.

Prossigo.

Discute-se o direito da parte autora ao reconhecimento do tempo de serviço urbano comum no período de 08/08/1978 a 31/08/1990 e à concessão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço.

DA APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO

Nos termos dos arts. 52 e 53 da Lei n.º 8.213/91, a aposentadoria por tempo de serviço, atualmente denominada aposentadoria por tempo de contribuição, é devida, na forma proporcional ou integral, respectivamente, ao segurado que tenha completado 25 anos de serviço, se mulher, e 30 anos, se homem, ou 30 anos de serviço, se mulher, e 35 anos, se homem.

O período de carência exigido, por sua vez, está disciplinado pelo artigo 25, inciso II, da Lei de Planos de Benefícios da Previdência Social, o qual prevê 180 contribuições mensais, bem como pela norma transitória contida em seu artigo 142.

Contudo, após a Emenda Constitucional n.º 20, de 15 de dezembro de 1998, respeitado o direito adquirido à aposentadoria com base nos critérios anteriores até então vigentes, aos que já haviam cumprido os requisitos para sua obtenção, consoante art. 3º, não há mais que se falar em aposentadoria proporcional.

Excepcionalmente, poderá se aposentar, ainda, com proventos proporcionais, o segurado filiado ao regime geral da previdência social até a data de sua publicação - D.O.U. de 16/12/1998 - que preencher as seguintes regras de transição: idade mínima de 53 anos, se homem, e 48 anos, se mulher, e um período adicional de contribuição equivalente a 40% do tempo que, àquela data - 16/12/1998 -, faltaria para atingir o limite de vinte e cinco ou trinta anos de tempo de contribuição, nos termos do art. 9º, § 1º, da aludida Emenda.

No caso da aposentadoria integral, descabe a exigência de idade mínima ou "pedágio", consoante exegese da regra permanente, menos gravosa, inserta no artigo 201, § 7º, inciso I, da Constituição Federal, como já admitiu o próprio INSS administrativamente.

DAS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA EC Nº 103/2019

A concessão do benefício de aposentadoria para o segurado filiado ao Regime Geral da Previdência Social, a partir de 13/11/2019, fica assegurada com o preenchimento de dois requisitos: idade mínima (65 anos para homens e 62 anos para mulheres) e tempo de contribuição mínimo (20 anos para homens e 15 anos para mulheres).

Observa-se, que aludida Emenda Constitucional assegurou regras de transição para os segurados que se encontravam filiados ao Regime Geral da Previdência Social anteriormente à vigência da EC n.º 103/2019, a saber:

(a) Por pontos:

“Art. 15 (...)

I - 30 (trinta) anos de contribuição, se mulher, e 35 (trinta e cinco) anos de contribuição, se homem; e

II - somatório da idade e do tempo de contribuição, incluídas as frações, equivalente a 86 (oitenta e seis) pontos, se mulher, e 96 (noventa e seis) pontos, se homem, observado o disposto nos §§ 1º e 2º.

§ 1º A partir de 1º de janeiro de 2020, a pontuação a que se refere o inciso II do *caput* será acrescida a cada ano de 1 (um) ponto, até atingir o limite de 100 (cem) pontos, se mulher, e de 105 (cento e cinco) pontos, se homem.

(...)”

(b) Por tempo de contribuição e idade mínima:

“Art. 16 (...)

I - 30 (trinta) anos de contribuição, se mulher, e 35 (trinta e cinco) anos de contribuição, se homem; e

II - idade de 56 (cinquenta e seis) anos, se mulher, e 61 (sessenta e um) anos, se homem.

§ 1º A partir de 1º de janeiro de 2020, a idade a que se refere o inciso II do *caput* será acrescida de 6 (seis) meses a cada ano, até atingir 62 (sessenta e dois) anos de idade, se mulher, e 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem.

(...)”

(c) Com pedágio de 50% e fator previdenciário:

“Art. 17. Ao segurado filiado ao Regime Geral de Previdência Social até a data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional e que na referida data contar com mais de 28 (vinte e oito) anos de contribuição, se mulher, e 33 (trinta e três) anos de contribuição, se homem, fica assegurado o direito à aposentadoria quando preencher, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - 30 (trinta) anos de contribuição, se mulher, e 35 (trinta e cinco) anos de contribuição, se homem; e

II - cumprimento de período adicional correspondente a 50% (cinquenta por cento) do tempo que, na data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional, faltaria para atingir 30 (trinta) anos de contribuição, se mulher, e 35 (trinta e cinco) anos de contribuição, se homem.

(...)”

(d) Com pedágio de 100% e idade mínima:

“Art. 20 (...)

I - 57 (cinquenta e sete) anos de idade, se mulher, e 60 (sessenta) anos de idade, se homem; II - 30 (trinta) anos de contribuição, se mulher, e 35 (trinta e cinco) anos de contribuição, se homem;

(...)

IV - período adicional de contribuição correspondente ao tempo que, na data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional, faltaria para atingir o tempo mínimo de contribuição referido no inciso II.

(...)"

(e) Por idade:

"Art. 18 (...)

I - 60 (sessenta) anos de idade, se mulher, e 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem; e

II - 15 (quinze) anos de contribuição, para ambos os sexos.

§ 1º A partir de 1º de janeiro de 2020, a idade de 60 (sessenta) anos da mulher, prevista no inciso I do *caput*, será acrescida em 6 (seis) meses a cada ano, até atingir 62 (sessenta e dois) anos de idade.

(...)"

Outrossim, destaque-se que para o segurado filiado ao Regime Geral de Previdência Social anteriormente à Edição da EC nº 103/2019, o artigo 3º da aludida Emenda Constitucional assegura o direito adquirido, *in casu*, à obtenção da aposentadoria, em conformidade à legislação vigente à época em que preenchidos os pressupostos à concessão, nos seguintes termos:

"(...) Art. 3º A concessão de aposentadoria ao servidor público federal vinculado a regime próprio de previdência social e ao segurado do Regime Geral de Previdência Social e de pensão por morte aos respectivos dependentes será assegurada, a qualquer tempo, desde que tenham sido cumpridos os requisitos para obtenção desses benefícios até a data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional, observados os critérios da legislação vigente na data em que foram atendidos os requisitos para a concessão da aposentadoria ou da pensão por morte. (...)"

DA COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE LABORATIVA URBANA SEM REGISTRO PROFISSIONAL

Atualmente, reconhece-se, na jurisprudência, elenco de posicionamentos assentados sobre o beneplácito em tela, a nortear apreciação das espécies e a valoração dos respectivos conjuntos probatórios. Dentre esses entendimentos, podem-se destacar os seguintes:

(I) a comprovação do tempo de serviço/contribuição há de ser efetivada com base 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" (art. 55, § 3º, da Lei n.º 8.213/91), afigurando-se prescindível, no entanto, que o elemento probante se estenda por todo o período laborado, bastando seja contemporâneo aos fatos alegados e corroborado por testemunhos idôneos, de sorte a lhe ampliar a eficácia probante (e.g., AGRESP 200901651331, Laurita Vaz, STJ - Quinta Turma, DJE

de 22/03/2010), inexistindo óbice à incidência, por simetria, da exegese cristalizada na Súmula STJ 577, mercê da qual "É possível reconhecer o tempo de serviço rural anterior ao documento mais antigo apresentando, desde que amparado em convincente prova testemunhal colhida sob o contraditório" (Recursos Especiais 1.321.493 e 1.348.633);

(II) a perda da qualidade de segurado não é de sorte a frustrar a outorga do beneplácito, quando já divisado o adimplemento do tempo de contribuição equivalente à carência legalmente assinalada, *ex vi* do artigo 3º, da Lei nº 10.666/2003, cujos mandamentos reputam-se aplicáveis, inclusive, a fatos pretéritos à sua vigência, visto entender-se que tal diploma nada mais fez senão compendiar orientação jurisprudencial já existente a respeito do reportado assunto;

(III) anotações de contratos de trabalho inseridas em CTPS gozam de presunção juris tantum de veracidade e se erigem em prova plena do desempenho do labor no período lá assinalado, de maneira a prevalecerem as averbações nela contidas até incontestada demonstração em sentido adverso (Enunciado TST n.º 12), impendendo ao INSS, querendo, agitar e testificar a falsidade do documento, não sendo causa suficiente de arredamento a mera ausência de informação do vínculo perante o CNIS;

(IV) de acordo com entendimento consolidado no c. STJ, a certidão atestando a existência da empresa em que, alegadamente, laborou a autora, contanto que corroborada por prova testemunhal, faz as vezes de início de prova material da labuta urbana (v.g., AGRESP 200901432368, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJE de 05/09/2012; ERESP 200501112092, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, Terceira Seção, DJ de 09/11/2005, p. 136; RESP 200200291079, Rel. Min. Paulo Medina, Sexta Turma, DJ 09/12/2003, p. 352).

DO CASO CONCRETO:

- Do labor urbano sem registro na CTPS:

Pugna a autora, nascida em 12/08/1959, pelo reconhecimento e averbação pela Autarquia Federal do período de 08/08/1978 a 31/08/1990, durante o qual laborou como empregada doméstica para a empregadora Maria Lúcia Palma Resende.

Como início de prova material do mencionado lapso laboral, apresentou a autora documentos, destacando-se:

- *Cópia de sua CTPS, emitida em 23/08/1989, constando o primeiro vínculo a partir de 01/09/1990, informando que exerceu a função de "Doméstica", tendo como empregadora "Maria Lucia Palma Resende" (Id 82220473 – p. 22);*

- *Título Eleitoral, datado de 21/07/1978, no qual a demandante é qualificada como "Doméstica" (Id 82220473 p. 23);*

- Fotografias (Id 82220473 p. 24 e 26);

- *Recibo de pagamento de salários, datado de 10/08/1987, referente ao período de 01/07/1987 a 31/07/1987, assinado pela requerente, informando com empregador "Marcio Calafiori Resende" (Id 82220473 p. 23);*

- Termo de declaração, datado de 23/10/2013, firmado pelo senhor "Marcio Calafiori Resende", atestando que a parte autora laborou em sua residência durante o lapso debatido nos autos, época em que o declarante era casado com a senhora "Maria Lucia Palma Resende" (Id 82220473 p. 28).

Repise-se que, embora seja prescindível que o início de prova material se estenda por todo o período laborado, é necessário que seja contemporâneo aos fatos alegados, o que se verifica na hipótese.

Acrescente-se, ainda, a necessidade de que a prova material seja corroborada por testemunhos idôneos, de sorte a lhe ampliar a eficácia probante, o que se verifica na hipótese em análise, com a realização de audiência na data de 25/01/2017.

Na ocasião, foram ouvidas as testemunhas Maria Aparecida Prodóssimo Lopes e Márcio Calafiori Resende. A primeira depoente informa que conhece a parte autora desde que eram bem jovens. Afirma que a autora trabalha há 40 anos para a família de Marcio Resende e Maria Lucia, desde 1978. Aduz que laborava para uma tia da senhora Maria Lucia, tendo indicado a autora para o referido trabalho. O segundo depoente afirma que a requerente labora para sua família desde 08/08/1978, um mês antes dele se casar com a senhora Maria Lucia. Confirmou a fotografia juntada aos autos, identificando sua falecida esposa e a autora.

Nesses termos, o conjunto probatório permite concluir pelo desempenho de atividade urbana no período alegado pela autora, de 08/08/1978 a 31/08/1990, como afirmado na r. sentença, eis que comprovado nos autos por meio de início de prova material, corroborado por prova testemunhal harmônica e idônea, cabendo lembrar não ser exigível a apresentação de um princípio de prova documental referente a todo o tempo trabalhado, mas apenas a uma parte desse lapso temporal e isso foi feito no caso em apreço, nos moldes já vistos.

Frise-se, ainda, que, em se tratando de segurado-empregado, não há a necessidade da demonstração do recolhimento das contribuições previdenciárias relativas ao período que se pretende ver reconhecido, uma vez que tal recolhimento é reponsabilidade do empregador, conforme dispunha o artigo 79, inciso I, da Lei n.º 3.087/60 e legislação posterior - atualmente, artigo 30, inciso I, alínea "a", da Lei n.º 8.212/91. A propósito:

PREVIDENCIÁRIO. TEMPO DE SERVIÇO URBANO. SEGURADO-EMPREGADO. RECOLHIMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES. OBRIGAÇÃO DO EMPREGADOR.

1. Nos termos do art. 142 do Decreto n.º 77.077/76, do art. 139 do Decreto n.º 89.312/84 e do art. 30 da Lei n.º 8.212/91, o recolhimento das contribuições previdenciárias do segurado-empregado cabe ao empregador, não podendo aquele ser penalizado pela desídia deste, que não cumpriu as obrigações que lhe eram imputadas.

2. Recurso especial não conhecido.

(STJ, REsp 566.405/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/11/2003, DJ 15/12/2003, p. 394).

Somado o período urbano comum reconhecido nestes autos ao vínculo constante da CTPS apresentada e recolhimentos observados no CNIS juntado aos autos (Id 82220473 p. 44), verifica-se a seguinte contagem de tempo de serviço/contribuição:

CONTAGEM DE TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO

TEMPO DE SERVIÇO COMUM

- *Data de nascimento: 12/08/1959*
- *Sexo: Feminino*
- *DER: 17/03/2016*
- *Período 1 - 08/08/1978 a 31/07/1980 - 1 anos, 11 meses e 23 dias - Tempo comum - 24 carências*
- *Período 2 - 01/08/1980 a 30/04/1983 - 2 anos, 9 meses e 0 dias - Tempo comum - 33 carências*
- *Período 3 - 01/05/1983 a 31/08/1990 - 7 anos, 4 meses e 0 dias - Tempo comum - 88 carências*
- *Período 4 - 01/09/1990 a 17/03/2016 - 25 anos, 6 meses e 17 dias - Tempo comum - 307 carências*
- *Soma até a data da EC nº 20/98 (16/12/1998): 20 anos, 4 meses e 9 dias, 245 carências*
- *Soma até a data da Lei 9.876/99 (28/11/1999): 21 anos, 3 meses e 21 dias, 256 carências*
- *Soma até a DER (17/03/2016): 37 anos, 7 meses e 10 dias, 452 carências - 94.2083 pontos*
- *Aposentadoria por tempo de serviço / contribuição*

Nessas condições, em 16/12/1998, a segurada *não* tem direito à aposentadoria por tempo de serviço, ainda que proporcional (regras anteriores à EC 20/98), porque não cumpre o tempo mínimo de serviço de 25 anos.

Em 28/11/1999, a segurada *não* tem direito à aposentadoria por tempo de contribuição, ainda que proporcional (regras de transição da EC 20/98), porque não preenche o tempo mínimo de contribuição de 25 anos, o pedágio de 1 anos, 10 meses e 8 dias (EC 20/98, art. 9º, § 1º, inc. I) e nem a idade mínima de 48 anos.

Por fim, em 17/03/2016 (DER), a segurada *tem direito à aposentadoria integral por tempo de contribuição* (CF/88, art. 201, § 7º, inc. I, com redação dada pela EC 20/98). O cálculo do benefício deve ser feito de acordo com a Lei 9.876/99, garantido o direito a não incidência do fator previdenciário, caso mais vantajoso, uma vez que a pontuação totalizada é superior a 85 pontos e o tempo mínimo de contribuição foi observado (Lei 8.213/91, art. 29-C, inc. II, incluído pela Lei 13.183/2015).

Portanto, presentes os requisitos, é devido o benefício da aposentadoria por tempo de contribuição, a partir da data de entrada do requerimento administrativo, qual seja, 17/03/2016 – Id 82220473 p. 31 (vide decisão do STJ, em caso similar, no REsp 1568343/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 05/02/2016).

Outrossim, não se verifica a ocorrência, na espécie, da prescrição quinquenal, dado que, da data do indeferimento do benefício no âmbito administrativo – 27/06/2016 – até a data do ajuizamento da presente ação em 06/09/2016, não houve o decurso de cinco anos.

Passo à análise dos consectários.

Cumpra esclarecer que, concluído pelo STF o julgamento do RE 870.947, sem modulação de efeitos, definiram-se as seguintes teses de repercussão geral sobre a incidência da Lei n. 11.960/2009: “1)... quanto às condenações oriundas de relação jurídica não-tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09; e 2) 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.”

Nesse cenário, sobre os valores em atraso incidirão juros e correção monetária em conformidade com os critérios legais compendiados no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, observadas as teses fixadas no julgamento final do RE 870.947, de relatoria do Ministro Luiz Fux.

Por fim, é de se notar, a partir de 08/12/2021, consoante o disposto no art. 3º da EC nº 113/2021, que para fins de atualização monetária, adotar-se-á a incidência, uma única vez, do índice da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic).

Deve o INSS arcar com os honorários advocatícios em percentual mínimo a ser definido na fase de liquidação, nos termos do inciso II do § 4º do artigo 85 do NCPC, observando-se o disposto nos §§ 3º e 5º desse mesmo dispositivo legal e considerando-se as parcelas vencidas até a data da decisão concessiva do benefício (Súmula n. 111 do STJ).

Quanto às custas processuais, delas está isenta a Autarquia Previdenciária, nos termos das Leis Federais n. 6.032/74, 8.620/93 e 9.289/96, bem como nas Leis Estaduais n. 4.952/85 e 11.608/03 (Estado de São Paulo). Contudo, tal isenção não exime a Autarquia Previdenciária do pagamento das custas e despesas processuais em restituição à parte autora, por força da sucumbência, na hipótese de pagamento prévio.

Por fim, quanto ao prequestionamento suscitado, assinalo não haver qualquer infringência à legislação federal ou a dispositivos constitucionais.

Ante o exposto, anulo, de ofício, a r. sentença e, nos termos do art. 1.013, §3º, inciso III, do Novo Código de Processo Civil - Lei nº 13.105/15, julgo parcialmente procedente o pedido para reconhecer o tempo de serviço comum referente ao lapso de 08/08/1978 a 31/08/1990 e conceder à autora o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição integral, com termo inicial em 17/03/2016 (DER) - data do requerimento administrativo, com os consectários nos termos da fundamentação. Julgo prejudicado o apelo do INSS.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL **5006145-47.2017.4.03.6183**

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS
Apelada: CONCEIÇÃO APARECIDA PAIVA
Sucedido: NILSON DO PRADO BARROS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SÉRGIO NASCIMENTO
Disponibilização do Acórdão: DJEN 13/12/2022

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. REQUISITOS. PREENCHIMENTO. ÓBITO DO AUTOR NO CURSO DA LIDE. HABILITAÇÃO DE HERDEIROS HOMOLOGADA. EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. DESCABIMENTO. INTERESSE DE AGIR. TERMO INICIAL DO BENEFÍCIO. CÔMPUTO DA CORREÇÃO MONETÁRIA.

I- Descabimento de extinção do feito por ausência de interesse de agir, visto que a autarquia ofereceu resistência à pretensão da parte autora, indeferindo-lhe a benesse na via administrativa

II-Não obstante a data de início da incapacidade fixada pelo perito, as considerações de ambas as perícias efetuadas nos autos autorizam a conclusão de que não houve recuperação do autor desde o acometimento da neoplasia maligna referida, quando foi submetido a tratamento cirúrgico em 05.08.2011, ocasião em que sustentava sua qualidade de segurado, revelando-se indevido o indeferimento do pleito administrativo, apresentando comorbidades que acabaram por incapacitá-lo de forma permanente para o trabalho, culminando em seu óbito. Nesse sentido, a jurisprudência é firme sobre o entendimento de que não perde o direito ao benefício o segurado que deixa de contribuir para a previdência por estar incapacitado para o trabalho. (STJ - 6ª Turma; Resp n. 84152/SP; Rel. Min. Hamilton Carvalhido; v.u.; j. 21.03.2002; DJ 19.12.2002; pág. 453).

III-Irreparável portanto a r. sentença recorrida, ante o deferimento do benefício de aposentadoria por invalidez, restando cumpridos os requisitos para sua concessão.

IV-Os juros e a correção monetária serão calculados de acordo com as disposições do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, devendo ser observado o disposto no artigo 3º, da Emenda Constitucional nº 113/2021, conforme Resolução nº 784/2022 - CJF, de 08.08.22, que alterou o Manual acima referido.

V- Remessa Oficial tida por interposta e Apelação do réu improvidas.

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, negar provimento à remessa oficial tida por interposta e à apelação do réu, sendo que o Des. Fed. Nelson Porfírio e a Des. Fed. Leila Paiva ressalvaram seus entendimentos, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

O Exmo Sr Desembargador Federal Sérgio Nascimento (Relator): Trata-se de apelação em face de sentença que julgou parcialmente procedente o pedido para condenar o réu a conceder à parte autora o benefício de aposentadoria por invalidez a contar de 15.05.2014, com cessação na data do óbito em 27.07.2019, observada a prescrição quinquenal. Sobre as prestações atrasadas deverá incidir correção monetária e juros de mora, a partir da citação, consoante Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal vigente na data de início da liquidação/cumprimento do julgado. O réu foi condenado, ainda, ao pagamento de honorários advocatícios fixados em percentuais mínimos referidos no artigo 85, §§ 3º, 4º e 5º, do Código de Processo Civil, sobre o valor da condenação, consoante Súmula nº 111 do Superior Tribunal de Justiça. Custas na forma da lei. Foi concedida a tutela de urgência no curso da lide, determinando-se a imediata implantação do benefício de auxílio-doença, cumprida a decisão pelo réu, consoante dados do CNIS, cessado quando do óbito do autor.

O autor faleceu no curso da lide (27.07.2019), procedida à habilitação de seus herdeiros, devidamente homologada.

Interposta apelação pelo réu, pugnando pela extinção do feito sem resolução do mérito, ante a ausência de requerimento administrativo do benefício. Subsidiariamente, requer a fixação do termo inicial do benefício na data do laudo pericial, ou, ao menos, a partir da citação, para a DIB ser fixada na data da juntada aos autos do laudo pericial ou, não sendo isso acolhido, na data da citação; bem como para que a correção monetária e juros de mora sejam fixados em conformidade com o Tema 905 STJ seguido do fixado na EC 113.

Com contrarrazões, vieram os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

Nos termos do art. 1011 do CPC, recebo a apelação do réu.

Da remessa oficial tida por interposta

Aplica-se ao caso o Enunciado da Súmula 490 do E. STJ, que assim dispõe:

A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica a sentenças ilíquidas.

Do mérito

Ao autor, nascido em e falecido em 27.07.2019, foi concedido o benefício de aposentadoria por invalidez que está previsto no art. 42 da Lei 8.213/91 que dispõe:

A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.

Inicialmente foi realizada a perícia em 07.08.2018, tendo sido relatado que o autor, contando com 62 anos de idade, ensino fundamental incompleto, recebera diagnóstico de câncer de língua, operado em 05.08.2011, sofrendo, ainda, de insuficiência coronariana, ICC, diabetes, DPOC e hipotireoidismo. Fixada a data de início da doença oncológica na data da cirurgia (05/08/2011). O perito asseverou que após o diagnóstico tratamento oncológico, o autor desenvolveu complicações clínicas que poderiam caracterizar incapacidade como DPOC e insuficiência coronariana, sugerida a avaliação na área clínica.

Realiza nova perícia, destacando que o autor apresentava doença arterial aterosclerótica com manifestação em 2014, quando foi submetido à revascularização do miocárdio em 15/05/2014, evoluindo com miocardiopatia isquêmica e internação por descompensação clínica; Doença Pulmonar Obstrutiva Crônica; Doença Arterial Periférica Obstrutiva com manifestação por claudicação intermitente, encontrando-se incapacitado de forma total e permanente para o trabalho fixada a data de início da incapacidade em 15/05/2014, quando da internação para revascularização do miocárdio.

Consta dos autos e dados do Cadastro Nacional de Informações Sociais, que o autor pleitou o requerimento administrativo para a concessão do benefício de auxílio-doença em conceder o Auxílio Doença sob nº 31/547.612.828-6 requerido em 22/08/2011, indeferido pela autarquia, estando filiado ao RGPS desde 1976, contando com vínculos em períodos interpolados, até o ano de 2008, constando último registro entre 15.04.2011 a 06/2012 e cópia de sua CTPS com vínculo de emprego como ajudante geral (id nº 264344475). A presente ação foi ajuizada em 23.09.2017.

Não prospera a alegação da autarquia quanto à extinção do feito por ausência de interesse de agir, visto que a autarquia ofereceu resistência à pretensão da parte autora, indeferindo-lhe a benesse na via administrativa.

De outro turno, não obstante a data de início da incapacidade fixada pelo perito, as considerações de ambas as perícias efetuadas nos autos autorizam a conclusão de que não houve recuperação do autor desde o acometimento da neoplasia maligna referida, quando foi submetido a tratamento cirúrgico em 05.08.2011, ocasião em que sustentava sua qualidade de segurado, revelando-se indevido o indeferimento do pleito administrativo, apresentando comorbidades que acabaram por incapacitá-lo de forma permanente para o trabalho, culminando em seu óbito. Nesse sentido, a jurisprudência é firme sobre o entendimento de que não perde o direito ao benefício o segurado que deixa de contribuir para a previdência por estar incapacitado para o trabalho. (STJ - 6ª Turma; Resp n. 84152/SP; Rel. Min. Hamilton Carvalhido; v.u.; j. 21.03.2002; DJ 19.12.2002; pág. 453).

Irreparável portanto a r. sentença recorrida, ante o deferimento do benefício de aposentadoria por invalidez, restando cumpridos os requisitos para sua concessão.

Mantido o termo inicial do benefício de aposentadoria por invalidez a contar de 15.05.2014 (data de início da incapacidade fixada na perícia), com cessação na data do óbito em 27.07.2019, devendo ser compensadas as parcelas pagas a título de tutela antecipada, quando da liquidação da sentença.

Os juros e a correção monetária serão calculados de acordo com as disposições do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, devendo ser observado o disposto no artigo 3º, da Emenda Constitucional nº 113/2021, conforme Resolução nº 784/2022 - CJF, de 08.08.22, que alterou o Manual acima referido.

Tendo em vista o trabalho adicional do patrono da parte autora em grau recursal, nos termos do artigo 85, § 11, do CPC, fixo os honorários advocatícios em 15% (quinze por cento) sobre o valor das parcelas vencidas até a data da sentença, eis que de acordo com o entendimento da 10ª Turma desta E. Corte.

Diante do exposto, consoante art. 932 do CPC, *nego provimento à remessa oficial tida por interposta e à apelação do réu.*

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL 5008967-09.2017.4.03.6183

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: VAGNER TADEU CAMPOS DE OLIVEIRA
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL LEILA PAIVA
Disponibilização do Acórdão: DJEN 13/02/2023

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. CONVERSÃO DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO EM APOSENTADORIA ESPECIAL. EXPOSIÇÃO A AGENTES QUÍMICOS. HABITUALIDADE E PERMANÊNCIA. CARÁTER ESPECIAL. AVALIAÇÃO QUALITATIVA. CABIMENTO. APOSENTADORIA ESPECIAL. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA.

- No âmbito da Constituição da República (CR) a disciplina da aposentadoria especial previa, em síntese, a necessidade de tempo de contribuição de 15, 20 ou 25 anos, observado o período de carência de 180 (cento e oitenta) meses, bem assim o exercício de atividades expostas a agentes e atividades nocivas, causadora de algum prejuízo à saúde e à integridade física ou mental do trabalhador ao longo do tempo, independentemente de idade. A implementação desses requisitos antes da vigência da Emenda Constitucional n. 103, de 12/11/2019 (EC 103/2019), garante o direito adquirido dos segurados, seja qual for a data do requerimento do benefício.

- A EC 103/2019 determinou que caberá à lei complementar fixar a idade e o tempo de contribuição, dispondo, provisoriamente, em seu artigo 19, que será devida a aposentação especial mediante o implemento da idade de 55, 58 ou 60 anos, dependendo do tempo de exposição de 15, 20 ou 25 anos, a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou a associação desses agentes. Ademais, segundo a regra de transição inserta no artigo 21, incisos I a III, da EC 103/2019, o segurado que ingressou na Previdência Social até 13/11/2019, data da reforma da Previdência, estará sujeito à soma de idade e tempo de contribuição, segundo o tempo de efetiva exposição, observada a pontuação estabelecida

- O enquadramento do tempo especial por presunção em função do exercício de determinada atividade profissional tinha assento na Lei n. 3.807, de 26/08/1960, denominada Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS), e suas respectivas alterações, ulteriormente o artigo 57 da Lei n. 8.213, de 24/07/1991. Todavia, deixou de ser admitido com o advento da Lei n. 9.032, de 28/04/1995, que operou alteração no referido artigo 57 da LBPS, para exigir a efetiva prova da exposição ao

agente nocivo. As atividades especiais em função da categoria profissional, à exceção daquelas submetidas aos agentes calor, frio e ruído, para as quais é imprescindível a apresentação de laudo técnico, têm como parâmetro as tabelas dos Decretos n. 53.831, de 25/03/1964, Anexos I e II, e do n. 83.080, de 24/01/1979, Anexo, que vigeram simultaneamente, não tendo ocorrido revogação daquele diploma por este. Portanto, havendo divergência entre as referidas normas, prevalecerá a que for mais favorável ao segurado.

- O rol de atividades inserto nos decretos tem caráter exemplificativo. Assim, é possível o enquadramento de outras atividades mediante perícia, consoante a Súmula 198/TFR do extinto E. Tribunal Federal de Recursos: "Atendidos os demais requisitos, é devida a aposentadoria especial, se perícia judicial constata que a atividade exercida pelo segurado é perigosa, insalubre ou penosa, mesmo não inscrita em Regulamento".

- Noutra etapa, passou a ser exigida a comprovação de efetiva exposição aos agentes considerados prejudiciais à saúde ou à integridade física do segurado, consoante a Lei n. 9.032, de 28/04/1995, que deu nova redação ao artigo 57 da LBPS, impondo-se, a demonstração da submissão de forma permanente, não ocasional nem intermitente.

- O PPP é confeccionado com suporte nos dados do laudo técnico, razão por que é dispensada a apresentação do LTCAT, exceto na hipótese de impugnação idônea de seu conteúdo, na forma do artigo 272 da IN INSS n. 128, de 28/03/2022, ao contrário do que alega a Autarquia Previdenciária. Nesse sentido, o entendimento do C. STJ, consoante o Incidente de Uniformização de Jurisprudência, Pet. 10.262.

- Ressalte-se que o PPP é documento que retrata as características do trabalho do segurado, e traz a identificação do engenheiro ou perito responsável pela avaliação das condições de trabalho, sendo apto para comprovar o exercício de atividade sob condições especiais, fazendo as vezes do laudo técnico. Precedente: TRF3, Décima Turma, AC 00283905320084039999, Rel. Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO, DJF3 24/02/2010.

- O trabalho exercido com exposição habitual e permanente aos agentes químicos hidrocarbonetos, seus derivados e outros tóxicos inorgânicos e poeiras minerais, sílica, sílica livre, carvão mineral e seus derivados é considerado especial conforme estabelecido nos itens 1.2.9 e 1.2.11, do Quadro do Decreto n. 53.831/1964; e 1.2.10 e 1.2.11, do Anexo I do Decreto n. 83.080/1979 e 1.0.7, 1.0.17, 1.0.18 e 1.0.19 dos Decretos ns. 2.172/1997 e 3.048/1999. Segundo o Anexo 13, da NR-15 do Ministério do Trabalho, a exposição do trabalhador a agentes químicos à base de hidrocarbonetos, outros tóxicos inorgânicos e poeiras mineiras, como a sílica, tem sua intensidade medida por

análise qualitativa, bastando apenas o contato físico para caracterização da especialidade do trabalho, uma vez que não estabelece limites de tolerância ou quaisquer especificações no que tange à composição dos agentes.

- Exsurge do conjunto probatório que a parte autora esteve exposta a agentes químicos e, segundo o Anexo 13, da NR-15 do Ministério do Trabalho, a exposição do trabalhador a agentes químicos à base de hidrocarbonetos tem sua intensidade medida por análise qualitativa, bastando apenas o contato físico para caracterização da especialidade do trabalho, uma vez que não estabelece limites de tolerância ou quaisquer especificações no que tange à composição dos agentes.

- Em que pese a aferição do ruído indique intensidade dentro dos limites legais, há exposição habitual e permanente a agentes químicos (hidrocarbonetos aromáticos – óleo e graxa) - itens 1.2.9 e 1.2.11, do Quadro do Decreto n. 53.831/1964; e 1.2.10 e 1.2.11, do Anexo I do Decreto n. 83.080/1979 e 1.0.7, 1.0.17, 1.0.18 e 1.0.19 dos Decretos ns. 2.172/1997 e 3.048/1999

- Dessa forma, considerando o conjunto probatório dos autos, é de rigor o reconhecimento da atividade especial, exercida sob condições nocivas à saúde ou à integridade física do segurado, no período de 01/01/2004 a 30/04/2014, devendo ser mantida a r. sentença.

- Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Décima Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento à apelação do INSS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

A Senhora Desembargadora Federal Leila Paiva (Relatora):

Trata-se de apelação interposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) em ação previdenciária objetivando o reconhecimento de tempo de atividade em condições especiais nos períodos indicados na inicial, e a conversão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição em especial.

O dispositivo da r. sentença foi assim estabelecido (ID 136602943):

“Ante o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE, com fundamento no artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil/2015, e condeno o INSS a

averbar e computar como especial o período trabalhado na empresa FERRAMENTARIA E ESTAMPARIA PRISTEL IND. E COM. LTDA (01/11/1984 a 28/01/1997 e 10/03/1997 a 10/06/2002 e de 01/01/2004 a 30/04/2014), para o fim de converter sua aposentadoria por tempo de contribuição em aposentadoria especial, desde a DER: 07/10/2015, NB: 175.550.398-6. Deixo de conceder tutela antecipada, uma vez que não restou caracterizado o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação de forma a demonstrar a necessidade de antecipação do provimento jurisdicional. As diferenças atrasadas, confirmada a sentença, deverão ser pagas após o trânsito em julgado, incidindo a correção monetária e os juros nos exatos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal. Em razão da sucumbência mínima do autor, condeno o INSS a arcar com os honorários advocatícios, os quais, sopesados os critérios legais (incisos do § 2º do artigo 85 do Código de Processo Civil de 2015), arbitro no percentual legal mínimo (cf. artigo 85, § 3º), incidente sobre a diferença do valor das parcelas vencidas, apuradas até a presente data, nos termos da Súmula 111 do Superior Tribunal de Justiça. A especificação do percentual terá lugar quando liquidado o julgado (cf. artigo 85, § 4º, inciso II, da lei adjetiva). Sem custas para a autarquia, em face da isenção de que goza, nada havendo a reembolsar, ainda, à parte autora, beneficiária da justiça gratuita.”

Em suas razões recursais, o INSS alega que:

- não se faz possível o reconhecimento do tempo de serviço especial em relação período de 01/01/2004 a 30/04/2014, visto que o autor esteve exposto à ruído dentro dos limites legais e o PPP não indica a metodologia adequada para aferição dos agentes químicos;

- por fim, requer o provimento do apelo para que seja reformada a r. decisão.

Com contrarrazões da parte autora, subiram os autos a esta E. Corte Regional.

É o relatório.

VOTO

A Senhora Desembargadora Federal Leila Paiva (Relatora):

Cinge-se a controvérsia à possibilidade de reconhecimento do caráter especial dos períodos referidos pela parte autora a fim de que haja a conversão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição em especial.

A apelação preenche os requisitos de admissibilidade e merece ser conhecida.

Anote-se, desde logo, que a jurisprudência do C. STJ estabilizou a aplicação do princípio *tempus regit actum*, que deve orientar o reconhecimento e a comprovação do tempo de trabalho segundo a aplicação da legislação de regência vigente à época do exercício do labor, cujo interregno passa a integrar o patrimônio jurídico do trabalhador como direito adquirido, definindo, ainda, para eventual conversão de tempo, a lei em vigor ao tempo da aposentação.

Precedentes: C. STJ, REsp 1.398.260/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Primeira Seção, j. 14/5/2014, DJe 5/12/2014; REsp 1.151.363, Terceira Seção, Rel. Ministro JORGE MUSSI, DJe 05/04/2011.

Da aposentadoria especial

No âmbito da Constituição da República (CR) a disciplina da aposentadoria especial previa, em síntese, a necessidade de tempo de contribuição de 15, 20 ou 25 anos, observado o período de carência de 180 (cento e oitenta) meses, bem assim o exercício de atividades expostas a agentes e atividades nocivas, causadora de algum prejuízo à saúde e à integridade física ou mental do trabalhador ao longo do tempo, independentemente de idade.

A implementação desses requisitos antes da vigência da Emenda Constitucional n. 103, de 12/11/2019 (EC 103/2019), garante o direito adquirido dos segurados, seja qual for a data do requerimento do benefício.

A partir de 13/11/2019, data da publicação da Reforma Previdenciária implementada pela EC 103/2019, o artigo 201, § 1º, inciso II, da CR passou a ter a seguinte redação, *in verbis*:

Art. 201 (...)

§ 1º É vedada a adoção de requisitos ou critérios diferenciados para concessão de benefícios, ressalvada, nos termos de lei complementar, a possibilidade de previsão de idade e tempo de contribuição distintos da regra geral para concessão de aposentadoria exclusivamente em favor dos segurados: (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 103, de 2019)

(...) II - cujas atividades sejam exercidas com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 103, de 2019).

Assim, a EC 103/2019 determinou que caberá à lei complementar fixar a idade e o tempo de contribuição, dispondo, provisoriamente, em seu artigo 19, que será devida a aposentação especial mediante o implemento da idade de 55, 58 ou 60 anos, dependendo do tempo de exposição de 15, 20 ou 25 anos, a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou a associação desses agentes.

Ademais, segundo a regra de transição inserta no artigo 21, incisos I a III, da EC 103/2019, o segurado que ingressou na Previdência Social até 13/11/2019, data da reforma da Previdência, estará sujeito à soma de idade e tempo de contribuição, segundo o tempo de efetiva exposição, observada a pontuação estabelecida, *in verbis*:

Art. 21. (...)

I - 66 (sessenta e seis) pontos e 15 (quinze) anos de efetiva exposição;

II - 76 (setenta e seis) pontos e 20 (vinte) anos de efetiva exposição; e

III - 86 (oitenta e seis) pontos e 25 (vinte e cinco) anos de efetiva exposição.

Na esfera legal, essa modalidade de jubilação consta dos artigos 57 e 58 da Lei n. 8.213, de 24/07/1991, a Lei de Benefícios da Previdência Social (LBPS), com as respectivas alterações, *in verbis*:

Art. 57. A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei (180 contribuições), ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei. (Redação dada pela Lei n. 9.032, de 1995). (...)

§ 3º A concessão da aposentadoria especial dependerá de comprovação pelo segurado, perante o Instituto Nacional do Seguro Social-INSS, do tempo de trabalho permanente, não ocasional nem intermitente, em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante o período mínimo fixado. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

§ 4º O segurado deverá comprovar, além do tempo de trabalho, exposição aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, pelo período equivalente ao exigido para a concessão do benefício. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995) (...)

Art. 58. A relação dos agentes nocivos químicos, físicos e biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física considerados para fins de concessão da aposentadoria especial de que trata o artigo anterior será definida pelo Poder Executivo. (Redação dada pela Lei n. 9.528, de 1997).

O tempo de trabalho permanente, não ocasional nem intermitente, é exigido após a Lei n. 9.032, de 28/04/1995, e caracteriza-se pelo labor continuado, porém, não necessariamente ininterrupto. Precedentes: *C. STJ, REsp 1.578.404/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Primeira Turma, j. 17/09/2019, DJe 25/09/2019; AgInt no REsp 1.695.360/SP, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, Primeira Turma, j. 1º/04/2019, DJe 03/04/2019.*

Do trabalho em condições especiais

Da atividade especial

O benefício é devido àqueles que tenham exercido atividade especial, demonstrada, basicamente, por *duas formas*: 1) *presunção* da especialidade inerente à atividade profissional desempenhada; e 2) em razão da *efetiva comprovação* da exposição aos fatores nocivos à saúde.

1. O enquadramento do tempo especial por *presunção* em função do exercício de determinada *atividade profissional* tinha assento na Lei n. 3.807, de 26/08/1960, denominada Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS), e suas respectivas alterações, posteriormente o artigo 57 da Lei n 8.213, de 24/07/1991. Todavia, deixou de ser admitido com o advento da Lei n. 9.032, de 28/04/1995,

que operou alteração no referido artigo 57 da LBPS, para exigir a efetiva prova da exposição ao agente nocivo.

As atividades especiais em função da categoria profissional, à exceção daquelas submetidas aos agentes calor, frio e ruído, para as quais é imprescindível a apresentação de laudo técnico, têm como parâmetro as tabelas dos *Decretos n. 53.831, de 25/03/1964, Anexos I e II, e do n. 83.080, de 24/01/1979, Anexo*, que vigeram simultaneamente, não tendo ocorrido revogação daquele diploma por este. Portanto, havendo divergência entre as referidas normas, prevalecerá a que for mais favorável ao segurado.

O rol de atividades inserto nos decretos tem caráter exemplificativo. Assim, é possível o enquadramento de outras atividades mediante perícia, consoante a *Súmula 198/TFR* do extinto E. Tribunal Federal de Recursos: *"Atendidos os demais requisitos, é devida a aposentadoria especial, se perícia judicial constata que a atividade exercida pelo segurado é perigosa, insalubre ou penosa, mesmo não inscrita em Regulamento"*.

Consolidando esse entendimento, o C. STJ definiu, no julgamento do *REsp 1.306.113*, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, o *Tema 534/STJ*: *"as normas regulamentadoras que estabelecem os casos de agentes e atividades nocivos à saúde do trabalhador são exemplificativas, podendo ser tido como distinto o labor que a técnica médica e a legislação correlata considerarem como prejudiciais ao obreiro, desde que o trabalho seja permanente, não ocasional, nem intermitente, em condições especiais (art. 57, § 3º, da Lei 8.213/1991)"*, (*PRIMEIRA SEÇÃO, j. 14/11/2012, DJe 07/03/2013, t. j. 26/06/2013*).

O *artigo 21 da EC 103/2019* vedou, expressamente, a caracterização do tempo especial por presunção relacionada a categoria profissional ou ocupação.

2. Noutra etapa, passou a ser exigida a *comprovação de efetiva exposição aos agentes* considerados prejudiciais à saúde ou à integridade física do segurado, consoante a *Lei n. 9.032, de 28/04/1995*, que deu nova redação ao artigo 57 da LBPS, impondo-se, a demonstração da submissão de forma permanente, não ocasional nem intermitente.

Nesse sentido, *"a permanência e a habitualidade da exposição a agentes nocivos à saúde são requisitos exigíveis apenas para as atividades exercidas a partir de 29/04/1995, quando entrou em vigor a Lei n. 9.032/95, que alterou a redação do art. 57, § 3º, da Lei n. 8.213/1991"* (*AgInt no REsp 1.695.360/SP, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, Primeira Turma, j. 1º/04/2019, DJe 03/04/2019*).

2.1. Inicialmente, considerava-se suficiente a constatação por meio dos *formulários padrões* (IS SSS-501.19/71, ISS-132, SB-40, DISES BE 5235, DSS-8030, DIRBEN-8030), preenchidos pelo empregador, independentemente de laudo técnico, com as devidas ressalvas aos agentes nocivos ruído, calor e frio, que sempre dependeram de demonstração por meio de laudo.

Nesse sentido é a compreensão do C. STJ, manifestada no Incidente de Uniformização de Jurisprudência, *Pet 9.194/PR*, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA (*Primeira Seção, j. 28/05/2014, publ. 03/06/2014*).

2.2. Noutro giro, o artigo 58 da Lei n. 8.213, de 24/07/1991, passou a exigir *laudo técnico* para comprovação das condições adversas de trabalho.

O *Laudo Técnico de Condições Ambientais (LTCAT)* previsto no § 1º do artigo 58 da LBPS deve ser elaborado por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho, e objetiva evidenciar as condições do local de trabalho para fins de reconhecimento de atividade especial. A atualização do documento é anual, quando da avaliação global, ou sempre que ocorrer qualquer alteração no ambiente de trabalho ou em sua organização.

Essa regra foi introduzida na ordem jurídica nacional pela Medida Provisória (MP) n. 1.523, de 11/10/1996, diversas vezes reeditada, e republicada pela MP n. 1.596-14, de 10/11/1997, finalmente convertida na *Lei n. 9.528, de 10/12/1997*.

Nessa senda, ponderando que ainda não se encontra totalmente sedimentada a jurisprudência sobre o assunto, passo a acompanhar o entendimento professado por esta E. Décima Turma, acerca da exigência do *laudo técnico ou perícia técnica* a partir da *Lei n. 9.528, de 10/12/1997*, visto que essa norma legal concedeu supedâneo jurídico válido ao Decreto n. 2.172, de 05/03/1997, em homenagem ao princípio constitucional da estrita legalidade.

Nesse sentido, colaciono precedentes do E. Superior Tribunal de Justiça:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA. TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL. EXPOSIÇÃO A RUÍDO. COMPROVAÇÃO. NECESSIDADE DE LAUDO TÉCNICO. NÃO RECONHECIMENTO PELO TRIBUNAL A QUO. ALTERAÇÃO DO JULGADO. SÚMULA 7/STJ.

(...) 2. E ainda, nos termos da jurisprudência pacífica desta Corte, até o advento da Lei 9.032/1995, é possível o reconhecimento do tempo de serviço especial em face do enquadramento na categoria profissional do trabalhador. A partir dessa lei, a comprovação da atividade especial se dá por meio dos formulários SB-40 e DSS-8030, expedidos pelo INSS e preenchidos pelo empregador, situação modificada com a Lei 9.528/1997, que passou a exigir laudo técnico.

3. Contudo, o STJ orienta-se no sentido de que o reconhecimento da exposição ao agente nocivo ruído só se dá por laudo pericial; caso contrário, não é possível o reconhecimento do labor em condição especial. Precedente: REsp 1.657.238/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 5/5/2017.

(...) 7. Agravo conhecido para não conhecer do Recurso Especial. (AREsp 1773720/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/02/2021, DJe 01/07/2021)

Com o mesmo entendimento: AgInt no AREsp 894.266/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, j. 06/10/2016, DJe 17/10/2016; AgRg no

AREsp 767.585/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, j. 27/10/2015, DJe 20/11/2015; REsp n. 422.616/RS, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, j. 02/03/2004, DJ 24/05/2004, p. 323; REsp n. 421.045/SC, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, j. 06/05/2004, DJ 28/06/2004, p. 382.

2.3. Ainda, a partir de 01/01/2004 passou a ser exigida a apresentação do formulário *Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP)*, que substituiu os formulários anteriores, e dispensa a apresentação de laudo pericial, inclusive o LTCAT.

O *novo formulário* foi previsto pelo § 4º do artigo 58 da LBPS a partir da alteração da Lei n. 9.528, de 10/12/1997, tendo sido regulamentado na forma do artigo 68 do Decreto n. 3.048, de 06/05/1999, e, inicialmente, pelas IN INSS ns. 95, 99 e 100, todas de 2003. O documento constitui o histórico-laboral do segurado, objetivando evidenciar os riscos do respectivo ambiente de trabalho e consolidar as informações constantes nos instrumentos previstos nas normas de proteção ao ambiente laboral.

O PPP é confeccionado com suporte nos dados do laudo técnico, razão por que é dispensada a apresentação do LTCAT, exceto na hipótese de impugnação idônea de seu conteúdo, na forma do artigo 272 da IN INSS n. 128, de 28/03/2022.

Nesse sentido, o entendimento do C. STJ, consoante o Incidente de Uniformização de Jurisprudência, *Pet. 10.262*, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, que recebeu a seguinte ementa:

PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. PREVIDENCIÁRIO. COMPROVAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL. RUIÍDO. PERFIL PROFISSIOGRÁFICO PREVIDENCIÁRIO (PPP). APRESENTAÇÃO SIMULTÂNEA DO RESPECTIVO LAUDO TÉCNICO DE CONDIÇÕES AMBIENTAIS DE TRABALHO (LTCAT). DESNECESSIDADE QUANDO AUSENTE IDÔNEA IMPUGNAÇÃO AO CONTEÚDO DO PPP.

1. *Em regra, trazido aos autos o Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), dispensável se faz, para o reconhecimento e contagem do tempo de serviço especial do segurado, a juntada do respectivo Laudo Técnico de Condições Ambientais de Trabalho (LTCAT), na medida que o PPP já é elaborado com base nos dados existentes no LTCAT, ressalvando-se, entretanto, a necessidade da também apresentação desse laudo quando idoneamente impugnado o conteúdo do PPP.*

2. No caso concreto, conforme destacado no escoreito acórdão da TNU, assim como no bem lançado pronunciamento do Parquet, não foi suscitada pelo órgão previdenciário nenhuma objeção específica às informações técnicas constantes do PPP anexado aos autos, não se podendo, por isso, recusar-lhe validade como meio de prova apto à comprovação da exposição do trabalhador ao agente nocivo "ruído".

3. Pedido de uniformização de jurisprudência improcedente.

(*Pet 10.262/RS*, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/02/2017, DJe 16/02/2017)

Ressalte-se que o PPP é documento que retrata as características do trabalho do segurado, e traz a identificação do engenheiro ou perito responsável pela avaliação das condições de trabalho, sendo apto para comprovar o exercício de atividade sob condições especiais, fazendo as vezes do laudo técnico. Precedente: *TRF3, Décima Turma, AC 00283905320084039999, Rel. Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO, DJF3 24/02/2010.*

Síntese da comprovação do tempo de trabalho especial

O reconhecimento do trabalho especial será possível, considerada a evolução legislativa exposta, nos seguintes termos:

1) *até 28/04/1995*: com fulcro na Lei n. 3.807, de 26/08/1960 (LOPS), e suas alterações; e, posteriormente, a Lei n. 8.213, de 24/07/1991, em sua redação original, pela *presunção da especialidade* do trabalho, mediante o enquadramento da *atividade*, considerada a *ocupação profissional* ou a exposição a *agentes nocivos*, segundo as normas de regência da época, especialmente os Decretos n. 53.831, de 25/03/1964 e n. 83.080, de 24/01/1979. Admitida *qualquer meio probatório*, inclusive, mediante os antigos formulários, que vigoraram até 31/12/2003, independentemente de laudo técnico, à exceção dos agentes calor, frio e ruído.

2) *a partir de 29/04/1995*: entrou em vigor a Lei n. 9.032, de 28/04/1995, que alterou o artigo 57 da Lei n. 8.213, de 24/07/1991, e extinguiu a *presunção da especialidade* das atividades por categoria profissional, passando a ser imprescindível a demonstração por *qualquer meio de prova* da submissão aos *agentes insalubres*, considerando-se suficiente a apresentação de *formulários padrão* (IS SSS-501.19/71, ISS-132, SB-40, DISES-BE 5235, DSS-8030, DIRBEN-8030) preenchidos pela empresa (artigo 272 da IN INSS n. 128, de 28/03/2022), *independentemente de laudo técnico*, à exceção dos agentes calor, frio e ruído.

3) *a partir de 11/12/1997*: tem efetividade o Decreto n. 2.172, de 05/03/1997, que regulamenta a *Lei n. 9.528, de 10/12/1997*, o qual convalidou a MP n. 1.523, de 11/10/1996, diversas vezes reeditada, e republicada pela MP n. 1.596-14, de 10/11/1997, exigindo para o reconhecimento de tempo de serviço especial a *prova qualificada da efetiva sujeição* do segurado a quaisquer agentes agressivos mediante apresentação de formulário padrão elaborado com supedâneo em *Laudo Técnico* de Condições Ambientais do Trabalho (LTCAT) ou *perícia técnica*.

4) *a partir de 01/01/2004*: é obrigatória a apresentação do Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), na forma do § 4º do artigo 58 da Lei n. 8.213, de 24/07/1991, com redação da Lei n. 9.528, de 10/12/1997, regulamentado pelo artigo 68 do Decreto n. 3.048, de 06/05/1999, e, inicialmente, pelas IN INSS ns. 95, 99 e 100, de 2003, depois pelo artigo 128 da IN INSS 128, de 28/03/2022.

Da conversão do tempo de trabalho

Após o reconhecimento do período laborado em condição comum ou especial, passa-se à utilização do respectivo interregno, mediante a conversão do

tempo, para fins da aposentadoria. Entretanto, após a EC 103/2019, não há previsão na ordem jurídica nacional do direito à conversão de tempo de serviço.

1. A possibilidade de conversão de tempo *comum em especial*, com fulcro na redação original do artigo 57, § 3º, da *Lei n. 8.213, de 24/07/1991*, denominada *conversão inversa*, permaneceu hígida até ser *suprimida* na data da publicação da *Lei n. 9.032, de 28/04/1995*, passando a ser vedada a partir de 29/04/1995.

2. No que toca à *conversão do tempo especial em comum*, o artigo 25, § 2º da EC 103/2019, reconheceu essa possibilidade, porém tão somente até a data de entrada em vigor da Reforma Previdenciária da EC 103/2019, em 13/11/2019, proibindo a conversão de tempo laborado após esta data, *in verbis*:

Art. 25 (...) § 2º "Será reconhecida a conversão de tempo especial em comum, na forma prevista na Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, ao segurado do Regime Geral de Previdência Social que comprovar tempo de efetivo exercício de atividade sujeita a condições especiais que efetivamente prejudiquem a saúde, cumprido até a data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional, vedada a conversão para o tempo cumprido após esta data".

Vale rememorar que o assunto foi objeto de discussões. A celeuma iniciou-se a partir da entrada em vigor do artigo 28 da MP n. 1.663-10, de 28/05/1998, que havia revogado em parte o artigo 57 da Lei n. 8.213, de 24/07/1991, vedando, naquela ocasião, a possibilidade de conversão de tempo especial em comum. No entanto, após diversas reedições, a norma revogadora foi suprimida da Lei n. 9.711, de 20/11/1998, remanescendo na ordem jurídica a possibilidade de convolar, garantida pelo teor do § 5º do artigo 57 da LBPS.

Assim, o C. STJ consolidou o entendimento sobre o direito do trabalhador à conversão do tempo de serviço especial em comum para fins de concessão de aposentadoria, no julgamento do *REsp n. 1.151.363/MG*, Rel. Ministro JORGE MUSSI, (*j. 23/03/2011, pub. 05/04/2011, t. j. 10/05/2011*), cristalizando as teses dos *Temas 422 e 423, in verbis*:

Tema 422/STJ: Permanece a possibilidade de conversão do tempo de serviço exercido em atividades especiais para comum após 1998, pois a partir da última reedição da MP n. 1.663, parcialmente convertida na Lei 9.711/1998, a norma tornou-se definitiva sem a parte do texto que revogava o referido § 5º do art. 57 da Lei n. 8.213/1991.

Tema 423/STJ: A adoção deste ou daquele fator de conversão depende, tão somente, do tempo de contribuição total exigido em lei para a aposentadoria integral, ou seja, deve corresponder ao valor tomado como parâmetro, numa relação de proporcionalidade, o que corresponde a um mero cálculo matemático e não de regra previdenciária.

Ainda, tratando novamente da questão, o C. STJ deliberou a respeito da lei aplicável ao pedido de conversão do período de trabalho especial em comum e vice-versa, no julgamento do *REsp n. 1.310.034/PR*, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, firmando entendimento de que deve prevalecer a legislação vigente no momento do respectivo requerimento administrativo, conforme a tese do *Tema 546/STJ*: "A lei vigente por ocasião da aposentadoria é a aplicável ao direito à conversão entre tempos de serviço especial e comum, independentemente do regime jurídico à época da prestação do serviço" (*Primeira Seção, j. 24/10/2012, DJe 19/12/2012, t. j. 08/01/2018*).

Colhe-se da ementa do v. acórdão que: "(...) o STJ sedimentou o entendimento de que, em regra; a) a configuração do tempo especial é de acordo com a lei vigente no momento do labor, e b) a lei em vigor quando preenchidas as exigências da aposentadoria é a que define o fator de conversão entre as espécies de tempo de serviço".

Esse entendimento foi ratificado por ocasião do julgamento dos embargos de declaração: *EDcl no REsp 1.310.034/PR, j. 26/11/2014*; e *EDcl no REsp 1.310.034/PR, j. 10/06/2015, t. j. 08/01/2018*.

Nesse diapasão, uma vez prestado o serviço, o segurado adquire o direito à contagem sob a égide da norma jurídica em vigor no momento da prestação. Entretanto, o direito à conversão deve se submeter à disciplina vigente por ocasião do perfazimento do direito à aposentação.

Do equipamento de proteção individual (EPI)

O exame da utilização de Equipamento de Proteção Individual (EPI) passou a ser exigido para fins de aferição da intensidade do agente agressivo e, conseqüentemente, caracterização do tempo especial, a partir da edição da MP n. 1.729, de 02/12/1998, convertida na Lei n. 9.732, de 11/12/1998, que alterou o § 2º do artigo 58 da LBPS.

Dessa forma, somente após 03/12/1998 a informação relativa ao EPI eficaz passou a conceder supedâneo ao INSS para afastar a especialidade do labor.

No entanto, a discussão sobre o uso de EPI eficaz encontra-se balizada pelo C. STF no julgamento do *ARE n. 664.335*, Rel. Ministro LUIZ FUX, sob os auspícios da repercussão geral, tendo sido cristalizadas duas teses do *Tema 555/STF*: (i) "a primeira tese objetiva que se firma é: o direito à aposentadoria especial pressupõe a efetiva exposição do trabalhador a agente nocivo à sua saúde, de modo que, se o EPI for realmente capaz de neutralizar a nocividade não haverá respaldo constitucional à aposentadoria especial"; (ii) "a segunda tese fixada (...): na hipótese de exposição do trabalhador a ruído acima dos limites legais de tolerância, a declaração do empregador, no âmbito do Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), no sentido da eficácia do Equipamento de Proteção Individual – EPI, não descaracteriza o tempo de serviço especial para aposentadoria". (*ARE 664335, Relator Ministro LUIZ FUX, Tribunal Pleno, j. 04/12/2014, publ. 12/02/2015, trâns. julg. 04/03/2015*)

Assim, segundo a *ratio decidendi* fixada pelo Tema 555/STF, na hipótese de o segurado apresentar PPP indicativo de sua exposição a determinado agente nocivo, e inexistindo prova de que o EPI, embora atenua os efeitos prejudiciais, seja capaz de neutralizar totalmente a nocividade do ambiente laborativo, é de rigor admitir a especialidade do labor, até porque, no caso de divergência ou dúvida, a premissa é pelo reconhecimento do direito à especialidade do trabalho.

Nesse sentido é o entendimento desta E. Décima Turma:

PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. ATIVIDADE ESPECIAL. RUÍDO.

3. O uso do equipamento de proteção individual - EPI, pode ser insuficiente para neutralizar completamente a nocividade a que o trabalhador esteja submetido. (STF, ARE 664335/SC, Tribunal Pleno, Relator Ministro Luiz Fux, j. 04/12/2014, DJe-029 DIVULG 11/02/2015 Public 12/02/2015).

(...) 8. Remessa oficial, havida como submetida, e apelação providas em parte.

(TRF 3ª Região, 10ª Turma, ApCiv 5255662-30.2020.4.03.9999, Rel. Desembargador Federal PAULO OCTAVIO BAPTISTA PEREIRA, j. 03/02/2022, DJEN: 09/02/2022)

Da prévia fonte de custeio

A matéria foi pacificada pelo C. STF no mesmo julgamento do ARE 664.335/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, (j. 04/12/2014, publ. 12/02/2015, t. j. 04/03/2015), quando foi afastada a alegação de ausência de prévia fonte de custeio para o direito à aposentadoria especial.

É sabido que o recolhimento das contribuições previdenciárias constitui obrigação do empregador. Incabível, pois, penalizar o trabalhador pela ausência do pagamento de tributos por parte da empresa, vez que a Autarquia Previdenciária tem mecanismos próprios de receber seus créditos, especialmente as contribuições sociais destinadas ao custeio da aposentação especial, na forma do artigo 57, §§ 6º e 7º, da LBPS, c/c os artigos 22, II, e 30, I, da Lei n. 8.212, de 24/07/1991, que institui o Plano de Custeio da Previdência Social, essa é a *ratio decidendi* do referido precedente obrigatório.

Da data do início do benefício (DIB)

Cumprido reiterar que o reconhecimento do direito à contagem do tempo especial deve ser norteado pelo momento que se consolidou a efetiva prestação das atividades especiais, porquanto o trabalhador incorporou ao seu patrimônio jurídico o direito à contagem do interregno como especial.

O C. STJ consolidou a orientação no sentido de que a data de início do pagamento do benefício (DIB) será fixada na data do requerimento administrativo (DER), se estiverem preenchidos os requisitos, *ainda que a comprovação da especialidade da atividade tenha surgido em momento posterior*, nos termos do Incidente de Uniformização, Petição 9.582, cuja ementa foi assim redigida, *in verbis*:

“PREVIDENCIÁRIO. INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. APOSENTADORIA ESPECIAL. TERMO INICIAL: DATA DO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO, QUANDO JÁ PREENCHIDOS OS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA PROVIDO.

1. O art. 57, § 2o., da Lei 8.213/91 confere à aposentadoria especial o mesmo tratamento dado para a fixação do termo inicial da aposentadoria por idade, qual seja, a data de entrada do requerimento administrativo para todos os segurados, exceto o empregado.

2. A comprovação extemporânea da situação jurídica consolidada em momento anterior não tem o condão de afastar o direito adquirido do segurado, impondo-se o reconhecimento do direito ao benefício previdenciário no momento do requerimento administrativo, quando preenchidos os requisitos para a concessão da aposentadoria.

3. *In casu, merece reparos o acórdão recorrido que, a despeito de reconhecer que o segurado já havia implementado os requisitos para a concessão de aposentadoria especial na data do requerimento administrativo, determinou a data inicial do benefício em momento posterior, quando foram apresentados em juízo os documentos comprobatórios do tempo laborado em condições especiais.*

4. Incidente de uniformização provido para fazer prevalecer a orientação ora firmada.”

(STJ - Petição nº 9.582 - RS (2012/0239062-7), Primeira Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 26/08/15).

Da exposição ao agente agressivo ruído

O reconhecimento do exercício de trabalho sob condições especiais pela exposição ao agente nocivo ruído depende dos níveis de pressão sonora durante o desempenho da atividade laboral, dos meios de prova, da habitualidade e permanência do labor e da metodologia, cuja aferição deve observar as normas de regência vigentes ao tempo da prestação do serviço, conforme os precedentes obrigatórios do C. STJ, especialmente cristalizados nos Temas 534, 694 e 1083/STJ.

Quanto aos níveis de tolerância

1) *até 05/03/1997*, data da edição do Decreto n. 2.172/1997, incidem as normas do Decreto n. 53.831/1964, item 1.1.6. do Quadro Anexo, no Decreto n. 83.080/1979, item 1.1.5. do Anexo I: ruído superior ou igual a *80 dB(A)* (*oitenta decibéis*);

2) *de 06/03/1997 até 18/11/2003*, data da publicação do Decreto n. 2.172/97, item 2.0.1. do Anexo IV; e durante a vigência do Decreto n. 3.048/99, item 2.0.1. do Anexo IV: ruído superior ou igual a *90 dB(A)* (*noventa decibéis*);

3) *a partir de 19/11/2003*, data da publicação do Decreto n. 4.882/2003, que alterou o Decreto n. 3.048/1999, item 2.0.1. do Anexo IV: ruído igual ou superior a *85 dB(A)* (*oitenta e cinco decibéis*).

Não há que se falar em aplicação retroativa do Decreto n. 4.882/2003, que alterou o Decreto n. 3.048/1999, para reduzir o limite de tolerância a ruído de 90 para 85 decibéis, conforme assentou o C. STJ no Tema 694, com fulcro no princípio *tempus regit actum*, sob pena de ofensa ao artigo 6º da LINDB, (*REsp 1.398.260/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, j. 14/5/2014, DJe de 5/12/2014*).

Quanto à *comprovação da efetiva exposição ao ruído*

a) *até 31/12/2003*, é de rigor a prova da medição prática dos níveis sonoros deve constar de laudo técnico indicativo da insalubridade decorrente do ruído, exceto na hipótese de apresentação do PPP, por força da orientação firmada pelo C. STJ, acima referida, no Incidente de Uniformização de Jurisprudência, Petição 10.262, Relator Ministro SÉRGIO KUKINA, DJe 16/02/2017;

b) *a partir de 01/01/2004*: deve ser observada a apresentação de Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), que substituiu não somente os formulários, mas, inclusive, o laudo pericial, porque é elaborado com fundamento no LTCAT.

Quanto à *habitualidade e permanência*

1) *até 28/04/1995*: não é exigido o caráter habitual e permanente da exposição na aferição do agente nocivo, por ausência de previsão legal;

2) *a partir de 29/04/1995*: entrou em vigor a Lei n. 9.032, de 28/04/1995, que alterou o § 3º do artigo 57 da Lei n. 8.213, de 24/07/1991, passando a exigir que o trabalho sob o efeito do agente nocivo seja permanente, não ocasional nem intermitente, conforme o C. STJ assentou no *Tema 534/STJ*, acima referido.

Nesse sentido, enfatiza o C. STJ que: "*a permanência e a habitualidade da exposição a agentes nocivos à saúde são requisitos exigíveis apenas para as atividades exercidas a partir de 29/04/1995, quando entrou em vigor a Lei n. 9.032/1995, que alterou a redação do art. 57, § 3º, da Lei n. 8.213/1991*", (*AgInt REsp 1.695.360/SP, rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, j. 1º/04/2019, DJe 03/04/2019*)

Cabe referir que não há no PPP um campo específico para anotação do caráter habitual e permanente da exposição, o que não impede o reconhecimento da natureza especial do labor, porquanto o artigo 65 do Decreto n. 3.048, de 06/05/1999, admite que essas condições emanam do trabalho exercido de forma não ocasional nem intermitente, no qual a exposição ao agente nocivo seja indissociável da produção do bem ou da prestação do serviço.

No que toca à *metodologia de exposição*

1) *até 18/11/2003*, considera-se o nível máximo de ruído segundo o item 6 do Anexo I da NR-15/MTE, admitindo-se o denominado critério "pico de ruído", a média aritmética simples ou o Nível de Exposição Normalizado (NEN);

2) *a partir de 19/11/2003*, com a edição do Decreto n. 4.882/2003, que deu nova redação ao § 11 do artigo 68 do Decreto n. 3.048/1999, foi estabelecida a

metodologia da Fundação Jorge Duprat Figueiredo de Segurança e Medicina do Trabalho – FUNDACENTRO, na forma da Norma de Higiene Ocupacional n. 1 (NHO 01), itens 5.1.1.1; 6.4; e 6.4.3, alusiva ao Nível de Exposição Normalizado (NEN), admitindo-se a metodologia da NR-15, nos casos de ausência de indicação desse critério no documento.

Esse é o entendimento pacificado pelo C. STJ no julgamento dos REsp 1.886.795 e 1.890.010, Relator Ministro GURGEL DE FARIA, (DJe 25/11/2021), que firmou o Tema 1083/STJ: *“O reconhecimento do exercício de atividade sob condições especiais pela exposição ao agente nocivo ruído, quando constatados diferentes níveis de efeitos sonoros, deve ser aferido por meio do Nível de Exposição Normalizado (NEN). Ausente essa informação, deverá ser adotado como critério o nível máximo de ruído (pico de ruído), desde que perícia técnica judicial comprove a habitualidade e a permanência da exposição ao agente nocivo na produção do bem ou na prestação do serviço”*.

Dessa forma, o C. STJ cristalizou a compreensão de que a exposição ao agente nocivo ruído, para fins de reconhecimento da especialidade do tempo de labor, deve ser cotejada segundo o Nível de Exposição Normalizado (NEN), admitindo, ainda, quando ausente essa informação, a adoção do critério do nível máximo do ruído (ruído de pico), conforme a NR-15/MTE, desde que perícia técnica judicial comprove a habitualidade e a permanência da exposição ao agente nocivo na produção do bem ou na prestação do serviço, o que não implica a exigência de natureza constante e ininterrupta.

Ressalte-se que a metodologia indicada nos documentos técnicos, (formulários, PPP e LTCAT), firmados por profissionais qualificados, tem presunção de veracidade, sobretudo quando o PPP não for impugnado em sede administrativa, nem tampouco exigidos outros documentos complementares, conforme o artigo 281, § 5º, da IN INSS n. 128, de 28/03/2022. Ademais, é atribuição da empresa a comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos, mediante formulário na forma estabelecida pelo INSS, na forma do artigo 58, § 1º, da LBPS, razão por que compete à Autarquia Previdenciária realizar todos os atos e procedimentos necessários à verificação do atendimento das obrigações impostas pela legislação previdenciária, e a imposição da multa por seu eventual descumprimento, por força do artigo 125-A da Lei n. 8.213, de 24/07/1991, incluído pela Lei n. 11.941, de 27/05/2009.

A esse respeito decidiu o C. STJ: *“(...) o segurado, à evidência, não pode ser punido no caso de ausência do correto recolhimento das contribuições previdenciárias por parte do empregador, nem pela falta ou falha do INSS na fiscalização da regularidade das exações. Precedentes”*. (REsp n. 1.502.017/RS, relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, j. 4/10/2016, DJe 18/10/2016).

Ademais, a redação anterior do Enunciado 13 do Conselho de Recursos da Previdência Social (CRPS), em vigor até 25/03/2021, permitia que constasse do PPP a técnica utilizada e a respectiva norma, *sem* qualquer especificação, aceitando, portanto, a eventual ausência de referência ao NEN. Foi somente em

26/03/2021 que se deu a reedição do enunciado para consignar a necessidade de fazer “constar no PPP o nível de ruído em Nível de Exposição Normalizado - NEN ou a técnica/metodologia “dosimetria” ou “áudio dosimetria” (RES. Nº 33/CRPS, DE 26/03/2021)”, de forma que o INSS não recusava o PPP por ausência de histograma, memória de cálculo ou utilização do Nível de Exposição Normalizado.

Sob essa perspectiva, e observando a *ratio decidendi* contida no Tema 1083/STJ, é de rigor aferir a intensidade do ruído segundo a metodologia do Nível de Exposição Normalizado (NEN) da NHO-01 da FUNDACENTRO, bem da NR-15, porquanto o § 3º do artigo 57 da LBPS não conduz à necessidade de exposição ininterrupta ao fator de risco.

Evidentemente, há que se fazer a distinção quando se verificar que a variação entre níveis de efeito sonoro alcança intervalos acima dos limites que a lei estabelece como indicativa de indiscutível lesividade.

Além disso, considerando que as circunstâncias ambientais e o aparelho utilizado podem alterar a medição, possibilita-se a adoção de “*margem de erro de 1 dB (A) e 1,4 dB (A), como preconiza a International Electrotechnical Commission (www.iec.ch), que editou a norma IEC 61672*”. Nesse sentido: TRF3, Décima Turma, AC 0011970-05.2014.4.03.6105, Rel. Desembargador Federal NELSON PORFIRIO, j. 04/12/2018, e-DJF3 12/12/2018.

Dos agentes químicos hidrocarbonetos e poeiras minerais

O trabalho exercido com exposição habitual e permanente aos *agentes químicos* hidrocarbonetos, seus derivados e outros tóxicos inorgânicos e poeiras minerais, sílica, sílica livre, carvão mineral e seus derivados é considerado *especial* conforme estabelecido nos itens 1.2.9 e 1.2.11, do Quadro do Decreto n. 53.831/1964; e 1.2.10 e 1.2.11, do Anexo I do Decreto n. 83.080/1979 e 1.0.7, 1.0.17, 1.0.18 e 1.0.19 dos Decretos ns. 2.172/1997 e 3.048/1999.

Segundo o Anexo 13, da NR-15 do Ministério do Trabalho, a exposição do trabalhador a *agentes químicos* à base de hidrocarbonetos, outros tóxicos inorgânicos e poeiras mineiras, como a sílica, tem sua intensidade medida por análise qualitativa, bastando apenas o contato físico para caracterização da especialidade do trabalho, uma vez que não estabelece limites de tolerância ou quaisquer especificações no que tange à composição dos agentes.

Nesse sentido, os seguintes julgados desta Colenda Décima Turma e Egrégia Corte:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. ATIVIDADE ESPECIAL. AGENTE QUÍMICO TOLUENO. BENEFÍCIO DEVIDO.

1. Aposentadoria integral exige-se o tempo mínimo de contribuição (35 anos para homem, e 30 anos para mulher) e será concedida levando-se em conta somente o tempo de serviço, sem exigência de idade ou pedágio, nos termos do Art. 201, § 7º, I, da CF.

2. Até 29/04/95 a comprovação do tempo de serviço laborado em condições especiais era feita mediante o enquadramento da atividade no rol dos Decretos 53.831/64 e 83.080/79. A partir daquela data até a publicação da Lei 9.528/97, em 10/12/1997, por meio da apresentação de formulário que demonstre a efetiva exposição de forma permanente, não ocasional nem intermitente, a agentes prejudiciais a saúde ou a integridade física. Após 10/12/1997, tal formulário deve estar fundamentado em laudo técnico das condições ambientais do trabalho, assinado por médico do trabalho ou engenheiro do trabalho. Quanto aos agentes ruído e calor, o laudo pericial sempre foi exigido.

3. O tolueno é agente nocivo previsto no item 1.2.11 do Decreto 53.831/64. Nos termos do §4º do art. 68, do Decreto 3.048/99 com a nova redação dada pelo Decreto 8.123/2013, a exposição, habitual e permanente, às substâncias químicas cancerígenas justifica a contagem especial, independentemente de sua concentração. Sobretudo que os hidrocarbonetos aromáticos possuem em sua composição o benzeno, substância relacionada como cancerígena no anexo nº13-A da NR-15 e da do Ministério do Trabalho e da Portaria Interministerial 9, de 7/10/2014 do Ministério do Trabalho e Emprego.

4. O uso do equipamento de proteção individual - EPI, pode ser insuficiente para neutralizar completamente a nocividade a que o trabalhador esteja submetido. (STF, ARE 664335/SC, Tribunal Pleno, Relator Ministro Luiz Fux, j. 04/12/2014, DJe-029 DIVULG 11/02/2015 Public 12/02/2015).

5. O tempo de contribuição computado administrativamente, satisfaz a carência exigida pelo Art. 25, II, da Lei 8213/91.

6. Preenchidos os requisitos, a autora faz jus ao benefício de aposentadoria integral por tempo de contribuição.

7. A correção monetária, que incide sobre as prestações em atraso desde as respectivas competências, e os juros de mora devem ser aplicados de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, observando-se a aplicação do IPCA-E conforme decisão do e. STF, em regime de julgamento de recursos repetitivos no RE 870947, e o decidido também por aquela Corte quando do julgamento da questão de ordem nas ADIs 4357 e 4425.

8. Os juros de mora incidirão até a data da expedição do precatório/RPV, conforme decidido em 19.04.2017 pelo Pleno do e. Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do RE 579431, com repercussão geral reconhecida. A partir de então deve ser observada a Súmula Vinculante nº 17.

9. Os honorários advocatícios devem observar as disposições contidas no inciso II, do § 4º, do Art. 85, do CPC, e a Súmula 111, do e. STJ.

10. A autarquia previdenciária está isenta das custas e emolumentos, nos termos do Art. 4º, I, da Lei 9.289/96, do Art. 24-A da Lei 9.028/95, com a redação dada pelo Art. 3º da MP 2.180-35/01, e do Art. 8º, § 1º, da Lei 8.620/93.

11. Apelação provida em parte.

(TRF 3ª Região, AC nº 2119587/SP, 0043695-33.2015.4.03.9999, Décima Turma, Rel. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:09/08/2018)

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. REMESSA OFICIAL. SENTENÇA ILÍQUIDA. NÃO OCORRÊNCIA. ATIVIDADE ESPECIAL. HIDROCARBONETOS. CONVERSÃO DA

APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO EM APOSENTADORIA ESPECIAL. TERMO A *QUO*. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

(...)

III- No que se refere ao reconhecimento da atividade especial, a jurisprudência é pacífica no sentido de que deve ser aplicada a lei vigente à época em que exercido o trabalho, à luz do princípio *tempus regit actum*.

IV- Em se tratando de agentes químicos, impende salientar que a constatação dos mesmos deve ser realizada mediante avaliação qualitativa e não quantitativa, bastando a exposição do segurado aos referidos agentes para configurar a especialidade do labor.

V- A documentação apresentada permite o reconhecimento da atividade especial do período pleiteado.

VI- Com relação à aposentadoria especial, houve o cumprimento dos requisitos previstos no art. 57 da Lei nº 8.213/91, motivo pelo qual a parte autora faz jus à conversão da aposentadoria por tempo de contribuição em aposentadoria especial.

VII- O termo inicial da conversão do benefício deve ser fixado na data do pedido na esfera administrativa, nos termos do art. 57, § 2º c/c art. 49, da Lei nº 8.213/91, não sendo relevante o fato de a comprovação da atividade especial ter ocorrido apenas no processo judicial.

(...)

X- Matéria preliminar rejeitada. No mérito, apelações da parte autora e do INSS parcialmente providas.

(TRF 3ª Região, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 2223287, Oitava Turma, Relator Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA, e-DJF3: 03/05/2019)

Apresentado panorama legal passemos, pois ao exame do acervo fático-probatório produzido nos autos.

Do caso concreto

Trata-se de ação previdenciária objetivando reconhecimento do labor especial, com posterior conversão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição em aposentadoria especial.

A r. sentença findou-se parcialmente procedente para reconhecer a especialidade laborativa dos períodos de 01/11/1984 a 28/01/1997 e 10/03/1997 a 10/06/2002 e de 01/01/2004 a 30/04/2014 e condenar a Autarquia Previdenciária a converter aposentadoria por tempo de contribuição em aposentadoria especial, desde a data do requerimento administrativo (07/10/2015).

Apela o INSS requerendo o afastamento do reconhecimento da especialidade do período de e 01/01/2004 a 30/04/2014.

De pronto, os períodos laborais estão devidamente comprovados pela cópia do extrato CNIS anexado aos autos (ID 136602716, p.9).

Quanto ao período em discussão, acerca dos qual se litiga a respeito do reconhecimento da atividade como especial, está assim detalhado:

Período: 01/01/2004 a 30/04/2014

Empregador: Ferramentaria e Estamparia Pristel Ind. e Com. Ltda

Função: fresador ferramenteiro

Prova: PPP (ID 136602717, p. 14 e ID 136602718, 1/6)

Enquadramento/Norma: *Especial* – em que pese a aferição do ruído indique intensidade dentro dos limites legais, há exposição habitual e permanente a agentes químicos (hidrocarbonetos aromáticos – óleo e graxa) - itens 1.2.9 e 1.2.11, do Quadro do Decreto n. 53.831/1964; e 1.2.10 e 1.2.11, do Anexo I do Decreto n. 83.080/1979 e 1.0.7, 1.0.17, 1.0.18 e 1.0.19 dos Decretos ns. 2.172/1997 e 3.048/1999

Com efeito, exsurge do conjunto probatório que a parte autora esteve exposta a agentes químicos e, segundo o Anexo 13, da NR-15 do Ministério do Trabalho, a exposição do trabalhador a agentes químicos à base de hidrocarbonetos tem sua intensidade medida por análise qualitativa, bastando apenas o contato físico para caracterização da especialidade do trabalho, uma vez que não estabelece limites de tolerância ou quaisquer especificações no que tange à composição dos agentes.

Frise-se que as provas carreadas aos autos foram elaboradas por profissionais legalmente habilitados.

No que concerne às anotações sobre a utilização de Equipamento de Proteção Individual (EPI) eficaz, as informações do PPP não são idôneas para descaracterizar a natureza especial do labor, porquanto não há dados sobre a real eficácia do EPI, nem tampouco provas de que o tipo de equipamento utilizado foi realmente suficiente para eliminar ou mitigar a nocividade dos agentes nocivos descritos. Ademais, como assentado pelo C. STF no Tema 555/STF, na hipótese de dúvida ou divergência é de rigor o reconhecimento da especialidade do trabalho.

Dessa forma, considerando o conjunto probatório dos autos, é de rigor o reconhecimento da atividade especial, exercida sob condições nocivas à saúde ou à integridade física do segurado, no período de *01/01/2004 a 30/04/2014, devendo ser mantida a r. sentença.*

Dos honorários advocatícios

Em razão da sucumbência recursal, majoro os honorários advocatícios fixados na r. sentença em 2% (dois pontos percentuais), observadas as normas do artigo 85, §§ 3º, 5º e 11, do CPC.

Dispositivo

Ante o exposto, *nego provimento* à apelação do INSS, nos termos da fundamentação.

É o voto.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL 5000411-34.2018.4.03.6134

Embargantes: RONALDO AUGUSTO DE LIMA, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Embargado: V. ACÓRDÃO DE FLS.

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 16/02/2023

EMENTA

DIREITO PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO/CONTRIBUIÇÃO. FATO SUPERVENIENTE. ART. 493 CPC. EMBARGOS DA PARTE AUTORA ACOLHIDOS EM PARTE. ART. 1.022 DO CPC. CARÁTER INFRINGENTE. PREQUESTIONAMENTO. EMBARGOS DA AUTARQUIA REJEITADOS.

1- Se algum fato constitutivo, ocorrido no curso do processo autorizar a concessão do benefício, é de ser levado em conta, competindo ao Juiz ou à Corte atendê-lo no momento em que proferir a decisão (Art. 493, do CPC), tal como sucede nesta demanda em que o autor completou tempo suficiente para a concessão da aposentadoria integral por tempo de serviço/contribuição. Embargos da parte autora parcialmente acolhidos.

2- Os embargos declaratórios da autarquia são manifestamente improcedentes. Diante das regras insertas no ordenamento processual civil vigente, não se mostra possível a reanálise do julgado.

3- Os argumentos deduzidos pelo embargante não são capazes de infirmar a conclusão adotada.

4- Denota-se que o recurso tem nítido caráter infringente, ou seja, pretende o recorrente que esta Turma reveja a decisão proferida, para que outra atenda à interpretação trazida em seu bojo, não havendo, propriamente, falha a ser sanada.

5- Os embargos de declaração não são hábeis ao reexame da causa, devendo o recorrente valer-se das vias próprias para a impugnação pretendida, entendimento, aliás, já sufragado pelas Cortes Pátrias.

6- O conceito de obscuridade, para fins de oposição de embargos de declaração, não coincide com o distanciamento do julgado do ponto de vista do embargante acerca dos dispositivos legais que reputa violados. Julgado obscuro, a reclamar reparos, é julgado incompreensível, seja pela utilização de termos herméticos ou ambíguos, o que não é o caso dos autos.

7- Quanto à pretensão de prequestionamento do tema, intenciona o embargante, por meio de embargos, rediscutir a lide, o que não tem o condão de tornar cabíveis os embargos de declaração, eis que inexistente fundamento que justifique sua oposição, porquanto não configurados os requisitos do Art. 1.022 do CPC. Precedentes do STJ, desta Turma e da Terceira Seção desta Corte.

8- Embargos da autarquia rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Décima Turma, por unanimidade, decidiu acolher parcialmente os embargos de declaração da parte autora e rejeitar os embargos de declaração da autarquia, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração, opostos em face de acórdão que, por unanimidade, negou provimento à remessa oficial, havida como submetida, e à apelação do réu e deu parcial provimento à apelação da parte autora, assim ementado:

“PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. ATIVIDADE ESPECIAL. RUÍDO. AGENTES QUÍMICOS. AVERBAÇÃO.

1. Para a aposentadoria integral exige-se o tempo mínimo de contribuição (35 anos para homem, e 30 anos para mulher) e será concedida levando-se em conta somente o tempo de serviço, sem exigência de idade ou pedágio, nos termos do Art. 201, § 7º, I, da CF.

2. Até 29/04/95 a comprovação do tempo de serviço laborado em condições especiais era feita mediante o enquadramento da atividade no rol dos Decretos 53.831/64 e 83.080/79. A partir daquela data até a publicação da Lei 9.528/97, em 10/12/1997, por meio da apresentação de formulário que demonstre a efetiva exposição de forma permanente, não ocasional nem intermitente, a agentes prejudiciais a saúde ou a integridade física. Após 10/12/1997, tal formulário deve estar fundamentado em laudo técnico das condições ambientais do trabalho, assinado por médico do trabalho ou engenheiro do trabalho. Quanto aos agentes ruído e calor, o laudo pericial sempre foi exigido.

3. Admite-se como especial a atividade exposta a ruídos superiores a 80 decibéis até 05/03/1997, a 90 decibéis no período entre 06/03/1997 e 18/11/2003 e, a partir de então, até os dias atuais, em nível acima de 85 decibéis. (REsp 1398260/PR, Relator Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, j. 14/05/2014, DJe 05/12/2014).

4. A exposição a agentes químicos se enquadra nos itens 1.2.11 do Decreto 53.831/64 e 1.0.19, do Decreto 3.048/99.
5. Não preenchidos os requisitos, não faz jus a parte autora ao benefício de aposentadoria por tempo de contribuição.
6. Tendo a autoria decaído de parte do pedido, devem ser observadas as disposições contidas nos §§ 2º, 3º, I, e 4º, do Art. 85, e no Art. 86, do CPC.
7. Remessa oficial, havida como submetida, e apelação do réu desprovidas e apelação da parte autora provida em parte.”

Alega a parte autora, em síntese, omissão quanto à comprovação por outros meios de prova da especialidade do labor desenvolvido, pois PPP ocultou a existência de diversos produtos tóxicos e nocivos que existiam no seu ambiente de trabalho. Assere, ainda, omissão quanto ao pedido subsidiário de reafirmação da DER. Opõem-se os presentes embargos para fins de prequestionamento.

Por sua vez, sustenta a autarquia, em suma, omissão, contradição e obscuridade quanto ao reconhecimento de período especial, em razão da exposição ao agente químico, após 02/12/1998, com o advento da MP 1.729/98, convertida na Lei 9.732/98, mesmo estando comprovada a utilização de EPI eficaz; destacando violação à tese firmada no ARE 664.335/SC pelo STF e à prévia fonte de custeio, prevista no Art. 195, § 5º, da CF e Art. 125, da Lei 8.213/91. Opõem-se os presentes embargos para fins de prequestionamento.

Com manifestação da autoria sobre os embargos do INSS.

É o relatório.

VOTO

Os embargos declaratórios da parte autora merecem ser parcialmente acolhidos.

Em consonância com o decidido pelo C. STJ, é de ser admitida como especial a atividade em que o segurado ficou exposto a ruídos superiores a 80 dB até 05/03/97, e 90 dB no período entre 06/03/97 e 18/11/03 e, a partir de então até os dias atuais, em nível acima de 85 dB.

Com efeito, esta Turma, ao negar provimento à remessa oficial, havida como submetida, e à apelação do réu e dar parcial provimento à apelação do autor, o fez sob o entendimento de que não se reconhece como especial o período de 01/09/03 a 07/10/16, laborado na Antibióticos do Brasil Ltda., no cargo de operador de produção B, no setor parenteral, uma vez que esteve exposto a ruído de 82,6 dB(A), abaixo do previsto em lei, não havendo menção também ao tipo de poeira a que estava exposto, conforme consta do PPP (ID 107811102 e 107811103), emitido em 10/02/2017.

Todavia, antes da inclusão do recurso de apelação em pauta de julgamento, o autor apresentou petição (ID 131483190), requerendo a reafirmação da DER, tanto em relação ao pedido principal (aposentadoria

especial) quanto ao pedido subsidiário (aposentadoria por tempo de contribuição), nos termos da tese fixada no Tema 995 do STJ. E, em nova petição (ID 164607064), pleiteou a juntada de Perfil Profissiográfico Previdenciário – PPP atualizado, datado de 07/12/2020 (ID 164607069).

Assim, verifica-se que o autor comprovou que exerceu atividade especial nos períodos de:

- 01/09/03 a 29/03/09, laborado na Antibióticos do Brasil Ltda., exposto a metil etil cetona, agente nocivo previsto no item 1.2.11 do Decreto 53.831/64 e 1.0.19, do Decreto 3.048/99, conforme consta do novo PPP;

- 30/03/09 a 27/03/13 e de 28/03/13 a 27/03/14, laborados na Antibióticos do Brasil Ltda., exposto a ruído de 86,7 dB(A), agente nocivo previsto no item 2.0.1, anexo IV, dos Decretos 2.172/97 e 3.048/99, conforme PPP.

A autarquia já reconheceu administrativamente o período especial de 21/01/91 a 13/10/96.

Assim, o tempo total de trabalho em atividade especial, convertido em tempo comum e somados aos demais períodos comuns, não alcança o suficiente para a aposentadoria especial e nem para a aposentadoria por tempo de contribuição até a DER em 07/10/16.

Todavia, é certo que, se algum fato constitutivo, ocorrido no curso do processo, autorizar a concessão do benefício, é de ser levado em conta, competindo ao Juiz ou à Corte atendê-lo no momento em que proferir a decisão (Art. 493, do CPC), tal como sucede nesta demanda em que o autor completou, em 12/10/2016, 35 anos de tempo de contribuição, suficiente para a concessão da aposentadoria integral por tempo de serviço/contribuição.

O termo inicial do benefício deve ser fixado na data da citação, vez que, na data do requerimento administrativo apresentado, não havia, ainda, implementado o tempo necessário. Todavia, não havendo nos autos certidão de citação do réu, considero-a como efetivada na data em que subscrita a sua contestação (31/08/2018).

Convém alertar que das prestações vencidas deverão ser descontadas aquelas pagas administrativamente ou por força de liminar, e insuscetíveis de cumulação com o benefício concedido, na forma do Art. 124, da Lei 8.213/91, não podendo ser incluídos, no cálculo do valor do benefício, os períodos trabalhados, comuns ou especiais, após o termo inicial/data de início do benefício – DIB.

Ademais, no que se refere ao termo inicial de incidência dos juros de mora, cumpre esclarecer apenas que devem incidir após o prazo de 45 (quarenta e cinco) dias contados da data da publicação da decisão que procedeu à reafirmação da DER.

Por sua vez, os embargos declaratórios da autarquia são manifestamente improcedentes.

Diante das regras insertas no ordenamento processual civil vigente, não se mostra possível a reanálise do julgado.

Com efeito, no que diz respeito ao uso de equipamento de proteção individual, insta observar que este não descaracteriza a natureza especial da atividade a ser considerada, uma vez que tal equipamento não elimina os agentes nocivos à saúde que atingem o segurado em seu ambiente de trabalho, mas somente reduz seus efeitos.

Nesse sentido, confirmam-se julgados do C. STJ e desta Corte:

“PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CÔMPUTO DE TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL. RECONHECIMENTO DE TRABALHO SUJEITO A AGENTES NOCIVOS. LAUDO TÉCNICO PRODUZIDO EM EMPRESA SIMILAR. ADMISSIBILIDADE. AMPLA PROTEÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DO SEGURADO. INVIABILIDADE DE CONVERSÃO DE TEMPO COMUM EM ESPECIAL QUANDO O REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO OCORRER NA VIGÊNCIA DA LEI 9.032/95. RESP. 1.310.034/PR REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR. RECURSO ESPECIAL DA AUTARQUIA PARCIALMENTE PROVIDO PARA RECONHECER A IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DE TEMPO COMUM EM ESPECIAL.

1. Nas hipóteses em que não for possível a realização de perícia no local onde o serviço foi prestado, admite-se a feitura de perícia indireta ou por similitude, por meio do estudo técnico, em outro estabelecimento que apresente condições de trabalho semelhantes a que estava submetido o segurado, para fins de comprovação de atividade especial.

2. A Lei 9.732/1998, alterou o parágrafo 2o. do art. 58 da Lei 8.213/1991, tão somente, para afirmar que no laudo técnico que comprova a efetiva exposição do Segurado aos agentes nocivos deverá constar a informação sobre a existência de tecnologia de proteção coletiva ou individual que diminua a intensidade do agente agressivo a limites de tolerância e recomendação sobre a sua adoção pelo estabelecimento respectivo. Não há qualquer previsão no texto normativo de que a informação acerca do uso do EPI, por si só, seja suficiente para descaracterizar a especialidade da atividade.

3. O acórdão recorrido está alinhado com a orientação jurisprudencial desta Corte e do Supremo Tribunal Federal de que afirma que *o uso de EPI não afasta, por si só, o reconhecimento da atividade como especial, devendo ser apreciado caso a caso, a fim de comprovar sua real efetividade por meio de perícia técnica especializada e desde que devidamente demonstrado o uso permanente pelo empregado durante a jornada de trabalho. Prevalecendo o reconhecimento da especialidade da atividade em caso de divergência ou dúvida sobre a real eficácia do Equipamento de Proteção Individual.*

4. Entendo que a Lei 9.032/1995, ao vedar a possibilidade de conversão de tempo de serviço comum em especial para fins de concessão do benefício de aposentadoria especial, não atinge os períodos anteriores à sua vigência, mesmo nas hipóteses em que os requisitos para a concessão da inativação venham a ser preenchidos posteriormente, visto que não se aplica retroativamente lei nova que venha a estabelecer restrições em relação ao tempo de serviço.

5. A meu ver, a impossibilidade de conversão esvazia a Norma Constitucional, prevista em seu art. 201, § 1o., que prevê a adoção de critérios distintos para a concessão de aposentadoria ao segurado que exerça atividade sob condições especiais.

6. Contudo, esta Corte no julgamento do REsp. 1.310.034/PR, de relatoria do eminente Ministro HERMAN BENJAMIN, julgado sob o rito dos Recursos Representativos da Controvérsia, consolidou a orientação de que não é possível a conversão do tempo de atividade comum em tempo especial para atividades anteriores à vigência da Lei 9.032/1995, quando o requerimento é realizado apenas após este marco legal.

7. Recurso Especial do INSS parcialmente provido para reconhecer a impossibilidade de conversão do tempo comum em especial, no caso de preenchimento dos requisitos da aposentadoria especial após 25.4.1995." (g.n.)

(REsp 1.436.160/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, j. 22/03/2018, DJe 05/04/2018)

"PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL. ATIVIDADE ESPECIAL. COBRADOR E MOTORISTA DE ÔNIBUS. RUÍDO. COMPROVAÇÃO. RECONHECIMENTO PARCIAL. VPI. VIBRAÇÃO DE CORPO INTEIRO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGA PARA MOTORISTAS E COBRADORES. RESTRIÇÃO AOS TRABALHOS COM PERFURATRIZES E MARTELETES PNEUMÁTICOS. TEMPO INSUFICIENTE PARA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA ESPECIAL. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÕES DESPROVIDAS.

1 - O INSS foi condenado a reconhecer período de labor especial do autor. Assim, não havendo como se apurar o valor da condenação, trata-se de sentença ilíquida e sujeita ao reexame necessário, nos termos do inciso I do artigo 475 do CPC/73 e da Súmula 490 do STJ.

2- A aposentadoria especial foi instituída pelo artigo 31 da Lei n. 3.807, de 26.08.1960 (Lei Orgânica da Previdência Social, LOPS). Sobreveio a Lei n. 5.890, de 08.06.1973, que revogou o artigo 31 da LOPS, e cujo artigo 9º passou a reger esse benefício. A benesse era devida ao segurado que contasse 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme a atividade profissional, de serviços para esse efeito considerados penosos, insalubres ou perigosos, por decreto do Poder Executivo.

3 - O Decreto nº 53.831/64 foi o primeiro a trazer a lista de atividades especiais para efeitos previdenciários, tendo como base a atividade profissional ou a exposição do segurado a agentes nocivos. Já o Decreto nº 83.080/79 estabeleceu nova lista de atividades profissionais, agentes físicos, químicos e biológicos presumidamente nocivos à saúde, para fins de aposentadoria especial, sendo que, o Anexo I classificava as atividades de acordo com os agentes nocivos enquanto que o Anexo II trazia a classificação das atividades segundo os grupos profissionais.

4 - Atualmente, a aposentadoria especial encontra previsão no art. 57 da Lei nº 8.213/91.

5 - Logo, até a edição da Lei nº 9.032/95, era possível o reconhecimento da atividade especial: (a) com base no enquadramento na categoria profissional, desde que a atividade fosse indicada como perigosa, insalubre ou penosa nos anexos dos Decretos nº 53.831/64 ou 83.080/79 (presunção legal); ou (b) mediante comprovação da submissão do trabalhador, independentemente da

atividade ou profissão, a algum dos agentes nocivos, por qualquer meio de prova, exceto para ruído e calor.

6 - A apresentação de laudo pericial, Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP ou outro formulário equivalente para fins de comprovação de tempo de serviço especial, somente passou a ser exigida a partir de 06.03.1997 (Decreto nº. 2.172/97), exceto para os casos de ruído e calor, em que sempre houve exigência de laudo técnico para verificação do nível de exposição do trabalhador às condições especiais.

7 - O Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), instituído pela Lei nº 9.528/97, emitido com base nos registros ambientais e com referência ao responsável técnico por sua aferição, substitui, para todos os efeitos, o laudo pericial técnico, quanto à comprovação de tempo laborado em condições especiais.

8 - Saliente-se ser desnecessário que o laudo técnico seja contemporâneo ao período em que exercida a atividade insalubre. Precedentes deste E. TRF 3ª Região.

9 - *A desqualificação em decorrência do uso de EPI vincula-se à prova da efetiva neutralização do agente, sendo que a mera redução de riscos e a dúvida sobre a eficácia do equipamento não infirmam o cômputo diferenciado.* Cabe ressaltar, também, que a tese consagrada pelo C. STF excepcionou o tratamento conferido ao agente agressivo ruído, que, ainda que integralmente neutralizado, evidencia o trabalho em condições especiais.

(...)

24 - Apelações e remessa necessária desprovidas." (g.n.)

(ApCiv 0005201-38.2014.4.03.6183, Rel. Desembargador Federal CARLOS EDUARDO DELGADO, 7ª Turma, j. 29/04/2020, Intimação via sistema 15/05/2020)

Ainda que o laudo consigne a eliminação total dos agentes nocivos, é firme o entendimento desta Corte no sentido da impossibilidade de se garantir que tais equipamentos tenham sido utilizados durante todo o tempo em que executado o serviço, especialmente quando seu uso somente tornou-se obrigatório com a Lei 9.732/98.

Por demais, em julgamento proferido pelo E. Supremo Tribunal Federal, em tema com repercussão geral reconhecido pelo Plenário virtual no ARE 664.335/SC, restou decidido que o uso do equipamento de proteção individual - EPI pode ser insuficiente para neutralizar completamente a nocividade a que o trabalhador esteja submetido.

No caso em exame, verificou-se que o autor comprovou que exerceu atividade especial nos períodos de:

- 14/10/96 a 30/11/02, laborado na Antibióticos do Brasil Ltda., no cargo de preparador material estéril, operador produção e operador especializado, nos setores de cristalização e injetáveis, exposto a cloro, formaldeído, fenol, cefalotina sódica, lactato de sódio, bicarbonato de sódio, perlita, etato de sódio dissódico, acetona, sanetizante LPH, peróxido de hidrogênio, bioper e isopropanol, agentes nocivos previstos no item 1.2.11 do Decreto 53.831/64 e

item 1.0.19, do Decreto 3.048/99, conforme consta do Perfil Profissiográfico Previdenciário – PPP (ID 107811102 e 107811103);

- 01/12/02 a 30/08/03, laborado na Antibióticos do Brasil Ltda., no cargo de operador produção B, no setor veterinária, exposto a ruído de 93 dB(A), agente nocivo previsto no item 2.0.1, anexo IV, dos Decretos 2.172/97 e 3.048/99, conforme PPP (ID 107811102 e 107811103). Também esteve exposto a tilosina, nicarbazina, sicosil, fosfato de tilosina, sulfametazina, monensina sódica, narasin, kamoran, laurel-sulfato de sódio, sulfato de apromicina, tartarato de tilosina e bircarbonato de sódio.

A descrição das atividades descritas no referido PPP, revela que a parte autora, no desempenho dos trabalhos, permaneceu exposta aos agentes agressivos, nos aludidos períodos, de modo habitual e permanente, não ocasional e nem intermitente.

Não obstante constar do PPP a simples menção de que o EPI é eficaz, não há prova efetiva da neutralização do agente nocivo. Diante da multiplicidade de tarefas exercidas pela parte autora e sujeita a agentes químicos, como se sabe, em ambiente insalubre a todo instante, mister se faz o reconhecimento da insalubridade a que estava exposta.

Os argumentos deduzidos pelo embargante não são capazes de infirmar a conclusão adotada, nos termos do Art. 489, § 1º, IV, do CPC.

Como se observa do julgado, não há omissão, contradição ou obscuridade, tendo a matéria de fato e de direito sido analisada na sua inteireza, consoante recurso apresentado, essencial à sua solução, sendo inviável, pois, o acolhimento do presente recurso.

Denota-se que o recurso tem nítido caráter infringente, ou seja, pretende o embargante que esta Turma reveja a decisão proferida, para que outra atenda à interpretação trazida em seu bojo, não havendo, propriamente, falha a ser sanada. Impugna-se o conteúdo do decisório já assentado, no qual, conforme já destacado, não se vislumbram os requisitos admitidos para o seu acolhimento.

Os embargos de declaração não são hábeis ao reexame da causa, devendo o recorrente valer-se das vias próprias para a impugnação pretendida, entendimento, aliás, já sufragado pelas Cortes Pátrias (v.g. - EDcl no AgInt no AREsp 957.434/RJ, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, j. 20/06/2017, DJe 26/06/2017; EDcl na Rcl 3.009/BA, Rel. Min. ANTONIO CARLOS FERREIRA, Segunda Seção, j. 24/05/2017, DJe 30/05/2017; EDcl no AgInt nos EAREsp 601.386/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Corte Especial, j. 07/12/2016, DJe 14/12/2016; AC 2172483, Rel. Des. Fed. JOHONSOM DI SALVO, Sexta Turma, j. 06/07/2017, e-DJF3 Judicial 1 18/07/2017; AC 2158525, Rel. Des. Fed. GILBERTO JORDAN, Nona Turma, j. 26/06/2017, e-DJF3 Judicial 1 10/07/2017; AR 10898, Rel. Des.(a) Fed. TANIA MARANGONI, Terceira Seção, j. 08/06/2017, e-DJF3 Judicial 1 22/06/2017).

Quanto à pretensão de prequestionamento do tema, intenciona o embargante, por meio deste recurso, rediscutir a lide, o que não tem o condão de tornar cabíveis os embargos de declaração, eis que inexistente fundamento que justifique sua oposição, porquanto não configurados os requisitos do Art. 1.022 do CPC, consoante jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. INDEFERIMENTO LIMINAR. VÍCIOS. INOCORRÊNCIA. PRETENSÃO DE REDISCUSSÃO DO JULGADO. INADEQUAÇÃO. PREQUESTIONAMENTO. EMBARGOS REJEITADOS.

1. Inexistente qualquer ambiguidade, obscuridade, omissão ou contradição a ser sanada, uma vez que o acórdão embargado explicitou, fundamentadamente, as razões pelas quais manteve a decisão que indeferiu liminarmente os embargos de divergência.

2. Não se prestam os aclaratórios para rediscutir matéria devidamente enfrentada e decidida pelo acórdão embargado. Precedentes.

3. Não cabe a esta Corte Superior manifestar-se, em embargos de declaração, ainda que para fins de prequestionamento, sobre suposta afronta a dispositivos da Constituição Federal, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

4. Embargos de declaração rejeitados.”

(EDcl no AgInt nos EAREsp 1.687.418/SE, Rel. Ministro JORGE MUSSI, CORTE ESPECIAL, j. 08/02/2022, DJe 14/02/2022)

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA - AUSÊNCIA DE OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO, OMISSÃO OU ERRO MATERIAL - REDISCUSSÃO DO JULGADO - IMPOSSIBILIDADE.

1. Os embargos de declaração, a teor das disposições do art. 1.022 do Código de Processo Civil de 2015, são inviáveis quando inexistente obscuridade, contradição, omissão ou erro material na decisão embargada.

1.1. Ausência de omissão, contradição, obscuridade ou erro material do acórdão embargado. Recurso dotado de caráter manifestamente infringente. Inexistência de demonstração dos vícios apontados, objetivando à rediscussão da matéria, já repetidamente decidida.

2. Não cabe ao STJ o exame de dispositivos constitucionais em sede de embargos de declaração, ainda que manejados para fins de prequestionamento. Precedentes.

3. Embargos de declaração rejeitados.”

(EDcl no AgInt no CC 173.276/MG, Rel. Ministro MARCO BUZZI, SEGUNDA SEÇÃO, j. 30/11/2021, DJe 02/12/2021)

O conceito de obscuridade, para fins de oposição de embargos de declaração, não coincide com o distanciamento do julgado do ponto de vista do embargante acerca dos dispositivos legais que reputa violados. Julgado obscuro, a reclamar reparos, é julgado incompreensível, seja pela utilização de termos herméticos ou ambíguos, o que não é o caso dos autos.

Por fim, resta consignar ser inequívoco que a causa, ainda que com conclusão diversa da pretensão da parte embargante, restou enfrentada pelo v. acórdão, consoante interpretação dada à matéria por este Tribunal, sendo, também, descabido o prequestionamento do tema, na ausência de obscuridade, contradição, omissão ou erro material no julgado, conforme entendimento desta Turma e da Terceira Seção desta Corte:

“PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO INTERNO. APOSENTADORIA ESPECIAL. ATIVIDADE ESPECIAL. AUXÍLIO-DOENÇA. ENTENDIMENTO E. STJ. TEMA 998. TRÂNSITO EM JULGADO. DESNECESSIDADE. OMISSÃO. CONTRARIEDADE. NÃO CONSTATADAS. MATÉRIA REPISADA.

I - O objetivo dos embargos de declaração, de acordo com o art. 1.022 do Código de Processo Civil de 2015, é sanar eventual obscuridade, contradição ou omissão e, ainda, conforme o entendimento jurisprudencial, a ocorrência de erro material no julgado.

II - O fato de o autor ter permanecido em gozo de auxílio-doença previdenciário/acidentário não elide o direito à contagem prejudicial, tendo em vista que a parte interessada exercia atividade especial quando do afastamento do trabalho.

III - O C. STJ, no julgamento do REsp nº 1.759.098, fixou a tese de que o segurado que exerce atividades em condições especiais, quando em gozo de auxílio-doença – seja acidentário ou previdenciário – faz jus ao cômputo desse período como especial.

IV - Não se exige o trânsito em julgado do acórdão paradigma para aplicação da tese firmada pelo E. STJ aos processos em curso, mormente em se tratando de tema firmado em representativos da controvérsia repetitiva.

V - Os artigos 57 e 58 da Lei 8.213/91, que 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.

VI - *Ainda que os embargos de declaração tenham a finalidade de prequestionamento, devem observar os limites traçados no art. 1.022 do CPC (STJ-1a Turma, Resp 11.465-0-SP, rel. Min. Demócrito Reinaldo, j. 23.11.92, rejeitaram os embs., v.u., DJU 15.2.93, p. 1.665).*

VII - Embargos de declaração opostos pelo INSS rejeitados.” (g.n.)
(ApCiv 5001095-90.2017.4.03.6134, Rel. Desembargador Federal SERGIO DO NASCIMENTO, 10ª Turma, j. 01/02/2022, Intimação via sistema 04/02/2022)

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AÇÃO RESCISÓRIA. AUSENTES OS VÍCIOS APONTADOS NO RECURSO. CARÁTER INFRINGENTE. IMPOSSIBILIDADE. PREQUESTIONAMENTO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. Verifica-se que o v. acórdão embargado apreciou a matéria objeto dos presentes embargos de forma adequada, não havendo que se falar em omissão, obscuridade ou contradição.

2. O escopo de prequestionar a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário perde a relevância, em sede de embargos de

declaração, se não demonstrada ocorrência de qualquer das hipóteses de cabimento previstas em lei.

3. Embargos de declaração rejeitados.”

(AR 5020446-16.2020.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal TORU YAMAMOTO, 3ª Seção, j. 25/02/2022, DJEN 04/03/2022)

Ante o exposto, voto por acolher parcialmente os embargos de declaração da parte autora, para conceder o benefício de aposentadoria integral por tempo de serviço/contribuição, e rejeitar os embargos de declaração da autarquia.

APELAÇÃO CÍVEL 5008933-61.2019.4.03.6119

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: JUCENILDO SOARES DA SILVA
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS DELGADO
Disponibilização do Acórdão: DJEN 23/02/2023

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. ART. 52 E SEQUINTE DA LEI Nº 8.213/91. ATIVIDADE ESPECIAL. COLETOR DE LIXO URBANO. MOTORISTA DE VEÍCULO DE COLETA DE LIXO AGENTES BIOLÓGICOS. CONJUNTO PROBATÓRIO. RECONHECIMENTO. BENEFÍCIO INTEGRAL CONCEDIDO. DATA DE INÍCIO. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. VERBA HONORÁRIA. APELAÇÃO DO INSS DESPROVIDA. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA ESTABELECIDOS DE OFÍCIO.

1 - Com relação ao reconhecimento da atividade exercida como especial e em obediência ao aforismo *tempus regit actum*, uma vez prestado o serviço sob a égide de legislação que o ampara, o segurado adquire o direito à contagem como tal, bem como à comprovação das condições de trabalho na forma então exigida, não se aplicando retroativamente lei nova que venha a estabelecer restrições à admissão do tempo de serviço especial (STJ, AgRg no REsp 493.458/RS e REsp 491.338/RS; Súmula nº 13 TR-JEF-3ªR; artigo 70, § 1º, Decreto nº 3.048/1999).

2 - Em período anterior à da edição da Lei nº 9.032/95, a aposentadoria especial e a conversão do tempo trabalhado em atividades especiais eram concedidas em virtude da categoria profissional, conforme a classificação inserta no Anexo do Decreto nº 53.831, de 25 de março de 1964, e nos Anexos I e II do Decreto nº 83.080, de 24 de janeiro de 1979, ratificados pelo art. 292 do Decreto nº 611, de 21 de julho de 1992, o qual regulamentou, inicialmente, a Lei de Benefícios, preconizando a desnecessidade de laudo técnico da efetiva exposição aos agentes agressivos, exceto para ruído e calor.

3 - A Lei nº 9.032, de 29 de abril de 1995, deu nova redação ao art. 57 da Lei de Benefícios, alterando substancialmente o seu §4º, passando a exigir a demonstração da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos, químicos, físicos e biológicos, de forma habitual e permanente, sendo suficiente a apresentação de formulário-padrão fornecido pela empresa. A partir de então, retirou-se do ordenamento jurídico a possibilidade do mero enquadramento da atividade do

segurado em categoria profissional considerada especial, mantendo, contudo, a possibilidade de conversão do tempo de trabalho comum em especial. Precedentes do STJ.

4 - O Decreto nº 53.831/64 foi o primeiro a trazer a lista de atividades especiais para efeitos previdenciários, tendo como base a atividade profissional ou a exposição do segurado a agentes nocivos. Já o Decreto nº 83.080/79 estabeleceu nova lista de atividades profissionais, agentes físicos, químicos e biológicos presumidamente nocivos à saúde, para fins de aposentadoria especial, sendo que, o Anexo I classificava as atividades de acordo com os agentes nocivos enquanto que o Anexo II trazia a classificação das atividades segundo os grupos profissionais.

5 - Com o advento da Lei nº 6.887/1980, ficou claramente explicitado na legislação a hipótese da conversão do tempo laborado em condições especiais em tempo comum, de forma a harmonizar a adoção de dois sistemas de aposentadoria díspares, um comum e outro especial, o que não significa que a atividade especial, antes disso, deva ser desconsiderada para fins de conversão, eis que tal circunstância decorreria da própria lógica do sistema.

6 - Posteriormente, a Medida Provisória nº 1.523, de 11/10/1996, sucessivamente reeditada até a Medida Provisória nº 1.523-13, de 25/10/1997, convalidada e revogada pela Medida Provisória nº 1.596-14, de 10/11/1997, e ao final convertida na Lei nº 9.528, de 10/12/1997, modificou o artigo 58 e lhe acrescentou quatro parágrafos. A regulamentação dessas regras veio com a edição do Decreto nº 2.172, de 05/03/1997, em vigor a partir de sua publicação, em 06/03/1997, que passou a exigir laudo técnico das condições ambientais de trabalho, expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho.

7 - Em suma: (a) até 28/04/1995, é possível a qualificação da atividade laboral pela categoria profissional ou pela comprovação da exposição a agente nocivo, por qualquer modalidade de prova; (b) a partir de 29/04/1995, é defeso reconhecer o tempo especial em razão de ocupação profissional, sendo necessário comprovar a exposição efetiva a agente nocivo, habitual e permanentemente, por meio de formulário-padrão fornecido pela empresa; (c) a partir de 11/12/1997, a aferição da exposição aos agentes pressupõe a existência de laudo técnico de condições ambientais, elaborado por profissional apto ou por perfil profissiográfico previdenciário (PPP), preenchido com informações extraídas de laudo técnico e com indicação dos profissionais responsáveis pelos registros ambientais ou pela monitoração biológica, que constitui instrumento hábil para a avaliação das condições laborais.

8 - O Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), instituído pela Lei nº 9.528/97, emitido com base nos registros ambientais e com referência

ao responsável técnico por sua aferição, substitui, para todos os efeitos, o laudo pericial técnico, quanto à comprovação de tempo laborado em condições especiais.

9 - Saliente-se ser desnecessário que o laudo técnico seja contemporâneo ao período em que exercida a atividade insalubre. Precedentes deste E. TRF 3º Região.

10 - A desqualificação em decorrência do uso de EPI vincula-se à prova da efetiva neutralização do agente, sendo que a mera redução de riscos e a dúvida sobre a eficácia do equipamento não infirmam o cômputo diferenciado. Cabe ressaltar, também, que a tese consagrada pelo C. STF excepcionou o tratamento conferido ao agente agressivo ruído, que, ainda que integralmente neutralizado, evidencia o trabalho em condições especiais.

11 - Vale frisar que a apresentação de laudos técnicos de forma extemporânea não impede o reconhecimento da especialidade, eis que de se supor que, com o passar do tempo, a evolução da tecnologia tem aptidão de redução das condições agressivas. Portanto, se constatado nível de ruído acima do permitido, em períodos posteriores ao laborado pela parte autora, forçoso concluir que, nos anos anteriores, referido nível era superior.

12 - É possível a conversão do tempo especial em comum, independentemente da data do exercício da atividade especial, consoante o disposto nos arts. 28 da Lei nº 9.711/98 e 57, § 5º, da Lei nº 8.213/91.

13 - Inicialmente, insta destacar que o próprio INSS reconheceu o labor nocivo do autor nos lapsos de 13/08/1991 a 30/04/1993 e de 01/05/1993 a 09/01/1996, conforme documento de ID 135769498 - Pág. 35/36, razão pela qual restam incontroversos.

14 - A r. sentença monocrática reconheceu o labor especial do autor no lapso de 14/01/1997 a 31/07/2014. O PPP de ID 135769498 - Pág. 14/15 comprova que o postulante, no período mencionado, laborou como coletor de lixo urbano e motorista de veículo para coleta de lixo urbano junto à Quitauna Serviços Ltda., exposto à ruído de 84dbA e 80dba, além de agentes biológicos no desempenho de seu labor (vírus, bactérias, microrganismos e parasitas infecto-contagiantes).

15 - Na hipótese em tela, comprovada a exposição do demandante à nocividade do agente biológico, verifica-se que a natureza de suas atividades já revela, por si só, que mesmo nos casos de utilização de equipamentos de proteção individual, tido por eficazes, não é possível afastar a insalubridade a que fica sujeito o profissional, de modo que se afigura possível enquadrar como especial os interregnos mencionados, de acordo com o código 3.0.1 do Decreto nº 3.048/99.

16 - Desta feita, à vista do conjunto probatório acostado aos autos, possível o reconhecimento do labor especial do autor no intervalo de 14/01/1997 a 31/07/2014.

17 - Conforme planilha elaborada na sentença de primeiro grau, somando-se o labor especial reconhecido nesta demanda, aos demais períodos constantes da CTPS de ID 135769498 – fls. 18/31 e extratos do CNIS de ID 135769498 - fl. 32, verifica-se que o autor contava com *36 anos, 01 mês e 26 dias de contribuição*, na data do requerimento administrativo (04/12/2017 – ID 135769498 - fls. 37), o que lhe assegura o direito à aposentadoria integral por tempo de contribuição.

18 - O termo inicial do benefício deve ser mantido na data do requerimento administrativo (04/12/2017 – ID 135769498 - fls. 37).

19 - 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.

20 - Os juros de mora 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.

21 - A partir da promulgação da EC nº 113/2021, publicada em 09/12/2021, para fins de atualização monetária e compensação da mora, haverá a incidência, uma única vez, até o efetivo pagamento, do índice da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic), acumulado mensalmente.

22 - Majoração dos honorários advocatícios em 1% (um por cento), nos termos do artigo 85, §11, CPC, respeitados os limites dos §§2º e 3º do mesmo artigo.

23 - Apelação do INSS desprovida. Correção monetária e juros de mora fixados de ofício.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sétima Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento ao apelo do INSS, e, 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 serão fixados de acordo com o mesmo Manual, sendo que a partir da promulgação da EC nº 113/2021 haverá a incidência, uma única vez, até o

efetivo pagamento, do índice da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic), acumulado mensalmente, majorando os honorários advocatícios em 1% (um por cento), respeitando-se os limites previstos nos §§ 2º e 3º do artigo 85 do CPC, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS DELGADO (RELATOR):

Trata-se de apelação interposta pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, em ação previdenciária ajuizada JUCENILDO SOARES DA SILVA, objetivando a concessão de aposentadoria por tempo de contribuição, mediante o reconhecimento de trabalho exercido em condições especiais.

A r. sentença de ID 135769512 – fls. 01/17 e ID 135769513 – fls. 01/02, proferida em 29/04/2020, julgou parcialmente procedente o pedido, para reconhecer a especialidade de 14/01/1997 a 31/07/2014, e condenou o INSS na implantação da aposentadoria por tempo de contribuição, a partir da data do requerimento administrativo (04/12/2017 – ID 135769498 – fls. 37), acrescidas as diferenças apuradas de correção monetária e de juros de mora. Condenou-o, ainda, no pagamento dos honorários advocatícios arbitrados no percentual mínimo do art. 85, §3º, do CPC. Tutela antecipada deferida.

Em razões recursais de ID 135769517 – fls. 01/06, o INSS alega que não restou comprovado o exercício de atividade especial pelo requerente, bem como que não restaram preenchidos os requisitos necessários à concessão do benefício.

Intimada a parte autora, apresentou contrarrazões.

Devidamente processado o recurso, foram os autos remetidos a este Tribunal Regional Federal.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS DELGADO (RELATOR):

Trata-se de pedido de concessão de aposentadoria por tempo de contribuição, mediante o cômputo de labor especial.

Com relação ao reconhecimento da atividade exercida como especial e em obediência ao aforismo *tempus regit actum*, uma vez prestado o serviço sob a égide de legislação que o ampara, o segurado adquire o direito à contagem como

tal, bem como à comprovação das condições de trabalho na forma então exigida, não se aplicando retroativamente lei nova que venha a estabelecer restrições à admissão do tempo de serviço especial (STJ, AgRg no REsp 493.458/RS e REsp 491.338/RS; Súmula nº 13 TR-JEF-3ªR; artigo 70, § 1º, Decreto nº 3.048/1999).

Cumpra salientar que em período anterior à da edição da Lei nº 9.032/95, a aposentadoria especial e a conversão do tempo trabalhado em atividades especiais eram concedidas em virtude da categoria profissional, conforme a classificação inserta no Anexo do Decreto nº 53.831, de 25 de março de 1964, e nos Anexos I e II do Decreto nº 83.080, de 24 de janeiro de 1979, ratificados pelo art. 292 do Decreto nº 611, de 21 de julho de 1992, o qual regulamentou, inicialmente, a Lei de Benefícios, preconizando a desnecessidade de laudo técnico da efetiva exposição aos agentes agressivos, exceto para ruído e calor.

Ou seja, a Lei nº 9.032, de 29 de abril de 1995, deu nova redação ao art. 57 da Lei de Benefícios, alterando substancialmente o seu §4º, passando a exigir a demonstração da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos, químicos, físicos e biológicos, de forma habitual e permanente, sendo suficiente a apresentação de formulário-padrão fornecido pela empresa. A partir de então, retirou-se do ordenamento jurídico a possibilidade do mero enquadramento da atividade do segurado em categoria profissional considerada especial, mantendo, contudo, a possibilidade de conversão do tempo de trabalho comum em especial.

Sobre o tema, precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça: 6ª Turma, REsp nº 440955, Rel. Min. Paulo Gallotti, j. 18/11/2004, DJ 01/02/2005, p. 624; 6ª Turma, AgRg no REsp nº 508865, Rel. Min. Paulo Medina, j. 07/08/2003, DJ 08/09/2003, p. 374.

O Decreto nº 53.831/64 foi o primeiro a trazer a lista de atividades especiais para efeitos previdenciários, tendo como base a atividade profissional ou a exposição do segurado a agentes nocivos.

Já o Decreto nº 83.080/79 estabeleceu nova lista de atividades profissionais, agentes físicos, químicos e biológicos presumidamente nocivos à saúde, para fins de aposentadoria especial, sendo que, o Anexo I classificava as atividades de acordo com os agentes nocivos enquanto que o Anexo II trazia a classificação das atividades segundo os grupos profissionais.

Com o advento da Lei nº 6.887/1980, ficou claramente explicitado na legislação a hipótese da conversão do tempo laborado em condições especiais em tempo comum, de forma a harmonizar a adoção de dois sistemas de aposentadoria díspares, um comum e outro especial, o que não significa que a atividade especial, antes disso, deva ser desconsiderada para fins de conversão, eis que tal circunstância decorreria da própria lógica do sistema.

Posteriormente, a Medida Provisória nº 1.523, de 11/10/1996, sucessivamente reeditada até a Medida Provisória nº 1.523-13, de 25/10/1997, convalidada e revogada pela Medida Provisória nº 1.596-14, de 10/11/1997, e ao final convertida na Lei nº 9.528, de 10/12/1997, modificou o artigo 58 e lhe

acrescentou quatro parágrafos. A regulamentação dessas regras veio com a edição do Decreto nº 2.172, de 05/03/1997, em vigor a partir de sua publicação, em 06/03/1997, que passou a exigir laudo técnico das condições ambientais de trabalho, expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho.

Em suma: (a) até 28/04/1995, é possível a qualificação da atividade laboral pela categoria profissional ou pela comprovação da exposição a agente nocivo, por qualquer modalidade de prova; (b) a partir de 29/04/1995, é defeso reconhecer o tempo especial em razão de ocupação profissional, sendo necessário comprovar a exposição efetiva a agente nocivo, habitual e permanentemente, por meio de formulário-padrão fornecido pela empresa; (c) a partir de 11/12/1997, a aferição da exposição aos agentes pressupõe a existência de laudo técnico de condições ambientais, elaborado por profissional apto ou por perfil profissiográfico previdenciário (PPP), preenchido com informações extraídas de laudo técnico e com indicação dos profissionais responsáveis pelos registros ambientais ou pela monitoração biológica, que constitui instrumento hábil para a avaliação das condições laborais.

Importante ressaltar que o Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), instituído pela Lei nº 9.528/97, emitido com base nos registros ambientais e com referência ao responsável técnico por sua aferição, substitui, para todos os efeitos, o laudo pericial técnico, quanto à comprovação de tempo laborado em condições especiais.

Saliente-se, mais, e na esteira de entendimento deste E. TRF, "a desnecessidade de que o laudo técnico seja contemporâneo ao período em que exercida a atividade insalubre, em face de inexistência de previsão legal para tanto, e desde que não haja mudanças significativas no cenário laboral" (TRF-3, APELREEX 0004079-86.2012.4.03.6109, OITAVA TURMA, Rel. Des. Fed. TANIA MARANGONI, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 15/05/2015). No mesmo sentido: TRF 3ª Região, SÉTIMA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1423903 - 0002587-92.2008.4.03.6111, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO DOMINGUES, julgado em 24/10/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/11/2016).

Por derradeiro, no que se refere ao uso de equipamento de proteção individual, verifica-se que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do ARE 664.335/SC, em sede de repercussão geral, fixou duas teses:

"(...) a primeira tese objetiva que se firma é: 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. A Administração poderá, no exercício da fiscalização, aferir as informações prestadas pela empresa, sem prejuízo do inafastável judicial review. Em caso de divergência ou dúvida sobre a real eficácia do Equipamento de Proteção Individual, a premissa a nortear a Administração e o Judiciário é pelo reconhecimento do direito ao benefício da aposentadoria especial. Isto porque o uso de EPI, no

caso concreto, pode não se afigurar suficiente para descaracterizar completamente a relação nociva a que o empregado se submete”;

(...)

a segunda tese fixada neste Recurso Extraordinário é a seguinte: na hipótese de exposição do trabalhador a ruído acima dos limites legais de tolerância, a declaração do empregador, no âmbito do Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), no sentido da eficácia do Equipamento de Proteção Individual - EPI, não descaracteriza o tempo de serviço especial para aposentadoria” (STF, ARE 664.335, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 04/12/2014, DJe n. 29, de 11.02.2015, public. 12.02.2015)” (grifos nossos).

Destarte, a desqualificação em decorrência do uso de EPI vincula-se à prova da efetiva neutralização do agente, sendo que a mera redução de riscos e a dúvida sobre a eficácia do equipamento não infirmam o cômputo diferenciado. Cabe ressaltar, também, que a tese consagrada pelo C. STF excepcionou o tratamento conferido ao agente agressivo ruído, que, ainda que integralmente neutralizado, evidencia o trabalho em condições especiais.

Saliente-se que, conforme declinado alhures, a apresentação de laudos técnicos de forma extemporânea não impede o reconhecimento da especialidade, eis que de se supor que, com o passar do tempo, a evolução da tecnologia tem aptidão de redução das condições agressivas. Portanto, se constatado nível de ruído acima do permitido, em períodos posteriores ao laborado pela parte autora, forçoso concluir que, nos anos anteriores, referido nível era superior.

Acresça-se, ainda, ser possível a conversão do tempo especial em comum, independentemente da data do exercício da atividade especial, conforme se extrai da conjugação das regras dos arts. 28 da Lei nº 9.711/98 e 57, § 5º, da Lei nº 8.213/91.

Do caso concreto.

Inicialmente, insta destacar que o próprio INSS reconheceu o labor nocivo do autor nos lapsos de 13/08/1991 a 30/04/1993 e de 01/05/1993 a 09/01/1996, conforme documento de ID 135769498 - Pág. 35/36, razão pela qual restam incontroversos.

A r. sentença monocrática reconheceu o labor especial do autor no lapso de 14/01/1997 a 31/07/2014.

O PPP de ID 135769498 - Pág. 14/15 comprova que o postulante, no período mencionado, laborou como coletor de lixo urbano e motorista de veículo para coleta de lixo urbano junto à Quitauna Serviços Ltda., exposto à ruído de 84dbA e 80dba, além de agentes biológicos no desempenho de seu labor (vírus, bactérias, microrganismos e parasitas infecto-contagiantes).

Na hipótese em tela, comprovada a exposição do demandante à nocividade do agente biológico, verifica-se que a natureza de suas atividades já revela, por si só, que mesmo nos casos de utilização de equipamentos de proteção individual, tido por eficazes, não é possível afastar a insalubridade a que fica sujeito o profissional, de modo que se afigura possível enquadrar como especial

os interregnos mencionados, de acordo com o código 3.0.1 do Decreto nº 3.048/99.

Desta feita, à vista do conjunto probatório acostado aos autos, possível o reconhecimento do labor especial do autor no intervalo de 14/01/1997 a 31/07/2014.

A aposentadoria por tempo de contribuição encontra-se atualmente prevista no art. 201, §7º, I, da Constituição Federal, o qual dispõe:

§ 7º É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições:

I - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;

Conforme planilha elaborada na sentença de primeiro grau, somando-se o labor especial reconhecido nesta demanda, aos demais períodos constantes da CTPS de ID 135769498 – fls. 18/31 e extratos do CNIS de ID 135769498 - fl. 32, verifica-se que o autor contava com *36 anos, 01 mês e 26 dias de contribuição*, na data do requerimento administrativo (04/12/2017 – ID 135769498 - fls. 37), o que lhe assegura o direito à aposentadoria integral por tempo de contribuição.

O requisito carência restou também completado.

O termo inicial do benefício deve ser mantido na data do requerimento administrativo (04/12/2017 – ID 135769498 - fls. 37).

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 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.

A partir da promulgação da EC nº 113/2021, publicada em 09/12/2021, para fins de atualização monetária e compensação da mora, haverá a incidência, uma única vez, até o efetivo pagamento, do índice da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic), acumulado mensalmente.

Em atenção ao disposto no artigo 85, §11, do CPC, ficam os honorários advocatícios majorados em 1% (um por cento), respeitando-se os limites previstos nos §§ 2º e 3º do mesmo artigo.

Diante do exposto, *nego provimento ao apelo do INSS, e, 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 serão fixados de acordo com o mesmo Manual, sendo que a partir da promulgação da EC nº 113/2021 haverá a incidência, uma única vez, até o efetivo pagamento, do índice da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic), acumulado mensalmente, majorando os honorários advocatícios em 1% (um por cento), respeitando-se os limites previstos nos §§ 2º e 3º do artigo 85 do CPC.

É como voto.

AÇÃO RESCISÓRIA 5023368-30.2020.4.03.0000

Autor: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Ré: ANGELA MARIA APARECIDA RASZEJAS
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL DALDICE SANTANA
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 16/02/2023

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. PENSÃO POR MORTE. EXISTÊNCIA DE OUTRO DEPENDENTE. DOLO PROCESSUAL NÃO CONFIGURADO. ERRO DE FATO INEXISTENTE. VIOLAÇÃO MANIFESTA À NORMA JURÍDICA ACOLHIDA. AUSÊNCIA DE FORMAÇÃO DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. PROVA NOVA REJEITADA. JUÍZO RESCINDENDO PROCEDENTE. DESCONSTITUIÇÃO DO JULGADO. JUÍZO RESCISÓRIO. NULIDADE. RETORNO AO JUÍZO DE ORIGEM. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

- Improcede a alegação de dolo da parte vencedora, dada a ausência de prova inequívoca de que a ré tenha agido propositalmente de má-fé, com o deliberado intuito de induzir em erro o Juízo.

- A rescisão do julgado com fundamento em erro de fato tem com um dos requisitos a possibilidade de sua apuração mediante simples exame das provas constantes dos autos da ação matriz. Na espécie, em que não havia nos autos a notícia da existência de outra pessoa pleiteando ou recebendo a pensão por morte pleiteada, não houve controvérsia sobre a questão e a decisão que concedeu a pensão por morte não considerou um fato inexistente, nem inexistente um fato efetivamente ocorrido.

- Constatada a violação ao disposto no artigo 114 do CPC, haja vista que o reconhecimento do direito à pensão por morte atinge diretamente a esfera jurídica de outro que já está a receber o benefício. Trata-se, portanto, de litisconsórcio necessário unitário, impondo-se a citação de todos os beneficiários da pensão. Hipótese do artigo 966, V do CPC configurada.

- Os documentos ora apresentados como prova nova (extratos dos benefícios concedidos) não podem ser considerados indicativos de fato suficiente, por si só, de conferir ao INSS resultado favorável, especialmente tendo em conta a hipótese de litisconsórcio necessário unitário, onde o acolhimento de um dos pedidos repercutirá diretamente na esfera jurídica do outro.

- Em sede de juízo rescisório, ante a necessidade de citação de Maria Aparecida Souza, titular do benefício de pensão por morte pleiteado

pela autora da ação subjacente, incabível o julgamento do pedido originário.

- Nulidade de todos os atos processuais praticados depois da citação do INSS no feito subjacente, determinada nova análise dos autos pelo juízo de origem para que, após a inclusão da litisconsorte passiva necessária, proceda-se ao julgamento da causa.

- Condenação da parte ré ao pagamento de custas processuais e honorários de advogado, arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, na forma do artigo 85 do CPC, suspensa, porém, a exigibilidade, na forma do artigo 98, § 3º, do mesmo estatuto processual, por tratar-se de beneficiária da justiça gratuita.

- Ação rescisória procedente. Novo julgamento da causa no juízo de origem.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Seção, por maioria, decidiu julgar procedente o pedido formulado nesta ação rescisória, para, em juízo rescindente, conforme o inciso V do artigo 966 do CPC, desconstituir o julgado e determinar o retorno dos autos ao juízo de origem para o regular processamento do feito com a inclusão da litisconsorte passiva necessária, e por consequência, como a pensão por morte do instituidor Marco Antonio Penha está sendo, por força do julgado ora rescindido, rateada entre a ora ré e Maria Aparecida Souza, conforme se constata em consulta ao CNIS/DATAPREV, determinar a cessação do pagamento da cota parte do benefício pago à Angela Maria Aparecida Raszejias (NB 185.2466267), nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

Trata-se de ação rescisória proposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) em face de ANGELA MARIA APARECIDA RASZEJIAS, para, com fundamento no artigo 966, incisos III, V, VII e VIII, do Código de Processo Civil (CPC), *desconstituir* o acórdão da Oitava Turma deste Tribunal, proferido no Processo n. 0039980-12.2017.4.03.9999, o qual confirmou a sentença de procedência do pedido de concessão de pensão por morte à companheira do falecido.

Segundo a narrativa da inicial, a autarquia, ao proceder à implantação do benefício concedido à ora ré, constatou a percepção do mesmo benefício por outra beneficiária, também na condição de companheira do extinto, a qual, no entanto, não participou da ação originária.

Alega que, em razão dessa situação, o julgado rescindendo padece de diversos vícios, quais sejam: (i) erro de fato, ao considerar inexistente fato que interferiria no reconhecimento da união estável, por ter considerado ausente impedimento para a caracterização dessa união, embora já houvesse o reconhecimento de relação marital existente entre o falecido e outra pessoa; (ii) violação à norma jurídica, por afronta ao artigo 114 do CPC e ao inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal (CF), já que a hipótese impunha a formação de litisconsórcio passivo necessário e tendo em vista que a ausência de informação acerca de outra união estável concomitante impediu o amplo direito de defesa; (iii) dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, em razão da ocultação da existência de outra companheira do segurado falecido.

Sustenta, ademais, que os documentos (extratos dos benefícios concedidos) obtidos após a formação dos títulos judiciais indicam fato suficiente, por si mesmo, capaz de conferir ao INSS resultado favorável, e constituem-se prova nova apta a motivar a rescisão do julgado objurgado.

Pretende a rescisão do julgado, e, em novo julgamento, o reconhecimento da improcedência do pedido de concessão do benefício, ou, senão, a anulação da decisão de mérito e o retorno dos autos à Vara de origem para o regular processamento da ação.

Pleiteia, ademais, a concessão da tutela provisória de urgência, a fim de suspender a execução, cuja análise, em homenagem ao princípio do contraditório, foi postergada para depois da vinda da contestação.

Citada, a parte ré apresentou contestação, na qual preliminarmente, aponta a existência de conexão desta ação com o agravo de instrumento n. 5011317-84.2020.4.03.0000, em razão dos dois feitos terem por objeto o benefício concedido na ação subjacente e os reflexos creditórios decorrentes desta concessão, e requer a reunião dos processos.

No mérito, sustenta a inexistência dos vícios apontados e a ausência de manifestação do INSS sobre a questão no momento processual adequado, pois ele não desconhecia a existência de 2 (duas) companheiras do falecido que pleiteavam a pensão por morte.

Requer a improcedência do pedido e a condenação da autarquia em litigância de má-fé.

Pugna, ainda, pela concessão da justiça gratuita.

Em réplica, a parte autora requer a rejeição do pedido de reunião deste feito com o processo n. 5011317-84.2020.4.03.0000, repisa os argumentos da inicial e reitera o pedido de concessão de tutela antecipada.

Pela decisão Id. 251954361, houve deferimento dos benefícios da justiça gratuita formulados pela parte ré; rejeição do pedido de reunião desta ação com o feito n. 5011317-84.2020.4.03.0000, em razão do óbice imposto pela competência distinta para o julgamento dos processos e, ademais, por já haver sido julgado o agravo em referência; concessão da tutela provisória para

suspender a execução da decisão rescindenda, obstando o pagamento dos valores em atraso, até o julgamento de mérito desta ação.

O Órgão do Ministério Público Federal manifestou-se pelo prosseguimento da ação.

Dispensada a revisão, consoante o disposto no artigo 34 do Regimento Interno desta Corte, com a redação da Emenda Regimental n. 15/2016.

É o relatório.

VOTO

A ação rescisória constitui medida excepcional para fins de desconstituição da coisa julgada, esta última peça fundamental da garantia da segurança jurídica, à luz do artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero:

“Ação rescisória é uma ação que visa a desconstituir a coisa julgada. Tendo em conta que a coisa julgada concretiza no processo o princípio da segurança jurídica – substrato indelével do Estado Constitucional – a sua propositura só é admitida em hipóteses excepcionais, devidamente arroladas de maneira taxativa pela legislação (art. 966, CPC). A ação rescisória serve tanto para promover a rescisão da coisa julgada (iudicium rescindens) como para viabilizar, em sendo o caso, novo julgamento da causa (iudicium rescissorium) (art. 968, I, CPC). A ação rescisória é um instrumento para a tutela do direito ao processo justo e à decisão justa. Não constitui instrumento para tutela da ordem jurídica, mesmo quando fundada em ofensa à norma jurídica. Em outras palavras, a ação rescisória pertence ao campo da tutela dos direitos na sua dimensão particular – e não ao âmbito da tutela dos direitos na sua dimensão geral.” (*in*: Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 900)

Essas são as balizas, estreitas, que nortearão a análise da pretensão deduzida.

Assinalo não ter sido superado o biênio imposto à propositura da ação (artigo 975 do CPC), pois o ajuizamento desta rescisória ocorreu em 21/08/2020 e o trânsito em julgado do *decisum*, em 10/04/2019.

No caso destes autos, antes de analisar as diversas hipóteses invocadas pela parte autora para o pedido de rescisão do julgado, a fim de possibilitar a melhor compreensão da situação, impõe-se a retrospectiva dos fatos ocorridos.

Em virtude do óbito do segurado Marco Antônio Penha, em 06/06/2014, foram formulados dois pedidos administrativos de pensão por morte, a saber: NB 155.842.345-9, feito por Ângela Maria Aparecida Raszejas em 18/08/2014; NB 155.142.371-8, de 26/08/2014, efetivado por Maria Aparecida Souza.

Nos dois requerimentos, as requerentes qualificaram-se como companheiras do falecido e ambos foram negados administrativamente por falta de comprovação da qualidade de dependente.

Diante da negativa administrativa, cada uma das requerentes buscou obter a pensão por morte pretendida na via judicial.

Assim, Maria Aparecida Souza ajuizou, em 13/01/2015, a ação n. 0000057-49.2015.8.26.0145, que recebeu sentença de procedência do pedido, concedida a antecipação da tutela jurídica, em 22/05/2016.

Em decorrência de determinação judicial, o benefício concedido foi implantado em 1º/09/2016.

A procedência do pedido foi confirmada nesta Corte por acórdão da Nona Turma, proferido em 02/10/2017, cujo trânsito em julgado ocorreu em 1º/12/2017. Na sequência, o julgado foi executado, os valores atrasados foram pagos e a execução, extinta em 19/07/2019.

Por outro lado, Ângela Maria Aparecida Raszejias, que figura como ré neste feito rescisório, ajuizou, em 20/02/2015, a ação n. 0000394-13.2015.8.26.0315, indicada como feito subjacente nesta ação rescisória.

A ação originária foi sentenciada em 11/07/2017, sendo a autarquia condenada a conceder a pensão por morte requerida, desde a data do óbito. Não houve antecipação de tutela.

Nesta Corte, na sessão de 24/09/2018, a Oitava Turma proferiu acórdão que rejeitou a preliminar de conhecimento da remessa oficial e negou provimento à apelação do INSS.

Irresignada, a autarquia interpôs recurso extraordinário impugnando os critérios de incidência de correção monetária e juros de mora, sobre os quais houve acordo entre as partes.

O trânsito em julgado ocorreu em 10/04/2019.

Na fase de cumprimento do julgado, o INSS noticiou nos autos a existência de outra beneficiária da pensão por morte de Marcos Antônio Penha.

Como pode ser observado, até aquele momento, em nenhum dos feitos havia sido informada a existência do outro processo ou de outra beneficiária da prestação pleiteada.

Nesse contexto, segundo o INSS, o acórdão rescindendo incorreu em violação à norma jurídica e erro de fato, além de resultar de *dolo da parte vencedora* em detrimento da *parte vencida*. Além disso, afirma ter obtido *prova nova*.

Início pelo pedido de rescisão do julgado com fundamento no inciso III do artigo 966 do CPC: *dolo processual*.

Dispõe o inciso III do artigo 966 do CPC ser possível a rescisão do julgado quando a decisão "*resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento*

da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei”.

Segundo Humberto Theodoro Júnior (g. n.), em lição sempre pertinente, não *“se deve ver o dolo na simples omissão de prova vantajosa à parte contrária, nem tampouco no silêncio sobre circunstância que favoreça ao adversário. Para verificação da situação legal, o vencedor deverá ter adotado procedimento concreto para intencionalmente obstar a produção de prova útil ao vencido.”* (in: Curso de Direito Processual Civil, Rio de Janeiro: Forense, 2003, 40ª ed., Vol. I, p. 607).

Ao fundamento de que houve dolo por parte da ré, por ocultação de dado fundamental para o julgamento da ação, qual seja a existência de outro relacionamento afetivo do instituidor, pretende a autarquia a rescisão do julgado objurgado.

Na espécie, contudo, a hipótese de dolo processual deve ser afastada, por não configuração de conduta desleal levada a cabo pela então autora com o propósito de dificultar a atuação da autarquia previdenciária.

Consoante as provas dos autos, *não é possível inferir* ser do conhecimento da então parte autora e das testemunhas a existência de outra companheira do falecido. Logo, não havendo prova inequívoca de que a ré tenha agido de má-fé, descabe rescindir a decisão atacada com fundamento em dolo da parte vencedora.

Afastada a ocorrência do dolo, prossigo com o exame do inciso VIII do artigo 966 do CPC.

Quanto ao erro de fato, preleciona a doutrina (g. n.):

“O texto é de difícil compreensão. Se não houve pronunciamento judicial sobre o fato, como é possível ter havido o erro? O erro é exatamente o acolhimento de um fato inexistente como existente, ou o contrário. O que a lei quer dizer, porém, é o seguinte: o erro de fato, para ensejar a rescisória, não pode ser aquele que resultou de uma escolha ou opção do juiz diante de uma controvérsia. O erro, no caso relevante, é o que passou despercebido pelo juiz, o qual deu como existente um fato inexistente ou vice-versa. Se a existência ou inexistência do fato foi ponto controvertido e o juiz optou por uma das versões, ainda que erradamente, não será a rescisória procedente. E tal restrição tem razão de ser. Os graus de jurisdição, os recursos, têm por finalidade precípua a resolução de fatos controvertidos, de modo que, se qualquer erro pudesse tornar a sentença rescindível, ficaria seriamente abalada a estabilidade propiciada pela coisa julgada. O erro de fato refere-se, apenas, a questões não resolvidas pelo juiz. Porque também, mesmo sem ter havido controvérsia, se o juiz examinou a questão explicitamente e concluiu que tal fato existia, ou não, a sentença permanece.” (GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro, 11. ed., v. II. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 426-427)

No mais, conforme se extrai do texto legal, um dos requisitos para a rescisão do julgado com fundamento em erro de fato refere-se à possibilidade de sua apuração mediante simples exame das provas constantes nos autos da ação matriz.

Todavia, no caso em análise, é certo que não havia nos autos a notícia da existência de outra pessoa pleiteando ou recebendo a pensão por morte pleiteada.

Insta repisar que a concessão da pensão por morte a outra companheira ocorreu no curso da ação subjacente, em momento posterior à contestação ofertada pela autarquia. Ademais, a existência de outra beneficiária não foi informada nos autos.

Assim, não houve controvérsia sobre a questão e a decisão que concedeu a pensão por morte não considerou fato inexistente, nem inexistente fato efetivamente ocorrido. Dessa forma, mostra-se difícil o acolhimento da alegação de erro de fato.

Acerca do tema, cito julgado do Superior Tribunal de Justiça (g. n.):

“AÇÃO RESCISÓRIA. PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. AÇÃO RESCINDENDA. COBRANÇA. CORREÇÃO MONETÁRIA. RESERVAS DE POUPANÇA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. TRANSAÇÃO, MIGRAÇÃO ENTRE PLANOS OU RESGATE. ALEGAÇÃO. ERRO DE FATO. ART. 485, IX, DO CPC/73. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL. VIGÊNCIA. TRÂNSITO EM JULGADO. ACÓRDÃO IMPUGNADO. MATÉRIA CONTROVERTIDA. MANIFESTAÇÃO JUDICIAL. CAUSALIDADE. NÃO DEMONSTRAÇÃO. PEDIDO RESCINDENTE. IMPROCEDÊNCIA.

1. Cuida-se de ação rescisória ajuizada com fundamento no inciso VIII do art. 966 do CPC/15 (inciso IX do art. 485 do CPC/73), visando à rescisão do acórdão proferido por esta Corte nos autos de ação de cobrança do percentual de 15% incidente sobre o saldo integral somada às diferenças de correção monetária (expurgos inflacionários) incidentes sobre as reservas de poupança realizadas pelo autor como participante do plano de previdência complementar.

2. Trânsito em julgado em: 09/02/2015; ação rescisória ajuizada em: 09/09/2016; conclusos ao gabinete em: 29/10/2019; aplicação do CPC/73.

3. O propósito da presente ação é determinar se está configurado erro de fato, apto a ensejar a rescisão do julgado que julgou improcedente o pedido de ação de cobrança de diferenças de correção monetária sob o fundamento da ocorrência de migração do autor entre os planos de previdência complementar oferecidos pela patrocinadora.

4. A ação rescisória é medida excepcional, cabível nos estreitos limites das hipóteses autorizadoras previstas no art. 485 do CPC/73 (vigente na data da publicação do provimento jurisdicional impugnado), as quais devem ser interpretadas restritivamente, em homenagem aos princípios da segurança jurídica e da proteção à coisa julgada.

5. São três os requisitos de rescindibilidade da ação pautada no erro de fato (art. 485, IX, do CPC/73, art. 966, VIII, do CPC/15):

a) o erro deve ser a causa da conclusão a que chegou a decisão; b) o erro há de ser apurável mediante simples exame das peças do processo, não se

admitindo, de modo algum, na rescisória, a produção de quaisquer outras provas; e c) não pode ter havido controvérsia, nem pronunciamento judicial no processo anterior sobre o fato.

6. Na hipótese concreta, a polêmica relacionada à manutenção do vínculo do autor com a entidade de previdência complementar - por meio da migração entre planos - ou à extinção desse liame - que teria sido o motivo do resgate das contribuições vertidas ao fundo -, constituiu ponto controvertido do acórdão rescindendo, tendo havido, inclusive, pronunciamento jurisdicional expresso a respeito da questão. Ademais, esse não foi o único fundamento do acórdão rescindendo, não tendo sido, assim, demonstrado o evidente nexo de causalidade entre o suposto erro e as conclusões do acórdão impugnado.

7. Ação rescisória improcedente." (AR 5890 / RS - AÇÃO RESCISÓRIA 2016/0244668-1, RELATORA Ministra NANCY ANDRIGHI, ÓRGÃO JULGADOR S2 - SEGUNDA SEÇÃO, DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE DJe 10/05/2021)

Passo, pois, à análise de possível violação à norma jurídica.

Sobre a hipótese de rescisão fundada em violação à norma jurídica, disposta no artigo 966, V, do Código de Processo Civil vigente (CPC), a ainda pertinente análise da doutrina à luz do disposto no artigo 485, V, do Código de Processo Civil de 1973, sustenta ser questão relevante saber se a decisão rescindenda qualifica os fatos por ela julgados de forma inadequada, a violar, implícita ou explicitamente, norma jurídica.

Ensina Flávio Luiz Yarshell:

"Tratando-se de error in iudicando ainda paira incerteza acerca da interpretação que se deve dar ao dispositivo legal. Quando este fala em violação a 'literal' disposição de lei, em primeiro lugar, há que se entender que está, aí, reafirmando o caráter excepcional da ação rescisória, que não se presta simplesmente a corrigir injustiça da decisão, tampouco se revelando simples abertura de uma nova instância recursal, ainda que de direito. Contudo, exigir-se que a rescisória caiba dentro de tais estreitos limites não significa dizer que a interpretação que se deva dar ao dispositivo violado seja literal, porque isso, para além dos limites desse excepcional remédio, significaria um empobrecimento do próprio sistema, entendido apenas pelo sentido literal de suas palavras. Daí por que é correto concluir que a lei, nessa hipótese, exige que tenham sido frontal e diretamente violados o sentido e o propósito da norma". (g.n., in: Ação rescisória. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 323)

Na hipótese, a parte autora sustenta que a prolação do julgado rescindendo, sem a inclusão de Maria Aparecida Souza como corré na ação subjacente, viola a norma contida no artigo 114 do CPC, já que o provimento jurisdicional buscado na ação originária teria por efeito atingir a sua esfera jurídica.

Quanto a esse ponto, entendo que razão assiste à autarquia.

De fato, o reconhecimento do direito à pensão por morte de um dependente atinge diretamente a esfera jurídica de outro que já está a receber o benefício. Trata-se, portanto, de litisconsórcio necessário unitário, impondo-se a citação de todos os beneficiários da pensão.

A ausência de citação dos litisconsortes necessários acarreta violação ao disposto no artigo 114 do CPC.

Nesse sentido é o posicionamento majoritário desta Terceira Seção: AR n. 0018582-72.2013.4.03.0000, Rel. Des. Federal Luiz Stefanini, j. 08/03/2018, v.u., D.E. 06/04/2018; AR n. 0013562-71.2011.4.03.0000, Rel. Des. Federal Paulo Domingues, j. 08/03/2018, v.u., D.E. 20/03/2018; AR n. 0006113-86.2016.4.03.0000, Rel. Des. Federal Tânia Marangoni, j. 08/03/2018, v.u., D.E. 20/03/2018; AR n. 0015957-65.2013.4.03.0000, Rel. Des. Federal David Dantas, v.u., j. 24/05/2018, D.E. 07/06/2018.

Note-se, ainda, que a ausência de informação acerca da existência de outra dependente habilitada, ainda que possa ser creditada à inércia da autarquia, não elide a afronta à legislação processual, mormente em razão do indevido cerceamento de defesa decorrente da não formação do litisconsórcio necessário.

Enfrentando situação bastante semelhante à destes autos, manifestou-se esta Terceira Seção nos seguintes termos:

"PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. PENSÃO POR MORTE. EXISTÊNCIA DE OUTRO DEPENDENTE. NECESSIDADE DE CITAÇÃO. LITISCONSÓRCIO PASSIVO. EXAME OBJETIVO DO SUBSTRATO FÁTICO DA CAUSA. VIOLAÇÃO À NORMA JURÍDICA CONFIGURADA. INSTRUÇÃO PROBATÓRIA NO JUÍZO DE ORIGEM. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. JUSTIÇA GRATUITA.

I - A possibilidade de se eleger mais de uma interpretação à norma regente, em que uma das vias eleitas viabiliza o devido enquadramento dos fatos à hipótese legal descrita, desautoriza a propositura da ação rescisória. Tal situação se configura quando há interpretação controvertida nos tribunais acerca da norma tida como violada.

II - A r. decisão rescindenda, sopesando as provas constantes dos autos subjacentes, concluiu pela existência de união estável entre a então autora e o *de cujus*, fazendo jus ao benefício de pensão por morte então vindicado, a contar da data de entrada do requerimento administrativo.

III - Do exame dos autos, verifica-se que, de fato, já havia uma dependente já habilitada à pensão que ora se discute, a Sra. Stelita Marcelo do S. Doimo, na condição de companheira do *de cujus* (NB 169.400.301 - 6; DIB 10.03.2015; DDB 20.04.2015; id. 165680186 - pág. 13/15), que não integrou o polo passivo da lide, por ocasião da prolação da r. decisão rescindenda (23.11.2020). Assim sendo, considerando a repercussão na esfera jurídica da Sra. Stelita Marcelo do S. Daimo, seria imprescindível a formação litisconsórcio passivo necessário entre ela e a autarquia previdenciária, a evidenciar violação ao art. 114 do CPC.

IV - É certo que a desídia do INSS, ao deixar de noticiar a existência de outra dependente da pensão vindicada pela então autora, contribuiu decisivamente

para a perpetração do vício que ora se apura, dado que o julgador não teve ciência de todo substrato fático vinculado à causa subjacente. Não se olvide, também, que em feito similar (AR n. 0000397-54.2011.4.03.0000; j. em 12.12.2019; Rel. Des. Fed. Inês Virginia), esta Seção, por maioria, entendeu inexistir violação à norma jurídica, ao argumento de que “não é razoável exigir do magistrado o conhecimento de fatos não reportados nos autos”, contudo a alegação de violação à norma jurídica deve ser examinada levando em conta todos os elementos objetivos com aptidão de influenciar no julgamento da causa, inclusive aqueles que eram ignorados pelo julgador, ainda mais em situação na qual o direito do outro dependente encontra-se suscetível a indevido cerceamento.

V- A conduta da Autarquia Previdenciária no feito subjacente merece absoluta reprovação, ante o dever de cooperação entre as partes, nos termos do art. 6º do CPC, contudo não é admissível o sacrifício do direito de terceiro, que deveria integrar a relação processual do feito subjacente.

VI- É consabido que na data do falecimento do segurado instituidor (10.03.2015) estava em vigor nova redação do art. 74, §2º, da Lei n. 8.213/91, dada pelo art. 1º da Medida Provisória n. 664, de 30.12.2014, que foi posteriormente convertida na Lei n. 13.135, de 17.06.2015, cujo art. 5º determinava que os atos praticados com base em dispositivos da Medida Provisória nº 664, de 30 de dezembro de 2014, seriam revistos e adaptados ao disposto nesta Lei.

VII - Nos termos do art. 77, §2º, inciso V, letra “b”, da Lei n. 8.213/91, com a redação dada pelo art. 1º da Lei n. 13.135/2015, o direito à percepção de cada cota individual cessará para cônjuge ou companheiro em 4 (quatro) meses, se o óbito ocorrer sem que o segurado tenha vertido 18 (dezoito) contribuições mensais ou se o casamento ou a união estável tiverem sido iniciados em menos de 2 (dois) anos antes do óbito do segurado. Portanto, a r. decisão rescindenda, ao deixar de observar a incidência do preceito legal ora mencionado, notadamente em face da narrativa da inicial da ação subjacente, a apontar existência de união estável por período inferior a 02 anos, teria incorrido em violação à norma jurídica, a autorizar a abertura da via rescisória.

VIII - Ante a necessidade de citação da Sra. Stelita Marcelo dos S. Doimo, titular do benefício de pensão por morte ora vindicado, incabível o exame do mérito da causa subjacente vez que, do contrário, implicaria verdadeira supressão de instância, além do que é imperativa a realização de instrução probatória, com observância do contraditório e da ampla defesa, que somente pode se viabilizar no Juízo de Origem.

IX - Honorários advocatícios a cargo da parte ré, fixados em R\$1.000,00 (mil reais), cuja exigibilidade fica suspensa, nos termos do art. 98, §3º, do CPC/2015, por ser beneficiária da assistência judiciária gratuita.

X- Ação rescisória cujo pedido se julga procedente. Retorno dos autos ao Juízo de origem.” (AR - AÇÃO RESCISÓRIA / SP, 5017178-17.2021.4.03.0000, Relator Juíz Convocado OTAVIO HENRIQUE MARTINS PORT, Data da Publicação/Fonte: DJEN DATA: 27/10/2022)

Destaque-se, ademais, que a falta de inclusão da litisconsorte, de certa forma, acabou por permitir a prolação de decisão em desacordo com o decidido

pelo Supremo Tribunal Federal em sede de Repercussão Geral, em que fixou a seguinte tese:

“A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1.723, § 1º, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro.” (RE 1045273 / SE - SERGIPE - RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Julgamento: 21/12/2020 - Publicação: 09/04/2021)

Por fim, quanto ao pedido de rescisão do julgado com fundamento em prova nova, tenho que os documentos ora apresentados (extratos dos benefícios concedidos) não podem ser considerados indicativos de fato suficiente, por si só, de conferir ao INSS resultado favorável, especialmente tendo em conta a hipótese de litisconsórcio necessário unitário, por força do qual o acolhimento de um dos pedidos repercutirá diretamente na esfera jurídica do outro.

Tem-se, pois, que em razão da efetiva existência de violação ao artigo 114 do CPC mostra-se a rescisão do julgado.

Quanto ao juízo rescisório, ante a necessidade de citação de Maria Aparecida Souza, titular do benefício de pensão por morte pleiteado pela autora da ação subjacente, é incabível o julgamento do pedido originário.

Assim, impõe-se apenas declarar a nulidade de todos os atos processuais praticados depois da citação do INSS no feito subjacente, determinado-se nova análise dos autos pelo juízo de origem para que, depois da inclusão da litisconsorte passiva necessária, proceda-se ao julgamento da causa.

Diante do exposto, *julgo procedente* o pedido formulado nesta ação rescisória, para, em juízo rescindente, nos termos do inciso V do artigo 966 do CPC, desconstituir o julgado e determinar o regular processamento do feito subjacente no Juízo de origem com a inclusão da litisconsorte passiva necessária.

Por consequência, como a pensão por morte do instituidor Marco Antonio Penha está sendo, por força do julgado ora rescindido, rateada entre a ora ré e Maria Aparecida Souza, conforme se constata em consulta ao CNIS/DATAPREV, determino a cessação do pagamento da cota parte do benefício pago à Angela Maria Aparecida Raszejans (NB 185.2466267).

De toda forma, a cessação dessa cota não acarreta o restabelecimento do pagamento integral do benefício à Maria Aparecida Souza.

De fato, como o debate judicial sobre o direito de Angela Maria ao benefício prosseguirá na ação subjacente nos termos acima delineados, há de ser reservado o valor de possível cota que lhe venha a ser deferida, nos termos previstos no artigo 74, §§ 4º a 6º, da Lei n. 8.213/1991.

Fica a parte ré condenada ao pagamento de custas processuais e honorários de advogado, arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da

causa, na forma do artigo 85 do CPC, ficando, porém, suspensa a exigibilidade, na forma do artigo 98, § 3º, do mesmo estatuto processual, por tratar-se de beneficiária da justiça gratuita.

Oficie-se ao Juízo da causa originária, informando o inteiro teor deste julgado.

É o voto.

DECLARAÇÃO DE VOTO

A *EXMA. SRA. DESEMBARGADORA FEDERAL INÊS VIRGÍNIA*: Trata-se de ação rescisória ajuizada em 21.08.2020, pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, em face de ANGELA MARIA APARECIDA RASZEJAS, objetivando rescindir o julgado proferido pela Oitava Turma, nos autos do processo nº 0039980-12.2017.4.03.9999 (id 140060335 – págs. 13/22), que manteve a sentença que concedeu o benefício de pensão por morte à companheira do falecido, cujo trânsito em julgado se deu em 10.04.2019 (id 140060335 – pág. 34).

O INSS pleiteia, com base no artigo 966, incisos III, V e VIII, do CPC/2015, que a decisão rescindenda seja desconstituída, sustentando que houve dolo, erro de fato e violação ao artigo 114 do CPC/2015 e artigo 5º, LV, da CF/88.

A Relatora Exma. Desembargadora Federal Daldice Santana houve por bem julgar procedente o pedido formulado nesta ação rescisória, para, em juízo rescindente, nos termos do inciso V do artigo 966 do CPC, desconstituir o julgado e determinar o regular processamento do feito subjacente no Juízo de origem com a inclusão da litisconsorte passiva necessária.

De início, adiro ao entendimento da Relatora no sentido de julgar improcedentes os pedidos de rescisão com fundamento nos incisos III (dolo) e VIII (erro de fato), do artigo 966 do CPC/2015.

Por outro lado, com a devida vênia da Relatora, apresento voto divergente quanto ao pedido de rescisão do julgado formulado com base no artigo 966, V, do CPC/2015.

DO JUÍZO RESCINDENTE – VIOLAÇÃO A NORMA JURÍDICA NÃO CONFIGURADA

O INSS pleiteia, com base no artigo 966, V, do CPC/2015, que a decisão rescindenda seja desconstituída, sustentando que houve violação ao artigo 114, do CPC/2015 e ao artigo 5º, LV, da CF/88.

Afirma, em síntese, *que "Como a senhora Maria Aparecida Souza obteve na ação 0000057-49.2015.8.26.0145 o direito de receber pensão pela morte do senhor Marco Antônio Penha, ela deveria ter sido citada na ação 0000394-13.2015.8.26.0315. Isso porque, com a ação movida pela ré para a obtenção de*

pensão por morte, o efeito jurídico de eventual decisão favorável teria por efeito limitar ou extinguir o direito à pensão da senhora Maria Aparecida Souza.”

Diante desse cenário - em que foi deferido, no feito subjacente, o benefício de pensão por morte à ré, embora a senhora Maria Aparecida Souza, que não foi citada para integrar a lide, já recebesse um benefício de mesma natureza, defende o INSS que a decisão rescindenda teria violado o disposto no artigo 114, do CPC/2015.

Em resumo, o INSS sustenta que, como a pretensão deduzida pela ré no feito subjacente atinge a relação jurídica da Sra. Maria Aparecida Souza, esta deveria ter sido citada em referido processo, sob pena de violação ao dispositivo citado.

Pois bem.

A jurisprudência pátria consolidou o entendimento de que, havendo pluralidade de dependentes e caso um deles já receba o benefício de pensão por morte, é indispensável, na ação em que se busca a concessão de pensão por morte, a formação de litisconsórcio passivo necessário, citando-se o dependente que já recebe o benefício, pois, nesse caso, a decisão judicial pode atingir interesse jurídico deste.

Além disso, considerando o disposto no artigo 79, da Lei 8.213/91, que prevê que a concessão de pensão por morte não será protelada pela falta de habilitação de outro possível dependente a hipótese de habilitação tardia, os Tribunais pátrios assentaram o posicionamento de que, se nenhum dos dependentes do segurado estiver em gozo de benefício de pensão por morte, não é necessária a formação do litisconsórcio.

Portanto, segundo a jurisprudência pátria, a formação do litisconsórcio passivo necessário só se faz indispensável caso ao menos um dos dependentes já esteja percebendo o benefício de pensão por morte.

Isso é o que se infere dos seguintes julgados do E. STJ e desta C. Corte:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. PENSÃO POR MORTE. LITISCONSÓRCIO ATIVO NECESSÁRIO. DESNECESSIDADE. LEI 8.213/91. PRINCÍPIO DA ECONOMIA E FINALÍSTICA PROCESSUAL. NULIDADE NÃO CONFIGURADA.

1. Somente há que se falar em litisconsórcio ativo necessário em situações excepcionais, uma vez que ninguém pode ser compelido a comparecer nos autos como autor.

2. A hipótese sob análise não configura esta circunstância excepcional, pois a Lei 8.213/91 dispõe em seu art. 76 que a concessão de pensão por morte não será protelada pela falta de habilitação de outro possível dependente.

3. Em face dos princípios da economia e finalística processual, impõe-se reconhecer que a anulação do feito, no estágio em que se encontra e após transcorrido grande lapso temporal, configuraria prejuízo inegavelmente maior às filhas do que a ausência delas na relação processual. Ao contrário, a decisão favorável obtida pela esposa do segurado beneficiará as suas

descendentes, pois a pensão por morte se reverterá para o âmbito familiar de que fazem parte.

4. Recurso Especial provido.

(REsp 956.136/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 14/08/2007, DJ 03/09/2007, p. 219)

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. REMESSA OFICIAL NÃO CONHECIDA. PRELIMINAR REJEITADA. DESNECESSÁRIA A FORMAÇÃO DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO. PENSÃO POR MORTE. LEI Nº 8.213/91. COMPANHEIRA E FILHO. VÍNCULO EMPREGATÍCIO RECONHECIDO EM RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. QUALIDADE DE SEGURADO COMPROVADA.

I - Remessa oficial não conhecida, considerando que o valor da condenação ou proveito econômico não ultrapassa 1.000 (mil) salários mínimos na data da sentença, conforme art. 496, §3º, I, do CPC/2015, não conheço da remessa oficial.

II - Apenas haveria a formação de litisconsórcio necessário se existisse outro dependente já habilitado para o recebimento da pensão por morte pleiteada nos autos, uma vez que o eventual atendimento da pretensão inicial atingiria seus direitos.

III - A consulta ao CNIS não indica que o outro filho do falecido esteja recebendo qualquer benefício previdenciário, sendo desnecessária sua inclusão como litisconsorte passivo necessário. Preliminar rejeitada.

IV - Em matéria de pensão por morte, o princípio segundo o qual tempus regit actum impõe a aplicação da legislação vigente na data do óbito do segurado.

V - Considerando que o falecimento ocorreu em 29.12.2013, aplica-se a Lei nº 8.213/91.

VI - A CTPS e a consulta ao CNIS indicam a existência de registros nos períodos de 02.03.1998 a 27.03.1998, de 02.10.2002 a 18.12.2002, de 13.10.2003 a 10.01.2004, de 10.09.2004 a 24.10.2004, de 14.04.2005 a 10.12.2005, de 12.06.2006 a 05.10.2006, de 19.10.2006 a 08.02.2007, de 12.02.2007 a 25.06.2007, de 07.10.2008 a 27.01.2009 e de 08.03.2012 a 11.07.2012.

VII - O último vínculo empregatício foi reconhecido em reclamação trabalhista ajuizada pelo próprio falecido em que houve homologação de acordo, com o recolhimento de contribuições e confirmação da prova testemunhal.

VIII - Admitido o vínculo empregatício reconhecido na reclamação trabalhista, o falecido mantinha a qualidade de segurado na data do óbito.

IX - Na condição de companheira e filho menor de 21 anos, a dependência econômica da autora é presumida, na forma do art. 16, §4º, da Lei nº 8.213/91.

X - Remessa oficial não conhecida. Preliminar rejeitada. Apelação improvida. (TRF 3ª Região, NONA TURMA, ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 2249190 - 0019669-97.2017.4.03.9999, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MARISA SANTOS, julgado em 21/11/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:05/12/2018)

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. NULIDADE. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. LITISCONSÓRCIO ENTRE DEPENDENTES DESNECESSIDADE. HABILITAÇÃO POSTERIOR. ARTIGO 76 DA LEI Nº 8.213/91. PRELIMINAR REJEITADA. TERMO INICIAL. CORREÇÃO DE

OFÍCIO. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. APELAÇÃO DO INSS PROVIDA EM PARTE.

1 - Ocorrência de manifesto erro material na sentença, eis que na sua fundamentação ficou estabelecido que o benefício é devido desde a citação, considerando a formulação do requerimento administrativo mais de 30 (trinta) dias após o óbito, no entanto, restou consignado que a implantação daquele seria da data do requerimento administrativo, em evidente contradição, razão pela qual, de ofício, corrijo o termo inicial da benesse para a data da citação, em 24/07/2009.

2 - Não merece prosperar a alegação de nulidade, por ausência de integração à lide, dos filhos menores da autora com o falecido, à época do requerimento administrativo, pois não há litisconsórcio necessário de dependentes que não se encontram em gozo do benefício pleiteado.

3 - Somente se reconhece o litisconsórcio necessário, que acarretaria a nulidade do processo, quando a sentença concessiva produz efeitos na esfera jurídica de terceiros, ou seja, quando existe dependente em gozo do benefício e, além disso, eventuais dependentes poderão habilitar-se posteriormente, produzindo efeitos a contar da inscrição ou habilitação, nos termos do artigo 76, da Lei nº 8.213/9.

4 - Ainda, os filhos os quais a autarquia pretende a inclusão no polo passivo da ação, Rodrigo Ferreira Lima e Luciana Ferreira Lima, eram maiores de idade, respectivamente com 22 e 23 anos, à época do ajuizamento da ação, e o termo inicial do benefício é devido desde a data da citação.

5 - A discussão na presente esfera, como órgão de revisão, deve-se ater aos limites estabelecidos nos recursos interpostos, em face do princípio *tantum devolutum quantum appellatum*, preconizado no art. 515, *caput*, do CPC/73, atual art. 1.013 do CPC/2015.

6 - No ponto, merecem ajustes os critérios estabelecidos na fixação dos consectários legais.

7 - 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 extunc do mencionado pronunciamento.

8 - 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.

9 - Preliminar rejeitada. Apelação do INSS provida em parte.

(TRF 3ª Região, SÉTIMA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1964916 - 0012383-73.2014.4.03.9999, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS DELGADO, julgado em 13/08/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:23/08/2018)

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. TEMPUS REGIT ACTUM. COMPANHEIRA E FILHAS. DEPENDÊNCIA PRESUMIDA. CONDIÇÃO DE SEGURADO DO FALECIDO. PROVA MATERIAL. PROVA TESTEMUNHAL.

- A existência de outros dependentes do falecido não importa a formação de litisconsórcio necessário nem tampouco impede a concessão, a um deles, do benefício de pensão por morte, dada a possibilidade de inscrição ou

habilitação posterior dos demais, com os reflexos a elas inerentes. Precedentes jurisprudenciais.

- Em se tratando de pensão por morte, o litisconsórcio necessário verifica-se, tão-somente, quando um dos dependentes já se encontra em gozo do benefício de pensão por morte do segurado falecido, visto que, nesta hipótese, a inclusão de outro dependente de mesma classe implica afetação da esfera jurídica dos beneficiários já inscritos ou habilitados, com a conseqüente redução da prestação por eles percebida em favor do novo dependente.

- Aplicação da lei vigente à época do óbito, consoante princípio tempus regit actum.

- A pensão por morte é benefício previdenciário devido aos dependentes do segurado. - Sendo as autoras companheira e filhas do falecido, a dependência é presumida, nos termos dos artigos 12, inciso I, e 15 do Decreto 89.312/84.

- Qualidade de segurado comprovada ante a existência de prova material não impugnada.

- O termo inicial do benefício fixado na data do óbito, nos termos da legislação vigente à época do fortuito, observada a prescrição quinquenal das parcelas anteriores ao ajuizamento da ação apenas em relação à autora Marcília Rodrigues da Silva (quanto às menores, não corre prescrição - artigo 103, parágrafo único, da Lei 8213/91 c.c o artigo 198, I, do Código Civil).

- Correção monetária das parcelas vencidas, nos termos do Provimento nº 64/05, da Corregedoria Geral da Justiça Federal da 3ª Região, a contar de seus vencimentos.

- Reduzido o percentual da verba honorária a 10%, consoante o disposto no artigo 20, parágrafos 3º e 4º, do Código de Processo Civil, incidindo sobre as parcelas vencidas até a sentença, nos termos da Súmula 111 do Superior Tribunal de Justiça e conforme posicionamento adotado por aquela Corte nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 2002.291/SP.

- Apelação e remessa oficial parcialmente providas para reconhecer a prescrição quinquenal das parcelas anteriores ao ajuizamento da ação apenas em relação à autora Marcília Rodrigues da Silva (quanto às menores, não corre prescrição - artigo 103, parágrafo único, da lei 8213/91 c.c o artigo 198, I, do código civil) e, ainda, fixar o termo final da pensão por morte das autoras Ana Paula Rodrigues da Silva e Adriana Rodrigues da Silva, em 31/08/97 e 10/07/99, data em que completaram 21 anos, respectivamente, determinar os critérios da correção monetária e reduzir o percentual da verba honorária a 10% sobre as parcelas vencidas até a data da prolação da sentença.

(TRF 3ª Região, OITAVA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 475054 - 0027962-86.1999.4.03.9999, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL THEREZINHA CAZERTA, julgado em 25/06/2007, DJU DATA:25/07/2007 PÁGINA: 690)

Se, nos termos da jurisprudência pátria, nem sempre o litisconsórcio passivo se faz indispensável, só o sendo quando houver nos autos elementos que comprovem que um dos dependentes do segurado já receba tal benefício, não há como se considerar que a decisão judicial que deixa de determinar a formação do litisconsórcio viole, de forma manifesta, a norma jurídica em tela, quando o INSS não informa, no feito subjacente, que um dos dependentes já recebe a pensão pleiteada.

Na singularidade, o INSS não noticiou, na fase de conhecimento do feito primitivo, que outro dependente do instituidor da pensão ali deferida já estivesse recebendo tal benefício.

Na inicial desta rescisória, a autarquia consignou que “*Com o início da execução da ação 0000394-13.2015.8.26.0315 (autos eletrônicos 0000815-86.2019.8.26.0145), o INSS, ao cumprir a obrigação de fazer, consistente na implantação do benefício (o que ocorreu em 1/06/2019), e ao analisar a conta apresentada pela senhora Ângela Maria Aparecida Raszejas, constatou que já estava pagando benefício de pensão por morte, em razão do falecimento do senhor Marcos Antônio Penha, à senhora Maria Aparecida de Souza, na condição de companheira.*”, donde se conclui que o INSS só levou o conhecimento de tal fato ao Judiciário na fase de execução do julgado.

Logo, considerando que o substrato fático – prévia concessão do benefício previdenciário a outro dependente do segurado - capaz de atrair a incidência do artigo 114, do CPC/2015, não foi oportunamente apresentado ao magistrado prolator da decisão objurgada, entendo ser impossível reconhecer que referido julgado incorreu em violação manifesta ao artigo 114, do CPC/2015, máxime porque não é razoável exigir do magistrado o conhecimento de fatos não reportado nos autos.

Tivesse o INSS alegado ou, pelo menos, juntado na fase de conhecimento do feito subjacente qualquer elemento de prova a indicar que alguém já estava recebendo pensão por morte em função do óbito do instituidor do benefício pleiteado pela ré e o julgado desconsiderado tal circunstância fática, poder-se-ia cogitar em violação à norma jurídica apontada e mesmo erro de fato a autorizar a rescisão do julgado rescindendo.

No entanto, como, *in casu*, isso não ocorreu, entendo ser incabível a rescisão do julgado, até porque, como se sabe, essa estreita via não é meio jurídico adequado para sanar as omissões das partes quanto aos seus ônus processuais.

A ação rescisória fundada na alegação de violação manifesta a norma jurídica não é recurso, tampouco via para corrigir eventuais injustiças, sobretudo quando estas decorrem da inércia das partes quanto aos seus ônus processuais.

A lógica que orienta a sistemática processual pátria no concernente à ação rescisória é a de que, nesta estreita via, a parte só pode alegar questões que não pôde, por razões justificáveis, suscitar no feito originário. Do contrário, prestigiar-se-ia a desídia da parte no que toca ao desvencilhamento do seu ônus processual.

Isso fica claro, por exemplo, no artigo 966, VII, do CPC/2015, o qual exige, para a configuração do “documento novo”, que o autor ignorasse a existência da documentação ou demonstre que dele não pôde fazer uso.

De notar, por exemplo, que se o INSS alega, mas não prova, que outrem já recebe pensão por morte pleiteada num determinado processo, a decisão judicial que, em razão disso, indefere o requerimento de litisconsórcio, não incorre em

violação manifesta ao artigo 114, do CPC/2015, tampouco em erro de fato, sendo certo, ainda, que eventual ação rescisória ajuizada com base na alegação de documento novo tende a não prosperar, considerando a dificuldade de a autarquia comprovar a impossibilidade de ter oportunamente apresentado prova de que a pensão por morte já estava sendo paga a outrem.

Portanto, a impossibilidade de o autor inovar a lide em sede de rescisória é um freio ou contrapeso ao desvirtuamento desse meio autônomo de impugnação das decisões judiciais, evitando-se, com isso, uma reabertura, em sede de rescisória, das discussões que deveriam ter sido suscitadas no feito de origem.

No caso vertente, o INSS poderia ter noticiado no feito subjacente o fato trazido nesta rescisória - o recebimento do benefício de pensão por morte pleiteada pela parte ré por outro dependente do segurado, o qual poderia ser constatado no sistema da autarquia - e, conseqüentemente, a necessidade de se formar o litisconsórcio, motivo pelo qual não há como se admitir que tais questões sejam suscitadas apenas nesta rescisória.

Desse modo, como a autarquia assim não procedeu e considerando que não existe no feito subjacente qualquer notícia de tal cenário fático só apresentado nesta rescisória, não diviso a manifesta violação à norma jurídica citada na exordial, mas apenas que a autarquia busca, com a presente ação, sanar as omissões em que incorreu na ação primitiva, o que, a meu sentir, é incabível.

Por outras palavras: como o INSS não noticiou oportunamente no feito subjacente a existência de um benefício previdenciário em favor de outro dependente, não reputo que a decisão rescindenda tenha violado o disposto no artigo 114, do CPC/2015, ao não determinar a formação do litisconsórcio, pois isso só veio a ocorrer em razão da omissão autárquica, que não se desvencilhou a tempo e modo do seu ônus processual, embora pudesse fazê-lo.

Acresço que não me parece razoável nem proporcional exigir que a parte que pleiteia a pensão por morte provoque a formação do litisconsórcio passivo, seja porque ela nem sempre sabe da existência de outro (pretenso) dependente, seja porque não cabe a ela, mas sim à autarquia, verificar se determinado familiar do segurado se enquadra juridicamente no conceito de dependente para fins previdenciários. De outro lado, o INSS pode, facilmente, verificar se existe outro dependente habilitado para receber a pensão por morte pleiteada, bastando, para tanto, consultar seu sistema informatizado.

Há casos em que um dependente da Previdência Social não sabe da existência de outro. Malgrado essa não seja a regra, certo é que a jurisprudência já se debruçou, inúmeras vezes, sobre casos em que um(a) segurado(a) deixa um(a) esposo(a) e um(a) companheiro(a), ou mesmo dois companheiros(as), sendo que um(a) não saiba da existência do(a) outro(a).

Há, ainda, situações em que o dependente do segurado sabe da existência de um ex-dependente ou mesmo de um pretenso pretendente, mas não sabe se este recebe ou não a pensão que pretende ou mesmo se este a ela faz jus, o que

só ocorrer quando o (a) segurado(a) deixa, além de um(a) companheiro(a), um(a) ex-esposo(a) e um(a) genitor(a).

Nesses cenários, como exigir que um dependente ajuíze a ação contra o INSS e outro dependente que, em determinados casos, sequer sabe que existe ou não sabe se o outro já recebe a pensão por morte que entende lhe ser devida?

Da mesma forma, não me parece adequado exigir que o magistrado cogite de questões fáticas não suscitadas pelas partes. O julgador, embora não esteja limitado à fundamentação legal apresentada pelas partes, está adstrito aos fatos e pedidos apresentados pelas partes (artigo 141, do CPC/2015), cabendo-lhe promover a subsunção do fato à norma, “sendo-lhe defeso conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte”.

Por conseguinte, entendo que não se pode considerar que uma decisão viole manifestamente um dispositivo normativo se o cenário fático que atraia a sua incidência não tiver sido apresentado no processo.

Sobre o tema, assim já se manifestou o C. STJ:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. SERVIDOR PÚBLICO. VIOLAÇÃO LITERAL DE DISPOSITIVO LEGAL (ART. 485, V, CPC/1973). AÇÃO RESCISÓRIA COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. AÇÃO RESCISÓRIA NÃO PROVIDA.

1. Pela disposição normativa prevista tanto no art. 485, V, do CPC/1973 quanto no art. 966, V, do CPC/2015, observa-se que a concretização do vício rescisório está na manifesta divergência entre o julgado e o legislado. Ou seja, a não observação de preceito legal deve ser clara e inequívoca.

2. No caso dos autos, os dispositivos indicados como expressamente violados são: I) arts. 3º, VI, e 267, ambos do CPC/1973 e art. 1º do Dec.-Lei n. 1.110/1970, porque a ilegitimidade da União não foi declarada; II) do art. 1º do Dec.-Lei n. 20.910/1932 e dos arts. 219, § 5º, e 618, ambos do CPC/1973, porquanto não houve a extinção da execução, apesar da ocorrência da prescrição da pretensão executória.

3. Não se vincula a existência de vício rescisório a uma prévia indicação precisa do dispositivo na fundamentação do julgado rescindendo. Contudo, a inexistência de prequestionamento como requisito de ação rescisória não significa que essa possa ser utilizada como sucedâneo recursal, em face de seu caráter excepcional consequente da proteção à coisa julgada e à segurança jurídica. Assim, a deliberação contrária a disposição legal deve se apresentar no julgado rescindendo, mesmo quando não apresentada expressamente, de forma relevante.

4. A decisão rescindenda limitou-se a examinar questão relacionada ao excesso de execução. Tanto que deu provimento aos embargos à execução para abater R\$ 15.568,69 do requerido inicialmente na execução do título firmado em mandado de segurança. Não houve análise de teses relacionadas à ilegitimidade ou à prescrição, até mesmo porque essas questões sequer foram elencadas na petição de embargos à execução. Portanto, verifica-se que esta ação rescisória foi manejada com o fim de substituir recurso e de

discutir questões novas, que poderiam ter sido analisadas antes do trânsito do julgado rescindendo.

5. ação rescisória não provida.

(AR 5.581/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/11/2018, DJe 12/12/2018)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO LITERAL A DISPOSITIVO DE LEI. QUESTÃO ESTRANHA AO CONTEÚDO DA DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO. INVIABILIDADE.

1. Trata-se, na origem, de Ação Rescisória ajuizada pelo INSS com a finalidade de desconstituir parcialmente o trânsito em julgado de sentença que condenou a autarquia ao pagamento de benefício previdenciário.

2. A demanda foi ajuizada com base no art. 485, V, do CPC/1973, tendo sido apontado como violado o art. 219, § 5º, daquele diploma legislativo.

3. O Tribunal local corretamente julgou improcedente o pedido, adotando como fundamento a inviabilidade desta demanda para discutir matéria estranha ao conteúdo do acórdão cuja rescisão era almejada.

4. "Ainda que não se exija que a lei tenha sido invocada no processo originário, tendo em vista que o requisito do prequestionamento não se aplica em sede de ação rescisória, mostra-se inviável o pedido de rescisão, com base no art. 485, V, do CPC, fundado em suposta violação a disposição de lei, quando a questão aduzida na ação rescisória não foi tratada em nenhum momento em tal processo" (AgRg na AR 4.741/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 6/11/2013).

5. Recurso Especial não provido.

(REsp 1648617/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/05/2017, DJe 17/05/2017)

Pelo exposto, não diviso que a decisão rescindenda tenha violado manifestamente a norma jurídica extraída do dispositivo mencionado na inicial, o que impõe a improcedência do pedido de rescisão do julgado deduzido com base no artigo 966, V, do CPC/2015.

Ante o exposto, divirjo, data vênia, da Relatora, para julgar improcedente o pedido, condenando o INSS a arcar com o pagamento de honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA **5240025-39.2020.4.03.9999**

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: MARIA ALICE NASCIMENTO DE ABREU
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO NILSON LOPES
Disponibilização do Acórdão: DJEN 23/02/2023

EMENTA

PROCESSO CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. REEXAME NECESSÁRIO. NÃO CONHECIDO. PENSÃO POR MORTE. ARTIGOS 74 E SEGUINTE DA LEI 8.213/91. ACORDO PROFERIDO EM PROCESSO TRABALHISTA. RECONHECIMENTO DE VÍNCULO DE EMPREGO APÓS O ÓBITO DO INSTITUIDOR DO BENEFÍCIO. CONJUNTO PROBATÓRIO DOS AUTOS NÃO AUTORIZA O RECONHECIMENTO DA QUALIDADE DE SEGURADO. BENEFÍCIO INDEVIDO.

- Embora a sentença seja ilíquida, resta evidente que a condenação ou o proveito econômico obtido na causa não ultrapassa o limite legal previsto, enquadrando-se perfeitamente à norma insculpida no parágrafo 3º, I, art. 496 da atual lei processual, razão pela qual impõe-se o afastamento do reexame necessário.

- Objetiva a parte autora com a presente demanda a condenação do INSS ao pagamento do do benefício de pensão por morte, nos termos do artigo 74 da Lei nº 8.213/91.

- Verifica-se que a parte autora requereu o benefício (NB:21/176.233.697-6), em 25/01/2016, tendo sido indeferido por perda de qualidade do segurado. Afirma a parte autora que o Sr. Maurício Caetano de Abreu, falecido em 02/01/2014, mantida qualidade de segurado do RGPS, pois trabalhou como taxista, com vínculo de emprego, até a data do óbito. Sustenta que após o óbito do marido, ingressou com reclamação trabalhista Processo nº 1001115-20.205.5.02.0491), realizado acordo homologado judicialmente, no qual o empregador, Sr. Antônio Moleiro Luque, reconheceu a propriedade do carro/táxi e o vínculo empregatício de 02/01/2012 a 02/01/2014, pagando as respectivas contribuições previdenciárias. Alega que apesar da condenação trabalhista, o empregador efetuou o pagamento das contribuições em valor menor ao devido, o que prejudicou a demandante no momento do requerimento do benefício.

- As anotações na CTPS do falecido e os dados do CNIS demonstram vínculos empregatícios, de 11/03/1987 a 23/04/1987, 08/05/1987 a 22/12/1988, 25/11/1988 a 20/02/1989, 23/01/1989 a 19/06/1989, 03/10/1989 a 03/08/1990. Após a perda qualidade de segurado,

efetuou recolhimentos como "facultativo", de 01/08/2003 a 31/12/2003, 01/02/2004 a 31/07/2004 e de 01/06/2010 a 31/03/2013 (Id 131093177, Pág. 1). Em 30/04/2013, requereu na via administrativa a concessão do benefício assistencial de prestação continuada ao idoso, tendo declarado na ocasião que não exercia atividade laborativa (não possuía rendimentos), tendo sido deferido o benefício (NB:88/700.230.086-6), com termo inicial em 30/04/2013, mantido até a data do óbito em 02/01/2014 (Id 131093105, Pág. 1).

- Contudo, no caso específico dos autos, a qualidade de segurado do falecido não restou comprovada.

- Em que pese a anotação lançada na CTPS e nos dados do CNIS de que o falecido teria trabalhado como empregado, no período de 02/01/2012 a 02/01/2014, para o empregador Sr. Antônio Moleiro Luque, conforme cópia de sentença homologatória de acordo trabalhista, proferida pela 1ª Vara do Trabalho de Suzano-SP (Id 131093079 - Pág. 27/28), bem como a prova testemunha, a prova dos autos demonstra que o suposto vínculo de emprego foi reconhecido após o óbito do instituidor do benefício, o que não seria impedimento ao reconhecimento da qualidade de segurado, caso não houve comprovação nos autos de que, em vida, o marido da requerente, no período em que foi reconhecida a suposta relação empregatícia, efetuava recolhimentos como "facultativo", bem como, compareceu junto ao INSS e declarou expressamente que não exercia atividade laborativa (Id 131093079, Pág. 31/32).

- Assim, os atos praticados em vida pelo de cujos, são incompatíveis com o reconhecimento da relação de emprego, no período de 02/01/2012 a 02/01/2014.

- Em razão da improcedência do pedido, condeno a parte autora ao pagamento dos honorários advocatícios, arbitrados em 10% sobre o valor da causa, nos termos do § 2º do art. 85 do Novo Código de Processo Civil/2015, observando-se a suspensão de exigibilidade prevista no § 3º do art. 98 do mesmo diploma legal.

- Reexame necessário não conhecido. Apelação do INSS provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por unanimidade, decidiu não conhecer dos reexame necessário e dar provimento à apelação do INSS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

O Senhor Juiz Federal Convocado NILSON LOPES (Relator): Proposta ação de conhecimento, objetivando a concessão de pensão por morte, sobreveio sentença de procedência do pedido, condenando-se a autarquia previdenciária a conceder o benefício, a partir da data do requerimento administrativo, com correção monetária e juros de mora, além de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) calculados sobre o valor das prestações vencidas, até a data da sentença.

A r. sentença foi submetida ao reexame necessário.

Inconformada, a autarquia previdenciária interpôs recurso de apelação, pugnano pela integral reforma da sentença para que seja julgado improcedente o pedido, pois na data do óbito o falecido não ostentava qualidade de segurado. Alega que no período em que foi reconhecido na Justiça do Trabalho o suposto vínculo de emprego, o falecido efetuou recolhimentos como "facultativo", bem como, na data do requerimento do benefício assistencial de prestação continuada (30/04/2013), declarou expressamente que não exercia atividade laborativa, tendo sido deferido o benefício assistencial até a data do óbito (02/01/2014). Subsidiariamente, pugna pela alteração da sentença quanto ao termo inicial do benefício, à correção monetária e juros de mora.

Com as contrarrazões, os autos foram remetidos a este Tribunal.

É o relatório.

VOTO

O Senhor Juiz Federal Convocado NILSON LOPES (Relator): Inicialmente, recebo o recurso de apelação do INSS, nos termos do artigo 1.010 do novo Código de Processo Civil, haja vista que tempestivo.

Com fundamento no inciso I do § 3º do artigo 496 do atual Código de Processo Civil, já vigente à época da prolação da r. sentença, a remessa necessária não se aplica quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a 1.000 (mil) salários mínimos.

Verifico que a sentença se apresentou ilíquida, uma vez que julgou procedente o pedido inicial para condenar a Autarquia Previdenciária a conceder o benefício e pagar diferenças, sem fixar o valor efetivamente devido. Esta determinação, na decisão de mérito, todavia, não impõe que se conheça da remessa necessária, uma vez que o proveito econômico daquela condenação não atingirá o valor de mil salários mínimos ou mais.

No mesmo sentido:

“PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. REMESSA NECESSÁRIA. SENTENÇA ILÍQUIDA. ART. 496, § 3o., I DO CÓDIGO FUX. CONDENAÇÃO OU PROVEITO ECONÔMICO INFERIOR A MIL SALÁRIOS MÍNIMOS. VALOR AFERÍVEL POR CÁLCULO ARITMÉTICO. POSSIBILIDADE DE MENSURAÇÃO. AGRAVO INTERNO DO INSS A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Esta Corte, no julgamento do REsp. 1.101.727/PR, representativo de controvérsia, fixou a orientação de que, tratando-se de sentença ilíquida, deverá ser ela submetida ao reexame necessário, uma vez que não possui valor certo, estabelecendo que a dispensabilidade da remessa necessária pressupunha a certeza de que o valor da condenação não superaria o limite de 60 salários mínimos.

2. Contudo, a nova legislação processual excluiu da remessa necessária a sentença proferida em desfavor da União e suas respectivas Autarquias cujo proveito econômico seja inferior a 1.000 salários-mínimos.

3. As ações previdenciárias, mesmo nas hipóteses em que reconhecido o direito do Segurado à percepção de benefício no valor do teto máximo previdenciário, não alcançarão valor superior a 1.000 salários mínimos.

4. Assim, não obstante a aparente iliquidez das condenações em causas de natureza previdenciária, a sentença que defere benefício previdenciário é espécie absolutamente mensurável, visto que pode ser aferível por simples cálculos aritméticos, os quais são expressamente previstos na lei de regência, e, invariavelmente, não alcançará valor superior a 1.000 salários mínimos.

5. Agravo Interno do INSS a que se nega provimento.”

(AgInt no REsp 1860256/PR, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, j. 24/08/2020, DJe 31/08/2020);

“PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INEXISTÊNCIA. SENTENÇA ILÍQUIDA. CPC/2015. NOVOS PARÂMETROS. CONDENAÇÃO OU PROVEITO ECONÔMICO INFERIOR A MIL SALÁRIOS MÍNIMOS. REMESSA NECESSÁRIA. DISPENSA.

1. Conforme estabelecido pelo Plenário do STJ, “aos recursos interpostos com fundamento no CPC de 2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC” (Enunciado Administrativo n. 3).

2. Não merece acolhimento a pretensão de reforma do julgado por negativa de prestação jurisdicional, porquanto, no acórdão impugnado, o Tribunal *a quo* apreciou fundamentadamente a controvérsia, apontando as razões de seu convencimento, em sentido contrário à postulação recursal, o que não se confunde com o vício apontado.

3. A controvérsia cinge-se ao cabimento da remessa necessária nas sentenças ilíquidas proferidas em desfavor da Autarquia Previdenciária após a entrada em vigor do Código de Processo Civil/2015.

4. A orientação da Súmula 490 do STJ não se aplica às sentenças ilíquidas nos feitos de natureza previdenciária a partir dos novos parâmetros definidos no art. 496, § 3º, I, do CPC/2015, que dispensa do duplo grau obrigatório as sentenças contra a União e suas autarquias cujo valor da condenação ou do proveito econômico seja inferior a mil salários mínimos.

5. A elevação do limite para conhecimento da remessa necessária significa uma opção pela preponderância dos princípios da eficiência e da celeridade na busca pela duração razoável do processo, pois, além dos critérios previstos no

§ 4º do art. 496 do CPC/15, o legislador elegeu também o do impacto econômico para impor a referida condição de eficácia de sentença proferida em desfavor da Fazenda Pública (§ 3º).

6. A novel orientação legal atua positivamente tanto como meio de otimização da prestação jurisdicional - ao tempo em que desafoga as pautas dos Tribunais - quanto como de transferência aos entes públicos e suas respectivas autarquias e fundações da prerrogativa exclusiva sobre a rediscussão da causa, que se dará por meio da interposição de recurso voluntário.

7. Não obstante a aparente iliquidez das condenações em causas de natureza previdenciária, a sentença que defere benefício previdenciário é espécie absolutamente mensurável, visto que pode ser aferível por simples cálculos aritméticos, os quais são expressamente previstos na lei de regência, e são realizados pelo próprio INSS.

8. Na vigência do Código Processual anterior, a possibilidade de as causas de natureza previdenciária ultrapassarem o teto de sessenta salários mínimos era bem mais factível, considerado o valor da condenação atualizado monetariamente. 9. Após o Código de Processo Civil/2015, ainda que o benefício previdenciário seja concedido com base no teto máximo, observada a prescrição quinquenal, com os acréscimos de juros, correção monetária e demais despesas de sucumbência, não se vislumbra, em regra, como uma condenação na esfera previdenciária venha a alcançar os mil salários mínimos, cifra que no ano de 2016, época da propositura da presente ação, superava R\$ 880.000,00 (oitocentos e oitenta mil reais).

9. Recurso especial a que se nega provimento.”

(REsp 1735097/RS, Relator Ministro GURGEL DE FARIA, j. 08/10/2019, DJe 11/10/2019 - RB vol. 662 p. 225 - REVPRO vol. 301 p. 479)

Assim, não prospera a submissão do julgado à remessa necessária.

Objetiva a parte autora com a presente demanda a condenação do INSS ao pagamento do do benefício de pensão por morte, nos termos do artigo 74 da Lei nº 8.213/91., em razão do óbito de seu marido, em 02/01/2014.

A pensão por morte é benefício previdenciário devido ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, não sendo exigível o cumprimento de carência, nos termos dos artigos 74 e 26 da Lei nº 8.213/91.

Para a concessão do benefício de pensão por morte é necessário o preenchimento dos seguintes requisitos: qualidade de dependente, nos termos da legislação vigente à época do óbito; comprovação da qualidade de segurado do *de cujus*, ou, em caso de perda da qualidade de segurado, o preenchimento dos requisitos para a concessão da aposentadoria (artigos 15 e 102 da Lei nº 8.213/91; Lei nº 10.666/03).

O óbito de Maurício Caetano de Abreu, ocorrido em 02/01/2014, restou devidamente comprovado por meio da cópia da certidão de óbito (Id. 131093079 - Pág. 2).

Verifica-se que a parte autora requereu o benefício (NB:21/176.233.697-6), em 25/01/2016, tendo sido indeferido por perda de qualidade do segurado.

Afirma a parte autora que o Sr. Maurício Caetano de Abreu, falecido em 02/01/2014, mantida qualidade de segurado do RGPS, pois trabalhou como taxista, com vínculo de emprego, até a data do óbito. Sustenta que após o óbito do marido, ingressou com reclamação trabalhista Processo nº 1001115-20.205.5.02.0491), realizado acordo homologado judicialmente, no qual o empregador, Sr. Antônio Moleiro Luque, reconheceu a propriedade do carro/táxi e o vínculo empregatício de 02/01/2012 a 02/01/2014, pagando as respectivas contribuições previdenciárias. Alega que apesar da condenação trabalhista, o empregador efetuou o pagamento das contribuições em valor menor ao devido, o que prejudicou a demandante no momento do requerimento do benefício.

As anotações na CTPS do falecido e os dados do CNIS demonstram vínculos empregatícios, de 11/03/1987 a 23/04/1987, 08/05/1987 a 22/12/1988, 25/11/1988 a 20/02/1989, 23/01/1989 a 19/06/1989, 03/10/1989 a 03/08/1990. Após a perda qualidade de segurado, efetuou recolhimentos como "facultativo", de 01/08/2003 a 31/12/2003, 01/02/2004 a 31/07/2004 e de 01/06/2010 a 31/03/2013 (Id 131093177, Pág. 1). Em 30/04/2013, requereu na via administrativa a concessão do benefício assistencial de prestação continuada ao idoso, tendo declarado na ocasião que não exercia atividade laborativa (não possuía rendimentos), tendo sido deferido o benefício (NB:88/700.230.086-6), com termo inicial em 30/04/2013, mantido até a data do óbito em 02/01/2014 (Id 131093105, Pág. 1).

Nos termos do art. 15, inciso VI, da Lei 8.213/1991, o segurado facultativo mantém a sua qualidade de segurado do RGPS, até 6 meses após a data de cessação do recolhimento das contribuições. Assim, considerando-se o recolhimento da última contribuição como facultativo em 31/03/2013, na data do óbito, em 02/01/2014, o falecido não tinha qualidade de segurado.

Por outro lado, tenho admitido para fins de comprovação da qualidade de segurado e concessão de benefício previdenciário, o termo de acordo trabalhista, quando fundado em início de prova material e/ou complementado por prova testemunhal, especialmente, quando comprovado o recolhimento das contribuições.

Contudo, no caso específico dos autos, a qualidade de segurado do falecido não restou comprovada.

Em que pese a anotação lançada na CTPS e nos dados do CNIS de que o falecido teria trabalhado como empregado, no período de 02/01/2012 a 02/01/2014, para o empregador Sr. Antônio Moleiro Luque, conforme cópia de sentença homologatória de acordo trabalhista, proferida pela 1ª Vara do Trabalho de Suzano-SP (Id 131093079 - Pág. 27/28), bem como a prova testemunha, a prova dos autos demonstra que o suposto vínculo de emprego foi reconhecido após o óbito do instituidor do benefício, o que não seria impedimento ao reconhecimento da qualidade de segurado, caso não houve comprovação nos autos de que, em vida, o marido da requerente, no período em que foi reconhecida a suposta relação empregatícia, efetuava recolhimentos como "facultativo", bem como, compareceu junto ao INSS e declarou

expressamente que não exercia atividade laborativa (Id 131093079, Pág. 31/32).

Assim, os atos praticados em vida pelo de cujos, são incompatíveis com o reconhecimento da relação de emprego, no período de 02/01/2012 a 02/01/2014.

Dessa forma, a apelação interposta pelo INSS deve ser provida para, reformar a sentença e julgar improcedente o pedido, revogando-se os efeitos da tutela de urgência.

Em razão da improcedência do pedido, condeno a parte autora ao pagamento dos honorários advocatícios, arbitrados em 10% sobre o valor da causa, nos termos do § 2º do art. 85 do Novo Código de Processo Civil/2015, observando-se a suspensão de exigibilidade prevista no § 3º do art. 98 do mesmo diploma legal.

Diante do exposto, *NÃO CONHEÇO DO REEXAME NECESSÁRIO E DOU PROVIMENTO À APELAÇÃO DO INSS* para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido, com a revogação da tutela antecipada anteriormente concedida, na forma da fundamentação.

É o voto.

APELAÇÃO CÍVEL

5000944-69.2022.4.03.6128

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: LUIZ GONZAGA HENRIQUE DA SILVA
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL TORU YAMAMOTO
Disponibilização do Acórdão: DJEN 23/02/2023

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO AO DEFICIENTE. CABIMENTO. ATIVIDADES ESPECIAIS COMPROVADAS EM PARTE.

1. A aposentadoria por tempo de serviço para portador de deficiência, modalidade de aposentadoria contributiva, positivada pela Lei Complementar 142/2013, é fruto do regramento excepcional contido no artigo 201, § 1º da Constituição Federal, referente à adoção de critérios diferenciados para a concessão de benefícios a portadores de deficiência.

2. Da análise dos autos, verifica-se que restou incontroverso o enquadramento da deficiência da parte autora como de grau leve, com data de início em 20/04/2018.

3. Logo, devem ser considerados como especiais os períodos: 01/02/1996 a 28/02/2007 e 01/04/2008 a 19/02/2018.

4. Desse modo, computados apenas os períodos especiais ora reconhecidos até a data do requerimento administrativo, verifica-se que a parte autora não comprovou o exercício de atividades consideradas especiais por um período superior a 25 (vinte e cinco) anos, conforme planilha anexa, razão pela qual não preenche os requisitos para a concessão da aposentadoria especial, nos moldes dos artigos 57 e 58 da Lei nº 8.213/91.

5. Entretanto, computando-se os períodos especiais ora reconhecidos, acrescidos dos períodos incontroversos, constantes da CTPS e do CNIS, até a data anterior ao advento da EC 103/2019 (12/11/2019), perfazem-se mais de trinta e três anos de tempo de contribuição, conforme planilha anexa, suficientes ao exigido para concessão da aposentadoria por tempo de contribuição para o deficiente físico, nos termos do artigo 3º, da Lei Complementar 142/2013.

6. Portanto, a parte autora faz jus à concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição para o deficiente físico, nos termos do artigo 3º, da Lei Complementar 142/2013, a ser implantada

a partir do requerimento administrativo em 16/07/2020, data em que o INSS tomou ciência da pretensão.

7. Matéria preliminar rejeitada. Apelação da do INSS provida em parte.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sétima Turma, por unanimidade, rejeitar a matéria preliminar, decidiu dar parcial provimento à apelação do INSS, para não reconhecer como especial o período supramencionado, conceder a aposentadoria por tempo de contribuição para deficiente físico, bem como explicitar os consectários legais, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. DESEMBARGADOR FEDERAL TORU YAMAMOTO:

Trata-se de ação previdenciária ajuizada em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, objetivando o reconhecimento de atividades em condições especiais, para fins de concessão da aposentadoria especial, ou aposentadoria por tempo de contribuição para deficiente físico, nos termos do art. 3º, da Lei Complementar 142/2013.

A sentença (ID 261567858) julgou parcialmente procedente o pedido, para reconhecer como especiais os períodos: 03/09/1990 a 01/12/1995, 01/02/1996 a 28/02/2007 e 01/04/2008 a 19/02/2018; condenar o INSS a implantar o benefício de aposentadoria especial, a partir da DER, em 16/07/2020 e DDA em 13/11/2019, acrescidas de correção monetária e juros de mora, desde a citação, nos moldes do Manual de Cálculos do Conselho da Justiça Federal. Condenou o INSS no pagamento dos honorários advocatícios fixados em 10% do valor dos atrasados até a presente data (Súmula 111/STJ).

Sentença não sujeita a reexame necessário.

O INSS interpôs apelação (ID 261567861), alegando, em preliminar, que foi demonstrado que a parte autora percebe mensalmente o valor de aproximadamente R\$4.000,00, indicando considerável indício de capacidade econômica para arcar com as despesas do processo. Requer a REVOGAÇÃO dos benefícios da gratuidade da justiça concedidos à parte autora, nos termos do art. 100 do Código de Processo Civil, bem como pugna pelo conhecimento da remessa oficial. No mérito, sustenta que não há responsável por registros ambientais no período anterior a 11/02/2007, e 12/02/2008 a 12/10/2011, e 14/10/2012 a 14/02/2015, e após 16/02/2016, bem como o período de 03/09/1990 a 28/04/1995, não há informação, no PPP, sobre agentes nocivos e eventual exposição à poeira de sílica. Sustenta que a parte autora não preencheu

os requisitos para concessão do benefício, motivo pelo qual requer a improcedência do pedido. Eventualmente, requer a observância da prescrição quinquenal; a fixação dos índices de correção monetária conforme Tema 905/STJ, até 08/12/2021; a fixação dos juros moratórios nos termos do art. 1º-F da Lei 9.494/97, alterado pela lei 11.960/09, até 08/12/2021; a incidência da taxa SELIC a partir 09/12/2021, em substituição às taxas de juros e correção monetária, nos termos determinados pelo art. 3.º da Emenda Constitucional 113/2021; a redução do percentual de honorários advocatícios para o patamar mínimo (cf. artigo 85, § 3º, inciso I do NCPC), com a limitação da verba honorária ao comando da Súmula 111/STJ; a declaração de isenção de custas e outras taxas judiciárias. Faz prequestionamentos para fins recursais.

Com as contrarrazões, subiram os autos a este Tribunal Regional Federal.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. DESEMBARGADOR FEDERAL TORU YAMAMOTO:

Verifico, em juízo de admissibilidade, que o recurso ora analisado, mostre-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.

Tendo em vista a data do requerimento administrativo do benefício previdenciário, o pedido será apreciado sob as regras vigentes anteriores à EC 103/2019.

A matéria preliminar arguida pelo INSS, para revogar os benefícios da justiça gratuita concedida, foi acolhida, conforme acórdão (ID 263961490).

A parte autora recolheu as custas judiciais, conforme comprovantes juntados na petição (ID 264773539).

Em preliminar, cumpre observar que, embora a sentença tenha sido desfavorável ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, não se encontra condicionada ao reexame necessário, considerado o valor do benefício e o lapso temporal de sua implantação, não excedente a 1000 (mil) salários-mínimos (art. 496, §3º, I, do NCPC, CPC/2015). Portanto, rejeito a matéria preliminar.

Passo à análise do mérito da demanda.

A controvérsia se refere ao reconhecimento como atividades especiais nos períodos: 03/09/1990 a 01/12/1995, 01/02/1996 a 28/02/2007 e 01/04/2008 a 19/02/2018, para concessão da aposentadoria especial.

A aposentadoria por tempo de serviço para portador de deficiência, modalidade de aposentadoria contributiva, positivada pela Lei Complementar 142/2013, é fruto do regramento excepcional contido no artigo 201, § 1º da Constituição Federal, referente à adoção de critérios diferenciados para a concessão de benefícios a portadores de deficiência.

O art. 3º, da LC 142/13 dispõe:

“Art. 3º - É assegurada a concessão de aposentadoria pelo RGPS ao segurado com deficiência, observadas as seguintes condições:

I - Aos 25 (vinte e cinco) anos de tempo de contribuição, se homem, e 20 (vinte) anos, se mulher, no caso de segurado com deficiência grave;

II - Aos 29 (vinte e nove) anos de tempo de contribuição, se homem, e 24 (vinte e quatro) anos, se mulher, no caso de segurado com deficiência moderada;

III- Aos 33 (trinta e três) anos de tempo de contribuição, se homem, e 28 (vinte e oito) anos, se mulher, no caso de segurado com deficiência leve;

IV - aos 60 (sessenta) anos de idade, se homem, e 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, se mulher, independentemente do grau de deficiência, desde que cumprido tempo mínimo de contribuição de 15 (quinze) anos e comprovada a existência de deficiência durante igual período.

Parágrafo único. Regulamento do Poder Executivo definirá as deficiências grave, moderada e leve para os fins desta Lei Complementar.”

Com o intuito de regulamentar a norma houve a edição do Decreto 8.145/13 que alterou o Decreto 3.048/99, ao incluir a Subseção IV-A, que trata especificamente da benesse que aqui se analisa:

Art. 70-A. A concessão da aposentadoria por tempo de contribuição ou por idade ao segurado que tenha reconhecido, em avaliação médica e funcional realizada por perícia própria do INSS, grau de deficiência leve, moderada ou grave, está condicionada à comprovação da condição de pessoa com deficiência na data da entrada do requerimento ou na data da implementação dos requisitos para o benefício.

Art. 70-B. A aposentadoria por tempo de contribuição do segurado com deficiência, cumprida a carência, é devida ao segurado empregado, inclusive o doméstico, trabalhador avulso, contribuinte individual e facultativo, observado o disposto no art. 199-A e os seguintes requisitos:

I - aos vinte e cinco anos de tempo de contribuição na condição de pessoa com deficiência, se homem, e vinte anos, se mulher, no caso de segurado com deficiência grave;

II - aos vinte e nove anos de tempo de contribuição na condição de pessoa com deficiência, se homem, e vinte e quatro anos, se mulher, no caso de segurado com deficiência moderada; e

III - aos trinta e três anos de tempo de contribuição na condição de pessoa com deficiência, se homem, e vinte e oito anos, se mulher, no caso de segurado com deficiência leve.

Parágrafo único. A aposentadoria de que trata o *caput* é devida aos segurados especiais que contribuam facultativamente, de acordo com o disposto no art. 199 e no § 2º do art. 200.

(...)

Art. 70-D. Para efeito de concessão da aposentadoria da pessoa com deficiência, compete à perícia própria do INSS, nos termos de ato conjunto do Ministro de Estado Chefe da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, dos Ministros de Estado da Previdência Social, da Fazenda, do Planejamento, Orçamento e Gestão e do Advogado-Geral da União:

I - avaliar o segurado e fixar a data provável do início da deficiência e o seu grau; e

II - identificar a ocorrência de variação no grau de deficiência e indicar os respectivos períodos em cada grau.

§ 1º A comprovação da deficiência anterior à data da vigência da Lei Complementar nº 142, de 8 de maio de 2013, será instruída por documentos que subsidiem a avaliação médica e funcional, vedada a prova exclusivamente testemunhal.

§ 2º A avaliação da pessoa com deficiência será realizada para fazer prova dessa condição exclusivamente para fins previdenciários.

§ 3º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 4º Ato conjunto do Ministro de Estado Chefe da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, dos Ministros de Estado da Previdência Social, da Fazenda, do Planejamento, Orçamento e Gestão e do Advogado-Geral da União definirá impedimento de longo prazo para os efeitos deste Decreto.

Art. 70-E. Para o segurado que, após a filiação ao RGPS, tornar-se pessoa com deficiência, ou tiver seu grau alterado, os parâmetros mencionados nos incisos I, II e III do *caput* do art. 70-B serão proporcionalmente ajustados e os respectivos períodos serão somados após conversão, conforme as tabelas abaixo, considerando o grau de deficiência preponderante, observado o disposto no art. 70-A:

(omissis)

§ 1º O grau de deficiência preponderante será aquele em que o segurado cumpriu maior tempo de contribuição, antes da conversão, e servirá como parâmetro para definir o tempo mínimo necessário para a aposentadoria por tempo de contribuição da pessoa com deficiência e para a conversão.

A Lei Complementar dispõe ainda, em seu art. 4º, que a avaliação da deficiência será médica e funcional, nos termos do regulamento, e que o grau de deficiência será atestado por perícia própria do Instituto Nacional do Seguro Social, por meio de instrumentos desenvolvidos para esse fim.

Cabe ressaltar que os critérios específicos para a realização da perícia estão determinados pela Portaria Interministerial SDH/MPS/MF/MOG/AGU nº 001/14, que adota a Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde

- CIF da Organização Mundial de Saúde, em conjunto com o instrumento de avaliação denominado Índice de Funcionalidade Brasileiro aplicado para fins de Aposentadoria - IF-Bra.

Destaca-se que a análise da situação de deficiência se dá no contexto das atividades habituais desenvolvidas pela parte autora, identificando-se as barreiras externas e avaliando-se os domínios: sensorial, comunicação, mobilidade, cuidados pessoais, vida doméstica, educação, trabalho e vida econômica, socialização e vida comunitária.

A atribuição de pontuação aos grupos de domínio se dá em conformidade com os níveis de dependência de terceiros: pontuação 25, quando o avaliado não realiza a atividade ou é totalmente dependente de terceiros para realizá-la; pontuação 50, quando realiza a atividade com o auxílio de terceiros, participando de alguma etapa da atividade; pontuação 75, quando realiza a atividade de forma adaptada, sendo necessário algum tipo de modificação ou realiza a atividade de forma diferente da habitual ou mais lentamente, registrando-se que o indivíduo deve ser independente para colocar a adaptação necessária para a atividade, não dependendo de terceiros para tal; pontuação 100, quando realiza a atividade de forma independente, sem nenhum tipo de adaptação ou modificação, na velocidade habitual e em segurança, sem nenhuma restrição ou limitação para realizar a atividade da maneira considerada normal para uma pessoa da mesma idade, cultura e educação.

Ainda, deve ser considerado o grupo de indivíduos em situações de maior risco funcional para cada tipo de deficiência (auditiva; intelectual - cognitiva e/ou mental; motora e; visual), de forma a se determinar os domínios que terão mais peso para cada grupo de funcionalidade, definir questões emblemáticas e verificar a disponibilidade do auxílio de terceiros.

Uma vez atribuídos e totalizados os pontos de cada atividade dos grupos de domínio, será fixada a natureza da deficiência na forma do item "4.e", do Anexo, da referida Portaria:

"4.e. Classificação da Deficiência em Grave, Moderada e Leve para a aferição dos graus de deficiência previstos pela Lei Complementar nº 142, de 08 de maio de 2.013, o critério é:

Deficiência Grave quando a pontuação for menor ou igual a 5.739.

Deficiência Moderada quando a pontuação total for maior ou igual a 5.740 e menor ou igual a 6.354.

Deficiência Leve quando a pontuação total for maior ou igual a 6.355 e menor ou igual a 7.584.

Pontuação Insuficiente para Concessão do Benefício quando a pontuação for maior ou igual a 7.585."

Na forma do artigo 7º da LC n.º 142/2013, se o segurado, após a filiação ao RGPS, tornar-se pessoa com deficiência, ou tiver seu grau de deficiência alterado, os parâmetros mencionados no artigo 3º serão proporcionalmente ajustados, considerando-se o número de anos em que o segurado exerceu

atividade laboral sem deficiência e com deficiência, observado o grau de deficiência correspondente.

O grau de deficiência preponderante será aquele em que o segurado cumpriu maior tempo de contribuição, antes da conversão, e servirá como parâmetro para definir o tempo mínimo necessário para a aposentadoria por tempo de contribuição da pessoa com deficiência e para a conversão (artigo 70-E, § 1º, do Decreto n.º 3.048/99, incluído pelo Decreto n.º 8.145/13).

Registrando-se que, na hipótese de não houver alternância entre período de trabalho na condição de pessoa com e sem deficiência, ou entre graus diferentes de deficiência, não será realizada a conversão de tempo de atividade, cabendo apenas sua somatória.

Ainda, caso não seja comprovada a condição de pessoa com deficiência na data do requerimento do benefício, ou da implementação dos requisitos para sua concessão, poderá ser concedida a aposentadoria por idade ou por tempo de contribuição, previstas nos artigos 48 e 52 da Lei n.º 8.213/91, respectivamente, podendo utilizar a conversão dos períodos de contribuição como deficiente.

Os fatores de conversão se encontram positivados na tabela do artigo 70-E do Decreto n.º 3.048/99, incluído pelo Decreto n.º 8.145/13.

Assim, para correta atribuição dos fatores de conversão é necessária avaliação da data provável do início da deficiência e o seu grau, identificando-se a ocorrência de eventual variação no grau de deficiência, com a indicação dos respectivos períodos em cada grau.

No que tange a períodos de atividade exercida sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, a redução de tempo prevista para a aposentação especial não poderá ser cumulada, em relação ao mesmo período contributivo, com a redução do tempo de contribuição prevista na Lei Complementar n.º 142/2013, a teor de seu artigo 10.

Não obstante, resta garantida a conversão do tempo de contribuição cumprido em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física do segurado com deficiência, para fins das aposentadorias da pessoa portadora de deficiência, se resultar mais favorável ao segurado, observando-se os fatores de conversão positivados na tabela do artigo 70-F, § 1º, do Decreto n.º 3.048/99, incluído pelo Decreto n.º 8.145/13.

A renda mensal da aposentadoria devida ao segurado com deficiência, conforme disposto no artigo 8º da LC n.º 142/2013, equivalerá a 100% (cem por cento) do salário de benefício (apurado na forma do artigo 29 da Lei n.º 8.213/91), na hipótese de aposentadoria por tempo de contribuição, e a 70% (setenta por cento), acrescido de um ponto percentual do salário de benefício por grupo de doze contribuições mensais até o máximo de 30% (trinta por cento), na hipótese de aposentadoria por idade.

Da análise dos autos, verifica-se que restou incontroverso o enquadramento da deficiência da parte autora como de grau leve, com data de início em 20/04/2018.

Assim, passo à análise do exercício de atividade especial, para cômputo no tempo de contribuição do requerente.

Atividade Especial:

A aposentadoria especial foi instituída pelo artigo 31 da Lei nº 3.807/60.

Dispõe o artigo 57 da Lei nº 8.213/91 que a aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a Lei. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995).

O critério de especificação da categoria profissional com base na penosidade, insalubridade ou periculosidade, definidas por Decreto do Poder Executivo, foi mantido até a edição da Lei nº 8.213/91, ou seja, as atividades que se enquadrassem no decreto baixado pelo Poder Executivo seriam consideradas penosas, insalubres ou perigosas, independentemente de comprovação por laudo técnico, bastando, assim, a anotação da função em CTPS ou a elaboração do então denominado informativo SB-40.

O Poder Executivo baixou os Decretos nºs 53.831/64 e 83.080/79, relacionando os serviços considerados penosos, insalubres ou perigosos.

Embora o artigo 57 da Lei nº 8.213/91 tenha limitado a aposentadoria especial às atividades profissionais sujeitas a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, o critério anterior continuou ainda prevalecendo.

De notar que, da edição da Lei nº 3.807/60 até a última CLPS, que antecedeu à Lei nº 8.213/91, o tempo de serviço especial foi sempre definido com base nas atividades que se enquadrassem no decreto baixado pelo Poder Executivo, como penosas, insalubres ou perigosas, independentemente de comprovação por laudo técnico.

A própria Lei nº 8.213/91, em suas disposições finais e transitórias, estabeleceu, em seu artigo 152, que a relação de atividades profissionais prejudiciais à saúde ou à integridade física deverá ser submetida à apreciação do Congresso Nacional, prevalecendo, até então, a lista constante da legislação em vigor para aposentadoria especial.

Os agentes prejudiciais à saúde foram relacionados no Decreto nº 2.172, de 05/03/1997 (art. 66 e Anexo IV), mas por se tratar de matéria reservada à lei, tal decreto somente teve eficácia a partir da edição da Lei n 9.528, de 10/12/1997.

Destaque-se que o artigo 57 da Lei nº 8.213/91, em sua redação original, deixou de fazer alusão a serviços considerados perigosos, insalubres ou penosos,

passando a mencionar apenas atividades profissionais sujeitas a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, sendo que o artigo 58 do mesmo diploma legal, também em sua redação original, estabelecia que a relação dessas atividades seria objeto de lei específica.

A redação original do artigo 57 da Lei nº 8.213/91 foi alterada pela Lei nº 9.032/95 sem que até então tivesse sido editada lei que estabelecesse a relação das atividades profissionais sujeitas às condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, não havendo dúvidas até então que continuavam em vigor os Decretos nºs 53.831/64 e 83.080/79. Nesse sentido, confira-se a jurisprudência: STJ; Resp 436661/SC; 5ª Turma; Rel. Min. Jorge Scartezini; julg. 28.04.2004; DJ 02.08.2004, pág. 482.

A atividade especial somente pode ser considerada por presunção legal até 28/04/1995, ocasião em que os artigos 57 e 58 da Lei nº 8.213/91 foram alterados pela Lei nº 9.032/95. A partir de então, o reconhecimento da atividade especial apenas se dá caso seja demonstrada a exposição, de forma habitual e permanente, a agentes nocivos à saúde ou à integridade física, sendo que após 10/12/1997 - data da vigência da Lei nº 9.528/97 - passou a ser necessária a apresentação de laudo técnico para comprovação à exposição a agentes nocivos à saúde.

Registro que o Perfil Profissiográfico Previdenciário – PPP substitui o laudo técnico, sendo documento suficiente para aferição das atividades nocivas a que esteve sujeito o trabalhador. E também não obsta o reconhecimento de tempo de trabalho em condições especiais à extemporaneidade de documento, pois a situação em época remota era pior ou ao menos igual à constatada na data da elaboração do laudo, tendo em vista que as condições do ambiente de trabalho só melhoraram com a evolução tecnológica.

O artigo 58, § 1º, da Lei nº 8.213/91, exige que a comprovação do tempo especial seja feita por formulário, ancorado em laudo técnico elaborado por engenheiro ou médico do trabalho, o qual, portanto, pode se basear em qualquer metodologia científica. Não tendo a lei determinado que a aferição só poderia ser feita por meio de uma metodologia específica, não se pode deixar de reconhecer o labor especial pelo fato de o empregador ter utilizado uma técnica diversa daquela indicada na Instrução Normativa do INSS, pois isso representaria uma extrapolação do poder regulamentar da autarquia.

É de se ressaltar, quanto ao nível de ruído, que a jurisprudência já reconheceu que o Decreto nº 53.831/64 e o Decreto nº 83.080/79 vigoram de forma simultânea, ou seja, não houve revogação daquela legislação por esta, de forma que, constatando-se divergência entre as duas normas, deverá prevalecer aquela mais favorável ao segurado (STJ - REsp. n. 412351/RS; 5ª Turma; Rel. Min. Laurita Vaz; julgado em 21.10.2003; DJ 17.11.2003; pág. 355).

O Decreto nº 2.172/97, que revogou os dois outros decretos anteriormente citados, passou a considerar o nível de ruídos superior a 90 dB(A) como prejudicial à saúde.

Por tais razões, até ser editado o Decreto nº 2.172/97, considerava-se a exposição a ruído superior a 80 dB(A) como agente nocivo à saúde.

Todavia, com o Decreto nº 4.882, de 18/11/2003, houve nova redução do nível máximo de ruídos tolerável, uma vez que por tal decreto esse nível voltou a ser de 85 dB(A) (art. 2º do Decreto nº 4.882/2003, que deu nova redação aos itens 2.01, 3.01 e 4.00 do Anexo IV do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto n. 3.048/99).

Houve, assim, um abrandamento da norma até então vigente, a qual considerava como agente agressivo à saúde a exposição acima de 90 dB(A), razão pela qual vinha adotando o entendimento segundo o qual o nível de ruídos superior a 85 dB(A) a partir de 05/03/1997 caracterizava a atividade como especial.

Ocorre que o C. STJ, no julgamento do Recurso Especial nº 1.398.260/PR, sob o rito do artigo 543-C do CPC, decidiu não ser possível a aplicação retroativa do Decreto nº 4.882/03, de modo que no período de 06/03/1997 a 18/11/2003, em consideração ao princípio *tempus regit actum*, a atividade somente será considerada especial quando o ruído for superior a 90 dB(A) (STJ, REsp 1398260/PR, Primeira Seção, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 05/12/2014).

Quanto à eficácia do EPI, vale dizer que, por ocasião do julgamento do ARE 664335, o E. STF assentou as seguintes teses: a) "o direito à aposentadoria especial pressupõe a efetiva exposição do trabalhador a agente nocivo a sua saúde, de modo que, se o Equipamento de Proteção Individual (EPI) for realmente capaz de neutralizar a nocividade, não haverá respaldo constitucional à aposentadoria especial"; b) "na hipótese de exposição do trabalhador a ruído acima dos limites legais de tolerância, a declaração do empregador, no âmbito do Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), da eficácia do Equipamento de Proteção Individual (EPI), não descaracteriza o tempo de serviço especial para aposentadoria".

Contudo, cabe ressaltar que, para descaracterização da atividade especial em razão do uso de EPI, há necessidade de prova da efetiva neutralização do agente, sendo que a mera redução de riscos e a dúvida sobre a eficácia do equipamento não infirmam o cômputo diferenciado.

Destaco, ainda, que inexistente vinculação do ato de reconhecimento de tempo de atividade perigosa, ou nociva ao eventual pagamento de encargos tributários com alíquotas diferenciadas, eis que os artigos 57 e 58 da Lei nº 8.213/91 não demandam tal exigência, que constituiria encargo para o empregador, não podendo o empregado ser por isso prejudicado.

Por seu turno, o recebimento de adicional de insalubridade ou de pagamento da taxa SAT (com indicação de IEAN no CNIS) não implica necessariamente no reconhecimento de exercício de atividade especial, que tem que ser comprovada pelos meios estabelecidos na legislação vigente.

Quanto à possibilidade da contagem do tempo em gozo de auxílio-doença como atividade especial, o julgamento proferido em sede de repetitivo (Tema

repetitivo n. 998), fixou da seguinte tese: "O Segurado que exerce atividades em condições especiais, quando em gozo de auxílio-doença, seja acidentário ou previdenciário, faz jus ao cômputo desse mesmo período, como tempo de serviço especial".

No presente caso, da análise dos documentos juntados aos autos, e de acordo com a legislação previdenciária vigente à época, a parte autora comprovou o exercício de atividades especiais nos seguintes períodos:

1. 01/02/1996 a 01/09/2005, vez que no exercício de sua função ficava exposto de modo habitual e permanente a ruído de 88,22 dB(A), além de agente químico (poeira sílica), sendo a atividade considerada insalubre com base nos códigos 1.1.6 e 1.2.10, Anexo III, do Decreto nº 53.831/64; códigos 1.1.5 e 1.2.12, Anexo I, do Decreto nº 83.080/79; códigos 1.0.18 e 2.0.1 do Anexo IV do Decreto nº 2.172/97; códigos 1.0.18 e 2.0.1 do Anexo IV do Decreto nº 3.048/99, de acordo PPP (ID 261567841, págs. 28/31).

2. 02/09/2005 a 28/02/2007, vez que no exercício de sua função ficava exposto de modo habitual e permanente a ruído de 97,2 dB(A), além de agente químico (poeira sílica), sendo a atividade considerada insalubre com base nos códigos 1.0.18 e 2.0.1 do Anexo IV do Decreto nº 2.172/97; códigos 1.0.18 e 2.0.1 do Anexo IV do Decreto nº 3.048/99, de acordo PPP (ID 261567841, págs. 28/31).

3. 01/04/2008 a 19/02/2018, vez que no exercício de sua função ficava exposto de modo habitual e permanente a ruído de 95,3 dB(A), além de agente químico (poeira sílica), sendo a atividade considerada insalubre com base nos códigos 1.0.18 e 2.0.1 do Anexo IV do Decreto nº 2.172/97; códigos 1.0.18 e 2.0.1 do Anexo IV do Decreto nº 3.048/99, de acordo PPP (ID 261567841, págs. 28/31).

O período de 03/09/1990 a 01/12/1995 não pode ser reconhecido como especial, tendo em vista que o PPP (ID 261567840, págs. 32/33), não traz a identificação do engenheiro ou perito responsável pela avaliação das condições de trabalho, apto para comprovar o exercício de atividade em condições especiais. Assim, tal período deve ser computado somente como tempo de serviço comum.

Logo, devem ser considerados como especiais os períodos: 01/02/1996 a 28/02/2007 e 01/04/2008 a 19/02/2018.

Os períodos registrados em CTPS são suficientes para garantir o cumprimento da carência, de acordo com a tabela do artigo 142 da Lei nº 8.213/1991.

Nos termos dos artigos 70-E, e 70-F, §1º, do Decreto nº 3048/99, para a realização do cálculo do segurado que, após a filiação ao RGPS, tornar-se pessoa com deficiência, ou tiver seu grau alterado, o tempo de contribuição deve ser calculado com a aplicação do fator de conversão 1,32 para os períodos tidos como especiais (tempo a converter de 25 anos para 33 anos, considerando o diagnóstico de deficiência em grau leve) e 0,94 para os períodos comuns (tempo

a converter de 35 anos para 33 anos, considerando o diagnóstico de deficiência em grau leve).

Desse modo, computados apenas os períodos especiais ora reconhecidos até a data do requerimento administrativo, verifica-se que a parte autora não comprovou o exercício de atividades consideradas especiais por um período superior a 25 (vinte e cinco) anos, conforme planilha anexa, razão pela qual não preenche os requisitos para a concessão da aposentadoria especial, nos moldes dos artigos 57 e 58 da Lei nº 8.213/91.

Entretanto, computando-se os períodos especiais ora reconhecidos, acrescidos dos períodos incontroversos, constantes da CTPS e do CNIS, até a data anterior ao advento da EC 103/2019 (12/11/2019), perfazem-se mais de trinta e três anos de tempo de contribuição, conforme planilha anexa, suficientes ao exigido para concessão da aposentadoria por tempo de contribuição para o deficiente físico, nos termos do artigo 3º, da Lei Complementar 142/2013.

Portanto, a parte autora faz jus à concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição para o deficiente físico, nos termos do artigo 3º, da Lei Complementar 142/2013, a ser implantada a partir do requerimento administrativo em 16/07/2020, data em que o INSS tomou ciência da pretensão.

Não há que se falar em ocorrência da prescrição quinquenal, uma vez que inexistem parcelas vencidas no quinquênio que antecedeu o ajuizamento da ação.

Apliquem-se, para o cálculo dos juros de mora e correção monetária, os critérios estabelecidos pelo Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal vigente à época da elaboração da conta de liquidação, observado o quanto decidido pelo C. STF por ocasião do julgamento do RE 870947, sendo que a partir da promulgação da EC 113/2021, publicada em 09/12/2021, haverá a incidência da taxa Selic para fins de atualização monetária e compensação da mora, inclusive do precatório, uma única vez, até o efetivo pagamento, acumulado mensalmente.

Condene o INSS ao pagamento da verba honorária de sucumbência, fixada no montante de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, conforme entendimento desta Turma (artigo 85, §§ 2º e 3º, do Código de Processo Civil/2015), aplicada a Súmula 111 do C. Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual os honorários advocatícios, nas ações de cunho previdenciário, não incidem sobre o valor das prestações vencidas após a data da prolação da sentença.

O INSS é isento de custas processuais, arcando com as demais despesas, inclusive honorários periciais (Res. CJF nºs. 541 e 558/2007), além de reembolsar custas recolhidas pela parte contrária.

Diante do exposto, rejeito a matéria preliminar, dou parcial provimento à apelação do INSS, para não reconhecer como especial o período supramencionado, conceder a aposentadoria por tempo de contribuição para deficiente físico, bem como explicitar os consectários legais, nos termos fundamentados.

É como voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO 502288-60.2022.4.03.0000

Agravante: SANDRA HELENA TAPIA VALERIANO
Agravado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL DAVID DANTAS
Disponibilização do Acórdão: DJEN 16/12/2022

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUXÍLIO-DOENÇA CESSADO ADMINISTRATIVAMENTE. PERÍCIA MÉDICA REALIZADA DEPOIS. PERÍODO DOS ATRASADOS. PAGAMENTO ADMINISTRATIVO. DESPROVIMENTO.

O INSS procedeu em conformidade ao estabelecido no título executivo judicial, tendo procedido a exame pericial e concluído pela recuperação da segurada.

Não houve determinação expressa no julgado para que a autarquia procedesse à reabilitação funcional, de modo que, verificada a capacidade para o trabalho em exame médico pericial, perfeitamente possível a cessação do benefício.

No que se refere ao lapso de apuração dos valores atrasados, há comprovação do pagamento das rendas mensais de auxílio-doença de dezembro de 2014 a abril de 2017 (id 262323026 - Págs. 2-15), ficando mantida a r. decisão recorrida também quanto ao período de apuração dos atrasados.

Agravo de instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Oitava Turma, por unanimidade, decidiu NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL DAVID DANTAS: Trata-se de agravo de instrumento interposto pela parte segurada, contra a r. decisão que rejeitou embargos declaratórios, por sua vez opostos de decisão que afastou pleito

atinentes à manutenção do benefício de auxílio-doença e determinou que se apurassem atrasados de janeiro de 2013 a dezembro de 2014.

A parte recorrente pede a reforma da r. decisão, "a fim de que os cálculos a serem realizados pelo perito contábil considere todo o período, até que o INSS comprove a intimação da segurada para realizar a perícia, diante da cessação indevida do benefício; (...). Na eventualidade de não ser este o entendimento deste juízo, ainda assim merece reforma a r. decisão de piso, principalmente no que tange ao pagamento do benefício no período de 10.12.2014 a 31.03.2015 e demais períodos até a data em que houve um novo requerimento administrativo.

Intimada, a parte recorrida apresentou contraminuta.

É O RELATÓRIO.

VOTO

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL DAVID DANTAS:

DA PRETENSÃO RECURSAL

Foi proferido o v. acórdão por esta mesma Turma, em sede de agravo de instrumento, no sentido de que "(...) o julgado proferido na actio de cognição determinou que deveriam ser efetuadas perícias periódicas a cargo da autarquia, tendo em vista que o segurador em gozo do auxílio-doença está obrigado a se submeter a exame médico periódico". (id 262324933 - Pág. 5)

Como decorre do artigo 502 e seguintes do CPC, inalterado o tema constante do decisório proferido na ação de cognição da pela via recursal cabível, acabou por transitar em julgado.

No caso dos autos, diga-se, o INSS procedeu em conformidade ao estabelecido no título executivo judicial, tendo procedido a exame pericial e concluído pela recuperação da segurada.

Como bem apontado pela decisão recorrida, "(...)Tendo transcorrido tantos anos desde a concessão, o cumprimento de sentença não é o meio adequado para discussão acerca da manutenção da doença, uma vez que depende de conhecimentos técnicos (perícia médica) (...)". As informações cadastrais alusivas à segurada junto ao INSS estão encartadas aos autos (id Num. 262322577 - Pág. 1 e 262322581 - Pág. 1-10), inclusive, com o resultado da *não existência de incapacidade laborativa*.

Ademais, não houve determinação expressa no julgado para que a autarquia procedesse à reabilitação funcional, de modo que, verificada a capacidade para o trabalho em exame médico pericial, é perfeitamente possível a cessação do benefício.

No que se refere ao lapso de apuração dos valores atrasados, entendemos que há cabal comprovação do pagamento das rendas mensais de auxílio-doença

de dezembro de 2014 a 04/2017 (id 262323026 - Pág. 2-15), ficando, destarte, mantida a r. decisão recorrida também quanto ao período de apuração dos atrasados.

Não merece, pois, reforma a decisão de primeiro grau.

DISPOSITIVO

Pelo exposto, nego provimento ao agravo de instrumento, nos termos retroexpendidos.

É o voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO 5023698-56.2022.4.03.0000

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Agravado: MARNI RIBEIRO DOS SANTOS
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL INÊS VIRGÍNIA
Disponibilização do Acórdão: DJEN 08/02/2023

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO - CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ OU AUXÍLIO-DOENÇA - TUTELA DE URGÊNCIA - PRESENTES OS PRESSUPOSTOS LEGAIS - AGRAVO DESPROVIDO.

1. O artigo 300 do CPC/2014 exige, para a concessão da tutela de urgência (tutela antecipada ou cautelar), que a parte demonstre o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, entendendo-se este como a probabilidade da existência do direito alegado e aquele como o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

2. Os *benefícios por incapacidade*, previstos na Lei nº 8.213/91, destinam-se aos segurados que, após o cumprimento da carência de 12 (doze) meses (art. 25, I), sejam acometidos por incapacidade laboral: (i) incapacidade total e definitiva para qualquer atividade laborativa, no caso de *aposentadoria por invalidez* (art. 42), ou (ii) incapacidade para a atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos, no caso de *auxílio-doença* (art. 59).

3. Para a obtenção dos benefícios por incapacidade, deve o requerente comprovar o preenchimento dos seguintes requisitos: (i) qualidade de segurado, (ii) cumprimento da carência, quando for o caso, e (iii) incapacidade laboral.

4. No caso dos autos, não obstante a conclusão da perícia administrativa, os relatórios médicos do ID263118324, págs. 37 e 38, formalmente em termos, elaborados em 05/07/2022 (portanto, contemporâneos à perícia do INSS), evidencia que a parte agravada é portadora de Neoplasia maligna invasiva do estômago, impedindo-a de exercer a sua atividade habitual, o que conduz à conclusão, em princípio, de que foi indevida o indeferimento administrativo do auxílio-doença em 06/07/2022. Também há indícios de que a parte agravada é segurada da Previdência Social e cumpriu a carência de 12 (doze) meses, como se vê do ID263118324, págs. 33-34 (certidões emitidas pela Superintendência Regional do INCRA no Estado de Mato Grosso do Sul em 05/04/2011 e 04/07/2022, nas quais atesta que ela é assentada no Projeto de Assentamento Santa Irene, onde desenvolve

atividades rurais em regime de economia familiar). Presente, pois, o *fumus boni iuris*.

5. O mesmo deve ser dito em relação ao *periculum in mora*, o qual decorre da natureza alimentar do benefício em questão. Ademais, diante de indícios de irreversibilidade para ambos os polos do processo, deve-se optar pelo mal menor. É dizer, na situação dos autos, o dano possível ao INSS é proporcionalmente inferior ao severamente imposto àquele que carece do benefício.

6. Agravo desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sétima Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. DESEMBARGADORA FEDERAL INÊS VIRGÍNIA (RELATORA): Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que DEFERIU a tutela de urgência, determinando ao INSS a imediata implantação do auxílio-doença (ID263118324, pág. 55-59).

Neste recurso, ao qual pretende seja atribuído o efeito suspensivo, requer o INSS a revogação da tutela de urgência, sob a alegação de que a parte agravada, ao contrário do que constou da decisão impugnada, está apta para o exercício da sua atividade habitual.

Sustenta, por fim, que o receio de dano irreparável ou de difícil reparação se evidencia na medida em que os valores pagos dificilmente serão passíveis de repetição.

Pela decisão constante do ID263600287, foi indeferido o efeito suspensivo.

A parte agravada deixou de apresentar contraminuta.

É O RELATÓRIO.

VOTO

A EXMA. SRA. DESEMBARGADORA FEDERAL INÊS VIRGÍNIA (RELATORA): Nos termos do artigo 300, do CPC/2015, "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”.

Portanto, a legislação de regência exige, para a concessão da tutela de urgência (tutela antecipada ou cautelar), que a parte demonstre o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, entendendo-se este como a probabilidade da existência do direito alegado e aquele como o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

No que tange ao *fumus boni iuris*, impende registrar que os *benefícios por incapacidade*, previstos na Lei nº 8.213/91, destinam-se aos segurados que, após o cumprimento da carência de 12 (doze) meses (art. 25, I), sejam acometidos por incapacidade laboral: (i) incapacidade total e definitiva para qualquer atividade laborativa, no caso de *aposentadoria por invalidez* (art. 42), ou (ii) incapacidade para a atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos, no caso de *auxílio-doença* (art. 59).

Para a obtenção dos benefícios por incapacidade, deve o requerente comprovar o preenchimento dos seguintes requisitos: (i) qualidade de segurado, (ii) cumprimento da carência, quando for o caso, e (iii) incapacidade laboral.

No caso dos autos, não obstante a conclusão da perícia administrativa, os relatórios médicos do ID263118324, págs. 37 e 38, formalmente em termos, elaborados em 05/07/2022 (portanto, contemporâneos à perícia do INSS), evidencia que a parte agravada é portadora de Neoplasia maligna invasiva do estômago, impedindo-a de exercer a sua atividade habitual, o que conduz à conclusão, em princípio, de que foi indevida o indeferimento administrativo do auxílio-doença em 06/07/2022.

Também há indícios de que a parte agravada é segurada da Previdência Social e cumpriu a carência de 12 (doze) meses, como se vê do ID263118324, págs. 33-34 (certidões emitidas pela Superintendência Regional do INCRA no Estado de Mato Grosso do Sul em 05/04/2011 e 04/07/2022, nas quais atesta que ela é assentada no Projeto de Assentamento Santa Irene, onde desenvolve atividades rurais em regime de economia familiar).

Presente, pois, o *fumus boni iuris*.

O mesmo deve ser dito em relação ao *periculum in mora*, o qual decorre da natureza alimentar do benefício em questão. Ademais, diante de indícios de irreversibilidade para ambos os polos do processo, deve-se optar pelo mal menor. É dizer, na situação dos autos, o dano possível ao INSS é proporcionalmente inferior ao severamente imposto àquele que carece do benefício.

Nesse sentido, é o entendimento desta C. Turma:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA ANTECIPADA. DEFERIDA. AUXÍLIO-DOENÇA. RESTABELECIMENTO. AGRAVO DESPROVIDO.

- Para a concessão do auxílio-doença, deve-se verificar a incapacidade do segurado para o trabalho por mais de 15 (quinze) dias, qualidade de

segurado(a) e um período de carência de 12 (doze) contribuições mensais (artigos 25, I, e 59, ambos da Lei 8.213/91).

- Preenchidos os requisitos de carência e qualidade de segurado, já que, conforme consta dos autos, o autor esteve em gozo de benefício de auxílio doença NB31/1.215.050.853-4, no período de 29.05.2016 a 06.07.2016 (fl.30), mantendo, pois, a qualidade de segurado, nos termos do art. 13, inc. II, do Decreto n.º 3.048/99, haja vista que a demanda subjacente foi ajuizada em 12.08.2016 (fl.15).

- Quanto à incapacidade do segurado para o trabalho, há indícios suficientes da presença deste requisito.

- Agravo desprovido.

(AI nº 0018910-94.2016.4.03.0000, 7ª Turma, Relator Desembargador Federal Fausto De Sanctis, DE 18/10/2017)

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao agravo de instrumento.

É COMO VOTO.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA **5043312-23.2022.4.03.9999**

Apelante: JOSÉ COELHO NOGUEIRA
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELSON PORFÍRIO
Disponibilização do Acórdão: DJEN 10/02/2023

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. RECONHECIMENTO DE ATIVIDADE RURAL A PARTIR DOS 12 ANOS. PRECEDENTES. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. A aposentadoria por tempo de contribuição, conforme art. 201, § 7º, da constituição Federal, com a redação dada pela EC nº 20/98, é assegurada após 35 (trinta e cinco) anos de contribuição, se homem, e 30 (trinta) anos de contribuição, se mulher. Nos dois casos, necessária, ainda, a comprovação da carência e da qualidade de segurado.

2. Início de prova material, corroborado por prova testemunhal, enseja o reconhecimento do tempo laborado como trabalhador rural. A atividade rural desempenhada em data anterior a novembro de 1991 pode ser considerada para averbação do tempo de serviço, sem necessidade de recolhimento de contribuições previdenciárias, exceto para fins de carência.

3. Anote-se que, em regra, o início do trabalho rural comporta reconhecimento a partir dos 12 anos de idade (Nesse sentido: STJ - REsp 314.059/RS, Min. Paulo Gallotti; EREsp 329.269/RS, Min. Gilson Dipp; REsp 419.796/RS, Min. José Arnaldo da Fonseca; REsp 529.898/SC, Min. Laurita Vaz; REsp 331.568/RS, Min. Fernando Gonçalves; AGREsp 598.508/RS, Min. Hamilton Carvalhido; REsp 361.142/SP, Min. Felix Fischer).

4. Como se sabe, a imposição pelo ordenamento jurídico de idade mínima para o início de atividade laborativa sempre buscou a proteção da criança e do adolescente. Entretanto, não se pode olvidar que a realidade no campo, muitas vezes, impunha a crianças menores de 12 (doze) anos o exercício dos duros trabalhos rurais. Desta forma, sendo ineficaz a legislação à época, não atingindo o objetivo almejado, desconsiderar o trabalho exercido antes do termo fixado constitucionalmente para concessão de benefício previdenciário seria penalizá-las de forma dupla.

5. A correção monetária deverá incidir sobre as prestações em atraso desde as respectivas competências e os juros de mora desde a citação,

observada eventual prescrição quinquenal, nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 658/2020, do Conselho da Justiça Federal (ou aquele que estiver em vigor na fase de liquidação de sentença). Os juros de mora deverão incidir até a data da expedição do PRECATÓRIO/RPV, conforme entendimento consolidado pela colenda 3ª Seção desta Corte. Após a devida expedição, deverá ser observada a Súmula Vinculante 17. Deverá ser observado, também, o disposto no artigo 3º da Emenda Constitucional nº 113/2021, a partir de sua vigência.

6. Com relação aos honorários advocatícios, tratando-se de sentença ilíquida, o percentual da verba honorária deverá ser fixado somente na liquidação do julgado, na forma do disposto no art. 85, § 3º, § 4º, II, e § 11, e no art. 86, todos do CPC, e incidirá sobre as parcelas vencidas até a data da decisão que reconheceu o direito ao benefício (Súmula 111 do STJ).

7. Reconhecido o direito da parte autora à aposentadoria por tempo de contribuição, a partir do requerimento administrativo (D.E.R. 29.06.2011), observada eventual prescrição quinquenal, ante a comprovação de todos os requisitos legais.

8. Remessa necessária não conhecida. Apelação desprovida. Fixados, de ofício, os consectários legais.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, não conhecer da remessa necessária, negar provimento à apelação e fixar, de ofício, os consectários legais, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

O Exmo. Desembargador Federal Nelson Porfírio (Relator): Trata-se de pedido de aposentadoria por tempo de contribuição (melhor hipótese financeira), ajuizado por José Coelho Nogueira em face do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

Contestação do INSS na qual sustenta a ausência de comprovação da atividade rural, sem anotação em CTPS, requerendo, ao final, a improcedência total do pedido (ID 255487847).

Réplica da parte autora (ID 255487862).

Audiência de instrução, com a oitiva das testemunhas da parte autora (ID 255487908 – fls. 02/05).

Sentença pela parcial procedência do pedido, para reconhecer a atividade rural, sem anotação em CTPS, no período de 01.01.1968 a 30.06.1974, 01.01.1977 a 31.03.1978, 01.01.1979 a 31.12.1979, 01.01.1981 a 31.12.1981, 01.01.1983 a 31.12.1987 e 01.01.1989 a 31.12.1991, e determinar a implantação da aposentadoria por tempo de contribuição da parte autora, fixando a sucumbência e a remessa necessária (ID 255487929).

Constam embargos de declaração pela parte autora (ID 255487934), os quais foram acolhidos para esclarecer o reconhecimento da atividade rural nos períodos de 19.03.1968 a 30.06.1974, 01.01.1977 a 31.03.1978, 01.01.1979 a 31.12.1979, 01.01.1981 a 31.12.1981, 01.01.1983 a 31.12.1987 e 01.01.1989 a 31.12.1991 (ID 255487942).

Igualmente, constam embargos de declaração pelo INSS (ID 255487944), os quais foram acolhidos para esclarecer o ponto obscuro apontado quanto à necessidade de recolhimentos para o período posterior à Lei 8.213/91 (01.11.1991 a 31.12.1991), sem alteração no resultado do julgamento (ID 255487957).

Apelação da parte autora pela averbação da atividade rural sem registro em CTPS no período de 01.01.1968 a 08.03.1968, anterior à data em que completou 12 anos (ID 255487954).

Sem contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Desembargador Federal Nelson Porfirio (Relator): Pretende a parte autora, nascida em 19.03.1956, a averbação de atividade rural sem registro em CTPS, nos períodos de 01.01.1968 a 30.06.1974, 01.01.1977 a 31.03.1978, 01.01.1979 a 31.12.1979, 01.01.1981 a 31.12.1981, 01.01.1983 a 31.12.1987 e 01.01.1989 a 31.12.1991, com a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição (melhor hipótese financeira), a partir do requerimento administrativo (D.E.R. 29.06.2011).

Inicialmente, considerando a ausência de apelação pelo INSS, reputo superada a controvérsia em relação ao reconhecimento da atividade rural sem registro em CTPS, nos períodos de 19.03.1968 a 30.06.1974, 01.01.1977 a 31.03.1978, 01.01.1979 a 31.12.1979, 01.01.1981 a 31.12.1981, 01.01.1983 a 31.12.1987 e 01.01.1989 a 31.10.1991, bem como em relação à satisfação dos requisitos para a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, concedidos na sentença prolatada.

Da remessa necessária.

Anoto que a sentença foi proferida já na vigência do novo Código de Processo Civil - Lei 13.105/2015 -, razão pela qual se deve observar o disposto

no art. 496, §3º, I. No caso dos autos, não obstante a sentença ser ilíquida, é certo que o proveito econômico obtido pela parte autora não superará o valor de 1.000 (mil) salários mínimos, ainda que se considere o valor máximo dos benefícios do RGPS, tendo em vista que a sentença foi prolatada em 02.09.2020 e a data de início do benefício é 29.06.2011.

Neste sentido observo que a 1ª Turma do C. STJ, ao apreciar o REsp 1.735.097/RS, em decisão proferida em 08.10.2019, entendeu que, não obstante a iliquidez das condenações em causas de natureza previdenciária, a sentença que defere benefício previdenciário é espécie absolutamente mensurável, visto que pode ser aferível por simples cálculos aritméticos. Assim, na vigência do Código de Processo Civil/2015, em regra, a condenação em ações previdenciárias não alcança o valor de mil salários mínimos, observada a prescrição quinquenal, com os acréscimos de juros, correção monetária e demais despesas de sucumbência, restando afastado o duplo grau necessário.

Do mérito.

Para melhor elucidação da controvérsia colocada em Juízo, cumpre distinguir a aposentadoria especial prevista no art. 57 da Lei nº 8.213/91, da aposentadoria por tempo de contribuição, prevista no art. 52 do mesmo diploma legal, pois enquanto a aposentadoria especial pressupõe o exercício de atividade considerada especial pelo tempo de 15, 20 ou 25 anos, e, cumprido esse requisito, o segurado tem direito à aposentadoria com valor equivalente a 100% do salário-de-benefício (§ 1º do art. 57), não estando submetido à inovação legislativa da E.C. nº 20/98, ou seja, inexistente pedágio ou exigência de idade mínima, assim como não se submete ao fator previdenciário, conforme art. 29, II, da Lei nº 8.213/91. Diferentemente, na aposentadoria por tempo de contribuição há tanto o exercício de atividade especial como o exercício de atividade comum, sendo que o período de atividade especial sofre a conversão em atividade comum aumentando assim o tempo de serviço do trabalhador, e, conforme a data em que o segurado preenche os requisitos, deverá se submeter às regras da E.C. nº 20/98.

Da atividade rural.

Anote-se que, em regra, o início do trabalho rural comporta reconhecimento a partir dos 12 anos de idade (Nesse sentido: STJ - REsp 314.059/RS, Min. Paulo Gallotti; EREsp 329.269/RS, Min. Gilson Dipp; REsp 419.796/RS, Min. José Arnaldo da Fonseca; REsp 529.898/SC, Min. Laurita Vaz; REsp 331.568/RS, Min. Fernando Gonçalves; AGREsp 598.508/RS, Min. Hamilton Carvalhido; REsp 361.142/SP, Min. Felix Fischer).

Como se sabe, a imposição pelo ordenamento jurídico de idade mínima para o início de atividade laborativa sempre buscou a proteção da criança e do adolescente. Entretanto, não se pode olvidar que a realidade no campo, muitas vezes, impunha a crianças menores de 12 (doze) anos o exercício dos duros trabalhos rurais. Desta forma, sendo ineficaz a legislação à época, não atingindo o objetivo almejado, desconsiderar o trabalho exercido antes do termo fixado

constitucionalmente para concessão de benefício previdenciário seria penalizá-las de forma dupla. Nesse sentido:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TEMPO DE SERVIÇO. RURÍCOLA. MENOR DE 12 ANOS. LEI Nº 8.213/91, ART. 11, INCISO VII. PRECEDENTES. SÚMULA 07/STJ.

1 - Demonstrado o exercício da atividade rural do menor de doze anos, em regime de economia familiar, o tempo de serviço é de ser reconhecido para fins previdenciários, porquanto as normas que proíbem o trabalho do menor foram editadas para protegê-lo e não para prejudicá-lo. Precedentes.

2 - Recurso especial conhecido”

(STJ - REsp: 331568 RS 2001/0093416-0, Relator: Ministro FERNANDO GONÇALVES, Data de Julgamento: 23/10/2001, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 12.11.2001 p. 182RSTJ vol. 153 p. 551)

Desse modo, no caso em análise, seu termo inicial deve ser definido em 19.03.1968.

Desse modo, impõe-se a manutenção da sentença prolatada.

A correção monetária deverá incidir sobre as prestações em atraso desde as respectivas competências e os juros de mora desde a citação, observada eventual prescrição quinquenal, nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 658/2020, do Conselho da Justiça Federal (ou aquele que estiver em vigor na fase de liquidação de sentença). Os juros de mora deverão incidir até a data da expedição do PRECATÓRIO/RPV, conforme entendimento consolidado pela colenda 3ª Seção desta Corte. Após a devida expedição, deverá ser observada a Súmula Vinculante 17. Deverá ser observado, também, o disposto no artigo 3º da Emenda Constitucional nº 113/2021, a partir de sua vigência.

Com relação aos honorários advocatícios, tratando-se de sentença ilíquida, o percentual da verba honorária deverá ser fixado somente na liquidação do julgado, na forma do disposto no art. 85, § 3º, § 4º, II, e § 11, e no art. 86, todos do CPC, e incidirá sobre as parcelas vencidas até a data da decisão que reconheceu o direito ao benefício (Súmula 111 do STJ).

Embora o INSS seja isento do pagamento de custas processuais, deverá reembolsar as despesas judiciais feitas pela parte vencedora e que estejam devidamente comprovadas nos autos (Lei nº 9.289/96, artigo 4º, inciso I e parágrafo único).

Caso a parte autora esteja recebendo benefício previdenciário concedido administrativamente, deverá optar, à época da liquidação de sentença, pelo benefício judicial ou administrativo que entenda ser mais vantajoso. Se a opção recair no benefício judicial, deverão ser compensadas as parcelas já recebidas em sede administrativa, face à vedação da cumulação dos benefícios.

As verbas acessórias e as prestações em atraso também deverão ser calculadas na forma acima estabelecida, em fase de liquidação de sentença.

Diante do exposto, *não conheço da remessa necessária e nego provimento à apelação*, fixando, de ofício, os consectários legais, tudo na forma acima explicitada.

Determino que, independentemente do trânsito em julgado, comunique-se ao INSS (Gerência Executiva / Unidade Administrativa), a fim de serem adotadas as providências cabíveis para que seja *implantado de imediato o benefício* da parte autora *JOSÉ COELHO NOGUEIRA, de APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO*, com D.I.B. em 29.06.2011 e R.M.I. a ser calculada pelo INSS, nos termos da presente decisão, tendo em vista os art. 497 do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15).

É como voto.

Direito Processual Civil



APELAÇÃO CÍVEL **5000711-16.2020.4.03.6137**

Apelante: CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE DO ESTADO SÃO PAULO

Apelado: LEONILDO PANTANO

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS

Disponibilização do Acórdão: DJEN 08/02/2023

EMENTA

EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE DO ESTADO DE SÃO PAULO. INTIMAÇÃO ELETRÔNICA VIA SISTEMA PJE. VALIDADE. CONSELHO CADASTRADO COM PERFIL PROCURADORIA. DESCUMPRIMENTO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA DO DETERMINADO NO ART. 485, § 1º, DO CPC. RECURSO DE APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Trata-se de execução fiscal ajuizada pelo Conselho Regional de Contabilidade do Estado de São Paulo, para cobrança de anuidades previstas para os exercícios de 2016, 2017 e 2018 (ID de n.º 155025353, página 01; ID de n.º 155025354, página 01; e, ID de n.º 155025355, página 01). A MM. Juíza de primeiro grau determinou que o exequente procedesse à retirada e distribuição de carta precatória junto ao juízo deprecado, assim como o recolhimento de custas ou de diligência de oficial de justiça, no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de extinção pelo abandono do processo (ID de n.º 265396086, página 01). Diante da ausência de manifestação do exequente, a MM. Juíza de primeiro grau extinguiu o processo, sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, III, do Código de Processo Civil.

2. 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.

3. O art. 5º da Lei nº 11.419/2006 prevê a intimação em portal próprio, nos endereços eletrônicos fornecidos pelas próprias partes. No caso dos autos, verifica-se que o Conselho Regional de Corretores de Imóveis da 2ª Região encontra-se cadastrado no sistema PJE como parceiro para expedição eletrônica, nos termos do art. 5º da Lei nº 11.419/2006. 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 20/06/2022. Assim, não subsiste a necessidade de intimação pessoal por Oficial de Justiça.

4. Por outro lado, para se extinguir o feito sem julgamento do mérito, por abandono, o magistrado deve verificar se foi consumado o prazo

de 30 dias, sem que a parte promovesse as diligências que lhe são cabíveis, e, então, intimá-la para, em cinco dias, suprir a falta, com a advertência da culminação de extinção em decorrência do descumprimento da determinação judicial.

5. Na presente hipótese, não houve a determinação estabelecida no art. 485, § 1º, do Código de Processo Civil, mesmo que de forma eletrônica, abrindo o específico prazo de 5 dias para que fosse promovido o andamento do feito, sob pena de extinção, devendo, pois, a sentença ser reformada (precedentes do STJ deste Tribunal).

6. Recurso de apelação parcialmente provido, para determinar o prosseguimento da execução fiscal.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu PARCIAL PROVIMENTO ao recurso de apelação, para determinar o prosseguimento da execução fiscal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposta pelo *Conselho Regional de Contabilidade do Estado de São Paulo*, contra a sentença proferida na execução fiscal, ajuizada em face de *Leonildo Pantano*.

A MM. Juíza de primeiro grau julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, III, do Código de Processo Civil, pelo fato de o exequente ter deixado de cumprir determinação judicial, mesmo após ser regularmente intimado.

Irresignado, o apelante aduz, em síntese, que:

- a) no caso dos autos, não há que se falar em abandono de causa;
- b) não havendo manifestação por parte do exequente, a execução fiscal deveria ter sido suspensa com fundamento no art. 40 da Lei nº 6.830/80;
- c) não foi observado o disposto nos artigos 25 e 40 da Lei n.º 6830/80.

Sem contrarrazões, os autos vieram a este Tribunal.

É o relatório.

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Nelton dos Santos (Relator): Trata-se de execução fiscal ajuizada pelo Conselho Regional de Contabilidade do Estado de São Paulo, para cobrança de anuidades previstas para os exercícios de 2016, 2017 e 2018 (ID de n.º 155025353, página 01; ID de n.º 155025354, página 01; e, ID de n.º 155025355, página 01).

A MM. Juíza de primeiro grau determinou que o exequente procedesse à retirada e distribuição de carta precatória junto ao juízo deprecado, assim como o recolhimento de custas ou de diligência de oficial de justiça, no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de extinção pelo abandono do processo (ID de n.º 265396086, página 01).

Diante da ausência de manifestação do exequente, a MM. Juíza de primeiro grau extinguiu o processo, sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, III, do Código de Processo Civil.

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 da referida Lei. Veja-se:

“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.”

O referido artigo prevê a intimação em portal próprio, nos endereços eletrônicos fornecidos pelas próprias partes.

No caso dos autos, verifica-se que o Conselho Regional de Contabilidade do Estado de São Paulo encontra-se cadastrado no sistema PJE como parceiro para expedição eletrônica, nos termos do art. 5º da Lei nº 11.419/2006.

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 20/06/2022.

Assim, não subsiste a necessidade de intimação pessoal por Oficial de Justiça.

Por outro lado, para se extinguir o feito sem julgamento do mérito, por abandono, o magistrado deve verificar se foi consumado o prazo de 30 dias, sem que a parte promovesse as diligências que lhe são cabíveis, e, então, intimá-la para, em cinco dias, suprir a falta, com a advertência da culminação de extinção em decorrência do descumprimento da determinação judicial.

Na presente hipótese, não houve a determinação estabelecida no art. 485, § 1º, do Código de Processo Civil, mesmo que de forma eletrônica, abrindo o específico prazo de 5 dias para que fosse promovido o andamento do feito, sob pena de extinção, devendo, pois, a sentença ser reformada.

Nesse sentido, é o entendimento adotado pelo C. Superior Tribunal de Justiça - STJ. Veja-se:

“PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. ABANDONO DE CAUSA. ART. 485, III, DO CPC. OBRIGATORIEDADE DE INTIMAÇÃO PESSOAL FIXANDO PRAZO PARA PROMOVER O ANDAMENTO DO FEITO, CUJO DESATENDIMENTO SERÁ SANCIONADO COM SENTENÇA TERMINATIVA SEM MÉRITO. ART. 485, § 1º, DO CPC.

1. O término do processo sem resolução do mérito, na hipótese de abandono (art. 485, III, do CPC), exige que a parte seja intimada pessoalmente, com a advertência de que a falta de promoção dos autos de sua incumbência, no prazo derradeiro (que é de cinco dias, no atual CPC), acarretará a extinção do feito. Exegese do art. 485, § 1º, do CPC.

2. A regra acima já vinha prevista no CPC/1973, no art. 267, § 1º (a única diferença é que o prazo para restabelecer o andamento do feito era de quarenta e oito horas). A jurisprudência do STJ, em relação ao referido dispositivo legal, exigia que a sentença de extinção fosse precedida de intimação pessoal abrindo o específico prazo (então de 48h, conforme dito) para que fosse promovido o andamento do feito, sob pena de extinção.

3. No caso concreto, o Tribunal de origem manteve a sentença de extinção da Execução Fiscal por abandono, consignando que a Fazenda credora foi cientificada pessoalmente da penhora deferida, sem apresentar manifestação.

4. Há dois equívocos que conduzem à reforma do julgado: em primeiro lugar, a extinção do feito por abandono tem por premissa que a parte, por mais de trinta (30) dias, não promoveu os atos e/ou diligências que lhe competiam. Ademais, verificado o transcurso do prazo *in albis*, compete à autoridade judicial determinar a sua intimação pessoal para que, no prazo de cinco dias ou de quarenta e oito horas (conforme vigente, ao tempo da intimação, o

novo ou o revogado CPC), promovesse o andamento do feito, sob pena de extinção.

5. Ao que se verifica, o ato de cientificar a Fazenda Pública da realização da penhora não lhe transferiu a prática de qualquer ato processual, uma vez que o ato subsequente (alienação judicial) poderia ser promovido *ex officio* pelo juiz.

6. Não bastasse isso, ao que consta do voto condutor do acórdão hostilizado, a extinção do feito teria decorrido da simples ausência de resposta do ente público à cientificação da penhora realizada nos autos, quando, conforme acima demonstrado, a sentença somente poderia ser proferida se previamente tivesse havido intimação pessoal concedendo à exequente prazo para que esta praticasse algum ato privativo, indispensável para o andamento do feito, cujo desatendimento seria sancionado com a extinção por abandono de causa.

7. Recurso Especial provido.”

(STJ, 2ª Turma, REsp 1738705/MT, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, julgado em 22/05/2018, DJe 23/11/2018).

Neste sentido, também é o entendimento desta Terceira Turma. Veja-se:

“EXECUÇÃO FISCAL. ABANDONO. EXTINÇÃO. INTIMAÇÃO PESSOAL. INOCORRÊNCIA. INÉRCIA. APELAÇÃO PROVIDA.

1. O d. magistrado, para extinguir o feito sem julgamento do mérito, por abandono, deve verificar se foi consumado o prazo de 30 dias, sem que a parte promovesse as diligências que lhe são cabíveis, e, então, intimá-la para, em cinco dias, suprir a falta, com a advertência da culminação de extinção em decorrência do descumprimento da determinação judicial.

2. Inocorreu a intimação pessoal abrindo o específico prazo de 5 dias para que fosse promovido o andamento do feito, sob pena de extinção, devendo, pois, a sentença ser reformada.

3. Apelação provida.”

(TRF-3, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL / MS 5001308-61.2018.4.03.6005, Rel. Desembargador Federal NERY DA COSTA JUNIOR, data do julgamento: 15/07/2021, DJEN Data: 09/08/2021).

Ante o exposto, *DOU PARCIAL PROVIMENTO* ao recurso de apelação, para determinar o prosseguimento da execução fiscal, nos termos da fundamentação supra.

É como voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO 5007726-17.2020.4.03.0000

Agravante: BANCO SANTANDER (BRASIL) S.A.
Agravado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - PR/SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 10/02/2023

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. PRAZO PARA ATENDIMENTO EM FILA. DETERMINAÇÃO QUANTO À CONSTATAÇÃO DA OBRIGAÇÃO DE FAZER EM POSTO DE ATENDIMENTO VINCULADO À AGÊNCIA BANCÁRIA. AFASTADA A ALEGAÇÃO DE INOBSERVÂNCIA DO TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL.

1. Conquanto a r. Sentença transitada em julgado não mencione “expressamente” os postos de atendimentos, é certo que condenou a referida instituição financeira na obrigação de fazer consistente na adoção de providências cabíveis, em “todas” as agências bancárias existentes no âmbito territorial daquela subseção judiciária, para que o atendimento em fila fosse realizado no prazo de 15 minutos em dias normais e de até 30 minutos em véspera de feriado, dia imediatamente seguinte a feriado e dia de pagamento de vencimento a servidores públicos municipais, estaduais e federais, sob pena de multa.
2. A própria agravante admite que os postos de atendimentos são “vinculados” às agências e, sobretudo, prestam “atendimento ao público”.
3. Dessa forma, considerando que o escopo do título executivo, transitado em julgado, foi assegurar à população daquela Subseção Judiciária o atendimento célere (de 15 a 30 minutos) e, ainda, utilizando a ideia de que “o acessório segue o principal” não há como reconhecer o pedido da agravante, sob pena de inobservância do título executivo transitado em julgado.
4. As normas mencionadas pela agravante são irrelevantes para a análise da presente controvérsia, considerando a obrigação de fazer estipulada no título executivo transitado em julgado, qual seja, o atendimento ao público no prazo de 15 a 30 minutos, pouco importando se este é realizado dentro da agência ao em posto de atendimento (vinculado à agência).
5. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto da Des. Fed. MARLI FERREIRA (Relatora), com quem votaram a Des. Fed. MÔNICA NOBRE e o Des. Fed. MARCELO SARAIVA. Ausente, justificadamente, em razão de férias, o Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (substituído pelo Juiz Fed. Conv. SIDMAR MARTINS), nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

Exma. Senhora Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora):

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo BANCO SANTANDER S/A contra decisão que, em cumprimento de sentença, que deferiu o requerimento da exequente e manteve a constatação deprecada junto ao Posto de Atendimento vinculado a ele, porquanto se trata de uma extensão da própria agência à qual é subordinado e que realiza atendimento ao público, encontrando-se, pois, nos limites da coisa julgada.

A agravante, em apertada síntese, defende que os postos de atendimentos não se confundem com agências bancárias, sendo que os primeiros não estão sujeitos à determinado exarada na sentença exequenda.

Para tanto, explica que o Banco Central do Brasil, por ato normativo, faz distinção entre agência e "posto de atendimento", nos termos do artigo 10, IX, da Lei n. 4.595/1964.

Alega que a própria lei estadual que deu ensejo à ação civil pública (Lei n. 10.993/2001) é clara ao disposto que as suas determinações se aplicam às agências bancárias,

Acrescenta que as normas sobre a instalação de dependências de instituições financeiras autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil se encontram na Resolução n. 4.072, de 26/04/2012.

Assim, defende que a r. Sentença transitada em julgado é clara ao impor obrigações tão somente às agências bancárias das instituições financeiras.

Salienta que o c. STJ possui entendimento pacífico no sentido de que após o trânsito em julgado, todas as questões decididas não comportam discussão na fase executiva, sendo imprescindível a estrita observância ao quanto reconhecido na sentença exequenda, sob pena de violação à coisa julgada.

Na contraminuta, a parte agravada aduz que o objetivo da ação civil pública é assegurar a observância do tempo de atendimento previsto em lei, bem como das condições para o pleno cumprimento da proteção ao consumidor (no caso, o cliente das instituições financeiras).

Desse modo, alega que conforme salientado pelo executado, a definição de posto de atendimento encontra-se explicitada na Resolução no 4.072/2012, nos seguintes termos: "O Posto de Atendimento é dependência, subordinada a agência ou à sede da instituição, destinada ao atendimento ao público no exercício de uma ou mais de suas atividades, podendo ser fixo ou móvel" (art. 5º) e que, portanto, resta clara que tais postos de atendimento são destinados a atender ao público, com funções semelhantes às agências bancárias e diretamente subordinadas a elas.

Defende que não há nenhuma razão para criar a distinção que busca o peticionante, pois as funções exercidas são idênticas e há plena possibilidade de que sejam cumpridas, também no referido posto, as determinações ora executadas.

Destaca que a propositura da ação civil pública e a prolação da sentença de primeiro grau (ocorrida aos 09/10/2009), foram anteriores à edição da já aludida Resolução do Banco Central, de modo que a determinação deve ser interpretada no sentido de abarcar a instituição bancária e os postos a ela vinculados.

Assim, sustenta que não que se falar em violação à coisa julgada, já que a determinação judicial se deu nos exatos limites da sentença definitiva.

O d. Representante do Ministério Público Federal, em 2º grau, manifestou-se pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

A Exma. Senhora Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora):

Sem razão a agravante.

De fato, conquanto a r. Sentença transitada em julgado não mencione "expressamente" os postos de atendimentos, é certo que condenou a referida instituição financeira na obrigação de fazer consistente na adoção de providências cabíveis, em "todas" as agências bancárias existentes no âmbito territorial daquela subseção judiciária, para que o atendimento em fila fosse realizado no prazo de 15 minutos em dias normais e de até 30 minutos em véspera de feriado, dia imediatamente seguinte a feriado e dia de pagamento de vencimento a servidores públicos municipais, estaduais e federais, sob pena de multa.

Ora, a própria agravante admite que os postos de atendimentos são "vinculados" às agências e, sobretudo, prestam "atendimento ao público".

Assim, considerando que o escopo do título executivo, transitado em julgado, foi assegurar à população daquela Subseção Judiciária o atendimento célere (de 15 a 30 minutos) e, ainda, utilizando a ideia de que "o acessório segue

o principal” não há como reconhecer o pedido da agravante, sob pena de inobservância do título executivo transitado em julgado.

Atente-se que as normas mencionadas pela agravante são irrelevantes para a análise da presente controvérsia, considerando a obrigação de fazer estipulada no título executivo transitado em julgado, qual seja, o atendimento ao público no prazo de 15 a 30 minutos, pouco importando se este é realizado dentro da agência ao em posto de atendimento (vinculado à agência).

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL

5001010-68.2021.4.03.6133

Apelante: SANDOVAL MENDES SANTINO
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GILBERTO JORDAN
Disponibilização do Acórdão: DJEN 23/02/2023

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. GRATUIDADE. DA JUSTIÇA. REVOGAÇÃO. DESPESAS PROCESSUAIS NÃO PAGAS. EXTINÇÃO DO FEITO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. HONORÁRIOS DE ADVOGADO.

- A Juíza *a quo* acolheu a impugnação apresentada pelo INSS no momento da contestação, revogando a concessão da gratuidade da justiça e determinando o recolhimento das custas processuais devidas, no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de extinção do feito.

- Dispõe o art. 1015, inc. V, do CPC que da decisão interlocutória que acolheu o pedido de revogação da gratuidade, cabe agravo de instrumento.

- Contra a decisão que revogou a concessão da benesse a parte autora quedou-se inerte.

- Certificado o decurso de prazo sem o recolhimento das custas e sem manifestação do demandante, sobreveio a sentença de extinção, sem julgamento do mérito, ante o descumprimento de determinação judicial.

- De acordo com o artigo 485, inciso X, combinado com o artigo 102, parágrafo único, do Código de Processo Civil, não efetuado o recolhimento, o processo será extinto sem resolução de mérito, tratando-se do autor, e, nos demais casos, não poderá ser deferida a realização de nenhum ato ou diligência requerida pela parte enquanto não efetuado o depósito.

- Tem-se que o pagamento das custas processuais constitui pressuposto para o desenvolvimento válido e regular do processo e a sua ausência acarreta a sua extinção sem julgamento de mérito.

- Diante da revogação da gratuidade da justiça a parte autora permaneceu inerte, sem efetuar o pagamento das despesas processuais, o que acarretou a extinção do processo sem julgamento de mérito, tendo em vista que deixou de praticar ato que lhe era incumbido, devendo ser mantida a r. sentença.

- Em razão da sucumbência recursal majoro os honorários fixados em sentença, fixando-se em 11% sobre o valor da causa.
- Apelação da parte autora improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona 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.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação em ação ajuizada em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, objetivando o reconhecimento de tempo de serviço especial e a concessão de aposentadoria especial ou de aposentadoria por tempo de contribuição, desde a DER.

A r. sentença (ID 267208130), julgou extinto o feito sem julgamento de mérito, nos termos do artigo 102, parágrafo único, c/c artigo 485, inciso IV, ambos do Código de Processo Civil. Condenou a parte autora ao pagamento de honorários advocatícios, que fixou em 10% (dez por cento) sobre o valor atribuído à causa, nos termos do artigo 85, §§ 2º e 3º, do CPC.

Em razões recursais (ID 267208182), aduz a parte autora que não possui condições de arcar com as custas e despesas processuais, fazendo jus à concessão da gratuidade da justiça. Pugna pela concessão da benesse e pela anulação da sentença, com o retorno dos autos à origem para regular processamento.

Sem contrarrazões, vieram os autos a esta instância para julgamento.

É o relatório.

VOTO

Tempestivo o recurso e respeitados os demais pressupostos de admissibilidade recursais, passo ao exame da matéria objeto de devolução.

Extraí-se dos autos que no juízo de origem foi concedida de início a gratuidade da justiça.

Posteriormente, a Juíza *a quo* acolheu a impugnação apresentada pelo INSS no momento da contestação, revogando a gratuidade da justiça e determinando o recolhimento das custas processuais devidas, no prazo de 15 (quinze) dias, sob

pena de extinção do feito (ID 267208119). Foram opostos embargos de declaração, acolhidos para sanar o erro material no relatório (ID 267208126).

Certificado o decurso de prazo sem o recolhimento das custas e sem manifestação do demandante, sobreveio a sentença de extinção, sem julgamento do mérito, ante o descumprimento de determinação judicial.

Como se sabe, da decisão interlocutória que rejeitou o pedido de gratuidade da justiça ou da decisão que acolheu o pedido de sua revogação, cabe agravo de instrumento, nos termos do disposto no art. 1015, inc. V, do CPC.

Contudo, no caso analisado, contra a decisão que revogou a concessão da benesse a parte autora quedou-se inerte.

Com efeito, de acordo com o artigo 485, inciso X, combinado com o artigo 102, parágrafo único, do Código de Processo Civil, não efetuado o recolhimento, o processo será extinto sem resolução de mérito, tratando-se do autor, e, nos demais casos, não poderá ser deferida a realização de nenhum ato ou diligência requerida pela parte enquanto não efetuado o depósito.

Portanto, tem-se que o pagamento das custas processuais constitui pressuposto para o desenvolvimento válido e regular do processo e a sua ausência acarreta a sua extinção sem julgamento de mérito.

Nesse sentido, trago a seguinte jurisprudência:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS. EXTINÇÃO DO PROCESSO. GRATUIDADE DE JUSTIÇA NEGADA.

1. Ao contrário do alegado pela apelante, o Agravo de Instrumento que trata da matéria relativa à gratuidade da justiça autuado sob o nº 2010.03.00.033627-3, teve seu seguimento negado em 23 de novembro de 2010, disponibilizado no DJe em 10.12.2010.
2. O pagamento das custas iniciais do processo é obrigatório e configura pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, nos termos do artigo 267, IV, do CPC/73. Não recolhidas as custas, o juiz deverá intimar a parte autora para emendar a inicial (conforme previsão do artigo 284) sob pena de indeferimento e cancelamento da distribuição, providência tomada no juízo de primeira instância.
3. Desse modo, quando do despacho de 22.09.2011 (fl. 57), para a embargante trazer aos autos documentos que comprovassem o andamento do recurso interposto, há muito já havia decisão desfavorável à ora apelante, que devidamente intimada quedou-se inerte.
4. Tendo o Juízo *a quo* fixado prazo para o recolhimento das custas, não cumprido pela embargante, bem como tendo conhecimento há mais de um ano acerca da negativa da concessão da justiça gratuita por este Tribunal Regional Federal, mister a manutenção da r. sentença que extinguiu o feito sem resolução do mérito, por falta do recolhimento de custas.
5. Apelo desprovido.

(TRF3-Ap. Cível 2100092/MS - 0034973-10.2015.4.03.9999-Quarta Turma-
Data da publicação/fonte: e-DJF3 Judicial 1 DATA:21/03/2018-
DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA)

Na hipótese dos autos, restou comprovado que diante da revogação da gratuidade da justiça a parte autora permaneceu inerte, sem efetuar o pagamento das despesas processuais, o que acarretou a extinção do processo sem julgamento de mérito, tendo em vista que deixou de praticar ato que lhe era incumbido.

Desse modo, não merece reparos a r. sentença.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Em razão da sucumbência recursal majoro os honorários fixados em sentença, fixando-se em 11% sobre o valor da causa.

DISPOSITIVO.

Ante o exposto, nego provimento ao apelo da parte autora, observando-se os honorários advocatícios na forma fundamentada.

É o voto.

AGRAVO EM APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA 5003392-21.2021.4.03.6105

Apelantes: AUTO POSTO PASSARELA LTDA., AUTO POSTO SÃO FERNANDO DE VALINHOS LTDA., POSTO BIG ANHANGUERA LTDA., UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Apelados: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, AUTO POSTO PASSARELA LTDA., AUTO POSTO SÃO FERNANDO DE VALINHOS LTDA., POSTO BIG ANHANGUERA LTDA.

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO (vice-presidente)

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 27/02/2023

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. RECURSO DE FUNDAMENTAÇÃO VINCULADA. DESNECESSIDADE DE SE AGUARDAR O TRÂNSITO EM JULGADO DE ACÓRDÃO EM RECURSO REPETITIVO. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTO IDÔNEO. AGRAVO DESPROVIDO.

I. Agravo interno contra decisão que negou seguimento a recurso excepcional.

II. O agravo interno trata-se de recurso com fundamentação vinculada, sendo cognoscível por essa via recursal, tão somente, a questão relativa à invocação correta, ou não, do precedente no caso concreto.

III. A existência de decisão de mérito proferida sob a sistemática dos recursos repetitivos autoriza o julgamento imediato das causas que versem sobre o mesmo tema, independentemente do trânsito em julgado do paradigma. Art. 1.040, *caput*, do CPC/2015. Precedentes do STJ e do STF.

IV. Não trouxe a parte agravante fundamento idôneo, firmado em razões de segurança jurídica, para que seja conferido trânsito ao recurso excepcional.

V. Agravo interno desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, O Órgão Especial, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Desembargador Federal Vice-Presidente ANTONIO CEDENHO (Relator). Votaram os Desembargadores Federais NINO TOLDO, LEILA PAIVA, DAVID DANTAS, NELTON DOS SANTOS (convocado para compor quórum),

SÉRGIO NASCIMENTO (convocado para compor quórum), BAPTISTA PEREIRA, MARLI FERREIRA, PEIXOTO JUNIOR, MAIRAN MAIA, NERY JUNIOR, CARLOS MUTA, CONSUELO YOSHIDA, SOUZA RIBEIRO, WILSON ZAUHY, VALDECI DOS SANTOS e CARLOS DELGADO. Ausentes, justificadamente, os Desembargadores Federais MARISA SANTOS (Presidente), ANDRÉ NABARRETE e THEREZINHA CAZERTA., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno interposto pelo Contribuinte em face de decisão desta Vice-Presidência que negou seguimento ao recurso excepcional.

A decisão agravada tem os seguintes termos:

Em relação ao *terço de férias*, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n.º 1.072.485/PR, alçado como representativo de controvérsia (*tema n.º 985*) e submetido à sistemática da repercussão geral (art. 1.036 do CPC), pacificou o seguinte entendimento: “*É legítima a incidência de contribuição social sobre o valor satisfeito a título de terço constitucional de férias*”.

O acórdão paradigma, publicado em 02/10/2020, recebeu a seguinte ementa: *FÉRIAS – ACRÉSCIMO – CONTRIBUIÇÃO SOCIAL – INCIDÊNCIA. É legítima a incidência de contribuição social, a cargo do empregador, sobre os valores pagos ao empregado a título de terço constitucional de férias gozadas.*

(STF, RE n.º 1.072.485/PR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Rel. para acórdão Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 21.8.2020 a 28.8.2020, DJE 02-10-2020) (Grifei).

Dessa forma, evidencia-se que a pretensão do Recorrente destoava da orientação firmada em julgado representativo de controvérsia, pelo que se impõe, nesta questão, a denegação de seguimento ao Recurso Extraordinário, nos termos do art. 1.030, I, “b” c/c art. 1.040, I do CPC.

Com relação ao pleito de *compensação*, é assente no STF a orientação de a questão relativa à compensação tributária possui natureza infraconstitucional, de modo que eventual ofensa à Constituição ocorreria de forma meramente reflexa. Confira-se:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. NATUREZA REMUNERATÓRIA OU INDENIZATÓRIA (TEMA 759 DA REPERCUSSÃO GERAL). COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. NECESSIDADE DE INTERPRETAÇÃO DE LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. ACÓRDÃO RECORRIDO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. AUSÊNCIA DE OFENSA AO ART. 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TEMA 339 DA REPERCUSSÃO GERAL). AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO, COM APLICAÇÃO DE MULTA.

I – A controvérsia relativa à definição da natureza remuneratória ou indenizatória das parcelas sobre as quais incide a contribuição previdenciária patronal, dentre as quais se inserem o aviso prévio indenizado (ARE 745.901-RG/PR, Rel. Min. Teori Zavascki, Tema 759 da Repercussão Geral) e o décimo

terceiro salário proporcional ao aviso prévio indenizado se restringe ao âmbito infraconstitucional.

II - É pacífica a jurisprudência da Corte no sentido de que a discussão acerca do direito à compensação tributária reside na interpretação da legislação infraconstitucional pertinente.

III - Conforme assentado no julgamento do AI 791.292-QO-RG/PE (Tema 339 da Repercussão Geral), de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, o art. 93, IX, da Lei Maior, exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão.

IV - As razões do agravo regimental são inaptas para desconstituir os fundamentos da decisão agravada, que, por isso, se mantêm hígidos.V - Agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação da multa (art. 1.021, § 4º, do CPC). (STF, ARE n.º 1.166.703 AgR, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 05/11/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-250 DIVULG 12-11-2019 PUBLIC 18-11-2019) (Grifei).

Por oportuno, consigno que os precedentes alusivos às contribuições previdenciárias se aplicam às contribuições sociais destinadas a outras entidades e fundos, uma vez que a base de cálculo destas também é a folha de salários.

Essa linha de entendimento corresponde ao posicionamento do STF, que rotineiramente aplica precedentes alusivos às contribuições previdenciárias às contribuições destinadas a terceiros, como se infere, exemplificativamente, das conclusões adotadas nos seguintes julgados: RE n.º 1.110.791/CE e RE n.º 1.052.983/RS.

Em face do exposto, *nego seguimento* ao Recurso Extraordinário quanto à pretensão: (i) não incidência de contribuição previdenciária sobre a verba terço constitucional de férias (tema n.º 985 de Repercussão Geral), quanto à controvérsia envolvendo a definição da natureza de verbas com vistas à composição da base de cálculo das contribuições previdenciárias (tema n.º 1.100 de Repercussão Geral) e *não o admito* em relação às demais questões. Int.

Nas razões do presente agravo, a parte alega, em síntese, a necessidade de manutenção da suspensão dos processos enquanto pendente o trânsito em julgado, para promover uma resposta uniforme após o julgamento, proporcionando maior uniformidade, integridade e coerência no trato do tema.

Sem contrarrazões.

É o relatório.

VOTO

A atuação dos tribunais de segundo grau de jurisdição, no tocante ao exame de admissibilidade dos recursos especiais e extraordinários, ganhou novos contornos, ainda ao tempo do CPC/73, com a introdução da sistemática dos

recursos representativos de controvérsia ou, na terminologia do CPC/15, da sistemática dos recursos repetitivos ou de repercussão geral, decorrente da transformação das decisões das Cortes Superiores de precedentes meramente persuasivos para julgados de observância obrigatória pelas instâncias ordinárias do Poder Judiciário.

Assim, a partir da edição dos arts. 543-A a 543-C do CPC/73, foi atribuída, aos tribunais locais, a competência de julgar, pelo mérito, os recursos dirigidos às instâncias superiores, desde que a questão de direito constitucional ou legal neles veiculada tenha sido, anteriormente, objeto de acórdão de Corte Superior erigido à condição de precedente qualificado pelo procedimento estabelecido para sua formação.

Esse sistema, aperfeiçoado pelo CPC/15, permite à instância *a quo* negar seguimento, desde logo, a recurso especial ou extraordinário em contrariedade à tese jurídica já estabelecida pelas Cortes Superiores, bem como a autoriza a proceder ao encaminhamento do caso para retratação pelo órgão julgador, sempre que verificado que o acórdão recorrido não aplicou, ou aplicou equivocadamente, tese jurídica firmada nos *leading cases*.

Além da valorização dos precedentes, a atual sistemática acarreta sensível diminuição dos casos individuais que chegam aos Tribunais Superiores, ocasionando maior racionalidade em seu funcionamento e aperfeiçoamento de seu papel de Cortes de "teses" ou de interpretação do direito constitucional ou legal.

Cabe destacar que a manutenção do tradicional sistema de recorribilidade externa, qual seja, da possibilidade de revisão das decisões da instância *a quo* mediante interposição do agravo de inadmissão para julgamento pela instância *ad quem*, tinha enorme potencial para esvaziar a eficácia da novel sistemática de valorização dos precedentes qualificados, pois mantinha as Cortes Superiores facilmente acessíveis a todos os litigantes em todo e qualquer caso.

As leis de reforma do sistema processual que trouxeram à luz os arts. 543-A a 543-C do CPC/73 silenciaram quanto ao ponto em destaque, o que instigou os Tribunais Superiores a avançarem em direção a uma solução jurisprudencial para o impasse: no AI 760.358/RS-QO (j. 19.11.2009), o Pleno do Supremo Tribunal Federal decidiu por não mais conhecer dos agravos interpostos de decisões proferidas com fundamento no art. 543-B do CPC/73, estabelecendo que a impugnação de tais decisões ocorreria, dali em diante, por meio de agravos regimentais, a serem decididos pelos próprios tribunais de apelação.

Como não poderia deixar de ser, a iniciativa da Suprema Corte foi secundada pelo Superior Tribunal de Justiça, que, por sua Corte Especial, em 12.05.2011, chegou a solução similar ao julgar a QO-AI 1.154.599/SP. Dessa forma, restou adequadamente solucionada pela jurisprudência a questão, ao se estabelecer, como regra, a recorribilidade "interna" na instância *a quo* em caso de negativa de seguimento do recurso excepcional pelo tribunal, por considerá-lo

em confronto à tese jurídica assentada pelo STF ou pelo STJ em precedente qualificado.

Essa solução foi totalmente encampada pelo CPC/15, prevendo-se expressamente, desde então, o cabimento de agravo interno das decisões que negam seguimento a recurso excepcional, sempre que o acórdão recorrido tenha aplicado precedente qualificado e o recurso interposto tenha, em seu mérito, a pretensão única de discutir a aplicação da tese jurídica firmada no precedente.

Trata-se de recurso de fundamentação vinculada, pois não é dado à parte discutir o acerto ou a justiça do acórdão recorrido, sendo cognoscível por essa via recursal, tão somente, a questão relativa à invocação correta, ou não, do precedente no caso concreto.

É lícito ao agravante, portanto, alinhar razões que evidenciem que o precedente invocado não se aplica ao caso concreto, por nele existir circunstância fática ou jurídica que o diferencia (*distinguishing*), bem como que demonstrem que a tese assentada no precedente, ainda que aplicável ao caso concreto, encontra-se superada por circunstâncias fáticas ou jurídicas (*overruling*).

A simples reprodução mecânica, no agravo interno, das razões do recurso excepcional a que negado seguimento, ou ainda, o subterfúgio da inovação recursal, extrapolam o exercício regular do direito de recorrer, fazendo do agravo uma medida manifestamente inadmissível e improcedente, a autorizar a aplicação aos agravos internos interpostos com fundamento no art. 1.030, I, do CPC, da penalidade prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC, por interpretação extensiva.

Assentadas essas premissas, passa-se ao julgamento do agravo interno.

No que diz respeito à arguida necessidade de se aguardar uma posição definitiva sobre a tese objeto de debate pela sistemática da repercussão geral, o Superior Tribunal de Justiça, com fundamento no art. 1.040, *caput*, do CPC/2015, consolidou sua jurisprudência no sentido de que a existência de decisão de mérito julgada sob a sistemática dos recursos repetitivos autoriza o julgamento imediato de causas que versarem sobre o mesmo tema, independente do trânsito em julgado do paradigma. Nesse sentido, confira-se:

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO EFETIVADO NOS TERMOS DO ART. 1.040, II, DO CPC/2015. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO. NECESSIDADE DE AGUARDAR O JULGAMENTO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS EM FACE DO ARESTO PROLATADO NO RE 579.431/RS, EM REGIME DE REPERCUSSÃO GERAL. DESCABIMENTO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. Na matéria, o STF consigna que "a existência de decisão de mérito julgada sob a sistemática da repercussão geral autoriza o julgamento imediato de causas que versarem sobre o mesmo tema, independente do trânsito em

“julgado do paradigma” (ARE 977.190 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 23/11/2016).

2. Assim, tanto os julgados do STJ quanto os do STF já firmaram entendimento no sentido de ser desnecessário aguardar o trânsito em julgado para a aplicação do paradigma firmado em recurso repetitivo ou em repercussão geral. Precedentes: STF, AgRg no ARE 673.256/RS, Rel. Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 22/10/2013; STJ, AgInt no AREsp 838.061/GO, Rel. Ministra Diva Malerbi (Desembargadora Federal Convocada do TRF/3ª Região), Segunda Turma, DJe 8/6/2016; AgRg nos EDcl no AREsp 706.557/RN, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 13/10/2015.

3. O referido posicionamento vem ao encontro do que dispõe o art. 1.040, II, do CPC/2015, quando consigna que “o órgão que proferiu o acórdão recorrido, na origem, reexaminará o processo de competência originária, a remessa necessária ou o recurso anteriormente julgado, se o acórdão recorrido contrariar a orientação do tribunal superior”.

4. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl nos EREsp 1.150.549/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, CORTE ESPECIAL, julg. 07/03/2018, DJe 23/03/2018) – destacamos

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. APLICAÇÃO DA TESE FIRMADA EM REPERCUSSÃO GERAL. TRÂNSITO EM JULGADO. DESNECESSIDADE.

1. Inexiste qualquer omissão no julgado, porquanto nele não houve debate acerca da necessidade de aguardar o julgamento de embargos de declaração opostos contra decisão proferida em recurso extraordinário com repercussão geral.

2. A jurisprudência deste Superior Tribunal é no sentido de ser desnecessário aguardar o trânsito em julgado para aplicar a tese firmada em julgamento de recurso especial repetitivo ou de recurso extraordinário sob repercussão geral. Precedentes.

3. Tal entendimento se coaduna com o disposto no art. 1.040 do Código de Processo Civil de 2015.

4. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no AgRg no REsp 1.460.732/PR, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julg. 20/02/2018, DJe 26/02/2018) - destacamos

Além desse aspecto, a parte agravante não trouxe fundamentação idônea, calcada em razões de segurança jurídica, que eventualmente pudesse justificar um tratamento diferenciado no caso vertente. Não há, com efeito, nenhum indicativo concreto de que os embargos declaratórios que pendem de julgamento pelo STJ serão providos com efeitos modificativos; tampouco há sinal evidente de que o STF virá a conhecer e prover eventual recurso extraordinário que tenha sido interposto para impugnar o acórdão proferido no recurso repetitivo do STJ que ensejou a decisão ora agravada, de negativa de seguimento ao recurso especial.

Em face do exposto, nego provimento ao agravo interno.

É como voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO 5022044-68.2021.4.03.0000

Agravante: MORLAN S/A
Agravado: HERCIO FALVO DA SILVEIRA
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL THEREZINHA CAZERTA
Disponibilização do Acórdão: DJEN 23/02/2023

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERVENÇÃO DE TERCEIROS.

- Agravo de instrumento em que se discute a viabilidade de que sociedade empresária ingresse na qualidade de terceira interessada em feito previdenciário, sob o argumento de que, na hipótese em que condenado o INSS a reconhecer período de trabalho especial, a parte recorrente poderá ter que arcar com alíquotas adicionais às anteriormente adimplidas.
- Uma vez que a demanda originária tem natureza exclusivamente previdenciária e eventual constatação de presença de agente nocivo no ambiente laboral implicará apenas na condenação do ente autárquico a computar como especial o período questionado, não há que se falar na possibilidade de se atingir a esfera jurídica do empregador. Precedentes.
- Agravo de instrumento ao qual se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Oitava Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interposto em face de decisão que indeferiu o pedido de intervenção de sociedade empresária em feito de natureza previdenciária.

A parte agravante sustenta, em síntese, que na hipótese em que condenado o INSS a reconhecer período de trabalho especial, a sociedade empresária poderá ter que arcar com alíquotas adicionais às anteriormente adimplidas.

A antecipação dos efeitos da tutela foi indeferida.

É o relatório.

VOTO

Trata-se, em síntese, de agravo de instrumento em que se discute a viabilidade de que sociedade empresária ingresse na qualidade de terceira interessada em feito previdenciário, sob o argumento de que, na hipótese em que condenado o INSS a reconhecer período de trabalho especial, a parte recorrente poderá ter que arcar com alíquotas adicionais às anteriormente adimplidas.

Tem-se que, na hipótese, o agravo de instrumento deve ser desprovido.

Isso porque a demanda originária tem natureza exclusivamente previdenciária e eventual constatação de presença de agente nocivo no ambiente laboral implicará na condenação do ente autárquico a computar como especial o período questionado, em nada atingindo a esfera jurídica do empregador.

Nesse sentido há precedente recente nesta 8.^a Turma:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO PREVIDENCIÁRIA. EX-EMPREGADORA DA PARTE AUTORA. INGRESSO NO FEITO. IMPOSSIBILIDADE.

- Consoante jurisprudência desta Cortem descabido o ingresso de ex-empregadora da parte autora no feito como assistente simples tendo em vista a natureza exclusivamente previdenciária da demanda, não restando demonstrado o interesse jurídico previsto no art. 119 do CPC.

- Agravo de instrumento desprovido. Prejudicado o agravo interno.

(TRF3, 8.^a Turma, AI n.º 5028736-83.2021.4.03.0000, Rel. Juiz Convocado Denilson Branco, julgado em 25/07/2022)

Na mesma linha do exposto, julgados das demais Turmas desta Corte:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. INGRESSO DE EX-EMPREGADOR COMO TERCEIRO INTERESSADO. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Não cabe intervenção de terceiro (ex-empregadora do segurado) em ação previdenciária em que se objetiva a conversão de aposentadoria por tempo de contribuição em aposentadoria especial.

2. O terceiro interessado poderá intervir somente se a decisão da causa entre o assistido e a parte contrária atingir sua esfera jurídica.

3. No caso, a ação subjacente possui natureza exclusivamente previdenciária, e tem como objetivo o reconhecimento de atividade especial, para fins de majoração do coeficiente de cálculo de aposentadoria por tempo de contribuição.

4. Não se trata do interesse jurídico a que se refere o artigo 119, do CPC, pois nenhuma relação jurídica da empresa será direta (ou reflexamente) afetada pela sentença a ser proferida, considerados os limites subjetivos e objetivos da coisa julgada.

5. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

(TRF3, 7.^a Turma, AI n.º 5029171-28.2019.4.03.0000, Rel. Juiz Convocado Marcelo Mendes, julgado em 08/01/2021)

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL. APELAÇÃO DA EMPREGADORA DO AUTOR, NA QUALIDADE DE ASSISTENTE DO INSS, NÃO CONHECIDA. TRABALHO ESPECIAL RECONHECIDO. RUÍDO. REQUISITOS PARA A APOSENTAÇÃO PREENCHIDOS. TERMO INICIAL. CUSTAS. VERBA HONORÁRIA. MAJORAÇÃO. SUCUMBÊNCIA RECURSAL.

- O mero reconhecimento do exercício de atividade especial para fins de obtenção de benefício previdenciário não alcança terceiros na relação jurídica segurado/INSS, não espraiando quaisquer efeitos em relação à empregadora; portanto, inexistente interesse jurídico na causa a justificar a intervenção de empregadora como assistente da autarquia.

- A Lei nº 8.213/91 preconiza, no art. 57, que o benefício previdenciário da aposentadoria especial será devido, uma vez cumprida a carência exigida, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei.

- Tempo de serviço especial reconhecido.

- A somatória do tempo de serviço laborado pela parte autora autoriza a concessão da aposentadoria especial, a contar da data do requerimento administrativo, não havendo parcelas prescritas.

- A isenção de custas, pela Autarquia Federal, não abrange as despesas processuais que houver efetuado, bem como, aquelas devidas a título de reembolso à parte contrária, por força da sucumbência.

- 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 da Autarquia Federal parcialmente provida.

(TRF3, 9.ª Turma, ApCiv n.º 5309272-10.2020.4.03.9999, Rel. Des. Fed. Gilberto Jordan, julgado em 26/10/2020)

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL. INGRESSO DE EX-EMPREGADORA COMO ASSISTENTE SIMPLES. INTERESSE EXCLUSIVAMENTE ECONÔMICO E PARTICULAR. DESCABIMENTO.

1. Nos termos da legislação processual civil vigente, pendendo causa entre 2 (duas) ou mais pessoas, o terceiro juridicamente interessado em que a sentença seja favorável a uma delas poderá intervir no processo para assisti-la (art. 119).

2. No hipótese vertente, um ex-empregado ajuizou ação de concessão de aposentadoria especial em face do INSS, fundamentando seu pedido nas atividades desenvolvidas junto à empresa ora agravante. A parte agravante aponta implicações trabalhistas e tributárias caso haja a comprovação da existência de agente nocivo no labor desenvolvido, em níveis superiores aos tolerados.

3. Trata-se, no caso, de interesse meramente econômico, não estando presente real interesse jurídico que justifique a intervenção da agravante como assistente.

4. Agravo de instrumento desprovido.

(TRF3, 10.ª Turma, AI n.º 5008761-46.2019.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Nelson Porfírio, julgado em 18/06/2019)

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

É o voto.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL 5003980-73.2022.4.03.0000

Suscitante: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 3ª VARA FEDERAL DAS EXECUÇÕES FISCAIS

Suscitado: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 12ª VARA FEDERAL CÍVEL

Parte Autora: PAULO EDUARDO DE FREITAS ARRUDA

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NABARRETE

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 18/01/2023

EMENTA

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. CONEXÃO ENTRE EXECUÇÃO FISCAL E AÇÃO ANULATÓRIA POSTERIORMENTE AJUIZADA. REUNIÃO DE FEITOS. POSSIBILIDADE INCLUSIVE NOS CASOS DE COMPETÊNCIA DELEGADA. CONFLITO NEGATIVO IMPROCEDENTE.

1. Conflito negativo de competência entre o Juízo Federal da 3ª Vara das Execuções Fiscais em São Paulo/SP (suscitante) e o Juízo Federal da 12ª Vara Cível em São Paulo/SP (suscitado), nos autos da ação anulatória movida por PAULO EDUARDO DE FREITAS ARRUDA contra a UNIÃO – FAZENDA NACIONAL, objetivando a anulação da autuação nº 11128.003368/209-56, quer por estar prescrito o crédito tributário, quer pelo fundamento de que não é o responsável tributário pelo pagamento dos impostos de importação e demais taxas incidentes sobre as mercadorias importadas pelas empresas Nova Era Importação e Exportação Ltda e W & CL Importação e Exportação Ltda.

2. Cinge-se o conflito à possibilidade de reunião da ação anulatória à execução fiscal cujo título pretende desconstituir, a qual foi ajuizada anteriormente na Justiça Federal especializada. Nesse contexto, o Superior Tribunal de Justiça e esta corte há muito assentaram a possibilidade de reunião das demandas. Precedentes.

3. Conflito negativo de competência improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Segunda Seção, por unanimidade, decidiu julgar improcedente o conflito e declarar competente o Juízo de Direito da 3ª Vara das Execuções Fiscais em São Paulo/SP (suscitante), nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

Conflito negativo de competência entre o Juízo Federal da 3ª Vara das Execuções Fiscais em São Paulo/SP (suscitante) e o Juízo Federal da 12ª Vara Cível em São Paulo/SP (suscitado), nos autos da ação anulatória movida por PAULO EDUARDO DE FREITAS ARRUDA contra a UNIÃO – FAZENDA NACIONAL, objetivando a anulação da autuação nº 11128.003368/209-56, quer por estar prescrito o crédito tributário, quer pelo fundamento de que não é o responsável tributário pelo pagamento dos impostos de importação e demais taxas incidentes sobre as mercadorias importadas pelas empresas Nova Era Importação e Exportação Ltda e W & CL Importação e Exportação Ltda.

O feito foi originalmente distribuído ao suscitado, que declarou incompetência e determinou a redistribuição por dependência aos autos da Execução Fiscal nº 5010215-76.2018.4.03.6182, em trâmite na. 3ª Vara Federal de Execuções Fiscais de São Paulo/SP. O suscitante, por sua vez, considerou que: *a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento segundo o qual "seja porque a conexão não possibilita a modificação da competência absoluta, seja porque é vedada a cumulação em juízo incompetente para apreciar uma das demandas, não é possível a reunião dos feitos [...], devendo ambas as ações tramitarem separadamente" (1ª S., CC n. 105.358/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 13.10.2010, DJe 22.10.2010)* (id 253369299 – fl. 3).

Designei o suscitante para resolver as questões urgentes (ID 254200820).

Decorreu *in albis* o prazo para informações (id).

O Ministério Público Federal (ID 257912512) se manifestou no sentido do prosseguimento, independentemente de sua intervenção.

É o relatório.

VOTO

Conflito negativo de competência entre o Juízo Federal da 3ª Vara das Execuções Fiscais em São Paulo/SP (suscitante) e o Juízo Federal da 12ª Vara Cível em São Paulo/SP (suscitado), nos autos da ação anulatória movida por PAULO EDUARDO DE FREITAS ARRUDA contra a UNIÃO – FAZENDA NACIONAL, objetivando a anulação da autuação nº 11128.003368/209-56, quer por estar prescrito o crédito tributário, quer pelo fundamento de que não é o responsável tributário pelo pagamento dos impostos de importação e demais taxas incidentes sobre as mercadorias importadas pelas empresas Nova Era Importação e Exportação Ltda e W & CL Importação e Exportação Ltda.

Cinge-se o conflito à possibilidade de *reunião da ação anulatória originária deste incidente, ajuizada em 12/11/2020, com a Execução Fiscal n. 5010215-76.2018.4.03.6182 (distribuída em 14/08/2018)*, em trâmite perante o Juízo

Federal da 3ª Vara das Execuções Fiscais em São Paulo. Nesse contexto, o Superior Tribunal de Justiça há muito assentou a possibilidade de reunião das demandas:

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. CONEXÃO COM A CORRESPONDENTE EXECUÇÃO FISCAL. ALCANCE DA COMPETÊNCIA FEDERAL DELEGADA (ART. 15, I, DA LEI N. 5.010/1.966). *PRECEDENTES.*

1. *É possível a conexão entre a ação anulatória e a execução fiscal, em virtude da relação de prejudicialidade existente entre tais demandas, recomendando-se o simultaneus processus.*

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que competência federal delegada para processar a ação de execução fiscal proposta pela Fazenda Nacional (art. 15, I, da Lei n. 5.010/66), se estende também para a oposição do executado, seja ela promovida por embargos, seja por ação declaratória de inexistência da obrigação ou desconstitutiva do título executivo.

3. Precedentes: CC 98.090/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe 4.5.2009; CC 95.840/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 6.10.2008; CC 89267/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJ 10.12.2007 p. 277. Agravo regimental improvido.

(AgRg no CC 96.308/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/04/2010, DJe 20/04/2010).

PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. CONEXÃO. JULGAMENTO SIMULTÂNEO. COMPETÊNCIA. Havendo conexão entre execução fiscal e ação anulatória de débito fiscal, impõe-se a reunião dos processos, de modo a evitar decisões conflitantes; espécie em que, *ajuizada primeiro a execução fiscal, o respectivo juízo deve processar e julgar ambas as ações.* Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 129.803/DF, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/08/2013, DJe 15/08/2013) – Destaquei

Esta Seção harmonicamente entende que, ajuizada a ação de rito ordinário posteriormente à execução fiscal, impõe-se a reunião:

“PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL ANTERIORMENTE AJUIZADA À AÇÃO ORDINÁRIA. MESMO DÉBITO. CONEXÃO. REUNIÃO DE FEITOS.

Há conexão entre a execução fiscal e ação ordinária ajuizada posteriormente àquela na qual se discute o mesmo débito, tornando-se obrigatória a reunião dos processos para julgamento simultâneo, mesmo porque não implica em alteração de competência absoluta.

Conflito negativo de competência improvido para declarar a competência do Juízo suscitante.”

(CC n. 5006757-36.2019.4.03.0000, Rel. Desemb. Fed. MARLI FERREIRA, DJF3 12/08/2019). (grifos nossos).

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CONEXÃO ENTRE AÇÃO ANULATÓRIA E EXECUÇÃO FISCAL, AJUIZADA ANTERIORMENTE. REUNIÃO. POSSIBILIDADE. CONFLITO IMPROCEDENTE.

- Verifica-se que a ação anulatória de origem (nº 5020047-36.2018.4.03.6182) foi proposta com o fim de reconhecimento da nulidade do crédito tributário consubstanciado no processo administrativo nº 19515.002398/2004-89, que deu origem às CDAs 80.2.08.003709-43 e 80.6.08.011730-31, cobrada nos autos da execução fiscal nº 0024505-51.2008.403.6182.

- *A Segunda Seção firmou o entendimento de que se verifica conexão entre a execução fiscal e a ação anulatória posteriormente ajuizada com o fim de questionar-se a mesma dívida. Precedentes.*

- Conflito de competência improcedente.

(CC - CONFLITO DE COMPETÊNCIA 5031767-19.2018.4.03.0000; Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE; 2ª Seção; j. em 14/02/2020)

Ante o exposto, julgo *improcedente o conflito* e declaro competente o *Juízo de Direito da 3ª Vara das Execuções Fiscais em São Paulo/SP* (suscitante).

É como voto.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL 5018451-94.2022.4.03.0000

Suscitante: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SANTOS/SP - 4ª VARA FEDERAL
Suscitado: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO VICENTE/SP - 1ª VARA FEDERAL
Parte Autora: MARCELO EDUARDO LINDINHO CARREIRA
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 10/02/2023

EMENTA

PROCESSO CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUÍZOS FEDERAIS DAS SUBSEÇÕES JUDICIÁRIAS DE SANTOS/SP E SÃO VICENTE/SP. MANDADO DE SEGURANÇA. FORO DO DOMICÍLIO DO IMPETRANTE. ART. 109, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. APLICÁVEL. COMPETÊNCIA FIXADA NO MOMENTO DA PROPOSITURA DA AÇÃO. *PERPETUATIO JURISDICTIONIS*. CONFLITO PROCEDENTE.

I. O mandado de segurança contra autoridade pública integrante da Administração Pública, que abrange a União Federal e respectivas autarquias, pode ser impetrado na Seção Judiciária do foro de domicílio do autor, nos termos do art. 109, § 2º, da CR. Precedentes dos Tribunais Superiores e do E. Órgão Especial desta C. Corte (CC nº 5008497-92.2020.4.03.0000).

II. A competência do Juízo é fixada no momento da propositura da ação, mostrando-se irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo as previsões legais, diante da consagração do princípio da *perpetuatio jurisdictionis* (arts. 43 do CPC/2015 e 87 do CPC/1973). Impetrado o mandado de segurança no foro do domicílio do impetrante, hipótese elencada no art. 109, § 2º, da CR, a competência se firma, não admitindo a sua mudança ou declínio de ofício.

III. O impetrante tem domicílio no município de Praia Grande/SP, que está sob a jurisdição da Subseção Judiciária de São Vicente, conforme estabelece a Resolução nº 423/2014, do Conselho da Justiça Federal da 3ª Região.

IV. Reconhecida a competência do Juízo Federal da 1ª Vara de São Vicente/SP (suscitado) para o processamento e julgamento do Mandado de Segurança subjacente, foro do domicílio do impetrante e eleito quando da impetração.

V. Conflito negativo 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 negativo de competência, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal MARCELO SARAIVA (Relator):

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo r. Juízo Federal da 4ª Vara Federal de Santos/SP em face do r. Juízo Federal da 1ª Vara de São Vicente/SP, nos autos do Mandado de Segurança nº 5001793-02.2022.4.03.6141, impetrado por Marcelo Eduardo Lindinho Carreira, domiciliado na cidade de Praia Grande/SP, contra ato do Gerente de Benefícios do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS da Gerência Executiva de Santos do Instituto da Previdência Social, no qual objetiva o impetrante provimento jurisdicional que determine à autoridade impugnada proferir decisão no pedido de auxílio incapacitante do impetrante, ante a suposta inobservância do prazo estabelecido no artigo 49 da Lei nº 9.784/1999, sob pena de multa diária, até cumprimento da obrigação imposta.

O Mandado de Segurança foi inicialmente distribuído ao r. Juízo Federal da 1ª Vara de São Vicente/SP, que determinou a redistribuição do feito a uma das Varas da Justiça Federal de Santos/SP, por entender que a competência em mandado de segurança fixa-se em razão da sede da autoridade coatora, no caso concreto, na cidade de Santos (ID 260364148, pág. 25).

Redistribuído o feito ao r. Juízo Federal da 4ª Vara de Santos/SP, o magistrado suscitou o presente conflito, sob o fundamento de ser incabível o reconhecimento de ofício da incompetência enquanto a impetração pode ocorrer no foro do domicílio do impetrante, nos termos do artigo 109, § 2º, da Constituição Federal (ID 260364148, págs. 27/29).

Distribuído inicialmente o presente incidente à Relatoria do Excelentíssimo Desembargador Federal Toru Yamamoto, no âmbito da Terceira Seção desta Colenda Corte, designou o r. Juízo suscitante para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes (art. 955, do CPC); dispensou as informações diante das decisões fundamentadas constantes dos autos; e determinou vista dos autos ao Ministério Público Federal (art. 951, parágrafo único, do CPC) – ID 260677569.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela procedência do conflito negativo de competência (ID 260976812).

Após, o Excelentíssimo Desembargador Federal Toru Yamamoto, por r. decisão de ID 262450595, reconheceu a incompetência da Terceira Seção para a apreciação do conflito de competência e determinou a remessa dos autos a um dos Gabinetes que compõem a Segunda Seção desta Egrégia Corte, vindo à minha Relatoria.

Na sequência, o ilustre representante do *Parquet* Federal reiterou o parecer apresentado (ID 264445774).

É o relatório.

VOTO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal MARCELO SARAIVA (Relator):

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo r. Juízo Federal da 4ª Vara Federal de Santos/SP em face do r. Juízo Federal da 1ª Vara de São Vicente/SP, nos autos do Mandado de Segurança nº 5001793-02.2022.4.03.6141, impetrado por Marcelo Eduardo Lindinho Carreira, domiciliado na cidade de Praia Grande/SP, contra ato do Gerente de Benefícios do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS da Gerência Executiva de Santos do Instituto da Previdência Social, no qual objetiva o impetrante provimento jurisdicional que determine à autoridade impugnada proferir decisão no pedido de auxílio incapacitante do impetrante, ante a suposta inobservância do prazo estabelecido no artigo 49 da Lei nº 9.784/1999, sob pena de multa diária, até cumprimento da obrigação imposta.

Cinge-se a controvérsia à fixação da competência para o processamento e julgamento de mandado de segurança, se firmada unicamente pela sede funcional da autoridade impetrada ou, então, se cabível também a eleição do foro do domicílio do impetrante, na conformidade do artigo 109, § 2º, da Constituição Federal.

Por oportuno, transcrevo o citado dispositivo constitucional:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

(...)

§ 2º. As causas intentadas contra a União poderão ser aforadas na seção judiciária em que for domiciliado o autor, naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou, ainda, no Distrito Federal.

Na minha aceção, a competência em mandado de segurança rege-se pela sede funcional a qual está vinculada a autoridade coatora, sendo, portanto, de natureza absoluta, improrrogável e cognoscível de ofício pelo juízo incompetente.

Todavia, vem-se despontando no âmbito do Egrégio Supremo Tribunal Federal e do Colendo Superior Tribunal de Justiça orientação no sentido de que o mandado de segurança contra autoridade pública federal pode ser impetrado na Seção Judiciária do foro de domicílio do autor, nos termos do artigo 109, § 2º, da Constituição de República.

O novel entendimento encontra supedâneo na jurisprudência já pacificada no Egrégio Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 627.709/DF (Tema 374), em repercussão geral, quando decidiu pela aplicação do artigo 109, § 2º, da Carta Magna também às ações de rito ordinário intentas contra as autarquias federais, com o fim de privilegiar o acesso à Justiça.

Nesse contexto, diante deste cenário, ainda que não se encontre definitivamente pacificada a matéria, sobretudo porque não decidida na Suprema Corte pela sua composição Plenária, ressalvada minha convicção, curvo-me ao entendimento atual dos Tribunais Superiores para reconhecer a faculdade de impetração do *mandamus* contra autoridade integrante da Administração Pública Federal, que abrange a União Federal e respectivas autarquias, no foro do domicílio do impetrante, com aplicação do indigitado dispositivo constitucional (art. 109, 2º, da CF).

A propósito do tema, destaco os arestos das Cortes Superiores:

Do Egrégio Supremo Tribunal Federal

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TEMA 374 DA REPERCUSSÃO GERAL. COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. ART. 109, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO. SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DOMICÍLIO DO AUTOR. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I – O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Tema 374 da Repercussão Geral (RE 627.709/DF, de minha relatoria), privilegiou o acesso à justiça na interpretação do art. 109, § 2º, da Constituição, ao aplicar a faculdade nele prevista também às autarquias federais.

II – A faculdade prevista no art. 109, § 2º, da Constituição deve ser aplicada inclusive em casos de impetração de mandado de segurança, possibilitando-se o ajuizamento na Seção Judiciária do domicílio do autor, a fim de tornar amplo o acesso à justiça.

III – Agravo regimental a que se nega provimento.

(RE 736971 AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 04/05/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-118 DIVULG 12-05-2020 PUBLIC 13-05-2020)

CONSTITUCIONAL E DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. UNIÃO. FORO DE DOMICÍLIO DO AUTOR. APLICAÇÃO DO ART. 109, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal está pacificada no sentido de que as causas intentadas contra a União poderão ser aforadas na seção judiciária em que for domiciliado o autor, naquela onde houver ocorrido o ato

ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou, ainda, no Distrito Federal.

2. Agravo regimental improvido.

(RE 509.442-AgR/PE, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 03/08/2010, DJe 20/08/2010)

Do Colendo Superior Tribunal de Justiça

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. ARTIGO 109, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. POSSIBILIDADE DE AJUIZAMENTO NO DOMICÍLIO DO AUTOR. FACULDADE CONFERIDA AO IMPETRANTE. PRECEDENTES.

1. O STJ, seguindo a jurisprudência pacificada do Supremo Tribunal Federal, entende que as causas intentadas contra a União poderão ser aforadas na Seção Judiciária em que for domiciliado o autor, naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda, ou onde esteja situada a coisa, ou, ainda, no Distrito Federal.

2. Optando o autor por impetrar o *mandamus* no seu domicílio, e não naqueles outros previstos no § 2º do art. 109 da Constituição Federal, não compete ao magistrado limitar a aplicação do próprio texto constitucional, por ser legítima a escolha da parte autora, ainda que a sede funcional da autoridade coatora seja no Distrito Federal, impondo-se reconhecer a competência do juízo suscitado.

3. Nesse sentido: AgInt no CC 158.943/SP, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Seção, DJe 17/12/2018; AgInt no CC 154.470/DF, Rel.

Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, DJe 18/04/2018; AgInt no CC 153.724/DF, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Seção, DJe 16/2/2018; AgInt no CC 148.082/DF, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Seção, DJe 19/12/2017.

4. Agravo Interno não provido.

(AgInt no CC 166.313/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/11/2019, DJe 07/05/2020)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. AUTARQUIA FEDERAL. ARTIGO 109, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. POSSIBILIDADE DE AJUIZAMENTO NO DOMICÍLIO DO AUTOR.

FACULDADE CONFERIDA AO IMPETRANTE.

1. Não se desconhece a existência de jurisprudência no âmbito deste Superior Tribunal de Justiça segundo a qual, em se tratando de Mandado de Segurança, a competência para processamento e julgamento da demanda é estabelecida de acordo com a sede funcional da autoridade apontada como coatora e a sua categoria profissional. No entanto, a aplicação absoluta de tal entendimento não se coaduna com a jurisprudência, também albergada por esta Corte de Justiça, no sentido de que "Proposta ação em face da União, a Constituição Federal (art. 109, § 2º) possibilita à parte autora o ajuizamento no foro de seu domicílio" (REsp 942.185/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 02/06/2009, DJe 03/08/2009).

2. Diante do aparente conflito de interpretações, tenho que deve prevalecer a compreensão de que o art. 109 da Constituição Federal não faz distinção entre as várias espécies de ações e procedimentos previstos na legislação

processual, motivo pelo qual o fato de se tratar de uma ação mandamental não impede o autor de escolher, entre as opções definidas pela Lei Maior, o foro mais conveniente à satisfação de sua pretensão.

3. A faculdade prevista no art. 109, § 2º, da Constituição Federal, abrange o ajuizamento de ação contra quaisquer das entidades federais capazes de atrair a competência da Justiça Federal, uma vez que o ordenamento constitucional, neste aspecto, objetiva facilitar o acesso ao Poder Judiciário da parte litigante.

4. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no CC 153.878/DF, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/06/2018, DJe 19/06/2018)

PROCESSO CIVIL. AGRAVO INTERNO NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPETRAÇÃO. AUTARQUIA FEDERAL. APLICAÇÃO DA REGRA CONTIDA NO ART. 109, § 2º, DA CF. ACESSO À JUSTIÇA. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. *Tratando-se de mandado de segurança impetrado contra autoridade pública federal, o que abrange a União e respectivas autarquias, o Superior Tribunal de Justiça realinhou a sua jurisprudência para adequar-se ao entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, admitindo que seja aplicada a regra contida no art. 109, § 2º, da CF, a fim de permitir o ajuizamento da demanda no domicílio do autor, tendo em vista o objetivo de facilitar o acesso à Justiça.* Precedentes: AgInt no CC 153.138/DF, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Seção, julgado em 13/12/2017, DJe 22/2/2018; AgInt no CC 153.724/DF, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Seção, julgado em 13/12/2017, DJe 16/2/2018; AgInt no CC 150.269/AL, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Seção, julgado em 14/6/2017, DJe 22/6/2017.

2. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no CC 154.470/DF, Rel. Ministro OG FERNANDES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/04/2018, DJe 18/04/2018)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. ART. 109, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ACESSO À JUSTIÇA. AÇÃO MANDAMENTAL EM FACE DA UNIÃO OU ENTES DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA. POSSIBILIDADE DE AJUIZAMENTO NO FORO DO DOMICÍLIO DO AUTOR. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. AGRAVO INTERNO CONTRA DECISÃO FUNDAMENTADA EM PRECEDENTE JULGADO SOB O REGIME DA REPERCUSSÃO GERAL.

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

II - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, firmada no julgamento de recurso extraordinário com repercussão geral, é no sentido de que esse dispositivo constitucional objetiva facilitar o acesso ao Poder Judiciário da parte litigante contra a União ou seus entes da Administração Indireta, sendo legítima a opção do Impetrante de ajuizar a ação mandamental no foro de seu domicílio.

III - Não apresentação de argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

IV - Agravo Interno improvido.

(AgInt no CC 153.724/DF, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/12/2017, DJe 16/02/2018)

Ademais, o Egrégio Órgão Especial desta Colenda Corte, no julgamento do Conflito Negativo de Competência nº 5008497-92.2020.4.03.0000, decidiu, de igual forma, cabível a eleição pelo autor do foro do seu domicílio para a impetração de mandado de segurança, nos casos em que a autoridade coatora é integrante da Administração Pública Federal, na forma do artigo 109, § 2º, da Constituição da República.

Veja-se:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. JUÍZO CÍVEL E JUÍZO PREVIDENCIÁRIO. FORO DO DOMICÍLIO DO IMPETRANTE. ART. 109, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

1. O Órgão Especial pacificou entendimento no sentido de que é de sua competência o julgamento do conflito entre Juízo Cível e Juízo Previdenciário, com competências correspondentes às das Seções deste Tribunal, para evitar risco de decisões conflitantes (TRF3, CC n. 0002986-06.2017.4.03.0000, Rel. Desembargadora Federal Consuelo Yoshida, j. 29/08/2018; CC n. 0001121-48.2017.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal Paulo Fontes, j. 11/04/2018 e CC n. 0003429-57.2017.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal Carlos Muta, j. 13/09/2017).

2. O Supremo Tribunal Federal proferiu decisão no Recurso Extraordinário n. 627.709, com entendimento no sentido de que é facultado ao autor que litiga contra a União Federal, seja na qualidade de Administração Direta ou Indireta, escolher o foro dentre aqueles indicados no art. 109, § 2º, da Constituição da República.

3. O entendimento do Superior Tribunal de Justiça da mesma maneira, tendo sido no sentido de que também há competência do foro de domicílio do autor para as causas ajuizadas contra a União e autarquias federais, inclusive mandamentais.

4. *Esta Corte já proferiu decisão no sentido de que nos termos do art. 109, § 2º, da Constituição da República, o impetrante pode escolher entre os Juízos para impetrar o mandado de segurança, nos casos em que a autoridade coatora é integrante da Administração Pública Federal.*

5. *Não obstante a autoridade impetrada esteja sediada em Osasco (SP), também há competência do foro de domicílio da autora para as causas ajuizadas contra a União e autarquias federais.*

6. Conflito procedente.

(TRF 3ª Região, Órgão Especial, CCCiv – CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL – 5008497-92.2020.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal ANDRÉ CUSTODIO NEKATSCHALOW, julgado em 31/07/2020, Intimação vis sistema DATA: 31/07/2020)

Por oportuno, cumpre destacar que a competência do Juízo é fixada no momento da propositura da ação, mostrando-se irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo as previsões legais, diante da consagração do princípio da *perpetuatio jurisdictionis*, nos termos do artigo 43 do Código de Processo Civil (art. 87, do CPC/1973).

Destarte, impetrado o mandado de segurança no foro do domicílio do impetrante, hipótese elencada no artigo 109, § 2º, da Constituição da República, a competência se firma, não admitindo a sua mudança ou declínio de ofício.

In casu, o impetrante tem domicílio no município de Praia Grande/SP, que está sob a jurisdição da Subseção Judiciária de São Vicente, conforme estabelece a Resolução nº 423/2014, do Conselho da Justiça Federal da 3ª Região.

Por conseguinte, impõe-se o reconhecimento da competência do r. Juízo Federal da 1ª Vara de São Vicente/SP (suscitado) para o processamento e julgamento do Mandado de Segurança subjacente, foro do domicílio do impetrante e eleito quando da impetração.

Isto posto, julgo *procedente* o conflito negativo de competência, nos termos da fundamentação acima exarada.

É o voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO 5024051-96.2022.4.03.0000

Agravante: MARIA CRISTINA DOS SANTOS
Agravado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL HERBERT DE BRUYN
Disponibilização do Acórdão: DJEN 23/02/2023

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. COMPETÊNCIA DELEGADA MANTIDA. RECURSO PROVIDO.

I – A Lei n. 13.876/2019 somente produzirá efeitos sobre as ações ajuizadas após 1º/1/2020, não cabendo a redistribuição, pela Justiça Estadual para a Justiça Federal, dos processos propostos antes de tal data no exercício da jurisdição federal delegada.

II – Diante da ausência de um critério legal objetivo para aferição da hipossuficiência nos casos concretos, a Terceira Seção desta C. Corte, em julgamento realizado em 23 de fevereiro de 2017, passou a adotar como parâmetro a remuneração de 3 salários mínimos, valendo-se da Resolução CSDPU N. 85 DE 11/02/2014, que estabelecia o valor utilizado pela Defensoria Pública da União para aferição da condição de necessitado para prestação de seus serviços.

III – Para definição da competência delegada federal, a resolução regulamentadora, em atenção à lei e à resolução do CJF, considerou a distância entre o centro urbano do município sede da comarca estadual e o centro urbano do município sede da vara federal mais próxima, em nada interferindo o domicílio do autor.

IV – A lista das comarcas com competência federal delegada deverá ser confeccionada com a distância real de acesso às Subseções Judiciárias Federais, e não em linha reta, conforme tabelas disponíveis em ferramentas de órgãos oficiais, Google Maps ou similares.

V – Nos termos da Resolução PRES 429/2021, a comarca onde foi proposta a ação continua com competência federal delegada.

VI – Agravo de instrumento provido.

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.

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL HERBERT DE BRUYN (RELATOR): Trata-se de agravo de instrumento interposto por Maria Cristina dos Santos contra a decisão proferida pelo Juízo de Direto da 2.^a Vara de Ilha Solteira/SP que, nos autos do processo nº 1001768-16.2022.8.26.0246, em fase de cumprimento de sentença, declinou de sua competência para a Seção Judiciária competente.

A parte recorrente requer o provimento do agravo objetivando a permanência dos autos e julgamento na comarca de Ilha Solteira.

Em 30/9/2022, o E. Desembargador Federal Newton De Lucca deferiu o pedido de efeito suspensivo.

O INSS não apresentou resposta.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL HERBERT DE BRUYN (RELATOR): O recurso deve ser provido.

A Primeira Seção do C. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Conflito de Competência n. 170051/RS, admitiu o Incidente de Assunção de Competência n. 6, submetendo a exame os "Efeitos da Lei nº 13.876/2019 na modificação de competência para o processamento e julgamento dos processos que tramitam na Justiça Estadual no exercício da competência federal delegada".

Com o julgamento do referido incidente - IAC 6 STJ em 21/10/20221, foi firmada a seguinte tese:

"Os efeitos da Lei nº 13.876/2019 na modificação de competência para o processamento e julgamento dos processos que tramitam na Justiça Estadual no exercício da competência federal delegada insculpido no art. 109, § 3º, da Constituição Federal, após as alterações promovidas pela Emenda Constitucional 103, de 12 de novembro de 2019, aplicar-se-ão aos feitos ajuizados após 1º de janeiro de 2020. As ações, em fase de conhecimento ou de execução, ajuizadas anteriormente a essa data, continuarão a ser processadas e julgadas no juízo estadual, nos termos em que previsto pelo § 3º do art. 109 da Constituição Federal, pelo inciso III do art. 15 da Lei n. 5.010, de 30 de maio de 1965, em sua redação original."

Assim, a questão não comporta maiores discussões, ficando estabelecido que a Lei n. 13.876/2019 somente produzirá efeitos sobre as ações ajuizadas

após 1º/1/2020, não cabendo a redistribuição, pela Justiça Estadual para a Justiça Federal, dos processos propostos antes de tal data no exercício da jurisdição federal delegada.

Quanto às comarcas com competência delegada, a Resolução nº 602/2019 do Conselho de Justiça Federal determinou que deveria ser elaborada uma lista pelos Tribunais Regionais Federais, a ser disponibilizada em suas páginas da internet.

Em 12/12/09, a Presidência desta E. Corte publicou a Resolução nº 322, que dispõe sobre o exercício da competência delegada no âmbito da Justiça Federal da 3.ª Região, nos termos do disposto no art. 3.º da Lei n.º 13.876/2019.

Para definição da competência delegada federal, a Resolução, em atenção à lei e à Resolução do CJF, considerou a distância entre o centro urbano do município sede da comarca estadual e o centro urbano do município sede da vara federal mais próxima, em nada interferindo o domicílio do autor.

Referida lista foi atualizada em atenção ao decidido pelo E. Conselho da Justiça Federal, no julgamento dos Processos Administrativos n.º 0000435-61.2020.4.90.8000 e n.º 0002799-21.2020.4.90.8000, na sessão de 26/04/2021, no qual restou aprovada a edição da Resolução CJF n.º 705, de 27/04/2021, e alteração dada pela Resolução CJF n.º 706, de 28/04/2021, que altera o § 2.º do art. 2 da Resolução CJF n.º 603/2019, passando a determinar que a lista das comarcas com competência federal delegada deverá ser confeccionada com a distância real de acesso às Subseções Judiciárias Federais, e não em linha reta, conforme tabelas disponíveis em ferramentas de órgãos oficiais, Google Maps ou similares.

No caso concreto, nos termos da Resolução PRES 429/2021, a Comarca de Ilha Solteira continua com competência federal delegada.

Ante o exposto, dou provimento ao agravo de instrumento.

É o meu voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO 5025765-91.2022.4.03.0000

Agravante: VANESSA VALDIVIA RODRIGUEZ
Agravada: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 09/02/2023

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. LEVANTAMENTO DO SALDO DE CONTA VINCULADA AO FGTS. AUTISMO E TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA. DOENÇA GRAVE NÃO PREVISTA EXPRESSAMENTE PELA LEI N. 8.036/1990. POSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. TUTELA AO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE. RECURSO PROVIDO.

1. O FGTS, conforme se infere da jurisprudência deste Tribunal, possui natureza alimentar, tendo como objetivo assegurar ao trabalhador o mínimo de dignidade - princípio maior do ordenamento constitucional pátrio - nos momentos de maiores dificuldades (desemprego, doença grave, etc):
2. O artigo 20 da Lei n. 8.036/90 elenca quais são as hipóteses autorizadoras da movimentação do saldo do FGTS. Nesse cenário, constata-se que o artigo 20 da Lei 8.036/90 não pode ser interpretado de maneira restritiva, mas sim de forma teleológica, juntamente com o artigo 6º da Constituição Federal, que alça a saúde ao patamar de direito constitucional social e fundamental.
3. Por tais razões, independentemente de se aferir se o fundista ou seu familiar está em estágio terminal, pode o magistrado ordenar o levantamento do saldo da conta do FGTS mesmo fora das hipóteses previstas no art. 20 da Lei n. 8.036/90, desde que tal liberação tenha como finalidade atender à necessidade social premente, sobretudo em hipóteses em que se busca resguardar a saúde de membro da família da parte autora, assegurando-lhe melhor qualidade de vida, logo um bem jurídico constitucionalmente tutelado.
4. A jurisprudência pátria vem decidindo a favor do levantamento do saque do FGTS em diversos casos de pessoas diagnosticadas autismo e Transtorno do Espectro Autista. Precedentes.
5. Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Segunda Turma decidiu, por unanimidade, dar provimento ao agravo de instrumento para reformar a decisão agravada, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator):

Trata-se de agravo de instrumento interposto por VANESSA VALDIVIA RODRIGUEZ contra decisão que deferiu o pedido liminar para determinar a liberação do saldo existente de FGTS em razão da doença grave de seu filho.

Razões do agravante (id 264082071).

Tutela antecipada não concedida (id 264181850).

O Ministério Público Federal manifestou pelo provimento do agravo de instrumento (id 266450273).

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator):

O FGTS, conforme se infere da jurisprudência deste Tribunal, possui natureza alimentar, tendo como objetivo assegurar ao trabalhador o mínimo de dignidade - princípio maior do ordenamento constitucional pátrio - nos momentos de maiores dificuldades (desemprego, doença grave, etc):

PROCESSUAL CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - FGTS - LEVANTAMENTO DOS DEPÓSITOS - FALECIMENTO DO TRABALHADOR - ARTIGO 20, INCISO IV, DA LEI Nº 8.036/90 - RECURSO DE APELAÇÃO IMPROVIDO - SENTENÇA MANTIDA.

1. Aplicável à espécie o disposto no art. 20, inciso IV, da Lei 8.036 de 11 de maio de 1990, que autoriza a movimentação da conta vinculada do FGTS, no caso de falecimento do trabalhador.

2. "O ingresso em juízo para postular a liberação dos valores creditados por força da LC nº 110/01 supre a ausência da formalidade e constitui renúncia à possibilidade de obter em juízo qualquer diferença" (TRF 4ª Região, DJ 27.07.05, p. 604).

3. O FGTS constitui-se em direito social do trabalhador (artigo 7º, inciso III, da Constituição Federal). Citado instituto, de natureza alimentar e substitutivo da estabilidade no emprego, visa a manutenção do trabalhador e de sua

família, nas circunstâncias de desemprego involuntário, com atendimento de condições materiais mínimas de subsistência do ser humano, visando preservar sua dignidade, princípio fundamental do ordenamento jurídico pátrio.

4. Recurso de apelação improvido.

5. Sentença mantida. (TRIBUNAL - TERCEIRA REGIÃO Classe: AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1286758 Processo: 200561160014700 UF: SP Órgão Julgador: QUINTA TURMA Data da decisão: 14/07/2008 Documento: TRF300180249 JUIZA RAMZA TARTUCE)

O artigo 20 d Lei 8.036/90 elenca quais são as hipóteses autorizadoras da movimentação do saldo do FGTS, dentre as quais destaco:

"(...)

XIV - quando o trabalhador ou qualquer de seus dependentes estiver em estágio terminal, em razão de doença grave, nos termos do regulamento;"

Nesse cenário, constata-se que o artigo 20 da Lei 8.036/90 não pode ser interpretado de maneira restritiva, mas sim de forma teleológica, juntamente com o artigo 6º da Constituição Federal, que alça a saúde ao patamar de direito constitucional social e fundamental.

Por tais razões, independentemente de se aferir se o fundista ou seu familiar está em estágio terminal, pode o magistrado ordenar o levantamento do saldo da conta do FGTS mesmo fora das hipóteses previstas no art. 20 da Lei n. 8.036/90, desde que tal liberação tenha como finalidade atender à necessidade social premente, sobretudo em hipóteses em que se busca resguardar a saúde de membro da família da parte autora, assegurando-lhe melhor qualidade de vida, logo um bem jurídico constitucionalmente tutelado. Nesse sentido, a jurisprudência desta Corte:

REMESSA NECESSÁRIA. MANDADO DE SEGURANÇA. ALVARÁ JUDICIAL. LEVANTAMENTO DO SALDO DO FGTS. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NO ROL CONSTANTE DO ART. 20 DA LEI 8.036/90. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. SITUAÇÃO DEMONSTRADA NOS AUTOS. LIBERAÇÃO DO FGTS.

1. A expedição do alvará judicial para levantamento de depósito existente na conta do FGTS é possível desde que o autor ou qualquer de seus dependentes estejam em uma das situações descritas no art. 20 da Lei n.º 8.036/90

2. Em que pesem as diversas hipóteses, o apelante tampouco qualquer dos seus dependentes não se enquadram em nenhuma delas. Entretanto, a jurisprudência firmou-se no sentido de que não é taxativo o rol elencado em aludido dispositivo. Precedentes.

3. A jurisprudência tem firmado entendimento no sentido de que, em se tratando de doença grave, e havendo necessidade da importância depositada no FGTS, o trabalhador tem direito ao levantamento do saldo, ainda que não se trate de doença expressamente prevista na legislação. Precedentes.

4. *In casu*, constata-se que o impetrante possui um filho menor, acometido de cardiopatia grave (diagnosticada como ATRESIA TRICÚSPIDE), já submetido a

duas cirurgias, o qual necessita de tratamentos, decorrente das cirurgias, demandando gastos financeiros e cuidados por parte da família.

5. Outrossim, os documentos juntados aos autos são suficientes (laudos médicos, exames e resumos de alta hospital) para permitir o alargamento da norma autorizadora do saque do FGTS por meio de interpretação extensiva.

6. Nesse passo, em virtude dos elementos suficientes para determinar a liberação de saldo do FGTS, a manutenção da sentença é medida que se impõe.

7. Remessa necessária improvida.

(REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL / SP 5002477-87.2018.4.03.6133, Relator(a): Desembargador Federal HELIO EGYDIO DE MATOS NOGUEIRA, Órgão Julgador 1ª Turma, Data do Julgamento 27/08/2019, Data da Publicação/Fonte Intimação via sistema DATA: 30/08/2019)

MANDADO DE SEGURANÇA. FGTS. LEVANTAMENTO DE SALDO. LEI 8.036/90, ART. 20. ROL NÃO TAXATIVO.

I - Presente no caso concreto o pressuposto de semelhança relevante, é de se admitir o emprego da analogia, vislumbrando-se na hipótese fática o mesmo elemento de gravidade do estado de saúde da parte impetrante contemplado pela norma positivada a determinar a autorização de levantamento do FGTS.

II – Remessa oficial desprovida.

(REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL / SP 5007624-62.2019.4.03.6100, Relator(a): Desembargador Federal OTAVIO PEIXOTO JUNIOR, Órgão Julgador 2ª Turma, Data do Julgamento 22/07/2020, Data da Publicação/Fonte e - DJF3 Judicial 1 DATA: 24/07/2020)

Compulsando os autos o laudo médico atesta que o filho do autor preenche os critérios diagnósticos para Transtorno do Espectro Autista (id 264082685). Segundo referido documento:

“O paciente Felipe, 2 anos, é acompanhado com neuropediatra com o diagnóstico de transtorno do espectro autista. O menor apresenta alteração na fala e comunicação (neste momento não fala palavras). Interesses restritos, estereotípias, comprometimento da reciprocidade social. (...)

O menor deverá fazer seguimento médico regular e terapias multiprofissionais (...).”

Em casos como este o tratamento é indispensável e envolve ações farmacológicas, acompanhamento multidisciplinar e terapêutico.

Nesse passo, a jurisprudência pátria vem decidindo a favor do levantamento do saque do FGTS em diversos casos de pessoas diagnosticadas autismo e Transtorno do Espectro Autista.

Nesse sentido os seguintes julgados:

ADMINISTRATIVO. FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO - FGTS. LEVANTAMENTO DO SALDO. DOENÇA GRAVE. HIPÓTESE NÃO ELENCADE NO

ART. 20 DA LEI N. 8.036/90. FINALIDADE SOCIAL DA NORMA. POSSIBILIDADE.

1. A jurisprudência tem firmado entendimento no sentido de que, em se tratando de doença grave e havendo necessidade da importância depositada no FGTS, o trabalhador tem direito ao levantamento do saldo, ainda que não se trate de doença expressamente prevista na legislação. Precedentes.

2. Na hipótese dos autos, as filhas do titular da conta fundiária são portadoras de doença denominada "Transtorno do Espectro do Autismo", surgindo, assim, o direito ao levantamento do saldo do FGTS, a fim de que seja assegurado acesso ao valor depositado para fazer frente às despesas com o tratamento e à aquisição dos medicamentos.

3. Remessa oficial não provida.

(REMESSA NECESSÁRIA 5000052-21.2020.4.03.6100..PROCESSO_ANTIGO:..PROCESSO_ANTIGO_FORMATADO:., ..RELATORC:., TRF3 - 1ª Turma, Intimação via sistema DATA: 14/09/2020..FONTE_PUBLICACAO1:..FONTE_PUBLICACAO2:..FONTE_PUBLICACAO3:.)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. LEVANTAMENTO. FGTS. FILHAS COM DOENÇA GRAVE. TRATAMENTO DE ALTO CUSTO. HIPÓTESES ART. 20 DA LEI 8.036/1990. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. DIREITO À VIDA E À DIGNIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. A moléstia que acomete as filhas do autor, titular da conta fundiária cujo saldo pretende ser levantado, é considerada grave e despense um tratamento rigoroso e de alto custo, justificando a concessão do provimento requerido.

2. Muito embora a situação retratada nos autos não se amolde com perfeição a nenhuma das situações abstratamente descritas pelo art. 20 da Lei n. 8.036/1990, o levantamento dos valores depositados em conta vinculada ao FGTS se revela viável, uma vez que a jurisprudência dos tribunais pátrios tem conferido uma interpretação extensiva ao dispositivo em comento, em atendimento a princípios constitucionais, em especial os direitos fundamentais à vida, saúde e à dignidade.

3. A vedação imposta pelo artigo 29-B, da Lei nº 8.0360 não se aplica ao caso em comento, pois feriria a lógica e a razoabilidade impedir seu levantamento em caráter cautelar justamente nos casos em que a parte mais necessita da celeridade do comando.

4. Havendo contradição entre duas normas (no caso, a interpretação finalística do artigo 20 com o artigo 29-B, da Lei 8.0360), há de prevalecer o entendimento que favoreça a intervenção do Poder Judiciário, à luz do artigo 5º, XXXV da Constituição Federal.

5. Agravo de instrumento provido.

(AGRAVO DE INSTRUMENTO..SIGLA_CLASSE: AI 5000315-20.2020.4.03.0000 PROCESSO_ANTIGO:.. PROCESSO_ ANTIGO_ FORMATADO :, Desembargador Federal WILSON ZAUHY FILHO..RELATORC:., TRF3 - 1ª Turma, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 04/05/2020..FONTE_PUBLICACAO1:..FONTE_PUBLICACAO2:..FONTE_PUBLICACAO3:.)

Anoto que o emprego da analogia pressupõe o elemento de semelhança relevante, a nota comum entre os fatos devendo ser aquela pela lei considerada

como determinante da norma no caso expressamente previsto, nas hipóteses legais vislumbrando-se o elemento de gravidade do estado de saúde de dependente de trabalhador optante a determinar a autorização de levantamento do FGTS, elemento este que se apresenta na espécie tratada nos autos.

Diante do exposto, *dou provimento* ao agravo de instrumento para reformar a decisão agravada.

É como voto.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL 5029007-58.2022.4.03.0000

Suscitante: DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA RIBEIRO - SEXTA TURMA
Suscitado: DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA - DÉCIMA TURMA

Parte Autora: MARIA ALVES

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 10/02/2023

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETENTE. SÚMULA 38 DESTA CORTE. INAPLICABILIDADE AO CASO DOS AUTOS. CONTROVÉRSIA DE NATUREZA PREVIDENCIÁRIA. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO PARA REABERTURA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO E REVISÃO DE INDEFERIMENTO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. CÔMPUTO DE CONTRIBUIÇÕES. ARTIGO 176-D DO DECRETO 3.048/1999, INCLUÍDO PELO DECRETO 10.410/2020.

1. A Súmula 38 desta Corte dispõe que *"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."*

2. A causa originária versa sobre pedido de reabertura de processo administrativo para revisão de decisão de indeferimento de benefício previdenciário, alegando o segurado que *"A autoridade coatora não praticou o ato conclusivo do processo administrativo citado, nos moldes da lei, eis que analisou e não aplicou o disposto no art. 176-D do decreto 3.048/99 que prevê o instituto da Reafirmação da DER"*, tendo sido concedida a ordem, confirmando a liminar para *"determinar que a autoridade impetrada a reabertura e reanalise o procedimento administrativo de aposentadoria por tempo de contribuição NB 42/195.915.454-8, considerando o requerimento de reafirmação da DER, para analisar as contribuições feitas após o requerimento administrativo, no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de multa diária no valor de 1/30 (um trinta avos) do salário-de-benefício apurado na DER (independente do reconhecimento do direito ao benefício)"*.

3. A controvérsia envolve, pois, não matéria estritamente administrativa, como a impugnação de mora no cumprimento de prazo legal de processo administrativo, mas a discussão de direito à luz da legislação previdenciária, objetivando a revisão e concessão de

benefício previdenciário, o que se insere na competência das Turmas da 3ª Seção desta Corte.

4. Conflito negativo julgado procedente para reconhecer a competência do suscitado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, O Órgão Especial, por unanimidade, julgou procedente o conflito negativo para reconhecer a competência do suscitado para o feito indicado nos autos, nos termos do voto do Desembargador Federal CARLOS MUTA (Relator). Votaram os Desembargadores Federais WILSON ZAUHY, VALDECI DOS SANTOS, CARLOS DELGADO, ANTÔNIO CEDENHO, NINO TOLDO, LEILA PAIVA, NELTON DOS SANTOS (convocado para compor quórum), TORU YAMAMOTO (convocado para compor quórum), MARCELO SARAIVA (convocado para compor quórum), MARLI FERREIRA, THEREZINHA CAZERTA e MAIRAN MAIA. Impedidos os Desembargadores Federais BAPTISTA PEREIRA e SOUZA RIBEIRO. Ausentes, justificadamente, os Desembargadores Federais ANDRÉ NABARRETE, PEIXOTO JÚNIOR, NERY JUNIOR, CONSUELO YOSHIDA e DAVID DANTAS., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

Trata-se de conflito negativo de competência, suscitado perante este Órgão Especial pelo Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO, integrante da 6ª Turma, face ao Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA, integrante da 10ª Turma, alegando o suscitante o seguinte (ID 265778584):

“Trata-se de processo redistribuído à 2ª Seção em razão de decisão declinatória de competência proferida quando da distribuição originária deste feito no âmbito da 3ª Seção, em que se registrou:

“Trata-se de remessa oficial a que foi submetida a r. sentença proferida nos autos de ação mandamental em que se objetiva compelir o impetrado a concluir o processamento do recurso administrativo de pedido de concessão de benefício previdenciário.

A matéria debatida nestes autos, por ser de natureza administrativa, compete à 2ª Seção desta Corte, conforme Súmula nº 38 deste Tribunal:

“Súmula 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.”

Desse modo, remetam-se os autos à UFOR para as devidas anotações e redistribuição a uma das turmas da 2ª Seção.”

Contudo, compulsando os autos, verifica-se que o objeto da controvérsia não é a regularidade formal do processo administrativo em questão ou a mora administrativa para conclusão da análise de requerimentos formulados pelo interessado.

O cerne da lide reside, de fato, na possibilidade de inclusão de determinadas contribuições previdenciárias ao Regime Geral de Previdência para fins de emissão de nova decisão administrativa, refazendo-se o cálculo para a concessão do benefício assistencial, conforme exposto na petição inicial:

“O presente mandado de segurança objetiva atacar ato comissivo ilegal do Gerente da CEAB/RD da superintendência regional sudoeste I – agência executiva de São José do Rio Preto que concluiu o NB 42/195.915.454-8, indeferindo-o, sem computar as contribuições vertidas no decorrer do processo administrativo (reafirmar a DER), o que ofende os princípios constitucionais da legalidade, da eficiência ensejando a declaração de nulidade do ato praticado e a reabertura do processo administrativo para uma nova análise, nos termos do pedido realizado.

No presente caso trata-se de pedido administrativo de aposentadoria por tempo de contribuição em favor da impetrante, requerido em 20/03/2020 sob o nº NB 42/195.915.454-8 junto ao sistema do INSS digital e concluído em 04/12/2020.

Conforme pode ser visualizado no requerimento administrativo em anexo, a requerente EXPRESSAMENTE ACEITOU A REAFIRMAÇÃO DA DER para a DATA EM QUE COMPLETASSE O TEMPO MINIMO DE CONTRIBUIÇÃO para a obtenção do benefício.

Entretanto, o servidor NÃO SE ATENTOU PARA O PEDIDO EXPRESSO DE REAFIRMAÇÃO DA DER, e CONCLUIU o benefício computando apenas as contribuições ATÉ A DER de 20/03/2020, e não considerou as contribuintes seguintes, o que inviabilizou a concessão da aposentadoria. Tendo sido apurado 29 anos, 10 meses e 22 dias. (...)

Ocorre que durante todo o tramite do processo administrativo, que durou mais de 8 meses, a REQUERENTE CONTINUOU CONTRIBUINDO na condição de EMPREGADA, vide CNIS em anexo e a carteira de trabalho apresentada no processo administrativo fls. 33/47.

Pelo demonstrado, o ERRO EVIDENTE PELA OMISSÃO DO SERVIDOR EM NÃO REAFIRMAR A DER, resultou no indeferimento ilegal do benefício. (...)

Neste sentido constou, inclusive, dos pedidos formulados na ação:

“Face ao exposto, comprovado o direito líquido e certo da impetrante e diante do ATO COATOR, representado pela DESIDIA do IMPETRADO, que concluiu o processo administrativo em desacordo com o pedido da impetrante, nos termos acima expostos, requer:

a) A CONCESSÃO DA MEDIDA LIMINAR, determinando de IMEDIATO à Autoridade Coatora que REABRA o processo administrativo e reanalise, considerando todas as contribuições previdenciárias ao Regime Geral de Previdência até a data da conclusão, para fins de emissão de nova decisão administrativa, conforme fundamentado nos autos e segundo documentação anexa;

b) Concedida a liminar, como espera e REQUER a impetrante, seja NOTIFICADO o Gerente da Central Regional de Análise de Benefício para Reconhecimento de Direitos da Superintendência Regional – SR Sudeste I – CEAB/RD/SR do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS – da Agência da Previdência Social – Gerência Executiva de São José do Rio Preto-SP., para

que preste informações que entender cabíveis e necessárias, ouvindo-se a seguir, o ilustre representante do Ministério Público;

c) Por fim, a procedência do pedido, com a ratificação a liminar concedida e a concessão da segurança, para fins de impor à autoridade coatora a obrigação de fazer, consistente na reabertura do processo administrativo e sua reanálise à luz do artigo 176-D do decreto 3.048/99, para fins de emissão de nova decisão administrativa, devidamente fundamentada, no prazo de 48 horas, sob pena de fixação de astreinte, nos termos do artigo 537 do CPC, bem como resposta por crime de desobediência nos termos do artigo 26 da Lei 12.016/09;" (grifo nosso)

Corroborando, ainda, este entendimento o quanto restou consignado na r. sentença:

"(...) De fato, como alega a impetrante, quando do requerimento administrativo do benefício houve pedido de reafirmação da DER (id 52047899 – pág. 01) e pela análise do documento id 52047899 – pág. 89, é possível observar a utilização das contribuições até 31/03/2020, sem utilização das contribuições vertidas posteriormente ao ingresso do requerimento que constam em id 52048202 – pág. 07/08.

Assim e considerando o indeferimento juntado no evento id 52047899 – pag. 95/96, onde não há justificativa para não utilização das contribuições acima referidas e ainda o pedido expresso da autora de reafirmação da DER verifico que está presente a ostensividade jurídica do pedido. (...)"

Evidencia-se, portanto, que o mérito dos autos diz respeito a definição de requisitos e critérios para concessão de benefício assistencial.

Com efeito, o fundamento do alegado equívoco na decisão administrativa é, essencialmente, a desobediência a regras previdenciárias, matéria de competência da 3ª Seção desta Corte, conforme artigo 10, § 3º, do Regimento Interno do Tribunal.

Destarte, com a devida vênia, a matéria versada é de competência da 3ª Seção desta E. Corte. Ante o exposto, SUSCITO CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA ao Órgão Especial desta Corte Regional, nos termos do art. 11, II, parágrafo único, letra "i", do Regimento Interno desta Corte."

Designado o suscitante para atos urgentes do processo, foram solicitadas informações ao suscitado.

Certificado o decurso do prazo *in albis*, os autos foram ao Ministério Público Federal, que sem opinar sobre a questão suscitada, requereu o regular prosseguimento do feito.

É o relatório.

VOTO

Senhores Desembargadores, por envolver integrantes de Turmas de diferentes Seções da Corte, a competência para resolver o conflito negativo de competência é deste Órgão Especial.

A controvérsia, como exposto no relatório, exige, primeiramente, a identificação do objeto da remessa necessária face à sentença proferida pelo Juízo Federal da 4ª Vara de São José do Rio Preto, pois divergem suscitante e suscitado neste aspecto, referindo o segundo, ao qual foi originariamente distribuído o feito, que a causa tem natureza administrativa, por envolver ordem mandamental de processamento de recurso administrativo em pedido de concessão de benefício previdenciário; enquanto o primeiro, na exposição das razões deduzidas, concluiu que *"O cerne da lide reside, de fato, na possibilidade de inclusão de determinadas contribuições previdenciárias ao Regime Geral de Previdência para fins de emissão de nova decisão administrativa, refazendo-se o cálculo para a concessão do benefício assistencial, conforme exposto na petição inicial"*.

A transcrição do teor da inicial do mandado de segurança e outras peças processuais, nas razões do conflito negativo de competência, conforme exposto no relatório, permite concluir que, de fato, o mandado de segurança não foi impetrado apenas para discutir, por exemplo, mora administrativa e compelir a autoridade impetrada a observar a legislação no tocante a prazos para processar ou proferir decisão.

Para tais situações e outras análogas é que foi editada a Súmula 38 por esta Corte:

"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."

No caso, a impetração imputou ilegalidade com violação a direito líquido e certo, pois *"A autoridade coatora não praticou o ato conclusivo do processo administrativo citado, nos moldes da lei, eis que analisou e não aplicou o disposto no art. 176-D do decreto 3.048/99 que prevê o instituto da Reafirmação da DER"* (ID 265778073, f. 83).

Em convergência com a pretensão deduzida, a sentença assim decidiu (ID 265778073, f. 25/7, grifamos):

"Trata-se de mandado de segurança, com pedido liminar, impetrado por Maria Alves, com o fito de obter provimento judicial que determine à autoridade impetrada, o Gerente Executivo do INSS – Agência de São José do Rio Preto, que proceda à reabertura do procedimento administrativo para que seja analisado considerando todas as contribuições previdenciárias até a data da conclusão, conforme previsto no art. 176-D, do Decreto 3.048/99.

Sustenta o impetrante que a decisão da autoridade impetrada viola o seu direito líquido e certo ao recebimento do benefício.

A inicial traz consigo documentos.

Foram recolhidas as custas iniciais (ID 52054292).

A União manifestou interesse em ingressar no feito (ID 53521236).

Notificada, a autoridade coatora não se manifestou (ID 54759585).

A liminar foi deferida para que a autoridade apreciasse o requerimento administrativo da impetrante no prazo de 30 dias, sob pena de multa diária (ID 54841672).

O Ministério Público Federal se manifestou (ID 55147289).

O INSS noticiou a reabertura do procedimento administrativo com a expedição de carta de exigência (ID 56170635). Após, juntou cópia da concessão do benefício (ID 58242711).

Manifestou-se a impetrante para informar a concessão do benefício (ID 56345655).

É o relatório do essencial.

Decido.

Busca a impetrante, provimento judicial que determine a reabertura e nova análise do pedido de concessão de aposentadoria por tempo de contribuição, observando-se o art. 176-D do Decreto 3.048/99, que trata da reafirmação da DER.

Trago, por ser oportuno, transcrição do dispositivo mencionado:

“ Art. 176-D. Se, na data de entrada do requerimento do benefício, o segurado não satisfizer os requisitos para o reconhecimento do direito, mas implementá-los em momento posterior, antes da decisão do INSS, o requerimento poderá ser reafirmado para a data em que satisfizer os requisitos, que será fixada como início do benefício, exigindo-se, para tanto, a concordância formal do interessado, admitida a sua manifestação de vontade por meio eletrônico. (Incluído pelo Decreto nº 10.410, de 2020).”

Nesse sentido, adoto as ponderações da liminar como razões de decidir:

“(…) A impetrante, requereu administrativamente o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, NB 195.915.454-8 em 20/03/2020, que foi indeferido em 04/12/2020 (id 52047899-pág 95/96).

Consta que em 01/02/2021 houve requerimento administrativo de reabertura do procedimento administrativo (id 52048209 e 52048214) e pela informação da impetrante em id 54672991 ainda pendente de reanálise.

De fato, como alega a impetrante, quando do requerimento administrativo do benefício houve pedido de reafirmação da DER (id 52047899 – pág. 01) e pela análise do documento id 52047899 – pág. 89, é possível observar a utilização das contribuições até 31/03/2020, sem utilização das contribuições vertidas posteriormente ao ingresso do requerimento que constam em id 52048202 – pág. 07/08.

Assim e considerando o indeferimento juntado no evento id 52047899 – pag. 95/96, onde não há justificativa para não utilização das contribuições acima referidas e ainda o pedido expresso da autora de reafirmação da DER verifico que está presente a ostensividade jurídica do pedido.

Quanto ao perigo na demora, evidencia-se pela natureza alimentar do pedido de aposentadoria por tempo de contribuição.

Destarte, *DEFIRO A LIMINAR para determinar que a autoridade impetrada a reabertura e reanálise o procedimento administrativo de aposentadoria por tempo de contribuição NB 42/195.915.454-8, considerando o requerimento de reafirmação da DER, para analisar as contribuições feitas após o requerimento administrativo, no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de multa diária no valor de 1/30 (um trinta avos) do salário-de-benefício apurado na DER (independente do reconhecimento do direito ao benefício).*

(…)”

Embora a autoridade impetrada tenha informado a este Juízo que procedeu à análise e decisão do requerimento administrativo, verifico que o cumprimento do objeto do *mandamus* deu-se após sua notificação (ID 56170635).

Ademais, é “cedição que a liminar, ainda que satisfativa, não implica perda de objeto de mandado de segurança, visto que tem caráter provisório e precário, necessitando de confirmação por meio de uma decisão de mérito, esta sim apta a produzir coisa julgada formal e material” (TRF3, ReeNec 368913 - 0008573-67.2016.4.03.6104, Rel. Des. Fed. Johansom Di Salvo, j. 28/09/2017, e-DJF3:10/10/2017).

De fato, desde o deferimento da liminar os fatos não se alteraram de modo relevante, de modo que o restabelecimento do benefício titularizado pela impetrante encontra respaldo nas provas juntadas no feito.

DISPOSITIVO

Destarte, **CONCEDO A SEGURANÇA**, extinguindo o processo com resolução de mérito, nos termos do artigo 487, I, do CPC/2015, para determinar que a autoridade impetrada reabra e analise o procedimento administrativo da impetrante, relativamente à aposentadoria por tempo de contribuição NB 195.915.454-8, mantendo os efeitos da liminar concedida.

Não há condenação em honorários advocatícios (art. 25 da Lei 12.016/2009), nem custas processuais (art. 4º, I, da Lei 9.289/96).

Sentença sujeita a recurso necessário (art. 14, § 1º, da mesma Lei).

Intimem-se. Cumpra-se, servindo cópia desta como ofício.

São José do Rio Preto, datado e assinado eletronicamente.

Em razão da concessão da ordem, a autoridade impetrada reapreciou e concedeu o benefício previdenciário (*idem*, f. 32/50).

Embora não tenha sido apreciado o mérito do pedido administrativo, que ficou a cargo da autoridade impetrada, o mandado de segurança e a sentença reconheceram o direito líquido e certo da impetrante, segundo a legislação previdenciária, ao cômputo de todas as contribuições previdenciárias recolhidas, ainda que posteriores ao ingresso do requerimento administrativo, na forma do artigo 176-D do Decreto 3.048/1999, incluído pelo Decreto 10.410/2020.

Trata-se, pois, de discussão judicial sobre requisitos, no que tange às contribuições a serem consideradas para concessão do benefício previdenciário, evidenciando que a matéria não é estritamente administrativa e inserida na competência das Turmas da 2ª Seção, mas, ao contrário, versa sobre controvérsia previdenciária.

A temática associada à aplicação do artigo 176-D do Decreto 3.048/1999, incluído pelo Decreto 10.410/2020, tem sido tratada em diversos julgados das Turmas da 3ª Seção (v.g.: ApCiv 5243011-63.2020.4.03.9999; ApCiv 5010832-62.2020.4.03.6183; e ApCiv 5033779-40.2022.4.03.9999), demonstrando, portanto, a natureza previdenciária da controvérsia.

Por fim, oportunizada a manifestação do suscitado, este não impugnou os termos da suscitação do conflito de competência, e considerando as razões com base nas quais declinou da competência, cabe reconhecer que, de fato, procede a postulação do suscitante.

Ante o exposto, julgo procedente o conflito negativo para reconhecer a competência do suscitado para o feito indicado nos autos.

É como voto.

SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA 5034278-48.2022.4.03.0000

Requerente: ESTADO DE SÃO PAULO

Requerida: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS/SP -
2ª VARA FEDERAL

Interessados: UNIÃO FEDERAL, AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA - ANEEL, AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS, MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - PR/SP, MUNICÍPIO DE NATIVIDADE DA SERRA, MUNICÍPIO DE PARAIBUNA, CESP COMPANHIA ENERGÉTICA DE SÃO PAULO, AUREN ENERGIA S.A.

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARISA SANTOS - Presidente

Disponibilização da Decisão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 23/12/2022

DECISÃO

Pedido de suspensão de liminar exarada pelo juízo da 2ª Vara Federal da Subseção de São José dos Campos/SP nos autos da Ação Civil Pública n. 5002744-13.2022.4.03.6103, condenando o ESTADO DE SAO PAULO, ora requerente, à obrigação de fazer consistente "em prestar diretamente, ou mediante autorização, permissão ou concessão, o serviço público de transporte aquaviário de passageiros e veículos automotores no reservatório da UHE Paraibuna, hoje existente, sem prejuízo do exercício de suas competências constitucionais e legais de poder concedente e regulador para alteração futura das condições de prestação", bem como à obrigação de ressarcimento "às demandadas CESP e AUREN ENERGIA SA pelas despesas suportadas durante o período de prestação emergencial e precária do serviço após o dia 03/06/2022, a ser liquidado na forma do artigo 509, inciso II, do Código de Processo Civil", determinando, ainda, à UNIÃO a obrigação de "suportar e tolerar o uso existente quando da propositura desta ação, de seus bens para a prestação do serviço público de transporte aquaviário de passageiros e veículos automotores no reservatório da UHE Paraibuna, que deverá ser prestado nas mesmas condições atuais pela CESP, de forma solidária com sua controladora AUREN ENERGIA SA, em caráter emergencial e precário, sob pena de multa diária de R\$60 mil (sessenta mil reais), até o prazo final de 31/12/2022, a partir do qual o Estado de São Paulo deverá passar a prestar o serviço de transporte, nos termos da fundamentação supra".

Em resumo, aduz o requerente que: i) a assunção da execução do serviço de transporte por balsas de pessoas ou veículos automotores, vinculado à UHE Paraibuna, todos os dias da semana e durante 24 (vinte e quatro) horas, como vem sendo realizado até por força da liminar pela CESP/AUREN ENERGIA S/A, "ocasionará grave lesão à ordem, à economia pública e ao próprio serviço", seja em decorrência da falta de expertise do estado bandeirante na execução de tal serviço, seja em função da ausência de tempo hábil para "se implantar e até

mesmo assumir toda essa estrutura técnica, administrativa e de equipe operacional em aproximadamente 02 semanas para o término deste ano de 2022”; (ii) de acordo com o Departamento Hidroviário da Secretaria Estadual de Logística e Transportes, “para se assumir simplesmente do nível zero um serviço dessa magnitude seriam necessários ao menos 10 meses para estruturação, inclusive, sob o aspecto de segurança e qualidade do transporte público a ser executado”; e (iii) “(...) não há mínima condição administrativa, econômica e até política para se conseguir alocar recursos públicos e orçamento, para de imediato fazer frente a esse transporte aquaviário interligado à UHE Paraibuna, estimando uma despesa pública na ordem de R\$ 1.000.000,00 por mês.

Em suma, sustenta o requerente que a decisão ora combatida configura *“grave lesão à ordem administrativa e econômica”* (destaque no original) pois *“não se mostra razoável, de forma abrupta, promover essa transferência (do serviço em questão) em caráter precário ao Estado de São Paulo, enquanto ainda se definem essas responsabilidades administrativas”*.

Requer, assim, que seja concedida a SUSPENSÃO da modificação da liminar ocorrida no bojo do *decisum* proferido pelo juízo de primeiro grau, nos autos da Ação Civil Pública n. 5002744-13.2022.4.03.6103, em trâmite na 2.^a Vara Federal da Subseção Judiciária de São José dos Campos, para que continue prevalecendo a liminar concedida inicialmente e ajustada em audiência de tentativa de conciliação, na qual a CESP/AUREN ENERGIA S/A prossigam prestando o serviço de transporte público aquaviário de balsas vinculado à UHE Paraibuna, até o trânsito em julgado na mencionada ação civil pública ou assunção desse serviço público por outra concessionária federal de energia elétrica, nos moldes da outorga do Poder Concedente (União).

Por sua vez, as empresas CESP e AUREN Energia peticionaram nos autos pugnando pelo indeferimento do pedido de suspensão de liminar apresentado pelo ESTADO DE SÃO PAULO.

Aduzem as petionárias, em apertada síntese, que:

i) O Estado de São Paulo tinha plena ciência, desde o ano de 2018, acerca do tema debatido na Ação Civil Pública e sua responsabilidade e que desde o ano de 2020 diversas notificações foram encaminhadas ao Estado para iniciar as ações necessárias para transição do serviço, apresentando, inclusive, “linha do tempo” na qual “afasta qualquer dúvida sobre a plena ciência do Estado de São Paulo, desde 2018, acerca da sua responsabilidade” (item 28 da petição);

ii) O requerente distorce o que foi decidido, em sede preliminar, pelo juízo de primeiro grau e demais elementos dos autos, pois, diversamente do que fora exposto pelo estado bandeirante, a decisão combatida “é clara e inequívoca no sentido de que as Requeridas prestariam o serviço público de transporte de balsas na UHE em “CARÁTER ABSOLUTAMENTE PROVISÓRIO E PRECÁRIO”, pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias ou até que o serviço seja assumido por algum dos entes federados, O QUE OCORRESSE PRIMEIRO” (destaques no original - item 34 da petição).

iii) O Estado de São Paulo, numa tentativa de induzir este julgador a erro, cria uma "confusão proposital do objeto deste feito", mesmo após já ter se esclarecido nos autos da Ação Civil Pública que *"a prestação do serviço de transporte por balsas na UHE Paraibuna não é uma obrigação acessória da concessão de energia elétrica, mas sim um elemento atípico e casuístico que decorreu da construção e enchimento do reservatório"* (destaques no original).

Diante do caráter estritamente técnico da questão, transcrevo trecho que expõe o entendimento das peticionárias (itens 38 e 39 da petição):

(...)

"38. Na tentativa de ratificar seu entendimento, o Estado de São Paulo traz à baila o julgamento da Representação nº 001.615/2014-9, que tratou da realização do certame licitatório para outorga da concessão da UHE Três Irmãos, vencida pela CESP à época, cujo edital não dispôs sobre a gestão das eclusas e do canal Pereira Barreto.

39. *É de clareza solar que o precedente apresentado passa longe de ser um paradigma para apreciação e julgamento do caso concreto. Isto porque, como amplamente discorrido na decisão suscitada, a gestão das eclusas e do canal Pereira Barreto se caracterizava como uma obrigação para manutenção do sistema energético hidráulico da usina, ou seja, era uma atividade inerente à exploração e produção da energia elétrica"* (destaques no original).

No ponto, concluem as peticionárias ao afirmarem que, considerando se tratar de obrigação com termo final, cujo encerramento peremptório ocorreu em 03/06/2022, *"não vinculada à prestação do serviço de energia elétrica e a obrigações socioambientais, resta claro que não há fundamento legal ou contratual para justificar a manutenção das Requeridas como responsáveis pela execução do serviço de transporte de balsas até o trânsito em julgado da ação, devendo ser imediatamente assumida pelo Ente Estatal a partir de 1º de janeiro de 2023"* (destaques no original - item 46 da petição).

iv) O requerente utiliza-se da medida excepcional de suspensão de liminar como se recurso fosse, uma vez que o Estado de São Paulo *"pretende, por meio de via oblíqua e deturpando os limites da suspensão de liminar, revogar medida pendente de julgamento, distorcendo a utilização do instituto da suspensão de liminar para utilizá-la como inequívoco substituto recursal"* (destaques no original - Item 49 da petição).

v) Inexiste risco e/ou perigo de dano oriundo do deferimento da medida liminar, *"tratando-se de verdadeira "urgência fabricada" pelo requerente"* (destaques no original).

No ponto, as peticionárias destacam *quatro razões* principais a fim de embasarem tal assertiva (item 60 da petição):

a) a ciência do Estado acerca da situação desde o ano de 2018;

b) a desnecessidade de modelar a execução do serviço, devido a existência de prestadores terceirizados (e em exercício prestacional vigente);

c) a possibilidade de o Estado de São Paulo assumir o polo de contratante desses prestadores, em caráter emergencial; e

d) doação das balsas ao Estado por parte da peticionária CESP.

Por último, mas não menos importante, sustentam as peticionárias que não há falar em possibilidade de *"lesão à economia pública"* a partir da manutenção da liminar, uma vez que a Requerente *"sequer arcará financeiramente com a aquisição da frota necessária à operação, visto que esta já foi adquirida e SERÁ DOADA, PELA REQUERIDA, AO ESTADO, SEM QUALQUER ENCARGO"*, por meio de termo de doação a ser oportunamente formalizado (destaques no original - item 69 da petição).

Sob outro prisma, sustentam as empresas de energia elétrica que a *"operação das balsas não representará sequer 0,001514%"* (destaques no original) do orçamento aprovado pelo Poder Legislativo, na casa dos 300 (trezentos) bilhões de reais.

Concluem as peticionárias que *"não há nenhum risco de solução de continuidade do serviço, dado que o Estado possui todos os elementos necessários para sua prestação - contando, inclusive com todo o apoio da CESP e da AUREN - de modo que não procede a alegação de grave risco administrativo, além de inexistir risco à ordem econômica, dado o baixíssimo valor da prestação desse serviço para o Estado de São Paulo"* (destaques no original - item 74).

Por fim, o *Estado de São Paulo* trouxe para os autos eletrônicos "Memoriais" nos quais repisa argumentos já expostos no pedido de suspensão de liminar, indicando "cronologia dos fatos" que abarca o período compreendido entre *09 de março de 1971* (autorização pela União da construção da UHE Paraibuna à concessionária CESP - Dec. Federal n. 68.332/71)) e *07 de dezembro de 2022* (data da prolação da sentença de primeiro grau, determinando a assunção do serviço de transporte aquaviário pelo Estado de São Paulo a partir de 01/01/2023).

Destaco, de forma sucinta, os argumentos trazidos por aquele estado da Federação:

i) Impossibilidade do cumprimento da decisão liminar, uma vez que "a estruturação do serviço de transporte aquaviário pelo Estado demandaria cerca de dez meses", tratando-se de serviço altamente específico, que não é prestado pelo Estado de São Paulo em outras localidades, para os quais "não há estrutura técnica, administrativa e equipe operacional";

ii) Prejuízos irreparáveis ao Poder Público e à Sociedade.

Neste ponto destaca o peticionário que eventual descontinuidade na prestação do serviço afetará a população que hoje utiliza o meio de transporte "para se deslocar de um lado a outro da área inundada". Sustenta, ainda, a existência de equívoco no entendimento de que é do Estado de São Paulo a responsabilidade por prestar serviço de transporte aquaviário em área de represa

de titularidade federal, pois tal entendimento faria com que a futura licitação para concessão da hidrelétrica deixaria de prever o serviço de transporte aquaviário como obrigação da concessionária.

iii) Teor da Liminar anterior à sentença: neste ponto questiona o requerente a interpretação dada pela CESP no tocante a expressão "pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contados desta data, ou até que o serviço seja assumido por algum dos entes federados, nos termos que já constam da petição inicial". Segundo o Estado de São Paulo, tal expressão deveria ser lida ou interpretada no sentido de que a manutenção da prestação do serviço de transporte aquaviário pela CESP/AUREN deve ser estendida "até o trânsito em julgado da demanda, quando haverá definitiva definição do ente federado que deve assumir o serviço".

iv) Responsabilidade da UNIÃO e da CESP pela prestação do serviço: segundo o entendimento do Estado de São Paulo cabe ao ente federativo União a prestação do serviço em questão, pois, nas palavras do requerente, "ela (União) é a titular do bem e, não fosse a inundação da área, simplesmente não haveria serviço de transporte aquaviário a ser prestado".

Requer, assim, o deferimento da suspensão dos efeitos da sentença que impôs a obrigação ao Estado de São Paulo de assumir a prestação do serviço de transporte aquaviário na Hidrelétrica de Paraibuna a partir de 01/01/2023, com a consequente manutenção dessa obrigação pela CESP e pela AUREN até provimento final de mérito e definição do ente público responsável pelo serviço.

É a síntese do necessário.

Decido.

Preliminarmente, cabe reconhecer a competência desta Presidência para o conhecimento do pedido de suspensão.

Nos termos do art. 4º, caput, da Lei 8.437/92, o conhecimento do pedido de suspensão de segurança "compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso".

É dizer, a competência para conhecimento da suspensão de segurança ou de liminar é determinada, mediatemente, a partir da competência para conhecimento do recurso (em tese) cabível na via ordinária.

E, no caso, pretendendo-se ver suspensos os efeitos da decisão do juízo de primeiro grau da 2ª Vara Federal de São José dos Campos/SP, e sendo competente este Tribunal para o conhecimento do cabível recurso – qual seja, o agravo de instrumento (art. 1.015, I, do CPC) –, competente esta Presidência para o conhecimento do pedido de suspensão de segurança.

Competência essa que somente restará prejudicada no momento em que ocorrer a substituição da decisão impugnada por aquela do órgão fracionário deste Tribunal, ensejando o cabimento, na via ordinária, de recurso extraordinário lato sensu e, de consequência, a competência da Presidência da Corte Superior correspondente para a suspensão de segurança.

Assim, até o momento em que haja a substituição da decisão de primeiro grau por outra diversa, mantendo ou reformando a anterior, a competência remanescerá pertencendo à Presidência do Tribunal de origem, pois o decismum que se quer ver suspenso permanece sendo aquele de primeiro grau, não tendo ocorrido qualquer substituição até o presente momento.

Estabelecida a competência desta Presidência para o conhecimento do feito, *passo ao exame do mérito do pedido cautelar*.

Mas, antes de adentrar propriamente no mérito do pedido de suspensão, consigno que não há falar em contraditório neste momento procedimental, pois, como é sabido, a tutela cautelar objetivada na via extraordinária da suspensão da decisão *não* ingressa em juízo de delibação sobre o decismum ou na justiça do pleito formulado na ação principal, mas se limita à verificação da plausibilidade do interesse público primário exposto a risco (direito acautelado) e da situação de perigo, iminente e grave, que decorreria da imediata produção de efeitos da decisão judicial não definitiva.

Logo, recebo a petição das empresas CESP e Auren Energia como *informações complementares*, tudo em prol da *boa-fé processual* (art. 5º do CPC: "*aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé*"); da *cooperação* (art. 6º do CPC: "*todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva*"); da *solução por autocomposição* (art. 3º, § 3º, do CPC: "*A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial*") e, por fim, da *verdade* (processual) dos autos ou da *extrema probabilidade*.

Volta-se o pedido de suspensão de decisão à defesa do interesse público primário, suspendendo a eficácia de decisões judiciais *não definitivas* que demonstrem, concreta e efetivamente, a potencialidade de causação de "*grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas*". Exame esse que, certamente, não perpassa a aferição da correção da decisão que se quer ver os efeitos suspensos, não ingressando no mérito da demanda principal, mas se limitando a averiguar a repercussão do decismum, correto ou não, sobre aqueles direitos difusos elencados.

Assim, sob pena de admitir servir o pedido de suspensão de espécie de sucedâneo processual, não haverá de se conhecer, nessa estreita via, eventual *error in procedendo* ou *error in iudicando* da decisão. Não havendo, mesmo, de ingressar em espécie de juízo de delibação do ato judicial, devendo-se, repisa-se, limitar à verificação dos efeitos do decismum sobre "*à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas*".

Nesse sentido, o *fumus boni iuris* que autoriza a suspensão liminar não diz respeito à verossimilhança do direito alegado na demanda principal, cujo exame é exclusivo do órgão encarregado de conhecer o eventual recurso, mas sim à

necessidade de preservação da ordem, da saúde, da segurança ou da economia pública, pois esses os direitos acautelados na suspensão de segurança.

Em igual sentido, o *periculum in mora* que justifica a suspensão é aquele manifestado na situação de risco ao direito acautelado que exsuriria da imediata produção de efeitos da decisão judicial.

A suspensão de segurança é, ainda hoje, um *curinga processual* do Poder Público, servindo para resguardar "interesses públicos" em várias situações fáticas

Discute-se muito na jurisprudência as restrições e delimitações das arestas da suspensão de segurança.

Segundo a doutrina especializada, existe certo movimento de contenção no uso desse remédio que, frise-se, deve ser *excepcional*, sob pena de ridicularizar a efetividade da tutela jurisdicional em favor do cidadão comum mediante a banalização desse instrumento processual que existe apenas para um dos litigantes, qual seja, o Poder Público.

Assim, delimitado o objeto do pedido de suspensão de segurança, *passo ao exame do caso concreto*.

Sustenta o requerente que a decisão configura grave lesão à ordem administrativa e econômica ao Estado de São Paulo, pois não se mostrando razoável a promoção da assunção do serviço, em caráter precário, àquele estado da Federação, enquanto ainda se definem as responsabilidades administrativas dos entes envolvidos na lide originária.

A argumentação exposta no presente pedido de suspensão *não* merece prosperar.

Primeiramente, inegável a constatação de que eventual interrupção de tal serviço, prestado há mais de quatro décadas, acarretará graves e irreparáveis prejuízos para as pessoas residentes nos Municípios paulistas de *Paraibuna* e *Natividade da Serra*, que dependem de tal meio de transporte, com o risco de outros atendimentos essenciais, como saúde e educação.

De fato, conforme bem pontuou o juízo de primeiro grau, a prestação de serviço de operação das balsas (*ferry boat*) no presente caso deve ser enquadrada como "*serviço público e atividade essencial indispensável ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade que vive naquele local e que, se não atendidos, colocam em perigo a sobrevivência, a saúde e a educação daquelas pessoas.*"

Por outro lado, merece prevalecer o entendimento segundo o qual diante da ausência de regular processo licitatório exigido pelo *art. 175 da Constituição Federal*, não cabe ao Poder Judiciário autorizar precariamente a exploração do serviço público de transporte rodoviário (ao qual equivale o serviço público de transporte aquaviário) interestadual e internacional de passageiros, sob pena de ofensa ao princípio da separação de poderes.

Em outros dizeres, *não* cabe ao Poder Judiciário contornar eventuais desídias do gestor público que, no caso, sugere a não prestação do serviço público em comento.

Destaco da decisão combatida:

“(...) sob qualquer ângulo que se examine a questão, a conclusão deve ser a de que o Poder Judiciário não pode substituir a autoridade administrativa, tendo em vista a prerrogativa da Administração de condicionar a concessão dessas autorizações ao atendimento dos critérios discricionários que lhe são próprios, vinculados à conveniência e oportunidade do Poder concedente, cabendo ao Judiciário tão somente apreciar a legalidade do ato administrativo, sob pena de indevida no mérito administrativo”.

Nesse sentido: TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 0008093-30.2005.4.03.6119, Rel. Desembargador Federal MARLI MARQUES FERREIRA, julgado em 18/06/2021, DJEN DATA: 25/06/2021).

Como bem esquadrihado pelo juiz de piso, o ponto fulcral da lide originária é a análise *da definição do órgão responsável pela manutenção da prestação do serviço público de transporte aquaviário de passageiros e veículos automotores no reservatório da UHE Paraibuna.*

Novamente destacando-se da decisão:

“De fato, a competência para a União explorar o transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Territórios *não* abrange os serviços de transporte estaduais, ou seja, aqueles serviços em que haja interesse predominantemente estadual e que não transponham as fronteiras dos Estados, como no caso dos autos.” (grifo nosso).

Desta forma, sem necessidade de maiores digressões, conclui-se, com base no disposto no artigo 21, inciso XII, alínea “d”, da Constituição Federal e em razão da competência residual dos estados, que é do estado membro, ora requerente, a competência para manutenção do transporte aquaviário de passageiros e veículos automotores no reservatório da UHE Paraibuna.

Aliás, o *Parquet* federal expôs de forma sucinta e objetiva o mosaico de competências dos entes federativos apresentado pelo Constituinte originário no tocante à matéria em comento, na seguinte passagem descrita na peça inicial da mencionada Ação Civil Pública (item 39):

“Na prática, o serviço de transporte aquaviário segue, em linhas gerais, o seguinte: a União somente o deve prestar nas hipóteses do art. 21, XII; os

Municípios, somente quando for de interesse local (ou seja, se não ultrapassar os limites territoriais de cada município); os Estados, nos demais casos, em que se inclui o *transporte aquaviário intermunicipal*, com origem e destino em municípios diversos”.

Ora, como se percebe dos autos, a travessia, por balsas, do reservatório da UHE Paraibuna ocorre inteiramente no Estado de São Paulo, e tem como origem e destino *municípios diversos* (Paraibuna e Natividade da Serra).

Em consequência, *não* se verifica o aduzido risco de “grave lesão à ordem econômica, social e coletiva”, uma vez que a competência do ente federativo, ora requerente, está muito bem posta e desenhada na Constituição Federal.

Logo, se a empresa CESP/AUREN Energia S/A deixar de prestar o serviço nessa data, a competência para fazê-lo, diretamente ou por delegação, foi atribuída, *pela ordem jurídica, ao Estado de São Paulo*.

Assim, não obstante o fim da prestação de serviço via CESP/AUREN, causa estranheza o fato de o Estado de São Paulo vir bater as portas do Poder Judiciário federal, em pleno recesso, pugnando pela suspensão da liminar concedida pelo juízo de primeiro grau, *15 (quinze) dias depois da prolação da sentença ora combatida*.

Em suma, os efeitos da decisão combatida *não* demonstram possuírem grave e extensa consequência, seja sob o aspecto das finanças do ente federado (a operação das balsas aqui discutida, ao que tudo indica, representará valor ínfimo levando em consideração o orçamento aprovado pelo Poder Legislativo, na casa dos 300 (trezentos) bilhões de reais), seja em decorrência da própria capacidade desse de desenvolver as *atribuições constitucionais que lhe incumbem*.

Consigno, ao fim, que a alegação do requerente no sentido de que não haveria condições no campo administrativo e político para a assunção do serviço, uma vez que o fim do atual exercício financeiro se avizinha (tendo sido iniciado o regime de transição política) *não* merece prosperar. A uma, porque tais argumentos esbarram no *princípio da continuidade do serviço público*; a duas, porque a execução dos serviços essenciais disponibilizados à população não deve ficar subjugada a eventual resultado das eleições.

As demais arguições *ingressam no mérito da decisão do juízo de primeiro grau*, razão pelas quais deixam de ser aqui conhecidas.

Assim, não se evidenciando “grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas”, *não* se fazem presentes os requisitos do artigo 4º, *caput*, da Lei nº 8.437/92, para a concessão da suspensão da liminar combatida.

NEGO a suspensão da liminar.

Comunique-se ao juízo da 2ª Vara Federal da Subseção de São José dos Campos/SP.

Intime-se o requerente e a União.

Publique-se.

Após, ao Ministério Público Federal.

São Paulo, 23 de dezembro de 2022.

APELAÇÃO CÍVEL 5048913-10.2022.4.03.9999

Apelantes: GILBERTO ROSSI, SILVIA HELENA EUGENI ROSSI
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VICTORIO GIUZIO
Disponibilização do Acórdão: DJEN 24/02/2023

EMENTA

PROCESSO CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - PREVIDENCIÁRIO - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - MULTA DIÁRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA - FALTA DE COMPROVAÇÃO DO EFETIVO RECEBIMENTO DA NOTIFICAÇÃO DA AUTORIDADE COMPETENTE PARA A IMPLANTAÇÃO DO BENEFÍCIO.

1. É regular o estabelecimento de multa diária por atraso na implantação de benefício previdenciário, nos termos dos artigos 536 e 537 do Código de Processo Civil.
2. Importante anotar, ainda, que é "necessária a expedição de ofício à Agência da Previdência Social de Atendimento às Demandas Judiciais (APSDJ), para implantação do benefício nos termos determinado em sentença, sendo que *a intimação pessoal do procurador federal do INSS não supre a ausência de comunicação à APSDJ*, não possuindo aquele competência para o cumprimento da decisão" (TRF-3, 9ª Turma, AI 5020927-76.2020.4.03.0000, j. 19/11/2020, DJe: Rel. Des. Fed. GILBERTO JORDAN, grifei).
3. Além disso, é necessário provar o efetivo recebimento da notificação da autoridade administrativa, nos termos da orientação da 7ª Turma desta C. Corte (AI 5025058-94.2020.4.03.0000, j. 22/03/2021, Rel. Des. Fed. INÊS VIRGÍNIA).
4. Não consta dos autos a data do efetivo recebimento da notificação pela autoridade administrativa, de maneira que é regular a exclusão da multa diária.
5. Também deve ser rejeitado o pedido de execução dos valores atrasados, tendo em vista que já ocorreu o pagamento relativo a tais quantias no feito de nº 0001779-29.2021.8.26.0236.
6. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sétima Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

O Desembargador Federal Victorio Giuzio Neto:

Trata-se de apelação contra r. sentença que acolheu a impugnação do INSS e julgou extinta a fase de cumprimento de sentença, pela inexigibilidade da obrigação. A impugnada foi condenada ao pagamento de verba honorária no percentual de 10% sobre o valor da causa, observada a gratuidade da justiça (ID 256808688).

A parte exequente, ora apelante, pugna pela execução de valores atrasados, devidos entre a DIB e a data do óbito, assim como pela manutenção da multa (ID 256808698).

Sem contrarrazões.

É o relatório.

VOTO

O Desembargador Federal Victorio Giuzio Neto:

Na hipótese, nos autos principais, a r. sentença julgou o pedido inicial improcedente (ID 256808567 - Pág. 5).

Nesta Corte Regional, a Sétima Turma deu provimento à apelação do autor para determinar a concessão da aposentadoria integral por tempo de contribuição, a partir da data de implementação dos requisitos, fixando os consectários legais.

Os embargos de declaração foram rejeitados (ID 256808567 - Pág. 17).

Após a propositura de recurso extraordinário, com proposta de acordo, com o qual a parte autora concordou, o d. Juízo homologou a transação, com fundamento no artigo 487, III, "b" (ID 256808567 - Pág. 29).

O trânsito em julgado ocorreu em 30/04/2019.

O presente cumprimento de sentença, por sua vez, é relativo à multa diária (ID 256808564).

A parte exequente requereu o pagamento de R\$ 71.500,00, a título de multa (ID 256808564 - Pág. 2).

O INSS impugnou a execução (ID 256808578).

O d. Juízo proferiu a r. sentença, ora apelada (ID 256808688).

Esses são os fatos.

Pois bem.

É regular o estabelecimento de multa diária por atraso na implantação de benefício previdenciário a teor dos artigos 536 e 537 do Código de Processo Civil.

Também se admite a revisão do valor e do prazo da multa, de ofício e com fundamento nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, nos termos do artigo 537, § 1º, do Código de Processo Civil.

Nesse sentido, a jurisprudência da 7ª Turma desta Corte:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. MULTA PELO ATRASO NO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. PRAZO MANTIDO. VALOR DIÁRIO REDUZIDO.

- Não há dúvida de que é possível fixar multa diária por atraso na implantação de benefício previdenciário, em razão de tratar-se de obrigação de fazer, não existindo qualquer ilegalidade quanto à sua aplicação, já que se trata de meio coercitivo autorizado por lei, que visa assegurar a efetividade no cumprimento da ordem expedida (art. 536, §1º, do CPC), desde que respeitado o princípio da proporcionalidade e razoabilidade, podendo ser modificada, tanto no valor quanto no prazo, até mesmo de ofício pelo Magistrado, se se mostrar excessiva, nos termos do art. 461, § 6º do CPC/73 e art. 537, § 1º do atual CPC.

- A multa por descumprimento da obrigação possui função meramente intimidatória, não podendo ser aplicada como reparadora de danos, devendo guardar proporcionalidade e razoabilidade com o bem jurídico tutelado, de modo que a quantia fixada não pode resultar em benefício econômico que supere a própria obrigação, sob pena de locupletamento indevido do credor.

- O cumprimento da obrigação, após o prazo razoavelmente fixado sem justificativa concreta, não pode eximir o executado do pagamento da multa, sob pena de esvaziar seu objetivo.

- Com base nisso, no caso dos autos, entendo que o valor diário da multa fixado na sentença (R\$ 200,00 - observado o limite de 10 salários-mínimos), mostrou-se excessivo, frente ao valor do benefício (aproximadamente um salário-mínimo e meio), devendo ser reduzido para R\$ 100,00 (cem reais) por dia de atraso, a fim de afastar um enriquecimento sem causa.

- De outro lado, o prazo de 15 dias mostrou-se razoável frente ao tempo decorrido e motivo protelatório para cumprimento da obrigação, guardando, na singularidade do caso, proporcionalidade e razoabilidade com o bem jurídico tutelado.

- Ressalta-se que a determinação para cumprimento da obrigação foi proferida em 06/2019, e somente foi adimplida, após aproximadamente 05 meses, e ainda assim, com relevante atraso, após o prazo de 15 dias e pena de multa determinado na decisão de 08/2019.

- Agravo de instrumento parcialmente provido, para reduzir o valor diário da multa”.

(TRF-3, 7ª Turma, AI 5004151-98.2020.4.03.0000, DJe: 20/11/2020, Rel. Des. Fed. INES VIRGINIA PRADO SOARES).

“PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. IMPLANTAÇÃO DE BENEFÍCIO. MULTA POR ATRASO NO CUMPRIMENTO. CABIMENTO. CONTAGEM. DIAS ÚTEIS. PRAZO

FIXADO. RAZOABILIDADE. VALOR EXORBITANTE. REDUÇÃO. PRECEDENTE. RECURSO DO INSS PARCIALMENTE PROVIDO.

1 - A multa diária, prevista no artigo 461, §4º, do Código de Processo Civil (atuais artigos 536 e 537 do CPC/2015), é um instrumento processual, de natureza coercitiva, que visa assegurar a observância das ordens judiciais, bem como garantir a efetividade do direito reconhecido em prazo razoável.

2 - Essa medida inibe o devedor de descumprir a obrigação de fazer, ou de não fazer, bem como o desestimula de adimpli-la tardiamente, mediante a destinação da multa ao credor da obrigação inadimplida.

3 - Dessa forma, cabível a aplicação da penalidade, na medida em que se mostra inequívoco o prejuízo sofrido pelo segurado, sobretudo por se tratar de verba de caráter alimentar.

4 - O prazo para cumprimento da ordem judicial de implantação de benefício possui natureza processual e, portanto, sujeita-se ao regramento contemplado no art. 219 do Código de Processo Civil, devendo ser contado em dias úteis. Precedente.

5 - Não há que se falar em exiguidade do prazo assinalado, considerando que, entre a primeira determinação para implantação da benesse (agosto de 2019) e a comunicação de tal decisão (novembro de 2019), transcorreu o prazo de três meses, sem qualquer justificativa do ente previdenciário.

6 - Todavia, o arbitramento do valor das astreintes deve se pautar pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de modo que a quantia fixada não resulte em um enriquecimento indevido do credor, superando o benefício econômico que este porventura obteria caso a obrigação fosse adimplida voluntariamente pelo devedor.

7 - Por essa razão, o artigo 461, §6º, do Código de Processo Civil de 1973 (atual artigo 537, §1º, do CPC/2015) confere ao magistrado a possibilidade de modificar, a qualquer tempo, de ofício ou a requerimento das partes, o valor e a periodicidade da multa, caso ela se mostre insuficiente ou excessiva.

8 - No caso concreto, a multa fora calculada pelo valor diário de R\$500,00 (quinhentos reais), quantia que extrapola os parâmetros de razoabilidade, razão pela qual há de ser fixada no patamar de R\$100,00 (cem reais) por dia de atraso, a incidir a partir do dia seguinte ao vencimento do prazo assinalado, momento em que passa o ente previdenciário a incorrer em mora.

9 - Agravo de instrumento interposto pelo INSS parcialmente provido”.

(TRF-3, 7ª Turma, AI 5014863-50.2020.4.03.0000, DJe: 19/10/2020, Rel. Des. Fed. CARLOS EDUARDO DELGADO).

Importante anotar, ainda, que é “necessária a expedição de ofício à Agência da Previdência Social de Atendimento às Demandas Judiciais (APSDJ), para implantação do benefício nos termos determinado em sentença, sendo que a intimação pessoal do procurador federal do INSS não supre a ausência de comunicação à APSDJ, não possuindo aquele competência para o cumprimento da decisão” (TRF-3, 9ª Turma, AI 5020927-76.2020.4.03.0000, j. 19/11/2020, DJe: Rel. Des. Fed. GILBERTO JORDAN, grifei).

Além disso, é necessário provar o efetivo recebimento da notificação da autoridade administrativa, nos termos da orientação da 7ª Turma desta C. Corte (AI 5025058-94.2020.4.03.0000, j. 22/03/2021, Rel. Des. Fed. INÊS VIRGÍNIA).

No caso concreto, em 04/06/2019, foi encaminhado ofício à EADJ Araraquara para a implantação do benefício previdenciário, no prazo de 30 dias, sob pena de multa diária, no valor de R\$ 100,00 pelo descumprimento injustificado da ordem (ID 256808567 - Pág. 30).

Não consta dos autos a data do efetivo recebimento da notificação pela autoridade administrativa.

Nestes termos, é regular a exclusão da multa diária.

Da mesma forma, também deve ser rejeitado o pedido de execução dos valores atrasados, tendo em vista que já ocorreu o pagamento relativo a tais quantias no feito de nº 0001779-29.2021.8.26.0236.

Por tais fundamentos, nego provimento à apelação.

É como voto.

Direito Processual Penal



APELAÇÃO CRIMINAL 5000963-71.2022.4.03.6000

Apelante: RC - TRANSPORTE, LOGÍSTICA E SERVIÇO DE CARGA DE BOVINOS - EIRELI - ME

Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL NO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 10/01/2023

EMENTA

DIREITO PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO. MEDIDA CAUTELAR PATRIMONIAL. SEQUESTRO. TERCEIRO DE BOA-FÉ. NÃO COMPROVAÇÃO. SEQUESTRO MANTIDO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Apelação interposta contra sentença que julgou improcedentes embargos de terceiro ajuizados com vistas à liberação de bem objeto de medida cautelar de sequestro. Bem apreendido no contexto de ação penal desencadeada com base nas investigações da operação "Labirinto de Creta II" da Polícia Federal.

2. Os embargos de terceiro constituem instrumento processual destinado a proteger direitos de posse ou propriedade de terceiro de boa-fé, que não deva ser atingido por medidas constritivas ou expropriatórias de uma ação judicial em que não é parte. Para que sejam julgados procedentes, deve o terceiro (autor dos embargos) comprovar que se encontra na posição de estranho de boa-fé, com legítimo direito à posse ou propriedade do bem em questão (do que decorreria o direito de não ser afetado por decisão judicial no processo principal), não bastando mera verossimilhança ou demonstração parcial/insólita de tal alegação.

3. No caso concreto, tal demonstração não se deu.

4. Muito embora o apelante tenha trazido aos autos documentação que demonstra a existência formal de contrato de compra e venda e a lavratura de escritura para transferência do domínio do imóvel em questão para sua propriedade, bem como o registro do efetivo do bem em seu nome, há elementos que impedem, a esta altura e com base no que aqui consta, a constatação de que se trata de terceiro de boa-fé indevidamente afetado pela medida cautelar patrimonial.

5. Tampouco se demonstrou a efetiva onerosidade da transação a valores compatíveis com os de mercado, mormente tendo-se em conta que a maior parte do valor supostamente pago teria sido transferido em espécie (do que não se tem prova cabal).

6. Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Décima Primeira Turma, POR UNANIMIDADE, decidiu conhecer do recurso de apelação e, no mérito, negar-lhe provimento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI:

Trata-se de recurso de apelação, interposto por *RC – Transporte, Logística e Serviço de Carga de Bovinos – EIRELI ME* contra sentença de ID 263406356, por meio da qual foi indeferido pedido de liberação de bem constrito, por decisão judicial, em favor da ação penal autuada sob nº 0007380-72.2015.4.03.6000. O ato constritivo foi combatido nos autos da presente ação de embargos de terceiro.

Narrou-se na inicial (ID 263405772), em suma, o seguinte:

A Empresa Embargante é proprietária do imóvel matriculado sob n. 207.652 do CRI do 1º. Registro de Imóveis de Campo Grande-MS, adquirido mediante escritura pública de compra e venda lavrada em 14.12.2020 da empresa Agroindustrial São Francisco Ltda, pelo valor total de 736.000,00, conforme registro na matrícula imobiliária anexa (Av 04).

Todavia, a Empresa Embargante foi recentemente surpreendida com o sequestro judicial do referido imóvel por decisão desse juízo proferida em 29.11.2021 e registrada em 13.12.2021.

Ressalta-se que a Embargante não é parte no processo judicial originário dessa constrição (Sequestro n. 0010702-66.2016.4.03.6000), bem como adquiriu licitamente o bem via escritura pública registrada muito antes do referido sequestro.

Razão pela qual requer a procedência dos embargos para imediata liberação do sequestro sob o seu imóvel, sob pena de danos irreparáveis.

Argumenta-se que a pessoa jurídica autora é terceira de boa-fé, que adquiriu lícita e onerosamente o bem objeto do sequestro guerreado.

Forte nisso, requereu-se o levantamento do sequestro, julgando-se procedentes os embargos.

Após processamento, sobreveio decisão de improcedência dos embargos (ID 263406357). Entendeu o Juízo *a quo* não ter sido comprovada a propriedade efetiva e aquisição onerosa e de boa-fé por parte da embargante. Por tal razão, foi julgado improcedente o pedido.

Opostos embargos declaratórios, foram eles rejeitados (decisão de ID 263406369).

A sociedade empresária autora interpôs recurso de apelação (ID 263406372), em cujas razões são lançados, em suma, os seguintes fundamentos:

- Dever-se-ia reconhecer “a condição de terceiro de boa-fé da Apelante, pois comprovadamente adquiriu onerosamente o referido imóvel, conforme documentos anexos”;

- “(...) a Apelante já informou nos autos e comprovou a origem lícita e o efetivo pagamento do valor do imóvel, conforme se denota da escritura pública de compra e venda formalizada em 14.12.2020 (doc. Anexo)”;

- Os documentos juntados pelo *Parquet* federal não seriam aptos a demonstrar a anterior aquisição da propriedade por parte de pessoas investigadas na operação policial de origem (operação “Labirinto de Creta II”), por se tratar de mero contrato de promessa de compra e venda. Haveria, inclusive, informação por parte da proprietária original (*Agroindustrial São Francisco*) no sentido de que tal compromisso de compra e venda com investigados não se concretizou, tendo havido apenas a efetiva venda posterior em favor da empresa apelante. “Muito menos houve o registro público do aludido instrumento particular para que desse eventual conhecimento a terceiros, no caso a Apelante”;

- “Concluindo, a Apelante é inequivocamente terceira de boa-fé, pois adquiriu licitamente o imóvel, antes da determinação do sequestro, conforme contrato de compra e venda ora anexado, e não detém qualquer ligação com as pessoas citadas no processo penal em trâmite (...)”;

- Outrossim, a liberação do bem seria necessária e urgente, de maneira a possibilitar sua alienação fiduciária em operação na qual atua como interveniente garantidora de empréstimo.

Forte nisso, requer-se o provimento do recurso, com a reforma da sentença e o levantamento da constrição que pende sobre o bem.

Em contrarrazões (ID 263406378), o Ministério Público Federal pugnou pelo desprovimento do recurso.

A Procuradoria Regional da República opinou pelo desprovimento do apelo (ID 263559946).

É o relatório.

Dispensada a revisão, nos termos regimentais.

VOTO

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI:

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso, e passo a seu exame.

O presente apelo tem por objetivo a liberação de imóvel objeto de medida cautelar de sequestro, decretada no âmbito da "Operação Labirinto de Creta II" da Polícia Federal, em que se apura suposto esquema de lavagem de capitais e sonegação fiscal. O imóvel é objeto da matrícula 207.652 do 1º C.R.I. de Campo Grande/MS.

A decisão em que julgado improcedente o pedido de levantamento da constrição teve, no essencial, a seguinte fundamentação:

Consoante asseverado pelo MPF, a operação Labirinto de Creta II teve por escopo desarticular grande e sofisticado esquema criminoso em tese arquitetado por José Carlos Lopes (Zeca Lopes), para a prática dos crimes de sonegação de tributos e lavagem de dinheiro. Para tanto, José Carlos Lopes constituiu, por meio de interpostas pessoas (cônjuge, irmãos e filhas), uma série de pessoas jurídicas, dentre as quais, algumas se destinavam especificamente à sonegação de tributos federais incidentes sobre o produto das atividades frigoríficas que desenvolviam; outras, à ocultação da propriedade e origem de ativos (imóveis e automóveis) provenientes, direta ou indiretamente, dos crimes fiscais pretéritos. Este seria o caso das empresas J.C.G. Participações e Empreendimento Ltda. e TRANSLOP Transportadora de Cargas Ltda., que formalmente pertencem às filhas e à esposa de José Carlos Lopes, respectivamente.

No bojo dos autos nº 0010702-66.2016.4.03.6000 (ação penal nº 0007380-72.2015.4.03.6000) foi decretado o sequestro de diversos bens pertencentes a várias pessoas físicas e jurídicas (Operação Labirinto de Creta II). A decisão com a determinação do sequestro consta dos autos (ID. 243567389).

No delito de lavagem de dinheiro, o que se discute em torno dos bens e valores não é o domínio, a propriedade ou a posse, mas a boa-fé, onerosidade do negócio e capacidade financeira do requerente, em caso de terceiro; e a licitude da origem, quando o pretendente é o investigado, sempre através de meio processual que promova o contraditório. Há dois interesses: um pertence a quem foi atingido pela constrição judicial; o outro é do ente público em favor do qual será destinado o objeto do confisco, na hipótese de ser procedente a ação penal.

O documento id. 246065238 revela que, em 05/04/2017, as empresas Agroindustrial São Francisco Ltda. (promitente vendedora) e J.C.G Participações e Empreendimentos Ltda. (promitente compradora) celebraram contrato particular de promessa de compra e venda do imóvel matriculado sob o nº 207.652, pelo valor de R\$1.500.000,00 (hum milhão e quinhentos mil reais). Consta ainda, que a empresa TRANSLOP Transportadora de Cargas Ltda. (administrada por José Carlos Lopes por meio de sua esposa) participou da avença como anuente, eis que parte do pagamento do imóvel se deu

mediante a entrega de quatro caminhões de sua propriedade. Os referidos veículos estão em nome de Agroindustrial São Francisco Ltda. (ID. 246065239).

Não consta dos autos qualquer notícia de que o contrato entabulado entre as empresas Agroindustrial São Francisco Ltda. (promitente vendedora) e J.C.G Participações e Empreendimentos Ltda. (promitente compradora), não tenha sido levado a efeito. Ao contrário, o registro administrativo dos veículos em nome da empresa Agroindustrial São Francisco Ltda. indica sua conclusão.

Cumprasseverar que o fato de o imóvel não ter sido registrado no nome da empresa J.C.G Participações e Empreendimentos Ltda., por si só, é incapaz de descaracterizar a perfectibilidade do contrato celebrado entre ela e a Agroindustrial, uma vez que o não registro do imóvel é expediente comum nos crimes de lavagem de dinheiro.

Outrossim, os comprovantes de pagamentos feitos pela Agroindustrial à TRANSLOP, em 12/03/2019 e 16/04/2019 não são bastantes para provar que se referem à quitação dos caminhões, pois na rubrica "finalidade" consta apenas "pagamento a fornecedores" (ID's. 248194346 e 248194350).

À margem do acima exposto, a embargante sustenta que na data de 04/12/2020, a Agroindustrial São Francisco Ltda. lhe outorgou escritura pública de compra e venda do mesmo imóvel (matrícula nº 207.652, com 1.029,78m², ID. 243567390), pelo preço de R\$736.000,00 (setecentos e trinta e seis mil reais). Na ocasião foi declarado que R\$654.000,00 (seiscentos e cinquenta e quatro mil reais) já estava pago e que o restante, isto é, R\$82.000,00 (oitenta e dois mil reais), seriam pagos mediante o abatimento dos créditos a que a compradora fizesse jus por força do fornecimento de matéria-prima, no prazo máximo de 06 (seis) meses, conforme Instrumento Particular firmado em 17/11/2020 (declaração das partes) (ID. 246065240).

Comparando ambos os contratos de compra e venda acima mencionados, causa alguma perplexidade que a empresa Agroindustrial tenha vendido o imóvel para a embargante por menos da metade do preço de mercado (R\$736.000,00), embora o ITBI tenha sido recolhido sobre o valor de R\$1.549.336,88 (hum milhão, quinhentos e quarenta e nove mil, trezentos e trinta e seis reais e oitenta e oito centavos). Ademais não há na escritura pública de compra e venda celebrada com a embargante qualquer menção de quando, nem de como foi paga a quantia de R\$654.000,00 (seiscentos e cinquenta e quatro mil reais).

A embargante sustenta que o preço da venda do bem se justifica nos débitos tributários que o imóvel possuía à época de sua aquisição; entretanto, inexistente qualquer prova segura a suportar dita versão, que concerne a uma importante depreciação.

Dessa feita, os elementos constantes nos autos indicam que a J.C.G Participações e Empreendimentos Ltda. é, de fato, a proprietária do imóvel matriculado sob o nº 207.652, que teria sido "vendido" para a embargante por meio de interposta pessoa, Agroindustrial São Francisco Ltda.. Não há prova em sentido contrário. Ademais, tal expediente é algo típico dos delitos de lavagem de dinheiro por meio da ocultação de bens, pelo que se tomam com cautela.

Assevero que o fato de o imóvel estar registrado em nome da embargante não é suficiente para tê-la como real proprietária no mundo fenomênico, pois no delito de lavagem de dinheiro, o que se discute em torno dos bens e valores não é o domínio, a propriedade ou a posse, mas a boa-fé, onerosidade

do negócio e a capacidade financeira do terceiro. Esses requisitos não foram comprovados a contento pela parte embargante.

Por fim, a embargante alega que necessita da liberação urgente do imóvel para que seja dado em garantia/alienação fiduciária a empréstimo/financiamento pleiteado junto a instituição financeira, no entanto, inexistente qualquer prova nesse sentido, ou prova de que o bem possa perecer ou se deteriorar.

Registro, por oportuno, que os requisitos para acolhimento de Embargos de Terceiro Criminais são mais restritivos do que os previstos na legislação cível. Inclusive, observo que a medida assecuratória em questão decorre de uma investigação relativa a crime de lavagem de dinheiro, de modo que o pleito de liberação deve ser analisado de forma mais cautelosa pelo Juízo especialmente nesses casos, em que o objetivo de dissimular e ocultar a proveniência criminosa faz com que manobras sejam ocultadas e, diante de constrição, busquem-se desbloqueios sem qualquer espaço de segurança. Neste aspecto, o simples fato de estar o bem registrado em nome de terceiro alheio à investigação - o que normalmente acontece em investigações de lavagem de ativos - não necessariamente demonstra a insubsistência da medida constritiva.

A decisão de primeiro grau deve ser mantida, à luz dos elementos contidos nos autos. Lembro que os embargos de terceiro constituem instrumento processual destinado a proteger direitos de posse ou propriedade de terceiro de boa-fé, que não deva ser atingido por medidas constritivas ou expropriatórias de uma ação judicial em que não é parte. Para que sejam julgados procedentes, deve o terceiro (autor dos embargos) comprovar que se encontra na posição de estranho de boa-fé, com legítimo direito à posse ou propriedade do bem em questão (do que decorre o direito de não ser afetado por decisão judicial no processo principal), não bastando mera verossimilhança ou demonstração parcial/insólita de tal alegação. É o que se extrai da legislação de regência do instituto (Código de Processo Penal, arts. 129 e 130, II; Código de Processo Civil, arts. 674 e ss.). No caso, tal demonstração não se deu.

Muito embora a apelante tenha trazido aos autos documentação que demonstra a existência formal de contrato de compra e venda e a lavratura de escritura para transferência do domínio do imóvel em questão para sua propriedade, há elementos que impedem, a esta altura e com base no que aqui consta, a constatação de que se trata de terceiro de boa-fé indevidamente afetado pela medida cautelar patrimonial.

A recorrente trouxe cópias dos seguintes documentos principais:

- *De início*, cópia da matrícula do bem objeto do sequestro e do contrato social da empresa autora;

- *Após a sentença* (IDs 263406362 e ss.): (1) cópia de contrato em que a empresa aparece como fiadora, dando em alienação fiduciária o imóvel em questão (em garantia de dívida de outra empresa - *Boibrás Indústria e Comércio de Carnes e Sub Produtos Ltda*); (2) cópia da escritura pública de compra e venda; (3) declaração da pessoa jurídica *Agroindustrial São Francisco Ltda*.

(proprietária anterior do imóvel sequestrado) informando não ter sido aperfeiçoado o contrato de compra e venda do bem realizado com a empresa *JCG Participações e Empreendimentos Ltda.* (investigada direta na operação "Labirinto de Creta II"), tendo ocorrido apenas a venda efetiva à ora apelante (*RC – Transporte, Logística e Serviço de Carga de Bovinos – EIRELI ME*).

De acordo com os documentos, em novembro de 2020, a empresa *RC – Transporte, Logística e Serviço de Carga de Bovinos – EIRELI ME* firmou contrato particular de compra e venda do imóvel descrito na matrícula nº 207.652 do 1º C.R.I. de Campo Grande/MS, de propriedade da *Agroindustrial São Francisco Ltda.* A avença foi confirmada em escritura pública de compra e venda (ID 263406366) datada de 14 de dezembro de 2020. Ali, informa-se que o imóvel foi vendido ao preço de R\$ 736.000,00 (setecentos e trinta e seis mil reais), sendo que R\$ 654.000,00 (seiscentos e cinquenta e quatro mil reais) já teriam sido pagos previamente, e os R\$ 82.000,00 (oitenta e dois mil reais) restantes seriam pagos "mediante o abatimento dos créditos a que a compradora fizer jus, por força do fornecimento de matéria prima (...)". Em declaração posterior, a *Agroindustrial São Francisco Ltda.* informou que os R\$ 654.000,00 mencionados foram pagos "à época em moeda corrente" (ID 263406375).

Ocorre que tais documentos não são aptos a comprovar, no contexto concreto e especialmente diante das fundadas suspeitas de práticas de lavagem de capitais, que a embargante é terceira de boa-fé que adquiriu onerosamente o imóvel.

Com efeito, consta dos autos que o mesmo bem foi anteriormente objeto de compromisso de compra e venda firmado entre a mesma *Agroindustrial São Francisco Ltda.* e a *JCG Participações e Empreendimentos Ltda.*, datado de 05 de abril de 2017, com firmas reconhecidas. Nele, estipulou-se a venda do bem pelo montante de 1,5 milhão de reais, sendo um milhão a serem pagos em dez parcelas de cem mil reais, e os quinhentos mil reais restantes, mediante dação em pagamento de quatro caminhões (avaliados em 125 mil reais cada).

A JCG PARTICIPAÇÕES é uma das pessoas jurídicas suspeitas de terem sido usadas no esquema investigado na ação principal relativamente aos presentes embargos, isto é, tal empresa seria uma das utilizadas na suposta engrenagem de sonegação fiscal e lavagem de capitais em apuração. A não transmissão formal da propriedade, inclusive, constitui prática comum de ocultação de patrimônio. Se em casos de menor porte e envolvendo pessoas físicas sem patrimônios vultosos tal informalismo pode ser tido como relativamente comum no cotidiano, não se concebe o mesmo em relações com sociedades empresárias formais, mormente diante dos valores envolvidos.

Aqui, a alegação da embargante é de que o negócio não chegou a se concretizar; a transferência dos mesmos quatro caminhões (mencionados nesse contrato) à *Agroindustrial São Francisco* (demonstrada pelo MPF documentalmente – ID 263406342) teria se dado por compra e venda posterior. Ocorre que o próprio compromisso de compra e venda declara que os quatro veículos de grande porte foram transferidos "no ato da assinatura do contrato",

conforme assinado por ambas as partes, o que retira credibilidade da afirmação. Já os dois comprovantes de transferências financeiras feitas em 2019 pela *Agroindustrial São Francisco* à empresa *Translop Transportadora de Cargas* (no valor total de quinhentos mil reais), juntados pela ora apelante, não são aptos a infirmar a conclusão de que o negócio se aperfeiçoou, especialmente porque se trata de meros comprovantes de transferência bancária (TED), sem que se tenha demonstrado efetivamente que se referiam ao pagamento pelos caminhões. Assim, subsiste a concreta possibilidade de que o negócio tenha sido efetivamente realizado, inclusive pela transferência dos quatro caminhões à pessoa jurídica vendedora.

Os demais dados concretos reforçam a não comprovação, pela embargante, dos requisitos necessários para liberação do bem formalmente registrado em seu nome. Quanto ao momento da compra e venda do imóvel, esta se deu em fins de 2020, já depois do desencadeamento da ação penal principal em relação ao sequestro guerreado, o que dá lastro à suspeita de que o bem possa ter sido objeto de alienação formal e simulada de maneira a afastá-lo de futuras constringões ou potenciais penas de perdimento.

A apelante sustenta, nesse passo, que não poderia saber acerca de mera promessa de compra e venda envolvendo o bem no passado, à qual não se deu publicidade e cujo aperfeiçoamento foi negado pela proprietária formal do bem até 2020, a *Agroindustrial São Francisco*. Todavia, os próprios valores envolvidos na transação e a forma com que teriam sido pagos traz elementos pouco críveis quanto (I) ao valor do negócio, (II) à efetiva realização do pagamento e (III) à origem dos eventuais recursos utilizados.

(I) O valor da venda, realizada em fins de 2020, foi de R\$ 736.000,00, como descrevi acima. Tal montante se afigura muito inferior ao valor efetivo do bem, diante de dois elementos: o valor da venda pactuada no compromisso feito entre a antiga proprietária e a JCG PARTICIPAÇÕES foi de 1,5 milhão de reais (mais que o dobro do acordado na venda levada a registro pela apelante, pois), mais de três anos antes da compra oficial realizada pela embargante (sendo provável, pois, que tenha havido valorização maior desde então, ante a dinâmica geral do mercado imobiliário no período); o próprio valor venal do tributo, para fins de pagamento do imposto de transmissão de bem imóvel (ITBI), era superior a 1,54 milhão de reais em 2020, o que está expresso na escritura de compra e venda (ID 263406366). É dizer: o bem teria sido alienado por menos da metade do valor entabulado em negócio supostamente não aperfeiçoado três anos antes, e também por menos da metade do valor venal reconhecido pelo Poder Público (que, sabidamente, traz valores iguais ou inferiores ao valor de mercado do bem). Os valores são muito inferiores ao normal, sem que haja qualquer justificativa demonstrada para tamanha discrepância;

(II) A maior parte do pagamento (654 mil reais dos 736 mil reais no total) já teria sido paga, sendo que a própria empresa alienante informou que o valor foi quitado em "moeda corrente". O pagamento em espécie de valor substancialmente superior a meio milhão de reais salta aos olhos, ante a

extrema raridade de sua ocorrência e da ausência de justificativa para tanto. Como se sabe, o pagamento de quantias vultosas em dinheiro constitui praxe comum nos casos em que a origem dos recursos não possa ser lícitamente justificada. De outro lado, e de especial importância neste contexto, a alegação de pagamento em espécie permite dar aparente comprovação a um ato que pode nem mesmo ter existido, ou seja, possibilita que se alegue ter havido um pagamento que, de fato, inexistiu. Registro que, tanto por razões de praticidade quanto por questões de segurança, é extremamente incomum que alguém guarde e transfira mais de seiscentos mil reais em espécie, o que contribui para as suspeitas fundadas de que a transferência não foi realizada em circunstâncias normais de mercado e com efetiva onerosidade (inclusive porque ausente comprovação de que o pagamento desse montante, correspondente à parte majoritária do valor total, tenha de fato ocorrido, como ressaltei linhas acima).

(III) Não se tem dados demonstrativos da origem dos recursos eventualmente envolvidos, o que se revela de especial importância no contexto concreto, em que há suspeita de lavagem de capitais e transferências formais como forma de dissipar patrimônio de pessoas investigadas. O terceiro não trouxe, ao menos nestes autos, documentos que atestem o procedimento de compra efetiva, idônea e onerosa, de maneira a desvincular a aquisição de qualquer potencial relação com as atividades em apuração na origem.

A soma de tais elementos traz dúvida concreta e sólida acerca da real condição de terceira de boa-fé da embargante, bem assim quanto à onerosidade efetiva da transação por valores de mercado. Não tendo a parte se desincumbido do ônus de demonstrar tais requisitos, inviável o acolhimento da pretensão deduzida nesta ação incidental, devendo ser mantida a sentença que indeferiu o pedido.

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação e, no mérito, nego-lhe provimento.

É como voto.

“HABEAS CORPUS” CRIMINAL 5029882-28.2022.4.03.0000

Paciente: HUDSON XAVIER DOS SANTOS
Impetrante: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
Impetrada: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE JALES/SP - 1ª VARA FEDERAL
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 30/01/2023

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. TRÂNSITO EM JULGADO PARA AMBAS AS PARTES. ORDEM DENEGADA.

1. O art. 112, I, do Código Penal dispõe que, no caso do art. 110, ou seja, depois de transitada em julgado a sentença condenatória, a prescrição regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no art. 109, começando a correr “do dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação, ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional”.
2. Na literalidade da lei penal, a prescrição da pretensão executória inicia-se com o trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação. No entanto, essa literalidade não se coaduna com o sistema, a partir do julgamento do Habeas Corpus nº 84.078/MG pelo Supremo Tribunal Federal (Pleno, 05.02.2009, Rel. Min. Eros Grau), no qual assentou, por maioria de votos, que o art. 5º, LVII, da Constituição Federal, ao estabelecer que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, impediria a chamada execução antecipada da pena, que se dava com o início do seu cumprimento após o julgamento em segundo grau de jurisdição, conforme permitia o art. 637 do Código de Processo Penal.
3. A considerar-se o contrário, isto é, a validar-se a interpretação literal do inciso I do art. 112 do Código Penal, abrir-se-iam as portas para a impunidade do sistema penal brasileiro, tão repudiada pela sociedade. Isso porque, consideradas as penas finais relativamente baixas, especialmente nos crimes sem violência, e o sistema permissivo dos recursos e ações de impugnação, ocorre o que se vê em muitos casos, ou seja, medidas protelatórias visando à consumação do tempo prescricional e, conseqüentemente, à extinção da punibilidade.
4. A questão foi resolvida pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal no julgamento do AI 794.971 AgR/RJ, em 19.4.2021 (Publicação 28.6.2021), Rel. Min. Roberto Barroso, Redator do acórdão Min. Marco

Aurélio. A partir desse julgamento, o Superior Tribunal de Justiça ajustou o seu entendimento (AgRg no REsp n. 1.983.259/PR, Terceira Seção, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, j. 26.10.2022, DJe 03.11.2022), embora na Quarta Seção deste Tribunal Regional Federal esse já fosse entendimento adotado (*EIfNu 0006821-57.2015.4.03.6181, Quarta Seção, Rel. Des. Federal Nino Toldo, j. 21.06.2018, e-DJF3 Judicial 1 02.07.2018*)

5. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Décima Primeira Turma, por unanimidade, decidiu DENEGAR A ORDEM de *habeas corpus*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de HUDSON XAVIER DOS SANTOS, contra a decisão da 1ª Vara Federal de Jales (SP) que rejeitou o pedido de reconhecimento da extinção da punibilidade do paciente pela ocorrência da prescrição da pretensão executória.

A impetrante alega (ID 266220838; sem os destaques no original):

O Paciente foi condenado à pena de 02 (dois) anos de reclusão, pela prática do crime descrito no artigo 296, II, do Código Penal, e 06 meses de detenção pela prática do crime descrito no artigo 29 da Lei 9.605/98.

Diante do concurso material, somou-se as penas para o total de condenação em 02 anos e 06 meses de reclusão, substituída por duas penas restritivas de direito (interdição temporária de direitos e prestação de serviço comunitário), além do pagamento de multa.

Posteriormente, foi extinta a punibilidade do apenado em relação ao delito previsto no artigo 29 da Lei 9.605/98 (mov. 1.1, fls. 86/90).

Consoante guia de execução e cópia de peças processuais dos autos do processo de conhecimento, a r. sentença condenatória foi publicada em 31/07/2014.

No dia 01/08/2014 foi aberta vista dos autos ao MPF para tomar ciência da r. sentença. O MPF não apresentou recurso e a r. sentença transitou em julgado para acusação em 08/08/2014.

A defesa apresentou recurso de Apelação e o acórdão confirmatório da r. sentença foi publicado em 12/04/2017. O MPF tomou ciência do acórdão em 22/05/2017.

A defesa, ainda, apresentou Recurso Especial em 11/05/2017, sendo que o MPF apresentou contrarrazões em 24/05/2017. Referido recurso não foi conhecido e teve sua decisão publicada em 01/02/2018. O feito transitou e julgou para ambas as partes em 27/02/2018.

Iniciada a fase de execução provisória da pena, o apenado foi citado a dar início ao cumprimento da mesma em 18/10/2018 (fl. 77). Ele cumpriu parte da pena, mas, quando a DPU entrou no feito, requereu pelo reconhecimento da prescrição executória

Todavia, a autoridade coatora não acolheu o alegado por esta instituição, utilizando-se da tese de que o marco inicial da prescrição executória é o trânsito em julgado para ambas as partes.

Nesse sentido, mister se faz o reconhecimento da prescrição da pretensão executória, visto entender a defesa do Paciente de que a data inicial a ser considerada para fins do cálculo prescricional é a data do trânsito em julgado para a acusação, nos moldes do que estabelece o Art.112, I do Código Penal, conjugado com o Art. 110, §1º do mesmo codex.

Por isso, pediu a concessão liminar da ordem para que fosse reconhecida a prescrição da pretensão executória da pena imposta ao paciente, tendo em vista que o trânsito em julgado da condenação para o Ministério Público Federal ocorreu em 08.08.2014, findando em 07.01.2018 o prazo para o Estado executar a reprimenda, sobrestando-se a execução até o julgamento de mérito deste *writ*, com a consequente extinção da punibilidade do paciente e arquivamento do feito.

O pedido de liminar foi indeferido (ID 266269384).

A autoridade impetrada prestou informações (ID 266578672).

A Procuradoria Regional da República opinou pela denegação da ordem (ID 267298356).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO (Relator):

O paciente foi condenado às penas de 6 (meses) de detenção e 10 (dez) dias-multa, pela prática do crime tipificado no art. 29 da Lei nº 9605/98, e 2 (dois) anos e 10 (dez) dias-multa pela prática do crime capitulado no art. 296, II, do Código Penal, em regime inicial aberto. Reconhecido o concurso material, o juízo fixou a pena total em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, e 20

(vinte) dias-multa. As penas foram substituídas por duas penas restritivas de direito (sentença ID 266220839, pp. 10/16).

A sentença foi publicada em 31 de julho de 2014 (ID 266220839, pp. 17/18) e só a defesa recorreu.

A Décima Primeira Turma deste Tribunal, em voto de minha relatoria, conheceu parcialmente da apelação e, na parte conhecida, negou-lhe provimento. De ofício, considerando a natureza diversa das penas privativas de liberdade aplicadas, fixou a pena total do paciente em 2 (dois) anos de reclusão e 6 (seis) meses de detenção, e 20 (vinte) dias-multa. O acórdão foi publicado em 04 de abril de 2017 (ID 266220839, pp. 17/18 e 22/30).

O juízo, acolhendo manifestação do Ministério Público Federal, reconheceu a extinção da punibilidade do paciente em relação ao crime do art. 29 da Lei 9605/98, pela ocorrência da prescrição superveniente (ID 266220839, pp. 35/39).

Ainda segundo o juízo, a sentença condenatória transitou para ambas as partes em 27 de fevereiro de 2018 e, por isso, rejeitou a pretensão da Defensoria Pública Federal pelos seguintes fundamentos (ID 266220839, pp. 50/58; sem os destaques no original):

No caso dos autos, vê-se que a condenação fixada foi de 02 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime aberto, o que atrai o prazo de 04 (quatro) anos de prescrição do art. 109, inciso V, do CP.

O trânsito em julgado para ambas as partes ocorreu em 27/02/2018.

A intimação do executado para dar início ao cumprimento da(s) pena(s) ocorreu em 18/10/2018, não tendo transcorrido, portanto, o lapso temporal suficiente para ser reconhecida ocorrência da prescrição da pretensão executória, motivo pelo qual subsiste o interesse estatal na execução da pena.

Nesse sentido, aguarde-se as informações da entidade beneficiária da PSC – a Prefeitura Municipal de Jales/SP -, sobre o reinício do cumprimento da pena pelo sentenciado junto àquele órgão, considerando sua intimação pessoal para tanto em 28/09/2022 (mov. 79.1).

Pois bem. Exceto pelo equívoco cometido pelo juízo quanto ao montante da condenação, que é de dois anos de reclusão, e não 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, tendo em vista o acórdão acima mencionado e o reconhecimento da prescrição da pena de 6 (seis) meses de detenção, não verifico ilegalidade na decisão impugnada.

Considerando a pena privativa de liberdade definitivamente aplicada ao paciente - 2 (dois) anos de reclusão -, o prazo de prescrição a ser considerado é de 4 (quatro) anos, nos termos do inciso V do art. 109, c.c. art. 110, *caput*, do Código Penal.

De fato, o art. 112, I, do Código Penal dispõe que, no caso do art. 110, ou seja, depois de transitada em julgado a sentença condenatória, a prescrição regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no art. 109, começando a correr “do dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação, ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional”.

Na literalidade da lei penal, a prescrição da pretensão executória inicia-se com o trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação. No entanto, essa literalidade não se coaduna com o sistema, a partir do julgamento do *Habeas Corpus* nº 84.078/MG pelo Supremo Tribunal Federal (Pleno, 05.02.2009, Rel. Min. Eros Grau), no qual assentou, por maioria de votos, que o art. 5º, LVII, da Constituição Federal, ao estabelecer que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, impediria a chamada execução antecipada da pena, que se dava com o início do seu cumprimento após o julgamento em segundo grau de jurisdição, conforme permitia o art. 637 do Código de Processo Penal.

Em seu voto, o Ministro Eros Grau, afirmou que:

Afastado o fundamento da prisão preventiva, o encarceramento após o julgamento do recurso de apelação ganhava contornos de execução antecipada da pena.

E fundamentou:

Refletindo a propósito da matéria, estou inteiramente convicto de que o entendimento até agora adotado pelo Supremo deve ser revisto.

O artigo 637 do Código de Processo Penal - decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - estabelece que “[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença”.

A Lei de Execução Penal - Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória (artigo 105), ocorrendo o mesmo com a execução da pena restritiva de direitos (artigo 147). Dispõe ainda, em seu artigo 164, que a certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado valerá como título executivo judicial.

A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu artigo 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Daí a conclusão de que os preceitos veiculados pela Lei nº 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no artigo 637 do CPP.

Segundo essa interpretação, não existe título executivo antes do trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação e para a defesa, na medida em que não há pena a ser cumprida. Por isso, não pode haver início do

prazo prescricional para a pretensão executória antes do trânsito em julgado para ambas as partes.

Em outras palavras, se somente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória pode dar-se início ao cumprimento da pena, a sociedade não pode ser punida pela prescrição da pretensão executória, cujo marco inicial - de acordo com a literalidade da norma acima transcrita - estaria em momento anterior à própria existência do título que daria ensejo à execução da penal.

A partir do momento em que o STF decidiu que recurso para tribunal superior impede o trânsito em julgado, não se pode falar - ao menos do ponto de vista lógico - em trânsito em julgado para a acusação como marco inicial do prazo de prescrição da pretensão executória.

Esse entendimento foi mitigado no período em que o STF autorizou a execução da pena após o julgamento em segundo grau de jurisdição (HC 126.292, ADC 43 e 44, ARE 964.246 RG), cabível também para o caso de regime aberto e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (STF, HC 141.978 AgR/SP, RE 1.161.581 AgR/RS), o qual, todavia, não prevaleceu naquela Corte, conforme julgamentos realizados em 7 de novembro de 2019, voltando-se à posição estabelecida no julgamento do HC nº 84.078.

A considerar-se o contrário, isto é, a validar-se a interpretação literal do inciso I do art. 112 do Código Penal, abrir-se-iam as portas para a impunidade do sistema penal brasileiro, tão repudiada pela sociedade. Isso porque, consideradas as penas finais relativamente baixas, especialmente nos crimes sem violência, e o sistema permissivo dos recursos e ações de impugnação, ocorre o que se vê em muitos casos, ou seja, medidas protelatórias visando à consumação do tempo prescricional e, conseqüentemente, à extinção da punibilidade.

Observe, por fim, que a questão foi resolvida pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal no julgamento do AI 794.971 AgR/RJ, em 19.4.2021 (Publicação 28.6.2021), Rel. Min. Roberto Barroso, Redator do acórdão Min. Marco Aurélio, assim ementado (destaquei):

PRESCRIÇÃO – RECURSO – INADMISSIBILIDADE. Enquanto não proclamada a inadmissão de recurso de natureza excepcional, tem-se o curso da prescrição da pretensão punitiva, e não a da pretensão executória.

PRESCRIÇÃO – PRETENSÃO PUNITIVA. Transcorrido, entre os fatores interruptivos, período previsto no artigo 109 do Código Penal, tem-se prescrição da pretensão punitiva do Estado.

PRESCRIÇÃO – PRETENSÃO EXECUTÓRIA – TERMO INICIAL. *A prescrição da pretensão executória, no que pressupõe quadro a revelar a possibilidade de execução da pena, tem como marco inicial o trânsito em julgado, para ambas as partes, da condenação.*

A partir desse julgamento, o Superior Tribunal de Justiça ajustou o seu entendimento, conforme se verifica na seguinte ementa:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ART. 112, I, DO CP. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. TERMO INICIAL. TRÂNSITO EM JULGADO PARA AMBAS AS PARTES. ENTENDIMENTO SUFRAGADO PELO STF.

1. Necessário o alinhamento dos julgados do Superior Tribunal de Justiça com o posicionamento adotado nas recentes decisões monocráticas proferidas no âmbito do Supremo Tribunal Federal, bem como nos seus órgãos colegiados (Turmas e Plenário).

2. O Tribunal Pleno fixou a orientação de que “[a] prescrição da pretensão executória, no que pressupõe quadro a revelar a possibilidade de execução da pena, tem como marco inicial o trânsito em julgado, para ambas as partes, da condenação”. Logo, “enquanto não proclamada a inadmissão de recurso de natureza excepcional, tem-se o curso da prescrição da pretensão punitiva, e não a da pretensão executória” (AI n. 794.971/RJ-AgR, red. do ac. Min. Marco Aurélio, DJe de 28/6/21) (ARE 1301223 AgR-ED, Relator: DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 28/03/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-081 DIVULG 28-04-2022 PUBLIC 29-04-2022).

3. Conforme orientação da Sexta Turma, não há que se falar em prescrição da pretensão executória, porque, ainda que haja, no STF, reconhecimento de repercussão geral no STF - ARE 848.107/DF (Tema n. 788) -, pendente de julgamento, “[o] Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do AI 794971-AgR/RJ (Rel. para acórdão Ministro MARCO AURÉLIO, DJe 25/06/2021), definiu que o dies *a quo* para a contagem da prescrição da pretensão executória é o trânsito em julgado para ambas as partes. Assim, por já ter havido manifestação do Plenário da Suprema Corte sobre a controvérsia e em razão desse entendimento estar sendo adotado pelos Ministros de ambas as turmas do STF, essa orientação deve passar a ser aplicada nos julgamentos do Superior Tribunal de Justiça, uma vez que não há mais divergência interna naquela Corte sobre o assunto” (AgRg no RHC n. 163.758/SC, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 21/6/2022, DJe de 27/6/2022) (AgRg no REsp n. 2.000.360/PR, Ministro Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, DJe de 15/8/2022).

4. Agravo regimental provido para negar provimento ao recurso especial defensivo.

(AgRg no REsp n. 1.983.259/PR, Terceira Seção, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, j. 26.10.2022, DJe 03.11.2022)

Na Quarta Seção deste Tribunal Regional Federal, esse já era o entendimento, conforme se verifica, a título exemplificativo, na seguinte ementa:

EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE. PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. TERMO INICIAL. TRÂNSITO EM JULGADO PARA AMBAS AS PARTES. PREVALÊNCIA DOS VOTOS VENCEDORES. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NA QUARTA SEÇÃO. EMBARGOS INFRINGENTES NÃO PROVIDOS.

1. A partir do julgamento do *Habeas Corpus* nº 84.078/MG, em sessão plenária realizada no dia 5 de fevereiro de 2009, sob a relatoria do ministro Eros Grau, o STF assentou que o art. 5º, LVII, da Constituição Federal, ao estabelecer que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, impede a chamada “execução antecipada da pena”, que se dava com o início do seu cumprimento após o julgamento em segundo grau de jurisdição, conforme permitia o art. 637 do Código de Processo Penal.

2. Se assim é, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, para a acusação e para a defesa, não há título executivo, ou seja, não há pena a ser cumprida, de modo que, em tese, não pode haver início do prazo prescricional para a pretensão executória.

3. No âmbito desta Quarta Seção, consolidou-se o entendimento de que o termo inicial da prescrição da pretensão executória é a data do trânsito em julgado da decisão para ambas as partes, uma vez que não se pode dar início ao cumprimento da pena, isto é, à execução, antes desse marco. Citem-se, como exemplos, os seguintes julgados: EIFNU nº 0101800-41.1997.4.03.6181/SP, Rel. Des. Federal Paulo Fontes, v.u., julgado em 16.07.2017, publ. DJE 27.03.2017; EIFNU nº 0004092-43.2011.4.03.6102, Rel. Des. Federal José Lunardelli, v.u., julgado em 21.01.2016, DJE 05.02.2016.

4. Prevalência dos votos vencedores, que afastavam o decreto de prescrição e davam provimento ao agravo em execução penal.

5. Embargos infringentes não providos.

(EIfNu 0006821-57.2015.4.03.6181, Quarta Seção, Rel. Des. Federal Nino Toldo, j. 21.06.2018, e-DJF3 Judicial 1 02.07.2018)

Nesse contexto, verifico que, embora o trânsito para a acusação tenha ocorrido em 08.08.2014 (segundo a DPU), para a defesa isso só se deu em 27.02.2018 (segundo o juízo), sendo esse o termo inicial da pretensão executória, quando se tornou viável o cumprimento da pena, diante da nova orientação jurisprudencial do STF, restabelecida com o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nºs 43, 44 e 54, em 07.11.2019.

Logo, como o paciente foi intimado para dar início ao cumprimento da pena em 18.10.2018 e efetivamente a iniciou ainda em 2018, não transcorreu o prazo prescricional de 4 (quatro) anos entre tais marcos prescricionais, sendo, portanto, o caso de denegar a ordem.

A propósito, destaco o seguinte trecho do parecer subscrito pelo Procurador Regional da República José Roberto Pimenta Oliveira (ID 267298356, sem os destaques do original):

[I]nexiste fundamento para conceder a ordem, já que a pretensão executória deve iniciar-se a partir do trânsito em julgado, para ambas as partes.

[...]

À luz da jurisprudência do STF, esse entendimento está consolidado igualmente no Colendo Superior Tribunal de Justiça [...]

Posto isso, *DENEGO A ORDEM* de *habeas corpus*.

É o voto.

Direito Tributário



APELAÇÃO CÍVEL **0030697-53.2006.4.03.6182**

Apelante: IMARES SERVIÇOS ELETRÔNICOS LTDA.
Apelada: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JÚNIOR
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 20/01/2023

EMENTA

JUÍZO DE RETRATAÇÃO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO. ENTREGA DA DCTF. JUÍZO DE RETRATAÇÃO POSITIVO. REMESSA OFICIAL PARCIALMENTE PROVIDA. APELAÇÃO PROVIDA.

1. A questão referente ao termo inicial do prazo prescricional para o exercício da pretensão de cobrança judicial dos créditos tributários declarados pelo contribuinte encontra-se resolvida no âmbito da jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, a partir do julgamento do REsp nº 1.120.295, sob o rito dos julgamentos repetitivos, que fixou a tese de que O prazo prescricional quinquenal para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial do crédito tributário conta-se da data estipulada como vencimento para o pagamento da obrigação tributária declarada (mediante DCTF, GIA, entre outros), nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação, em que, não obstante cumprido o dever instrumental de declaração da exação devida, não restou adimplida a obrigação principal (pagamento antecipado), nem sobreveio quaisquer das causas suspensivas da exigibilidade do crédito ou interruptivas do prazo prescricional - Tema 383/STJ.

2. Com relação à CDA nº 80 6 06 035625-12, o v. acórdão entendeu que "conforme disposto no artigo 174 do CTN, o referido crédito também foi atingido pela prescrição, pois entre a data da constituição do crédito (31/03/2000) e o ajuizamento da ação executiva (12/06/2006) transcorreram mais de cinco anos.". Ocorre, entretanto, que a data de entrega da declaração, que corresponde à data da efetiva constituição do crédito, deu-se em 20/10/2004. Considerando que a execução fiscal foi ajuizada em 2006, e que a excipiente foi citada em 25/08/2006, resta evidente que não transcorrido o lapso prescricional.

3. A r. sentença, portanto, merece parcial reparo, mantendo-se hígida a majoração da condenação da União ao pagamento de honorários advocatícios, no quantum fixado no v. acórdão tendo em vista que a CDA nº 80 6 05 076909-04, que a própria União admitiu que foi

indevidamente executada, cobrava a importância de R\$ 202.287,74 (MAR/2006), enquanto que a CDA nº 80 6 06 035625-12, cuja prescrição foi afastada, possuía a importância de R\$ 15.263,96, originariamente.

4. Juízo de retratação positivo, para dar parcial provimento à remessa oficial, tida por ocorrida, afastando-se a prescrição dos créditos inscritos na CDA nº 80 6 06 035625-12 e dar provimento à apelação, para majoração da verba honorária.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, em juízo de retratação positivo, deu parcial provimento à remessa oficial, tida por ocorrida, para afastar a prescrição dos créditos inscritos na CDA nº 80 6 06 035625-12 e deu provimento à apelação, para majoração da verba honorária, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

Trata-se de processo regresso da Vice-Presidência para a verificação da pertinência de se proceder a um juízo positivo de retratação, tendo em vista que o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.120.295/SP, precedente submetido ao rito dos recursos repetitivos (Tema 383), fixou as diretrizes para a análise da questão.

Dos autos extrai-se tratar de apelação por IMARES SERVICOS ELETRONICOS LTDA, em face da r. sentença que acolheu "a Exceção de Pré-Executividade, nos termos da fundamentação supra, para julgar extinto o processo com resolução de mérito, nos termos do artigo 269, IV do Código de Processo Civil. Condenando a Exequente ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em R\$500,00.

Em julgamento proferido por esta Turma Julgadora, por unanimidade, foi negado provimento à remessa oficial, tida por ocorrida, e dado provimento à apelação, conforme ementa:

EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRE-EXECUTIVIDADE. ACOLHIMENTO. PRESCRIÇÃO. CONDENAÇÃO DA FAZANDA AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. QUANTUM. MAJORAÇÃO. REMESSA OFICIAL IMPROVIDA. APELAÇÃO PROVIDA.

1. a r. sentença foi publicada em 14/3/2016, estando, pois, sujeita à remessa oficial nos termos do artigo 475 do Código de Processo Civil/73, uma vez que o Plenário do STJ decidiu que "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem

ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça” (Enunciado Administrativo n. 2). À luz do disposto no art. 515, §§ 1º e 2º, do CPC/1973, o efeito devolutivo da apelação (princípio do *tantum devolutum, quantum appellatum*) compreende todas as questões relacionadas com os fundamentos do pedido e da defesa, não se restringindo às matérias efetivamente examinadas pela sentença e o reexame necessário, previsto no art. 475 do CPC/1973, constitui uma prerrogativa processual conferida às pessoas jurídicas de direito público, a fim de proteger o interesse de toda a coletividade, notadamente o Erário, sendo considerado pela doutrina e jurisprudência dominante como condição para a eficácia plena das sentenças proferidas em desfavor da Fazenda Pública.

2. Discutiu-se no caso vertido a ocorrência, ou não, da decadência/prescrição dos créditos tributários em execução, sendo que “a excepta União Federal sustentou que a inscrição dos débitos em dívida ativa observou o prazo decadencial decenal, previsto no artigo 45 da Lei 8.212/91. Aduziu a inoccorrência de prescrição”.

3. Como esclarecido na r. sentença a questão relativa ao “prazo decadencial decenal previsto no artigo 45 da Lei 8.212/91” foi resolvida no C. Supremo Tribunal Federal, que declarou inconstitucional tal dispositivo, e a contagem do lapso prescricional de dá com “a entrega de declaração pelo contribuinte reconhecendo débito fiscal constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do fisco, nos termos da Súmula nº 436/STJ, de Justiça “ de modo que, outra solução não se encontra ao caso, se não o reconhecimento da prescrição, como verificado na r. sentença, *in verbis*: “observa-se que a inscrição 80.6.05.076909-04 (fls. 04) foi lavrada após mais de cinco anos da inscrição de sua antecessora (CDA 80.2.99.094195-41). Outrossim, da data da constituição definitiva do crédito tributário até a propositura da ação conta-se prazo superior a cinco anos, sendo, de rigor, o reconhecimento da ocorrência de prescrição em relação ao débito no 80.6.05.076909-04. Em relação à CDA 80.6.06.035625-12, conforme disposto no artigo 174 do CTN, o referido crédito também foi atingido pela prescrição, pois entre a data da constituição do crédito (31/03/2000) e o ajuizamento da ação executiva (12/06/2006) transcorreram mais de cinco anos.”.

4. A parte executada teve que contratar advogado para se defender judicialmente de ação que ao cabo se mostrou indevida, tendo o Juízo reconhecido a ocorrência da prescrição do crédito tributário executado.

5. É o princípio da causalidade que rege a condenação ao pagamento de honorários, e no caso, a União restou vencido em sua pretensão executiva, de modo que correta sua condenação ao pagamento de honorários.

6. Com relação ao quantum fixado, a r. sentença merece parcial reparo, pois, o devido balizamento dos parâmetros previstos no §4º do citado artigo, mostram que a verba honorária merece ser majorada, tendo em vista a natureza e os valores envolvidos na demanda (CDA R\$ 217.551,70 MAR/2006), o trabalho realizado pelo advogado e o tempo da demanda, e o fato de que a verba honorária não deve se possuir valor tanto irrisório como excessivo e desproporcional, de modo que, arbitro a verba honorária em R\$ 20.000,00.

7. Remessa oficial não conhecida e a apelação provida.

Posteriormente, a União interpôs recurso especial, no qual “o pedido da excipiente voltava-se ao reconhecimento da prescrição dos créditos representados pelas CDAs ns. 80 6 05 076909-04 e 80 6 06 035625-12. Quanto à primeira, a União reconheceu administrativamente a prescrição do crédito, estando a inscrição extinta. Entretanto, quanto à segunda, de rigor o reconhecimento da inoccorrência da prescrição.”.

É o Relatório.

VOTO

A questão referente ao termo inicial do prazo prescricional para o exercício da pretensão de cobrança judicial dos créditos tributários declarados pelo contribuinte encontra-se resolvida no âmbito da jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, a partir do julgamento do REsp nº 1.120.295, sob o rito dos julgamentos repetitivos, que fixou a tese de que O prazo prescricional quinquenal para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial do crédito tributário conta-se da data estipulada como vencimento para o pagamento da obrigação tributária declarada (mediante DCTF, GIA, entre outros), nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação, em que, não obstante cumprido o dever instrumental de declaração da exação devida, não restou adimplida a obrigação principal (pagamento antecipado), nem sobreveio quaisquer das causas suspensivas da exigibilidade do crédito ou interruptivas do prazo prescricional - Tema 383/STJ.

No caso dos autos, com relação à CDA nº 80 6 06 035625-12, o v. acórdão entendeu que “conforme disposto no artigo 174 do CTN, o referido crédito também foi atingido pela prescrição, pois entre a data da constituição do crédito (31/03/2000) e o ajuizamento da ação executiva (12/06/2006) transcorreram mais de cinco anos.”. Ocorre, entretanto, que a data de entrega da declaração, que corresponde à data da efetiva constituição do crédito, deu-se em 20/10/2004. Considerando que a execução fiscal foi ajuizada em 2006, e que a excipiente foi citada em 25/08/2006, resta evidente que não transcorrido o lapso prescricional.

A r. sentença, portanto, merece parcial reparo, mantendo-se hígida a majoração da condenação da União ao pagamento de honorários advocatícios, no quantum fixado no v. acórdão tendo em vista que a CDA nº 80 6 05 076909-04, que a própria União admitiu que foi indevidamente executada, cobrava a importância de R\$ 202.287,74 (MAR/2006), enquanto que a CDA nº 80 6 06 035625-12, cuja prescrição foi afastada, possuía a importância de R\$ 15.263,96, originariamente.

Ante o exposto, em juízo de retratação positivo, dou parcial provimento à remessa oficial, tida por ocorrida, para afastar a prescrição dos créditos inscritos na CDA nº 80 6 06 035625-12 e dou provimento à apelação, para majoração da verba honorária.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL **5004286-46.2020.4.03.6100**

Apelante: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Apelado: JOSÉ CARLOS ALOISIO
Relator Originário: DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA
Relator para o Acórdão: DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA RIBEIRO
Disponibilização do Acórdão: DJEN 11/11/2022

EMENTA

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. PESSOA FÍSICA. ISENÇÃO. PORTADOR DE MOLÉSTIA GRAVE. LEI 7.713/1988, ART. 6º, INC. XIV. PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR.

O artigo 6º da Lei nº 7.713/88, inc. XIV, estabelece que estão isentos os proventos de aposentadoria do portador de neoplasia maligna. Por sua vez, o § 6º, do art. 39, do Decreto nº 3.009/99, explicitou que a isenção abrange os valores relativos à previdência complementar.

Devendo a interpretação da norma ser literal, conforme preceitua o art. 111 do CTN, a natureza pública da verba da inatividade não é requisito legal para a dispensa do pagamento do tributo, não estabelecendo a Lei 7.713 qualquer distinção entre a aposentadoria pública e a privada. Tanto assim que o § 6º, do art. 39, do Decreto nº 3.009/99, incluiu dentre as hipóteses de isenção os valores recebidos a título de complementação de aposentadoria, o que reforça o entendimento de que faz jus ao benefício fiscal aquele que recebe a aposentadoria privada. De outro lado, não há exigência legal no sentido de que, para que haja isenção da aposentadoria privada, devesse o titular cumulativamente ser também aposentado pelo RGPS; assim, o benefício fiscal pode ser reconhecido a qualquer aposentadoria, isoladamente, pública ou privada.

Há isenção mesmo que realizado pelo portador da doença grave o resgate, incluindo-se na norma isentiva tanto os valores recebidos nos planos de previdência privada de forma parcelada como os recebidos em parcela única.

Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e deste Tribunal Regional.
Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, prosseguindo no julgamento, realizado nos moldes do artigo 942, do CPC,

proferiu voto-vista o Desembargador Federal Paulo Domingues, acompanhando a divergência. Assim, a Sexta Turma, por maioria, negou provimento à apelação, nos termos do voto do Desembargador Federal Souza Ribeiro, acompanhado pelos votos dos Desembargadores Federais Nery Junior e Paulo Domingues, vencidos, o Relator e o Desembargador Federal Johonsom di Salvo, que lhe davam provimento. Lavrará o acórdão o Desembargador Federal Souza Ribeiro, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

O Desembargador Federal MAIRAN MAIA (Relator)

Cuida-se de ação de procedimento comum, com pedido de tutela de urgência, proposta por José Carlos Aloísio em face da União Federal visando à declaração de inexistência do imposto de renda retido na fonte incidente sobre valores recebidos a título de aposentadoria complementar (previdência privada e PGBL), por ser portador de doença grave prevista no artigo 6º, XIV, da Lei 7.713/88. Requer a restituição dos valores indevidamente recolhidos a esse título, desde o ano de 2017.

Afirma o autor ser aposentado e ter sido diagnosticado, em 2017, com neoplasia maligna.

Como prova constitutiva do direito alegado, juntou cópia de relatório imunohistoquímico e laudo pericial a comprovar a patologia alegada, cópia de informe de rendimentos pagos e de retenção na fonte dos anos-calendário de 2017, 2018 e 2019, bem como recibos de entrega da declaração de ajuste anual dos exercícios questionados.

Atribuiu-se à causa o valor de R\$ 188.484,76 (cento e oitenta e oito mil, quatrocentos e oitenta e quatro reais e setenta e seis centavos)

Determinou-se ao autor que comprovasse sua condição de aposentado, como afirmado na inicial.

Em atendimento à determinação judicial, esclareceu o autor receber apenas valores a título de aposentadoria complementar, não exercendo nenhum outro trabalho remunerado. Juntou carteira de trabalho com data de admissão em 1997 e de demissão em 2007. O autor manifestou-se nos seguintes termos:

"Como se depreende da anexa Carteira de Trabalho do Autor (doc. 01), vê-se justamente que seu último emprego foi o de Diretor junto ao banco BRADESCO. Foi ali, aliás, em que arcou com os ônus de constituir a previdência complementar que atualmente percebe como seus únicos e exclusivos rendimentos.

Decerto que tendo deixado de trabalhar no BRADESCO como se demonstrou, o Autor ainda não se aposentou perante o INSS. Mas isso – *ex vi legis* – não

pode impedir que se considere aposentado. Sim, porque o regime de previdência complementar tem a mesma natureza jurídica do sistema oficial, como preconiza o art. 2º da Lei Complementar 109/01.

Eis comprovada, pois, a condição de aposentado do Autor.

Mas isso não é tudo: ainda que o Autor tivesse - e não tem - outras fontes de rendimentos, é certo que não se poderia jamais impedir o gozo pleno e imediato da isenção do IR sobre os valores de previdência privada e PGBL nos termos do art. 6º, XIV, da Lei nº 7.713/88.

De fato, os únicos dois requisitos ao gozo da isenção são: (1) a natureza previdenciária da verba; e (2) portar seu beneficiário a neoplasia maligna que, como se viu, é o caso do Autor (arts. 33, XXXIII, § 6º do RIR/99 e 35, II, "b" do RIR 19)."

A tutela de urgência foi deferida para determinar que deixasse de ser retida qualquer importância a título de imposto de renda sobre os valores recebidos a título de aposentadoria complementar (previdência privada e PGBL).

Citada, a ré contestou o feito. Afirma a impossibilidade de aplicação de interpretação ampliativa ou de analogia da lei aplicável. Alega não preencher o autor os requisitos previstos na Lei nº 7.713/88.

Contra a defesa apresentada, manifestou-se o autor.

Intimadas, as partes manifestaram desinteresse na produção de outras provas.

A sentença julgou procedente o pedido o pedido para declarar o direito do autor à isenção do imposto de renda sobre os resgates dos aportes relacionados à previdência complementar, bem como para reconhecer o direito à restituição dos valores descontados a título de imposto de renda sobre os proventos de aposentadoria, a partir do ano de 2017, corrigidos monetariamente pela taxa SELIC, desde as retenções indevidas, observada a prescrição quinquenal. Honorários advocatícios, a cargo da ré, fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do artigo 85, § 4º, inciso III, do CPC. Sentença não sujeita ao duplo grau de jurisdição, nos termos do art. 496, § 3º, inciso I, do CPC.

Em apelação, a União Federal pugnou pela reforma da sentença.

Aduziu estar dispensado de contestar e recorrer nas hipóteses de isenção sobre resgate de previdência vertidas a plano de aposentadoria privada complementar.

Quanto aos planos PGBL, aduziu que "não remanescem dúvidas de que configuram, de fato, previdência privada complementar, cujo objetivo consiste em complementar os benefícios oferecidos pelo regime geral de previdência social."

Alegou que o autor não se insere na hipótese isentiva, por não ser aposentado, o que fora reconhecido pela própria sentença, ao se referir à complementação de aposentadoria, uma vez ter consignado que a isenção do imposto de renda também abrange os valores recebidos a título de complemento

de aposentadoria privada, conforme previsto no art. 39, § 6º, do Decreto nº 3.000/99.

Sustentou que “[...] ao se falar em aposentadoria complementar está se falando em aposentadoria que complementa uma aposentadoria anterior, portanto necessário o requisito exigido pela lei isto ser, o autor, aposentado.”

Com contrarrazões, os autos foram remetidos a este Tribunal.

Vieram os autos a este relator, por redistribuição ocorrida em 07/03/2022, nos termos do Ato PRES 3843, de 04/03/2022.

É o relatório.

VOTO

O Desembargador Federal MAIRAN MAIA (Relator)

Estabelece o artigo 6º, XIV, da Lei 7.713/88, com a redação atribuída pelo art. 1º da Lei 11.052/2004:

“Art. 6º. Ficam isentos do imposto de renda os seguintes rendimentos percebidos por pessoas físicas:

(....)

XIV - Os proventos de aposentadoria ou reforma motivada por acidente em serviço e os percebidos pelos portadores de moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, hepatopatia grave, estados avançados da doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, síndrome da imunodeficiência adquirida, com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída depois da aposentadoria ou reforma.”

O Decreto 3.000/1999, norma regulamentar então vigente, esclareceu que a isenção também se aplicaria à complementação de aposentadoria, reforma ou pensão (artigo 39, § 6º), mantida pelo atual Regulamento (Decreto 9.580/2018, art. 35, § 4º, III).

Conforme se infere, a isenção do imposto de renda em razão de doença grave abrange tanto os proventos de inatividade, sejam pagos pelo INSS, quanto os complementares, inserindo-se a de neoplasia maligna nas hipóteses isentivas.

Ao portador de doença grave classificada pela Lei 7.713/88 como causa de isenção do imposto de renda é assegurado o benefício fiscal, mesmo que a doença tenha sido contraída depois da aposentadoria ou reforma.

O objetivo da norma isentiva do imposto de renda sobre os proventos de inatividade é preservar os proventos sujeitos a dispendiosos gastos para o

controle e tratamento da enfermidade que aflige seu portador, assegurando-lhe uma existência digna.

No caso em apreço, o autor é acometido de neoplasia maligna, diagnosticada desde fevereiro de 2017, condição essa incontroversa nos autos a ensejar a isenção sobre proventos de aposentadoria e de complementação de aposentadoria.

Contudo, não se verifica a segunda condição prevista na norma isentiva: ser o autor aposentado, para os efeitos da isenção prevista no art. 6º, XIV, da Lei 7.713/88.

Observo ter sido determinado ao autor que comprovasse a condição de aposentado conforme alegado na inicial.

Esclareceu o autor receber apenas valores a título de aposentadoria complementar, não exercendo nenhum outro trabalho remunerado. Juntou carteira de trabalho na qual consta sua admissão pela instituição financeira em 1997 e demissão em 2007, manifestando-se, como já relatado, nos seguintes termos:

“...Vê-se, pois, que o Autor não recebe NADA além do valor de “PREVIDÊNCIA PRIVADA” objeto deste feito. Por outro lado, como se depreende da anexa Carteira de Trabalho do Autor (doc. 01), vê-se justamente que seu último emprego foi o de Diretor junto ao banco BRADESCO. Foi ali, aliás, em que arcou com os ônus de constituir a previdência complementar que atualmente percebe como seus únicos e exclusivos rendimentos.

Decerto que tendo deixado de trabalhar no BRADESCO como se demonstrou, o Autor ainda não se aposentou perante o INSS. Mas isso – ex vi legis – não pode impedir que se considere aposentado. Sim, porque o regime de previdência complementar tem a mesma natureza jurídica do sistema oficial, como preconiza o art. 2º 1 da Lei Complementar 109/01....” negritei
Eis comprovada, pois, a condição de aposentado do Autor.

Mas isso não é tudo: ainda que o Autor tivesse - e não tem - outras fontes de rendimentos, é certo que não se poderia jamais impedir o gozo pleno e imediato da isenção do IR sobre os valores de previdência privada e PGBL nos termos do art. 6º, XIV, da Lei nº 7.713/88.

De fato, os únicos dois requisitos ao gozo da isenção são: (1) a natureza previdenciária da verba; e (2) portar seu beneficiário a neoplasia maligna que, como se viu, é o caso do Autor (arts. 33, XXXIII, § 6º do RIR/99 e 35, II, “b” do RIR 19) e dos autos já consta a demonstração de que a integralidade dos rendimentos percebidos pelo Autor o são a título de previdência privada e [...] que dos autos já consta a demonstração de que a integralidade dos rendimentos percebidos pelo Autor o são a título de previdência privada e, portanto, trata-se de aposentado.

Da dicção da Lei 7.713/1988, verifica-se que são dois os requisitos exigidos para que o autor faça jus ao benefício fiscal: que receba de proventos de

aposentadoria, vale dizer, esteja formalmente aposentado e seja portador de doença grave ali prevista.

A extensão da aplicação do art. 6º, XIV, da Lei 7.713/1988 também para os recolhimentos ou resgates envolvendo entidades de previdência privada ocorreu com o advento do art. 39, §6º, do Decreto n. 3.000/99, que assim consignou: “§ 6º As isenções de que tratam os incisos XXXI e XXXIII também se aplicam à complementação de aposentadoria, reforma ou pensão.

Não se discute nesta sede recursal, estar o autor acometido de doença prevista na lei isentiva, condição essa comprovada nos autos, porquanto a apelação apenas impugnou a aplicação da isenção prevista no art. 6º, XIV, da Lei 7.713/1988 a recebimento de benefício cujo resgate exigiria a prova de o autor ser aposentado pelo RGPS, o que não se demonstrou, pelo que devida a tributação.

Nesse contexto, assiste razão à apelante, porquanto “ao se falar em aposentadoria complementar está se falando em aposentadoria que complementa uma aposentadoria anterior, portanto necessário o requisito exigido pela lei isto ser, o autor, aposentado.”

Instar assinalar que o mero resgate de contribuições vertidas a plano de aposentadoria privada complementar, de uma vez ou diferida no tempo, não confere, por si só, ao beneficiário do rendimento a condição de aposentado para efeitos legais.

A respeito do tema, confira-se:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. AGRAVO INTERNO QUE NÃO IMPUGNA TODOS OS FUNDAMENTOS DO *DECISUM*. CONCORDÂNCIA EXPRESSA DA PARTE RECORRENTE COM O CAPÍTULO AUTÔNOMO NÃO IMPUGNADO. POSSIBILIDADE DE EXAME DO MÉRITO DA IRRESIGNAÇÃO. NÃO APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 182/STJ. IMPOSTO DE RENDA PESSOA FÍSICA. ISENÇÃO. ART. 6º, XIV, DA LEI N. 7.713/88. PORTADOR DE MOLÉSTIA GRAVE. PREVIDÊNCIA PRIVADA. RESGATE DE CONTRIBUIÇÕES. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESCABIMENTO.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. *In casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015 para o presente Agravo Interno, embora o Recurso Especial estivesse sujeito ao Código de Processo Civil de 1973.

II - Afasta-se a incidência da Súmula n. 182/STJ quando, embora o Agravo Interno não impugne todos os fundamentos da decisão recorrida, a parte recorrente manifesta, expressamente, a concordância com a solução alcançada pelo julgador, desde que o capítulo em relação ao qual a desistência foi manifestada seja independente e não interfira na análise do mérito da irresignação.

III - O acórdão recorrido está em sintonia com o entendimento desta Corte segundo o qual a isenção do imposto de renda para portador da moléstia grave, prevista no art. 6º, XIV, da Lei n. 7.713/88, se estende ao resgate de contribuições para complementação de aposentadoria feitas a fundo de previdência privada.

IV - Não apresentação de argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

V - Em regra, descabe a imposição da multa, prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015, em razão do mero improvimento do Agravo Interno em votação unânime, sendo necessária a configuração da manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso a autorizar sua aplicação, o que não ocorreu no caso.

VI - Agravo Interno improvido.

(STJ, Primeira Turma, AgInt no REsp 1481695 / SC, Relatora Ministra REGINA HELENA COSTA, julgado em 23/08/2018, DJe 31/08/2018).

Na mesma linha, os precedentes jurisprudenciais deste Tribunal:

"DIREITO TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO EM AÇÃO ORDINÁRIA. IMPOSTO DE RENDA PESSOA FÍSICA. ISENÇÃO. ART. 6º, XIV, DA LEI Nº 7.713/88. MOLÉSTIA GRAVE COMPROVADA. RESGATES DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR PRIVADA. POSSIBILIDADE. MODALIDADE DO PLANO DE BENEFÍCIO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. IRRELEVANTE. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO.

1 - O inciso XIV, do artigo 6º da Lei nº 7.713/88 impõe a presença de dois requisitos cumulativos para a isenção do imposto de renda, a saber: que os rendimentos sejam relativos a aposentadoria, pensão ou reforma, e que a pessoa física seja portadora de uma das doenças referidas. Enquadrando-se nas condições legais, o rendimento é isento do tributo.

2 - A jurisprudência já pacificou o entendimento de que a isenção do imposto de renda também abrange os valores recebidos a título de complemento de aposentadoria privada, nos termos do art. 39, § 6º, do Decreto nº 3.000/99 e o atual art. 35, § 4º, inciso III, do Decreto nº 9.580/18, que regulamenta a tributação, a fiscalização, a arrecadação e a administração do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza.

3 - Por certo, a isenção prevista na lei é para proventos de aposentadoria, não havendo distinção se a aposentadoria é pública ou complementar ou se o saque é único ou diferido. Nesse sentido, o beneficiário portador de moléstia prevista no inciso XIV do art. 6º, da Lei 7.713/88 tem direito à isenção do imposto de renda no saque do valor depositado, seja em VGBL/PGBL.

4 - O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que o resgate de valores de planos de previdência complementar são alcançados pela isenção almejada pelo autor, sem ressalvas acerca de eventual distinção entre PGBL e VGBL (conf. REsp 1583638/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/08/2021, DJe 10/08/2021) (g.n.)

5 - Com efeito, na essência, tanto o PGBL quanto o VGBL são planos de acumulação de recursos que proporcionam aos investidores uma renda mensal, ou mesmo um pagamento único, não havendo razões para diferenciar um plano do outro para fins do reconhecimento da isenção de imposto de renda.

6 - Considerando a manutenção da decisão recorrida, o trabalho adicional realizado com a apresentação de contrarrazões ao recurso de apelação e os critérios previstos nos §§ 2º a 6º do art. 85, do Código de Processo Civil de 2015, os honorários advocatícios devem ser acrescidos em 2% (dois por cento) sobre o valor atribuído à causa.

7 - Recurso de apelação desprovido.”

(TRF – 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv 5006873-66.2019.4.03.6103, Relator Desembargador Federal Antônio Carlos Cedenho, julgado em 17/12/2021, publicado em 27/12/2021).

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. PESSOA FÍSICA. ISENÇÃO. MOLÉSTIA GRAVE. LEI 7.713/1988, ARTIGO 6º, XIV. VGBL. NATUREZA JURÍDICA. ISENÇÃO APLICÁVEL. VERBA HONORÁRIA. ARTIGO 85, §§ 3º E 5º, CPC. ADEQUAÇÃO.

1. Não se discute o fato de que a autora é portadora de neoplasia maligna - CID C50.9, ante a constatação por laudo médico oficial lavrado na UBS São José, em Paulínia, vez que a apelação apenas impugnou a aplicação da isenção do artigo 6º, XIV, da Lei 7.713/1988 ao resgate de valores vinculados a plano VGBL, por se tratar de benefício apenas securitário e não previdenciário, aduzindo que, se fosse previdenciário por hipótese, o resgate dos valores exigiria a prova de que a autora é aposentada pelo RGPS, o que não se demonstrou, pelo que devida a tributação.

2. Sucede que ambas as proposições são infundadas. No plano probatório, a autora demonstrou que é aposentada pelo RGPS desde 11/03/1998. No plano da discussão sobre a natureza jurídica do VGBL para efeito de isenção fiscal, é firme a jurisprudência da Corte Superior em reconhecer que o plano - Vida Gerador de Benefícios Livres ostenta natureza de plano de previdenciária complementar sujeito, pois, ao regime fiscal específico, sendo este, por igual, o entendimento firmado em precedentes da Turma.

3. Logo, é devida a isenção do artigo 6º, XVI, da Lei 7.713/1988 ao resgate de valores do plano VGBL, dado que a natureza securitária invocada não elide a sua caracterização, na forma da jurisprudência, como previdenciária complementar, a impedir, portanto, que se cogite de interpretação extensiva do benefício fiscal, em violação ao artigo 111, CTN.

4. Quanto à verba honorária, não pode prevalecer o percentual fixo adotado (10%) sobre o valor da condenação, em primeiro lugar porque não houve condenação, mas apenas declaração de inexigibilidade fiscal por isenção, aplicando-se, portanto, o critério do proveito econômico aferido; e, em segundo lugar, por se tratar de valor a ser apurado em liquidação, o percentual a ser aplicado não pode considerar apenas a faixa inicial do inciso I do § 3º do artigo 85, CPC, mas ser ajustado ao que for possível alcançar como resultado prático do cálculo a ser oportunamente elaborado, adotando-se o arbitramento a partir do critério do percentual mínimo previsto em cada faixa aplicável, nos termos dos incisos do § 3º e do § 5º, ambos do artigo 85, CPC.

5. Apelação parcialmente provida.”

(TRF – 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv 5012178-88.2020.4.03.6105, Relator Desembargador Federal Luís Carlos Hiroki Muta, julgado em 12/11/2021, publicado em 19/11/2021).

“TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. PROVENTOS DE APOSENTADORIA. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA PRIVADA. ALIENAÇÃO MENTAL SEGUIDA DE NEOPLASIA INTERCEREBRAL COMPROVADA. LEI. 7.713/88 E DECRETO Nº 3.000/99. IMPOSTO DE RENDA. NÃO INCIDÊNCIA. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL DESPROVIDAS.

1. O inciso XIV do artigo 6º da Lei nº 7.713/88 impõe a presença de dois requisitos cumulativos para a isenção do imposto de renda, a saber: que os rendimentos sejam relativos a aposentadoria, pensão ou reforma, e que a pessoa física seja portadora de uma das doenças referidas. Enquadrando-se nas condições legais, o rendimento é isento do tributo.

2. A isenção do imposto de renda também abrange os valores recebidos a título de complemento de aposentadoria privada, conforme o disposto no art. 39, § 6º, do Decreto nº 3.000/99. Precedentes STJ.

3. *In casu*, restou demonstrado que o autor é aposentado desde janeiro de 2007. Conforme demonstra o laudo médico de ID 83340038 - Fl. 42, datado de 13/02/2009, e declaração de fl. 43, o autor é portador de lesão neoplásica cerebral. Ademais, é interditado judicialmente em razão da moléstia mental sofrida, o que corrobora para a comprovação de sua incapacidade. 4. O fato de não haver pagamento mensal não altera a natureza da verba: trata-se de verba previdenciária. Precedentes.

5. A isenção do imposto de renda em razão de moléstia grave abrange os proventos de inatividade, sejam aqueles pagos pelo INSS, sejam os complementares, não fazendo a lei qualquer distinção. Assim, demonstrada a hipótese de isenção tributária prevista em lei ao caso concreto, não há o que se falar em violação ao artigo 111 do Código Tributário Nacional. 6. Apelação e remessa oficial desprovidas.”

(TRF3, apelação 00059116620124036106, Relatora Desembargador Federal MARLI MARQUES FERREIRA, 4ª Turma, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 06/03/2020).

Não demonstrado ser o autor formalmente aposentado a ação deve ser julgada improcedente, invertendo-se os ônus de sucumbência, com a subsequente condenação ao pagamento de honorários advocatícios, os quais fixo em 10% sobre o valor da causa, nos termos do art. 85, § 2º, do CPC.

Ante o exposto, voto por dar provimento à apelação para julgar improcedente o pedido.

VOTO

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA RIBEIRO

Com a devida vênia, divirjo do e. Relator.

Discute-se no presente a exigibilidade do imposto de renda retido na fonte incidente sobre valores recebidos a título de aposentadoria complementar (previdência privada e PGBL) por portador de doença grave, prevista no artigo 6º, XIV, da Lei 7.713/88.

O e. Relator deu provimento à apelação da UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL por entender que para os efeitos da isenção prevista no art. 6º, XIV, da Lei 7.713/88 são necessários dois requisitos, quais sejam, que o requerente seja, formalmente, aposentado e portador de doença grave.

Pois bem. Conforme consta o autor, acometido de neoplasia maligna, diagnosticada desde fevereiro de 2017, recebe apenas valores a título de aposentadoria complementar, não exercendo nenhum outro trabalho remunerado, tendo juntado aos autos a carteira de trabalho na qual consta sua admissão pela instituição financeira em 1997 e demissão em 2007.

O artigo 6º da Lei nº 7.713/88, inc. XIV, estabelece que estão isentos os proventos de aposentadoria do portador de neoplasia maligna:

"Art. 6º Ficam *isentos* do imposto de renda os seguintes rendimentos percebidos por pessoas físicas:

(...)

XIV – *os proventos de aposentadoria* ou reforma motivada por acidente em serviço e os percebidos pelos portadores de moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, *neoplasia maligna*, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, hepatopatia grave, estados avançados da doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, síndrome da imunodeficiência adquirida, com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída depois da aposentadoria ou reforma; (Redação dada pela Lei nº 11.052, de 2004)(...)" *Grifos meus*.

Por sua vez, o § 6º, do art. 39, do Decreto nº 3.009/99, explicitou que a isenção abrange os valores relativos à previdência complementar:

"Art. 39. *Não entrarão no cômputo do rendimento bruto:*

(...)

XXXIII - os proventos de aposentadoria ou reforma, desde que motivadas por acidente em serviço e os percebidos pelos portadores de moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, estados avançados de doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, síndrome de imunodeficiência adquirida, e fibrose cística (mucoviscidose), com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída depois da aposentadoria ou reforma (Lei nº 7.713, de 1988, art. 6º, inciso XIV, Lei nº 8.541, de 1992, art. 47, e Lei nº 9.250, de 1995, art. 30, § 2º);

(...)

§ 6º *As isenções de que tratam os incisos XXXI e XXXIII também se aplicam à complementação de aposentadoria, reforma ou pensão.*" *Grifos meus*

Como se vê, a isenção encontra-se fundamentada no art. 6º, XIV da Lei nº 7.713/1988. A finalidade da norma isentiva é assegurar a diminuição do encargo financeiro do aposentado portador de doença grave, que tem que custear o tratamento da moléstia, sejam os valores pagos decorrentes da aposentadoria pública, sejam decorrentes das complementares.

Devendo a interpretação da norma ser literal, conforme preceitua o art. 111 do CTN, a natureza pública da verba da inatividade não é requisito legal para a dispensa do pagamento do tributo, não estabelecendo a Lei 7.713 qualquer distinção entre a aposentadoria pública e a privada. Tanto assim que o § 6º, do art. 39, do Decreto nº 3.009/99, incluiu dentre as hipóteses de isenção os valores recebidos a título de complementação de aposentadoria, o que reforça o entendimento de que faz jus ao benefício fiscal aquele que recebe a aposentadoria privada. De outro lado, não há exigência legal no sentido de que, para que haja isenção da aposentadoria privada, devesse o titular cumulativamente ser também aposentado pelo RGPS; assim, o benefício fiscal pode ser reconhecido a qualquer aposentadoria, isoladamente, pública ou privada.

Há isenção mesmo que realizado pelo portador da doença grave o resgate, incluindo-se na norma isentiva tanto os valores recebidos nos planos de previdência privada de forma parcelada como os recebidos em parcela única.

Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e deste Tribunal Regional:

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA PESSOA FÍSICA. PORTADOR DE MOLÉSTIA GRAVE. APOSENTADORIA COMPLEMENTAR. RESGATE. ISENÇÃO.

1. Por força do art. 6º, XIV, da Lei n. 7.713/1988 e do art. 39, § 6º, do Decreto n. 3.000/1999, o resgate da complementação de aposentadoria por portador de moléstia grave especificada na lei está isento do imposto de renda. Precedentes da Segunda Turma.

2. Hipótese em que o acórdão recorrido está em sintonia com o entendimento deste Tribunal, ao reconhecer a isenção do imposto de renda ao autor, aposentado e portador de moléstia grave (neoplasia maligna).

3. Agravo interno não provido. (Grifos meus)

(AgInt no REsp n. 1.554.683/PR, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 22/5/2018, DJe de 29/6/2018.)

DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. ISENÇÃO DA LEI Nº 7.713/88. MOLÉSTIA GRAVE. VISÃO MONOCULAR/CEGUEIRA. PROVENTOS DE APOSENTADORIA. PREVIDÊNCIA PRIVADA. RESGATES PGBL/VGBL. IRRELEVÂNCIA. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ NÃO CONFIGURADA. HONORÁRIOS RECURSAIS. MAJORAÇÃO. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

1. O artigo 6º, inciso XIV, da Lei nº 7.713/88 impõe a presença de dois requisitos cumulativos para a isenção do imposto de renda, a saber: que os rendimentos sejam relativos à aposentadoria, pensão ou reforma, e que a pessoa física seja portadora de uma das doenças referidas. Enquadrando-se nas condições legais, o rendimento é isento do tributo.

2. A isenção do imposto de renda também abrange os valores recebidos a título de complemento de aposentadoria privada, conforme o disposto no art. 39, § 6º, do Decreto nº 3.000/99, assim como sobre o resgate de tais contribuições, não fazendo a lei qualquer distinção. Precedentes.

3. O Comprovante de Rendimentos Pagos e de Imposto Sobre a Renda de ID 255599409 – fl. 10 demonstra a natureza da verba recebida pelo autor no ano calendário de 2020, qual seja, resgates de previdência complementar, pagas por entidade fechada de previdência complementar.

4. O autor logrou êxito em provar o acometimento da moléstia grave (cegueira). A exigência de que a comprovação da moléstia deva ocorrer através de laudo pericial emitido por serviço médico oficial, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios vincula apenas a autoridade administrativa, não alcançando o Poder Judiciário que, por força do princípio do livre convencimento motivado, pode se valer de qualquer meio de prova adequado e formar o seu convencimento independentemente da apresentação de laudo emitido por aquelas entidades públicas.

5. A isenção de imposto de renda em razão de moléstia grave tem por objetivo desonerar quem se encontra em desvantagem face ao aumento de despesas com o tratamento da doença. Se justifica também no resgate antecipado, hipótese dos autos, porque o beneficiário, portador da moléstia, necessita dos recursos que foram depositados ao longo do tempo para enfrentar despesas com o tratamento médico.

6. *Para fins de isenção de IR, não há distinção se a previdência é pública, mantida pelo Estado, ou se é privada, e se o benefício é pago mensalmente ou se ocorre o saque antecipado, depositado em VGBL/PGBL, representado pelas contribuições vertidas. Logo, o beneficiário que é portador de moléstia prevista no inciso XIV do art. 6º, da Lei 7.713/88 tem direito à isenção do imposto de renda.*

7. O E. STJ entende que, para caracterizar a litigância de má-fé, capaz de ensejar a imposição da multa prevista no artigo 81 do CPC, é necessária a intenção dolosa do litigante. À espécie, não se vislumbra motivo capaz de justificar a incidência de tal penalidade.

8. Presentes os requisitos previstos, deve a condenação da ré/apelante em honorários fixados anteriormente ser majorada em 1% (um por cento), sobre o valor da condenação, na forma do disposto pelo art. 85, § 11, do CPC.

9. Apelação não provida. (Grifos meus)

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5006399-27.2021.4.03.6103, Rel. Desembargador Federal MARLI MARQUES FERREIRA, julgado em 06/09/2022, DJEN DATA: 13/09/2022)

Assim, a situação em tela é abrigada pela legislação isentiva, pois preenchidos pelo autor os requisitos exigidos pela lei: a) *é contribuinte portador de moléstia grave relacionada nos incisos XIV e XXI do art. 6º da Lei 7.713/1988*, b) *e os rendimentos que percebe decorrem de aposentadoria*, sendo de rigor a manutenção da sentença de procedência do pedido.

Ante o exposto, voto por negar provimento à apelação.

VOTO VISTA

O DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO DOMINGUES:

A questão ora posta cinge-se à exigibilidade do imposto de renda retido na fonte incidente sobre valores recebidos a título de aposentadoria complementar (previdência privada e PGBL) por portador de doença grave, prevista no artigo 6º, XIV, da Lei 7.713/88.

A regra estabelecida no inciso XIV do artigo 6º da Lei nº 7.713/88, prevê a isenção de Imposto de Renda sobre proventos percebidos por portador de neoplasia maligna, dentre outras moléstias, a título de aposentadoria, sem, contudo, fazer qualquer referência à natureza dessa verba, se pública ou privada, não havendo menção à necessária condição de aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social do seu beneficiário.

Também o Decreto nº 3.009/99, ao estender tal benesse aos valores percebidos a título de complementação de aposentadoria, não fez essa exigência.

Entendo, assim, que, como bem fundamentado no voto divergente do E. Desembargador Federal Souza Ribeiro, a natureza pública da verba da inatividade não é requisito legal para a dispensa do pagamento do tributo, não estabelecendo a Lei 7.713 qualquer distinção entre a aposentadoria pública e a privada.

Por esses fundamentos, pedindo vênia ao E. Relator, acompanho a divergência para negar provimento à apelação.

É o voto.

APELAÇÃO CÍVEL

5000876-32.2021.4.03.6136

Apelante: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Apelada: SENOPA - SERVIÇOS DE ANESTESIOLOGIA DO NOROESTE PAULISTA LTDA.
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 08/01/2023

EMENTA

AGRAVO INTERNO. PRESTADOR DE SERVIÇOS HOSPITALARES. RECOLHIMENTO DO IRPJ E DA CSLL NO PERCENTUAL DE 8% E 12%, RESPECTIVAMENTE, NOS MOLDES ESTABELECIDOS NA LEI N.º 9.249/95. RECURSO IMPROVIDO.

Estabelecem os artigos 15 e 20 da Lei nº 9.249/95, respectivamente, que a base de cálculo do IRPJ e da CSLL será determinada mediante a aplicação dos percentuais, respectivamente, de 8% e de 12% sobre as receitas brutas auferidas mensalmente no caso de prestação de serviços hospitalares e de auxílio diagnóstico e terapia, patologia clínica, imagenologia, anatomia patológica e citopatologia, medicina nuclear e análises e patologias clínicas, desde que a prestadora destes serviços seja organizada sob a forma de sociedade empresária e atenda às normas da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA (artigo 15, § 1º, III, a, com a redação dada pela Lei nº 11.727/08).

A Primeira Seção do C. STJ, no julgamento do REsp nº 1.116.399/BA, em sede de recurso representativo da controvérsia (Primeira Seção, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 28.10.2009) entendeu por elastecer o conceito de "serviços hospitalares" previsto no art. 15, §1º, III, "a", da Lei n. 9.249/95, para abranger também serviços *não prestados no interior do estabelecimento hospitalar* e que não impliquem em manutenção de estrutura para internação de pacientes; mas mesmo neste julgado restou assentado que "...devem ser considerados serviços hospitalares "aqueles que se vinculam às atividades desenvolvidas pelos hospitais, voltados diretamente à promoção da saúde", de sorte que, "em regra, *mas não necessariamente*, são prestados no interior do estabelecimento hospitalar, *excluindo-se as simples consultas médicas*, atividade que não se identifica com as prestadas no âmbito hospitalar, mas nos consultórios médicos"...".

De acordo com o estatuto social da autora, mais precisamente sua cláusula terceira, a sociedade explora atividade econômica empresarial. No documento, seu objeto social está vinculado ao ramo

de Clínica de Anestesia. Complementa esta informação o teor da ficha cadastral completa da empresa juntada aos autos com a contestação. Em junho de 2015, a atividade econômica da empresa foi alterada para atividade médica ambulatorial com recursos para realização de exames complementares.

Prova, também, a autora, por meio da apresentação de licenças sanitárias *abarcadas pelo período do suposto débito tributário* (v. petição inicial e documentos juntados posteriormente), que está devidamente autorizada a funcionar pela vigilância sanitária municipal. Segundo a própria regulamentação administrativa tributária, a comprovação do fato é procedida por meio de alvará da vigilância sanitária estadual ou municipal.

Ao contrário do entendimento da União Federal, a documentação juntada aos autos atesta que os serviços prestados pela autora não se caracterizam, tão somente, como meras consultas, implicando, desta forma, observado, no ponto, o posicionamento jurisprudencial acerca da matéria, que deve ser considerada cumprida a exigência estabelecida para fins de aplicação da exceção apontada no normativo tributário. Por certo, que *estão excluídas* as receitas oriundas das consultas.

Ressalva-se o direito de a autoridade administrativa proceder à plena fiscalização acerca da exatidão dos números e documentos comprobatórios, *quantum* a repetir que deverá ser apurado, em liquidação, a partir de 2 de agosto de 2016 e, conformidade do procedimento adotado com a legislação de regência.

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.

RELATÓRIO

O Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Trata-se de ação, pelo procedimento comum proposta por Senopa – Serviços de Anestesiologia do Noroeste Paulista Ltda, em face da União Federal, visando o reconhecimento do direito de recolher a CSLL e do IRPJ sobre as bases de cálculo de 12 e 8%, respectivamente, na medida em que caracterizada como prestadora de serviços hospitalares, bem como a repetição do que recolhera a maior, observada a prescrição quinquenal.

Atribuiu à causa o valor de R\$ 396.996,97.

A sentença julgou procedente o pedido reconhecendo o direito de a autora, na condição de prestadora de serviços médicos, estruturada como sociedade empresária e devidamente autorizada a funcionar pela vigilância sanitária, calcular os tributos questionados nos autos com as alíquotas reduzidas. O valor do indébito, sujeito apenas à Selic desde o pagamento a maior, deverá ser apurado, em liquidação, a partir de 2 de agosto de 2016. A União Federal responderá pelas despesas processuais, e pagará honorários advocatícios arbitrados no patamar mínimo sobre o montante da condenação, respeitadas as faixas de salários mínimos previstas no CPC. Não sujeita a sentença ao reexame necessário. Custas *ex lege*.

Em suas razões de apelação a UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL) requer a reforma em parte da sentença para: excluir consultas médicas do benefício de recolhimento do IRPJ/CSLL com alíquotas reduzidas; inadmitir a repetição dos valores recolhidos no período de 05/07/2019 a 05/05/2021, por ausência de alvará da vigilância sanitária; inadmitir o recolhimento do IRPJ/CSLL com alíquotas reduzidas a partir da sentença, pois ausente o alvará da vigilância sanitária a partir de 06/05/2022; corrigir a sentença a fim de que seja mencionado expressamente que se trata de redução de alíquotas do IRPJ e da CSLL, omitidos no dispositivo. Sem contrarrazões.

A decisão monocrática proferida por este Relator deu parcial provimento à apelação.

Neste agravo interno a União requer a reforma da decisão para excluir expressamente consultas médicas do benefício de recolhimento do IRPJ/CSLL com alíquotas reduzidas; inadmitir a repetição dos valores recolhidos no período de 05/07/2019 a 05/05/2021, por ausência de alvará da vigilância sanitária e o recolhimento do IRPJ/CSLL com alíquotas reduzidas a partir da r. sentença, pois ausente o alvará da vigilância sanitária a partir de 06/05/2022. Recurso respondido.

É o relatório.

VOTO

O Desembargador Federal Johonsom di Salvo, Relator:

Os argumentos dispendidos permitem reiterar a decisão proferida em sede monocrática.

Estabelecem os artigos 15 e 20 da Lei nº 9.249/95, respectivamente, que a base de cálculo do IRPJ e da CSLL será determinada mediante a aplicação dos percentuais, respectivamente, de 8% e de 12% sobre as receitas brutas auferidas mensalmente no caso de prestação de serviços hospitalares e de auxílio diagnóstico e terapia, patologia clínica, imagenologia, anatomia patológica e citopatologia, medicina nuclear e análises e patologias clínicas, desde que a

prestadora destes serviços seja organizada sob a forma de sociedade empresária e atenda às normas da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA (artigo 15, § 1º, III, *a*, com a redação dada pela Lei nº 11.727/08).

A Primeira Seção do C. STJ, no julgamento do REsp nº 1.116.399/BA, em sede de recurso representativo da controvérsia (Primeira Seção, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 28.10.2009) entendeu por elastecer o conceito de "serviços hospitalares" previsto no art. 15, §1º, III, "a", da Lei n. 9.249/95, para abranger também serviços *não prestados no interior do estabelecimento hospitalar* e que não impliquem em manutenção de estrutura para internação de pacientes; mas mesmo neste julgado restou assentado que "...devem ser considerados serviços hospitalares "aqueles que se vinculam às atividades desenvolvidas pelos hospitais, voltados diretamente à promoção da saúde", de sorte que, "em regra, mas não necessariamente, são prestados no interior do estabelecimento hospitalar, excluindo-se as simples consultas médicas, atividade que não se identifica com as prestadas no âmbito hospitalar, mas nos consultórios médicos"...".

No caso, a sentença foi proferida da seguinte forma:

"...

De acordo com o estatuto social da autora, mais precisamente sua cláusula terceira, a sociedade explora atividade econômica empresarial.

No documento, seu objeto social está vinculado ao ramo de Clínica de Anestesia.

Complementa esta informação o teor da ficha cadastral completa da empresa juntada aos autos com a contestação.

Em junho de 2015, a atividade econômica da empresa foi alterada para atividade médica ambulatorial com recursos para realização de exames complementares.

Prova, também, a autora, por meio da apresentação de licenças sanitárias *abarcadas pelo período do suposto débito tributário* (v. petição inicial e documentos juntados posteriormente), que está devidamente autorizada a funcionar pela vigilância sanitária municipal.

Segundo a própria regulamentação administrativa tributária, a comprovação do fato é procedida por meio de alvará da vigilância sanitária estadual ou municipal.

Ao contrário do entendimento da União Federal, a documentação juntada aos autos atesta que os serviços prestados pela autora não se caracterizam, tão somente, como meras consultas, implicando, desta forma, observado, no ponto, o posicionamento jurisprudencial acerca da matéria, que deve ser considerada cumprida a exigência estabelecida para fins de aplicação da exceção apontada no normativo tributário.

Por certo, como visto, que *estão excluídas* as receitas oriundas das consultas.

Da mesma forma, em que pese diversas das notas fiscais apresentadas tenham sido emitidas em favor de nosocômios, isso não significa, necessariamente, que as atividades desenvolvidas pela autora ocorram "*em ambiente de terceiros*".

Ademais, para tanto, segundo a tese firmada no tema repetitivo 217, mencionada acima, isso tampouco seria relevante (v. "Para fins do pagamento dos tributos com as alíquotas reduzidas, a expressão 'serviços hospitalares',

constante do artigo 15, § 1º, inciso III, da Lei 9.249/95, deve ser interpretada de forma objetiva (ou seja, sob a perspectiva da atividade realizada pelo contribuinte), devendo ser considerados serviços hospitalares 'aqueles que se vinculam às atividades desenvolvidas pelos hospitais, voltados diretamente à promoção da saúde', de sorte que, *'em regra, mas não necessariamente, são prestados no interior do estabelecimento hospitalar, excluindo-se as simples consultas médicas, atividade que não se identifica com as prestadas no âmbito hospitalar, mas nos consultórios médicos'* – grifei).

Anoto, no ponto, que

"(...) A regularidade sanitária ou qualquer outro aspecto da legislação tributária não autorizam, tampouco, a exigência de prova de que a sociedade empresária possui estrutura física caracterizada como hospitalar, ainda que atue em ambiente próprio, na medida em que é a natureza da atividade que importa, e não o local da prestação do serviço, ou a existência de estrutura hospitalar ou mesmo a capacidade de internação, desde que seja possível atender a finalidade legal a que vinculada a concessão do benefício fiscal. Não é, pois, a característica do contribuinte em si (critério subjetivo), mas a natureza do serviço prestado (assistência à saúde), enquadrado no conceito de "serviços hospitalares", que define o cumprimento dos requisitos legais para a redução de alíquotas do IRPJ/CSL" – v. TRF/3, acórdão em apelação cível n.º 5012322-14.2019.4.03.6100, Relator Desembargador Federal Luís Carlos Hiroki Muta, DJEN 31.5.2022 - grifei)

Por outro lado, a autora está regularmente constituída como sociedade empresária.

..."

O apelo da União merece provimento apenas para mencionar expressamente no dispositivo da sentença que se trata de redução de alíquotas do IRPJ e da CSLL.

Ressalva-se o direito de a autoridade administrativa proceder à plena fiscalização acerca da exatidão dos números e documentos comprobatórios, *quantum* a repetir que deverá ser apurado, em liquidação, a partir de 2 de agosto de 2016 e, conformidade do procedimento adotado com a legislação de regência.

Por fim, mantenho a condenação da União Federal ao pagamento dos honorários advocatícios arbitrados no patamar mínimo sobre o montante da condenação, respeitadas as faixas de salários mínimos previstas no CPC.

Pelo exposto, NEGOU PROVIMENTO ao agravo interno.

É como voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO 5000365-75.2022.4.03.0000

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS
Agravada: ELÉTRICA COMERCIAL ANDRA LTDA.
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 07/02/2023

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. EMPREGADAS GESTANTES AFASTADAS DO TRABALHO PRESENCIAL NA FORMA DA LEI 14.151/2021. PEDIDO INICIAL QUE VISA À COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA AUTARQUIA PREVIDENCIÁRIA. RECURSO PROVIDO.

1. A demanda objetiva suprir a lacuna legislativa apresentada pela Lei nº 14.151/2021, que determinou o afastamento das empregadas gestantes por tempo indeterminado, em decorrência da pandemia de COVID-19, sem considerar os casos nos quais a realização de trabalho não presencial pela empregada gestante estariam obstados pela própria natureza da atividade laboral realizada.
2. No presente caso, pretende-se desonerar o empregador da situação criada pela Lei nº 14.151/2021, viabilizando-se a compensação dos valores despendidos a título de remuneração da empregada gestante afastada com contribuições previdenciárias incidentes sobre a folha de salários, conforme prevê o § 1º do artigo 72 da Lei nº 8.213/1991 ao dispor sobre o pagamento do salário-maternidade pelo empregador.
3. O pedido inicial não visa à concessão de benefício previdenciário à empregada gestante afastada, mas sim à compensação tributária.
4. A competência para arrecadação e fiscalização das contribuições previdenciárias objeto do pedido de compensação é da Secretaria da Receita Federal do Brasil, nos termos dos artigos 2º e 3º da Lei nº 11.457/2007 e do artigo 33 da Lei nº 8.213/1991, na redação dada pela Lei nº 11.941/2009.
5. Não tem legitimidade passiva o INSS – Instituto Nacional do Seguro Social, porquanto, desde o advento da Lei nº 11.457/2007, não é mais da referida autarquia a competência para arrecadar e fiscalizar as contribuições previdenciárias a cargo do empregador. Precedente.
6. Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Primeira Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo de instrumento, para declarar a ilegitimidade do agravante para figurar no polo passivo da ação originária, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA (RELATOR):

Trata-se de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS contra a decisão que deferiu parcialmente liminar em mandado de segurança interposto por Elétrica Comercial Andra Ltda., a fim de autorizar o afastamento da empregada gestante de suas atividades laborais, cujas atribuições não são compatíveis com o trabalho à distância; determinar o pagamento do salário-maternidade para a empregada gestante afastada, durante todo o período de emergência de saúde pública de importância nacional decorrente do novo coronavírus; e possibilitar a compensação dos valores correspondentes ao salário-maternidade pago pela impetrante à mencionada empregada, nos termos do artigo 72, parágrafo 1º, da Lei nº 8.213/91.

Alega o agravante, preliminarmente, sua ilegitimidade passiva. No mérito, sustenta que a r. decisão teria ampliado indevidamente a delimitação legal para o recebimento do salário-maternidade.

Deferido o efeito suspensivo (ID 257690666).

Intimada, a parte agravada apresentou contraminuta (ID 259211079).

O DD. Órgão do Ministério Público Federal manifestou-se pelo regular prosseguimento do feito (ID 260723279).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA (RELATOR):

A preliminar de ilegitimidade passiva deve ser acolhida.

A demanda objetiva suprir a lacuna legislativa apresentada pela Lei nº 14.151/2021, que determinou o afastamento das empregadas gestantes por tempo indeterminado, em decorrência da pandemia de COVID-19, sem considerar os casos nos quais a realização de trabalho não presencial pela empregada gestante estariam obstados pela própria natureza da atividade laboral realizada.

Como ocorre nas diversas ações judiciais de idêntico objeto ajuizadas atualmente, no presente caso também se pretende desonerar o empregador da situação criada pela Lei nº 14.151/2021, viabilizando-se a compensação dos valores despendidos a título de remuneração da empregada gestante afastada com contribuições previdenciárias incidentes sobre a folha de salários, conforme prevê o § 1º do artigo 72 da Lei nº 8.213/1991 ao dispor sobre o pagamento do salário-maternidade pelo empregador.

Assim, o pedido inicial não visa à concessão de benefício previdenciário à empregada gestante afastada, mas sim à compensação tributária.

Deve-se considerar, portanto, que a competência para arrecadação e fiscalização das contribuições previdenciárias objeto do pedido de compensação é da Secretaria da Receita Federal do Brasil, nos termos dos artigos 2º e 3º da Lei nº 11.457/2007 e do artigo 33 da Lei nº 8.213/1991, na redação dada pela Lei nº 11.941/2009.

Assim, não tem legitimidade passiva o INSS – Instituto Nacional do Seguro Social, porquanto, desde o advento da Lei nº 11.457/2007, não é mais da referida autarquia a competência para arrecadar e fiscalizar as contribuições previdenciárias a cargo do empregador. Nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE DA FAZENDA NACIONAL PARA FIGURAR NO PÓLO PASSIVO DA DEMANDA. LEI 11.457/2007. TRANSFERÊNCIA DA RESPONSABILIDADE PELAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS DO INSS PARA A SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL...

2. O recolhimento dessas contribuições previdenciárias foi transferido à Secretaria da Receita Federal do Brasil pelo art. 2º da Lei 11.457/07, que previu, por outro lado, em seus arts. 16 e 23, a transferência da responsabilidade pela sua cobrança judicial para a Fazenda Nacional, de modo que à Procuradoria-Geral Federal compete apenas a representação judicial e extrajudicial do INSS.

3. Em outras palavras, da mesma forma que se atribui à Fazenda Nacional a legitimidade ativa para a cobrança judicial da dívida ativa da União Federal, atribui-se-lhe também a legitimidade, no caso, passiva, para a sua defesa em processos como o presente, em que se pleiteia a inexigibilidade de multa e juros de mora incidentes sobre o montante relativo ao recolhimento, em atraso, das contribuições previdenciárias mencionadas no art. 2o. da Lei 11.457/07...

(STJ, REsp 1325977/SC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/06/2012, DJe 24/09/2012)

Ante o exposto, voto por *dar provimento* ao agravo de instrumento, para declarar a ilegitimidade do agravante para figurar no polo passivo da ação originária.

Sentenças



PROCEDIMENTO COMUM CÍVEL 500078-27.2017.4.03.6002

Autores: JOÃO EZEQUIEL DE MELO NETO, EDSON FRANCISCO DA SILVA, LUIS PAULO FAUSTINO SANTOS SOUZA, JEMIMA FAUSTINA DOS SANTOS SOUZA

Réus: COMUNIDADE INDÍGENA ITAGUÁ, FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI, PROCURADORIA-GERAL FEDERAL

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE DOURADOS - MS

Juiz Federal: FÁBIO FISCHER

Disponibilização da Sentença: DJEN 24/10/2022

SENTENÇA

JOÃO EZEQUIEL DE MELO NETO, EDSON FRANCISCO DA SILVA, LUIS PAULO FAUSTINO SANTOS SOUZA, JEMIMA FAUSTINA DOS SANTOS SOUZA ajuizaram ação de conhecimento comum contra a FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO – FUNAI e a COMUNIDADE INDÍGENA ITAGUÁ, para obter a reparação de danos materiais e morais causados por invasão da Fazenda Novilho por índios integrantes da referida comunidade.

Argumentam que a ação causou danos materiais na propriedade rural, além de terem pertences pessoais furtados durante a invasão. Afirma que foram ameaçados e obrigados a deixar o local, causando profundo abalo psicológico.

Citadas, a FUNAI e a COMUNIDADE INDÍGENA ITAGUÁ apresentaram contestação, representadas pela Procuradoria Federal. Suscitaram a ilegitimidade passiva da FUNAI e a impossibilidade jurídica do pedido. Argumentam que a área invadida se encontra em área sob processo demarcatório, com natureza declaratória. Afirmam não ter havido participação da FUNAI na invasão e ausência de comprovação dos danos alegados.

Apresentada impugnação pela parte autora.

Ministério Público Federal, intimado, manifestou inexistir interesse público na demanda.

Sobreveio sentença, que afastou as preliminares suscitadas, e julgou improcedente a ação, por não haver nexo de causa entre a conduta da FUNAI e os alegados danos causados no curso da invasão noticiada.

Interposta apelação pela parte autora, na qual suscita a nulidade da sentença, por ser citra petita, pois deixa de se manifestar a respeito da responsabilidade da COMUNIDADE INDÍGENA ITAGUÁ pelos danos causados. No mérito, invoca a previsão de que a FUNAI possui a atribuição de exercer a tutela do índio, justificando a responsabilidade da entidade pública para responder pelos danos causados.

Apresentadas contrarrazões.

Acórdão proferido em julgamento realizado pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região deu parcial provimento ao recurso, anulou a sentença por ser *citra petita*, e determinou o retorno dos autos à origem, para que fosse analisada a responsabilidade da Comunidade Indígena demandada nos eventos narrados.

Com o retorno dos autos a esta instância, as partes, intimadas, nada requereram.

Vieram os autos conclusos.

É o relatório. DECIDO.

Os autos retornaram a este juízo para análise da responsabilidade da COMUNIDADE INDÍGENA ITAGUÁ pelos danos descritos na petição inicial, em razão de invasão da Fazenda Novilho, tendo em vista que sentença anteriormente proferida limitou-se a analisar a responsabilidade civil da FUNAI nos eventos.

Passo, portanto, à análise da situação da referida comunidade, preservada a anterior sentença no tocante à ausência de responsabilidade da FUNAI nos eventos descritos, confirmada neste ponto pelo Tribunal.

Adianto que em relação à COMUNIDADE INDÍGENA ITAGUÁ o feito deve ser extinto sem resolução do mérito por ilegitimidade passiva, por tratar a presente demanda de ação coletiva passiva, não admitida no ordenamento nacional, além do que, na hipótese, não foi observada a sua representatividade adequada.

O Estatuto do Índio, Lei n. 6001/73, assim define a comunidade indígena:

Art. 3º Para os efeitos de lei, ficam estabelecidas as definições a seguir discriminadas:

[...]

II - Comunidade Indígena ou Grupo Tribal - É um conjunto de famílias ou comunidades índias, quer vivendo em estado de completo isolamento em relação aos outros setores da comunhão nacional, quer em contatos intermitentes ou permanentes, sem contudo estarem neles integrados.

Por reconhecer aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições (art. 231 da CF), o referido dispositivo foi recepcionado pela Constituição Federal, por definir o núcleo social e político onde se desenvolvem com maior intensidade esses elementos integrantes e caracterizadores de qualquer comunidade, sociedade ou nação.

Samia Roges Barbieri leciona que o conceito de comunidade indígena “poderia ser definido como o de um grupo local de um determinado povo indígena” (Barbieri, Samia Roges J. *Os Direitos dos Povos Indígenas*. Grupo Almedina (Portugal), 2021, p. 61).

Prossegue ainda a autora:

Logo, o conceito que remanesce na Carta Magna é o de comunidade Indígena, sendo este, nos termos da Constituição, um grupo local, pertencente a um povo que se consideraria distinto da sociedade nacional, em virtude da consciência de sua continuidade histórica com sociedades pré-coloniais, sendo os seus membros os índios, que, não precisariam ter características biológicas indígenas.

O componente necessário para a identificação seria a identificação do próprio índio e de sua comunidade, como membro de um povo de origem pré-colombiana, que se considerasse diferente do povo brasileiro. (p. 62)

Cuida-se, portanto, de um grupo formado no curso da história, organizado socialmente, que se reconhece como distinto da comunidade nacional por se identificar como uma continuidade das sociedades pré-coloniais. Sua formação ocorre de forma orgânica, e seu reconhecimento ocorre por ato meramente declaratório, e não constitutivo (Barbieri, Samia Roges J. *Os Direitos dos Povos Indígenas*. Grupo Almedina (Portugal), 2021, p. 63).

A Constituição Federal reconhece legitimidade às comunidades Indígenas para atuar em juízo na defesa de seus direitos e interesses coletivos:

Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

Todavia, esse reconhecimento constitucional para a defesa em juízo de interesses coletivos da comunidade não traz consigo também a legitimidade para a defesa de "deveres coletivos", tal como se pretende nesta ação, caracterizada como ação coletiva passiva.

Acerca do tema, Lecionam Fredie Didier e Hermes Zaneti:

Há ação coletiva passiva quando um agrupamento humano foi colocado como sujeito passivo de uma relação jurídica afirmada na petição inicial. Formula-se demanda contra uma dada coletividade. Os direitos afirmados pelo autor da demanda coletiva podem ser individuais ou coletivos (lato sensu) – nessa última hipótese, há uma ação duplamente coletiva, pois o conflito de interesses envolve duas comunidades distintas. (Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo, vol. 4, 5ª ed., 2010, p. 411).

Pertinente também a lição de Edilson Vitoreli acerca da ação coletiva passiva:

O primeiro esclarecimento imprescindível para a compreensão das ações coletivas passivas é o de que essa referência deve se limitar às situações em que a coletividade figura como parte passiva de uma relação jurídica de direito material, de natureza obrigacional ou, mais frequentemente, não obrigacional. Como explica Antonio Gidi, as verdadeiras ações coletivas

passivas são aquelas nas quais figura uma coletividade acusada de um ilícito. O estudo quanto a ações coletivas passivas, portanto, deve se referir exclusivamente à possibilidade de que a sociedade possa ter deveres coletivos, passíveis de serem exigidos coletivamente por um terceiro, pela via de um processo no qual não figurassem todos os indivíduos integrantes do grupo, mas um representante adequado (Ações Coletivas Passivas: Por Que Elas Não Existem Nem Deveriam Existir? Revista de Processo, vol. 278/2018, ed. RT, p. 297 - 335 | Abr / 2018 DTR\2018\10624)

Ocorre que, apesar de alguma divergência doutrinária e jurisprudencial, não se pode admitir, sem previsão legal, que uma coletividade ocupe o polo passivo de ação judicial, pois sua representação processual se dá por substituição, ou seja, a lei elege uma figura que representará a coletividade independentemente de sua constituição por cada um dos reais titulares de direitos. Os titulares dos direitos coletivos, não comparecem ao processo, mas são substituídos pela entidade legalmente estabelecida para representá-lo em juízo.

Transpondo essa situação para as ações coletivas passivas, as pessoas responsáveis pelos deveres a elas imputados na petição inicial são substituídas no polo passivo da ação processual por algum representante, sem serem citadas nem sequer tomar conhecimento da ação.

Daí a relevância da previsão legal para eleição de um substituto adequado e disciplina das responsabilidades, ônus e efeitos de uma sentença proferida contra uma coletividade, sem o que o curso do processo é nulo, e a sentença desprovida de eficácia contra o devedor individual, como se pode depreender do art. 506 do CPC, segundo o qual a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, sem prejudicar terceiros.

A respeito da relevância da representatividade adequada da coletividade no polo passivo da ação e da necessidade de previsão legal para tanto, transcrevo a lição de Hugo Nigro Mazzilli:

Vimos que, em princípio, qualquer pessoa pode ser ré em ação civil pública ou coletiva. Mas, em regra, a própria coletividade lesada, transindividualmente considerada, não está legitimada passivamente para essas ações. Pelo sistema hoje vigente em nosso Direito, os legitimados do art. 5º da LACP ou do art. 82 do CDC só substituem processualmente a coletividade de lesados no polo ativo, o que afasta a possibilidade de aqueles legitimados figurarem como réus, mesmo em reconvenção. Por exceção, nos embargos do executado, nos embargos de terceiros, na ação rescisória de ação civil pública ou coletiva, ou na ação de rescisão ou de anulação de compromisso de ajustamento de conduta, será possível que os colegitimados do art. 5º da LACP ou do art. 82 do CDC ocupem o polo passivo nessas ações. A esse rol, embora fora do campo do processo coletivo, podemos acrescentar algumas outras poucas hipóteses em que são citados por edital terceiros incertos e desconhecidos.

Por que os entes estatais e as associações, legitimados à propositura da ação civil pública ou coletiva, como regra geral, não podem ser réus nessas

mesmas ações? Porque a substituição processual é matéria de direito estrito, 33 e a lei só lhes conferiu a possibilidade de exercerem a substituição processual do grupo lesado no polo ativo. Por isso é que não cabe ação civil pública ou coletiva contra o grupo lesado, nem mesmo por meio de reconvenção. Não há prejuízo ao direito de acesso à jurisdição, pois o que não se admite é a propositura de ação contra supostos substitutos processuais sem que a lei autorize essa substituição, mas não se impede a propositura de ação diretamente contra aqueles que se pretendia ver substituídos. (Defesa dos Interesses Difusos em Juízo, 18ª ed., 2015, p. 415/416)

De forma coerente com a doutrina acima transcrita, verifica-se que a legislação brasileira trata a defesa coletiva de direitos, em sua integralidade, sob a perspectiva do polo ativo da ação, conferindo legitimidade aos diferentes substitutos processuais unicamente para beneficiar os substituídos.

O panorama legislativo é apresentado de forma clara por Edilson Vitoreli, que conclui pela inviabilidade de admitir-se ações coletivas passivas sem lei que a regule:

O art. 5º da Lei da Ação Civil Pública afirma categoricamente que os legitimados coletivos "Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar". É preciso convir que há necessidade de um esforço linguístico muito grande para transformar "propor" em "responder". O § 4º do mesmo dispositivo regula a desistência da ação, comportamento que só pertence ao polo ativo. Há expressa referência de que o "Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa". Não há norma para revelia ou assunção da titularidade passiva. Ainda o § 6º, que regula o compromisso de ajustamento de conduta, refere-se a "tomar compromisso", não apenas a firmar, denotando que o ente público será o compromitente, não o compromissário.

Não é só. O art. 6º da LACP assevera que qualquer interessado poderá provocar a "iniciativa" do Ministério Público. O art. 8º regula a requisição de documentos "para instruir a inicial", sem referência à defesa. O art. 7º se refere ao poder-dever do juiz de comunicar ao Ministério Público fatos que possam ensejar a "propositura da ação civil", no que é secundado pelo art. 139, X do CPC (LGL\2015\1656), que alude à mesma comunicação, para "promover a propositura da ação coletiva respectiva".

O crime do art. 10 da LACP incide na hipótese de negativa de documentos que possam viabilizar a "propositura da ação civil". O art. 13 reverte ao fundo de Direitos Difusos o produto de condenações em dinheiro, denotando que a sociedade é a beneficiária dos valores. O art. 15 estabelece o postulado da obrigatoriedade da execução coletiva pelo Ministério Público, o que pressupõe que o exequente é o legitimado coletivo. O art. 17 se refere expressamente a "associação autora".

Finalmente, todas as regras de coisa julgada, tanto do art. 16 da LACP quanto do art. 103 do CDC (LGL\1990\40), estabelecem salvaguardas contra a improcedência do pedido, o que pressupõe, com clareza, que a improcedência é o resultado nefasto à sociedade, não a procedência. É por isso que ela não incide em todos os casos. O art. 83 do CDC (LGL\1990\40) também

determina serem admitidas “todas as espécies de ações” para a proteção dos direitos do consumidor, não todas as espécies de exceções.

Com a devida vênia, não se pode tratar a lei como um detalhe. O ordenamento jurídico brasileiro não prevê ações coletivas passivas. Ao contrário, todo o sistema foi evidentemente estabelecido para propiciar a demanda coletiva de direitos, não para colocar a sociedade no polo passivo, representada por um ente que para tanto não foi legitimado. Aceitar essas ações não é mera “atuação criativa do Judiciário”. É agir contra legem. (Ações Coletivas Passivas: Por Que Elas Não Existem Nem Deveriam Existir? Revista de Processo, vol. 278/2018, ed. RT, p. 297 - 335 | Abr / 2018 DTR\2018\10624)

A legitimidade da comunidade indígena para estar em juízo não foge à regra dos demais direitos coletivos, sendo autorizada a sua atuação unicamente em benefício dos substituídos, como se extrai do art. 232 da CF, que confere legitimidade na “defesa de seus direitos e interesses”, e não deveres.

A importância da disciplina legal sobre a ação coletiva passiva vai além da eleição de um substituto processual adequado, mas envolve outros institutos e soluções para a garantia da devida defesa dos direitos em juízo.

Os direitos coletivos são promovidos em juízo por um substituto processual sem a participação e, por vezes, sem a prévia anuência do efetivo titular do direito. Diante dessa circunstância, há a possibilidade de a pessoa optar por ser excluída dos efeitos da ação coletiva, nos termos do art. 104 do CDC. De igual forma, o sistema de direitos coletivos ocupa-se em preservar o indivíduo contra eventual má gestão do processo pelo substituto processual, de acordo com a previsão do art. 103 do CDC, que nega efeito erga omnes ou ultra partes da sentença coletiva em caso de improcedência por falta de provas e somente a admite para os direitos individuais homogêneos em caso de procedência da ação.

Qual disciplina deve ser adotada em relação à eventual opção da pessoa substituída na ação coletiva passiva de ser excluída da substituição? Pode apresentar contestação individualmente? Em qual prazo? Deve ser citada? Mediante qual modalidade de citação? Da mesma forma, caso haja uma má gestão do processo pelo substituto a pessoa substituída no polo passivo estaria sujeita aos efeitos da sentença sempre? Caso de cogite de resposta positiva, haveria clara quebra de isonomia entre situações semelhantes tratamento desigual das situações. Em caso de resposta negativa, se estaria impondo ao substituído os efeitos de uma sentença, à revelia de previsão legal, em ofensa ao princípio da legalidade.

Mesmo nos casos de ação rescisória de sentença coletiva e das ações movidas contra sindicatos para encerramento de greve – classificada por parte da doutrina e jurisprudência como ação coletiva passiva – tem-se em comum que os efeitos da sentença serão suportados por um ente personalizado, distinto da coletividade de substituídos.

Sobre o tema, é pertinente a observação de Edilson Vitorelli:

O segundo exemplo equivocado de ação coletiva passiva, mencionado pela doutrina, é a ação proposta contra os sindicatos dos Policiais Federais e dos Policiais Federais no Distrito federal, para encerrar uma greve, ao argumento de sua ilegalidade. Afirma-se que ações desse tipo são coletivas passivas, uma vez que o sindicato representaria passivamente toda a categoria de funcionários. No caso, o exemplo se restringe aos servidores públicos.

Esse não é um exemplo de ação coletiva pela singela razão de que a ação se volta contra a pessoa jurídica do sindicato, não contra os sindicalizados. As consequências negativas do eventual descumprimento da ordem de cessação da greve serão impostas sobre ele, não sobre seus filiados. Por exemplo, se do processo derivar a imposição de multa cominatória, é o sindicato que a suportará, não os sindicalizados. Assim, ações para o encerramento de greves são processos individuais, movidos pelo ente público contra a pessoa jurídica do sindicato de servidores. A pretensão é de que a organização centralizada do movimento cesse sua conduta e, por via de consequência, os servidores retornem ao trabalho. Se o réu continuar orquestrando a greve, seu patrimônio responderá pela medida coercitiva. Se, por outro lado, demonstrar que cessou quaisquer atividades nesse sentido e orientou os sindicalizados a retornar às suas atividades normais, não poderá ser punido.

O que nunca ocorreu nem poderia se verificar é, primeiro, a hipótese de que o autor executasse o patrimônio pessoal dos sindicalizados para haver a multa cominatória. Isso violaria o comando do art. 506 do CPC (LGL\2015\1656), que impede que a coisa julgada prejudique terceiros. O patrimônio passível de execução, nesse caso, é o do devedor (art. 789 do CPC (LGL\2015\1656)) e o devedor é o sindicato, enquanto pessoa jurídica. (Ações Coletivas Passivas: Por Que Elas Não Existem Nem Deveriam Existir?. Revista de Processo, vol. 278/2018, ed. RT, p. 297 - 335 | Abr / 2018 DTR\2018\10624)

Analisando a situação dos presentes autos, o sistema jurídico brasileiro não conferiu personalidade jurídica às comunidades indígenas (Agra, Walber de, M. *et al. Comentários à Constituição Federal de 1988*, Grupo GEN, 2009, p. 2426), mas somente conferiu-lhe legitimidade para atuar em juízo na defesa dos direitos coletivos daquela comunidade:

Diferente de outras constituições latino-americanas, a brasileira não reconheceu expressamente personalidade jurídica às comunidades indígenas, mas está evidente que não há necessidade de qualquer registro ou materialização da personalidade para estar em juízo, basta que declare a forma tradicional de representação, segundo os usos, costumes e tradições do povo. (CANOTILHO, José Joaquim G.; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; *et al. Série IDP - Comentários à Constituição do Brasil*. [Digite o Local da Editora]: Editora Saraiva, 2018, p. 2260)

Dessa forma, na hipótese de procedência da ação, os efeitos da sentença não seriam suportados pela comunidade indígena, pois se trata de ente despersonalizado, mas seria cumprida individualmente por cada integrante da aldeia, que teriam seu patrimônio alcançado sem que sequer tenham sido citados para a ação.

O presente caso, portanto, distancia-se das situações em que parte da doutrina afirma haver uma ação coletiva passiva.

Por fim, soma-se a todos os empecilhos a falta de representatividade adequada da comunidade indígena Itaguá nos autos.

Note-se que a representação processual da comunidade indígena é realizada pela União, por meio da Procuradoria Federal, nos termos do artigo 35 do Estatuto do Índio e artigo 11-B, § 6º, da Lei n. 9.028/95:

Art. 35. Cabe ao órgão federal de assistência ao índio a defesa judicial ou extrajudicial dos direitos dos silvícolas e das comunidades indígenas.

Art. 11-B.

§ 6º A Procuradoria-Geral da Fundação Nacional do Índio permanece responsável pelas atividades judiciais que, de interesse individual ou coletivo dos índios, não se confundam com a representação judicial da União.

Contudo, a eleição da UNIÃO para a representação da comunidade indígena segue exatamente a mesma lógica da tutela do índio e sua comunidade, como deixa claro o art. 7º do Estatuto do Índio:

Art. 7º Os índios e as comunidades indígenas ainda não integrados à comunhão nacional ficam sujeitos ao regime tutelar estabelecido nesta Lei.

Ocorre que a ideia de tutela do índio se encontra definitivamente superada pela Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas, incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto 5.051/04 (atualmente consolidada no Decreto 10.088/19) com *status* supralegal, por força do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal. Em seu artigo 8º assegura a preservação de seus costumes, e também o exercício dos mesmos direitos reconhecidos a todos os cidadãos:

Artigo 8º

1. Ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados deverão ser levados na devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário.

2. Esses povos deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Sempre que for necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para se solucionar os conflitos que possam surgir na aplicação deste princípio.

3. A aplicação dos parágrafos 1 e 2 deste Artigo não deverá impedir que os membros desses povos exerçam os direitos reconhecidos para todos os cidadãos do país e assumam as obrigações correspondentes.

A representatividade adequada é uma das bases de sustentação das ações coletivas, tanto no polo ativo quanto no passivo. Nas palavras de Fredie Didier e Hermes Zaneti, "segundo o regime de toda ação coletiva, exige-se para a

admissibilidade da ação coletiva passiva que a demanda seja proposta contra um 'representante adequado' (legitimado extraordinário para a defesa de uma situação jurídica coletiva)". (Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo, vol. 4, 5ª ed., 2010, p. 412).

O antropólogo Beto Ricardo discorre sobre a constante intermediação de instituições estatais ou privadas formadas por não índios para representá-los nos debates públicos de seus interesses, e destaca a necessidade de se atentar para as lideranças formadas em cada aldeia indígena ou organizações por eles formadas, para falar legitimamente em nome de seus integrantes:

Quem fala em nome "dos índios"? Aparentemente simples, essa pergunta é de difícil resposta. [...]

A agenda colocada pela sociedade nacional e internacional nos últimos anos para "os índios" no Brasil, funcionou como mecanismo de pressão para a produção de uma representação ou representações da indianidade genérica. Refiro-me ao seguinte conjunto de processos e eventos: a elaboração da Constituição Federal (1987/88), a reunião da ONU sobre ecologia e desenvolvimento no Rio (1992), as comemorações ou anticomemorações dos 500 anos da chegada de Colombo à América (1992), a tramitação do Estatuto das Sociedade Indígenas no Congresso Nacional (1992/94), o término do prazo constitucional para a demarcação de todas as terras indígenas (1993), a revisão da Constituição (1993/94) e as eleições presidenciais (1994).

[...]

Tão mais se afasta do nível local, a política indígena tende a aparecer nos cenários regional, nacional e internacional como uma ação intermitente associada a intermediários não-indígenas os quais, por sua vez, têm perfil institucional, objetivos e estratégias próprias bastante diversas. Mesmo considerando o fenômeno recente das chamadas organizações indígenas "registradas em cartório", vale afirmar que a questão da representação dos interesses indígenas no plano supralocal somente pode ser compreendida e avaliada no Brasil quando se considera uma sociologia dos intermediários não-indígenas de todo o tipo a ela referidos, como algo que a constitui e conforma.

Especialmente após a promulgação da nova Constituição Federal de 1988, cresceu em várias regiões do Brasil a formalização de organizações indígenas, com diretorias eleitas em assembleias, estatutos registrados em cartório e contas bancárias próprias. Trata-se, a rigor, da incorporação, por alguns povos indígenas, de mecanismos de representação política por delegação, para poder lidar como mundo institucional, público e privado, da sociedade nacional e internacional e tratar de demandas territoriais (demarcação e controle de recursos naturais), assistenciais (saúde, educação, transporte e comunicação) e comerciais (colocação de produtos no mercado).

[...]

Ao nível local, operam instituições políticas tradicionais de cada povo, nem sempre tão visíveis como a Casa dos Homens, entre os Kayapó ou o Conselho dos Velhos no pátio da aldeia, entre os Xavante. Tais organizações têm eficácia reguladora sobre as interferências externas. Um exemplo clássico é que tais formas tradicionais de organização foram e são mecanismos internos que muitas vezes resistem às imposições de funcionários de agências

governamentais, os quais, sempre a procura de “um chefe” com quem tratar, acabam nomeando “capitães” que não coincidem com as autoridades tradicionais [...]

[...]

Reconhecer e valorizar tais características das formas indígenas de se organizar e representar tem sua importância atual porque, por exemplo, a Constituição Federal em vigor prevê consultas prévias a comunidades indígenas sobre projetos de exploração de recursos minerais por terceiros em seus territórios. Fazer tais consultas, sempre que possível, *in loco*, garantindo condições adequadas de expressão em língua nativa, aumenta a probabilidade de se saber o que realmente um determinado povo indígena está pensando e querendo. (Quem Fala em Nome dos Índios. Socioambiental.org, 2022. Disponível em: https://pib.socioambiental.org/pt/Quem_fala_em_nome_dos_%C3%ADndios_%3F. Acesso em 18.10.2022)

Na hipótese dos autos, verifica-se o mesmo problema de falta de representatividade adequada para falar em nome da comunidade indígena Itaguá, ora demandada. A contestação foi oferecida pela Procuradoria Federal, órgão integrante da UNIÃO, sem qualquer menção ou referência de que tenha ouvido a comunidade indígena, suas lideranças ou eventual associação regularmente instituída pelos integrantes da comunidade.

A comunidade indígena é defendida em juízo sem que sequer tenha tido conhecimento da ação, adotando-se o mesmo modelo de tutela estatal do índio negando-lhe autonomia e capacidade – agora sob a perspectiva de sua comunidade.

O mesmo entendimento adotado pelo egrégio TRF/3 quando do julgamento da apelação anteriormente interposta nos presentes autos, de que “o regime especial tutelar civil previsto pelo Estatuto do Índio é incompatível com a ordem jurídica vigente, de modo que a capacidade do índio para exercer direitos e contrair obrigações não se encontra vinculada à tutela do Estado” (ID 111571771, pg. 2) deve ser igualmente adotado em relação à defesa da comunidade indígena.

Seria um contrassenso reconhecer a capacidade individual dos índios para exercer direitos independente da tutela do Estado e admiti-la para a representação de sua coletividade. Tal entendimento resultaria na perpetuação da já superada ideia de tutela do índio.

Portanto, além da inviabilidade genérica de se admitir a ação coletiva passiva, tal como fundamentado acima, na presente hipótese também não foi observada a necessária representatividade adequada da comunidade indígena, a deslegitimar sua substituição processual.

DIANTE DO EXPOSTO, preliminarmente, extingo o feito sem julgamento do mérito em relação à COMUNIDADE INDÍGENA ITAGUÁ por ilegitimidade passiva, com fundamento no art. 485, VI, do CPC.

Verbas de sucumbência pela parte autora já fixadas na sentença de ID 21142877.

Intimem-se as partes e o Ministério Público Federal.

Transcorrido o prazo de recurso sem manifestação da parte, arquivem-se os autos.

DOURADOS, 19 de outubro de 2022.

Juiz Federal FÁBIO FISCHER

PROCEDIMENTO COMUM CÍVEL 5000115-49.2021.4.03.6120

Autora: METALBRAS METALÚRGICA BRASILIENSE LTDA.
Ré: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE ARARAQUARA - SP
Juiz Federal: MÁRCIO CRISTIANO EBERT
Disponibilização da Sentença: DJEN 21/11/2022

SENTENÇA

I — RELATÓRIO

Trata-se de ação proposta por Metalbras Metalúrgica Brasiliense Ltda contra a União, por meio da qual a autora pretende a restituição de valores pagos a título de multa e direitos *antidumping* referentes à importação de 160 peças de tubos de aço produzidos na China. A inicial¹ narra que essa mercadoria foi produzida sob medida para ser utilizada em projeto industrial concebido pela autora, tratando-se de produto que não é produzido no Brasil. Quando do desembarço, a importadora classificou a mercadoria pelo NCM nº 7304.59.10, mas a autoridade aduaneira reclassificou a mercadoria para o NCM 7304.39.10, o que resultou na cominação de multa e na exigência de direitos *antidumping*. Embora não concordasse com a reclassificação, a autora efetuou o pagamento da multa e dos direitos *antidumping*, no valor aproximado de R\$ 400 mil — é esse o objeto da restituição pleiteada.

Na visão da autora, a mercadoria que importou não é objeto de *dumping*, uma vez que se trata de produto único, produzido sob medida, com o propósito de utilização em projeto singular e que não possui fornecedor no Brasil. O fato de a mercadoria não ter concorrência no Brasil afasta o risco de dano à indústria nacional, que é a razão de ser da política de combate ao *dumping*. Defendeu a classificação dos produtos no código NCM 7304.59.10, pois é o mais próximo a suas características físicas. Não bastasse isso, o direito *antidumping* foi exigido sem a lavratura de auto de infração, formalidade indispensável nesse caso.

Na contestação² a União discorreu sobre o sistema *antidumping* e defendeu a higidez da cobrança imposta à autora. No mais, realçou que a análise técnica da mercadoria não deixa dúvida de que o produto não correspondia exatamente ao descrito na declaração de importação.

Em réplica³ a autora revisitou os argumentos expostos na inicial e reforçou o pedido de perícia.

¹ Num. 44636654

² Num. 58131126

³ Num. 35554158

É a síntese do necessário.

II — FUNDAMENTAÇÃO

De partida indefiro o pedido de prova pericial, pois os documentos anexados aos autos, sobretudo o laudo técnico que ampara a reclassificação da mercadoria, são suficientes para o julgamento do feito, de modo que a perícia é dispensável. Além disso, o objeto da perícia são tubos metálicos internalizados em abril de 2020 para aplicação em projeto industrial desenvolvido pela autora. Logo, quando do ajuizamento da ação, em janeiro de 2021, é certo que esses produtos já haviam sido utilizados para o projeto industrial a que se destinavam, o que prejudica a realização da perícia.

Descendo para o mérito, a principal questão a ser definida nesta ação é se as mercadorias importadas pela autora estão sujeitas ao pagamento de direitos *antidumping*. Em abril de 2020 a autora internalizou 160 tubos de aço importados da China, classificando essa mercadoria no NCM 7304.59.10. Ocorre que por ocasião de conferência física e fiscal, a mercadoria foi reclassificada para o NCM 7304.39.10, que por sua vez corresponde a produto abrangido por norma *antidumping*, o que levou à cobrança dos respectivos direitos. A diferença entre os numerais '3' e '5' na quinta casa da NCM diz respeito à composição da liga metálica do produto, que no primeiro caso corresponde a ferro ou aço não ligado e no segundo a outras ligas de aço. A reclassificação efetuada pela autoridade aduaneira se pautou em laudo técnico que analisou a composição da liga metálica de amostra dos tubos, que constatou que os artefatos são feitos de aço carbono não ligado, e não de aço carbono ligado, como declarado pela importadora⁴.

Ocorre que por meio da Resolução nº 65/2016, a Câmara de Comércio Exterior aplicou direito *antidumping* às importações brasileiras de tubos de aço carbono não ligado, sem costura, de seção circular, com diâmetro externo não superior a 374mm, originários da China, pelo prazo inicial de cinco anos a contar de 2016. E nos termos da reclassificação efetuada pela autoridade aduaneira, a mercadoria importada pela autora se enquadra na descrição do produto abrangido pela referida resolução. Conforme já mencionado, a diferença entre a classificação apresentada pela autora e a considerada pela autoridade aduaneira está na composição da liga metálica que compõe a mercadoria. A DI informa que os tubos são feitos de aço ligado, mas a análise química realizada em amostra dos produtos revelou que as peças são feitas de aço não ligado, conforme se depreende do seguinte trecho extraído do laudo:

Examinarmos a característica "sem costura" que se apresentou como tal e coletamos aleatoriamente 03 amostras, sendo para análise Química, Metalográfica e Ensaio de Lima e entelha. As análises apresentaram-se como de aço baixo carbono e não ligado: C 0,08%, Si 0,23% Mn 0,42%, P <0,015%, S < 0,015%, Cu 0,015%, Cr 0,03%, Ni 0,01% e Mo < 0,01% em

⁴ Laudo no Num. 44636808

conformidade com a Norma ASTM A106 Grau B que constava na DI. O exame metalográfico das amostras cortadas constataram tratar-se de matérias primas todas com estrutura ferrítica/perlítica e com sinais (impressão de Baumann) de Conformação Mecânica (a quente), porém sem poder definir o tipo de conformação, que o conhecimento industrial dita neste caso, de interface de diâmetro que poderia ser por laminação ou extrusão.

A autora não apresentou nenhum elemento que infirmasse a conclusão do laudo técnico no sentido de que os tubos são compostos de aço não ligado, e não de aço ligado, como consta na DI. Seu principal argumento contra a exigência dos direitos *antidumping* é o de que "... *inexiste fabricação de tal produto, ou mesmo similar no Brasil, motivo pelo qual não há que se falar em incidência do direito antidumping no produto importado*".

Todavia, considerando que a ação não ataca o ato que definiu a aplicação das medidas *antidumping*, mas sim a adequação entre a mercadoria importada pela autora e o produto que é alvo dessa restrição, não há espaço para discutir os aspectos relacionados ao dano à indústria doméstica⁵, uma vez que essa questão já foi estabelecida no processo que instituiu o direito *antidumping*. Sim, pois a instituição de medidas *antidumping* depende da presença de três elementos: (i) importação a preço de *dumping*; (ii) dano à indústria doméstica e (iii) nexos causal entre a prática do *dumping* e o dano à indústria doméstica. Logo, o simples estabelecimento da medida *antidumping* faz presumir a existência de risco à indústria doméstica.

Também não procede a alegação de ausência do dano sob o argumento de que a mercadoria importada não tem fabricantes no Brasil. Tendo em vista que as medidas *antidumping* se prestam a restabelecer a competitividade da indústria doméstica frente aos concorrentes estrangeiros, seu principal campo de atuação está nos setores que contam com produtores locais. Tanto é assim que praticamente todas as investigações *antidumping* são deflagradas por produtores domésticos, e o caso dos autos confirma essa regra, pois a investigação que culminou na aplicação do direito *antidumping* aplicado aos tubos de aço não ligado produzidos na China foi iniciada a partir de provocação da fabricante Vallourec Tubos do Brasil S.A.

De mais a mais, a inicial busca fundamentar a alegada exclusividade da fabricação no fato de que a mercadoria foi produzida sob medida, mas não há

⁵ Conforme se extrai do guia "Investigações Antidumping" publicado pela Subsecretaria de Defesa Comercial e Interesse Público (SDCOM), versão consolidada em março de 2021 e disponível no endereço <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/comercio-exterior/publicacoes-secex/defesa-comercial-e-interesse-publico/arquivos/guia-antidumping.pdf>, "Para fins de investigação antidumping, o conceito de indústria doméstica poderá ser distinto daquele de indústria nacional, uma vez que o termo "indústria nacional" corresponde necessariamente à totalidade dos produtores nacionais do produto similar, enquanto a expressão "indústria doméstica" pode corresponder a parcela inferior à totalidade dos produtores nacionais do produto similar, desde que esta constitua proporção significativa da produção nacional. Por essa razão, indicadores da indústria nacional (ex.: "produção nacional") poderão diferir de indicadores da indústria doméstica (ex.: "produção da indústria doméstica") – p. 60.

qualquer elemento que ampare a alegação de que a indústria doméstica não teria condições de fornecer os tubos segundo as especificações da autora. Tampouco o fato de os tubos serem revestidos com aletas de aço espirais dissipadoras de calor ampara a ideia de que se trata de mercadoria exótica, sem similar no Brasil, ou que esse detalhe torna o produto refratário à cobrança de direito *antidumping*. Especificamente quanto a esse último aspecto, o processo que instituiu a medida *antidumping* esclarece que os tubos objetos da investigação "... podem também ser revestidos ou não, ou seja, apresentam diferentes tipos de proteção de superfície, além de serem comercializados com diferentes tipos de acabamento de pontas".

Por fim, cumpre anotar que o art. 570 do Código Aduaneiro (Decreto 6.759/2009) estabelece que o importador poderá efetuar o pagamento do direito *antidumping* que impede o prosseguimento do despacho independentemente de processo (§ 1º), sendo que a lavratura de auto de infração nos termos do Decreto 70.235/1972 se aplica na hipótese de apresentação de manifestação de inconformidade (§ 2º). No caso dos autos, os documentos que acompanham a inicial revelam que a autora não apresentou manifestação de inconformidade, de sorte que dispensável a lavratura de auto de infração.

Tudo somado, impõe-se o julgamento de improcedência do pedido.

III - DISPOSITIVO

Diante do exposto, julgo *IMPROCEDENTE O PEDIDO* extinguindo o feito com resolução de mérito, nos termos do art. 487, I do CPC.

Condeno a autora ao pagamento das custas e de honorários à ré, que fixo em 10% do valor atualizado da causa.

Sentença não sujeita ao reexame necessário.

Caso interposto recurso, intime-se a contraparte para contrarrazões e encaminhe-se o processo ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Publique-se. Intimem-se.

Transitada em julgado, dê-se baixa e archive-se.

Araraquara, 17 de novembro de 2022.

Juiz Federal MÁRCIO CRISTIANO EBERT

EXECUÇÃO FISCAL **5000436-69.2021.4.03.6125**

Exequente: CONSELHO REGIONAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA DA 4ª REGIÃO
Executado: PEDRO FRANCISCO NUNES
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE OURINHOS - SP
Juiz Federal: CAIO CEZAR MAIA DE OLIVEIRA
Disponibilização da Sentença: DJEN 26/01/2023

SENTENÇA

Trata-se de exceção de pré-executividade oposta por PEDRO FRANCISCO NUNES em face do CONSELHO REGIONAL DE EDUCACAO FISICA DA 4 REGIAO, objetivando o reconhecimento de sua ilegitimidade passiva na execução fiscal e da ilegalidade da cobrança (id 165496227).

Alega não possuir vínculo com o excepto, razão pela qual a cobrança seria indevida. Requer a anulação da penhora efetivada nos Autos.

Audiência de conciliação resultou infrutífera (id 262746218).

Instado a se manifestar, o Conselho pugnou pela rejeição da exceção. Sustenta que o excipiente esteve autorizado a exercer as atividades próprias de profissional da área e não promoveu seu desligamento do Conselho, razão pela qual estaria obrigado a pagar as anuidades (id 198634760).

Em nova manifestação, a excipiente requereu o reconhecimento da ilegitimidade passiva, tendo em vista não ter nem mesmo iniciado curso de graduação e não ter exercido atividade relacionada ao Conselho (id 241034109).

É o relatório. Passo a fundamentar e decidir.

A exceção de pré-executividade é meio de defesa que possibilita ao executado alegar matérias de ordem pública, e, portanto, que devem ser conhecidas de ofício, sem a necessidade de garantir o juízo, como precisaria fazer se opusesse embargos à execução fiscal (art. 16, §1º, da Lei nº 6.830/80).

Não admite, por seu caráter sumário, dilação probatória, sendo ônus do excipiente apresentar, de pronto, prova inequívoca capaz de abalar a presunção de certeza e liquidez de que goza a Certidão de Dívida Ativa, na esteira do parágrafo único, do art. 3º, da Lei de Execuções Fiscais. É que, havendo necessidade de produção de outras provas, a questão deverá ser discutida nos embargos à execução, nos termos do art. 16, § 2º, da Lei 6.830/80.

Nesse sentido, é pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como se extrai da Súmula 393: "A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória".

É o que ocorre no caso presente, em que se alega a nulidade do título exequendo.

Da ilegitimidade passiva/Ausência de previsão legal sobre a cobrança de anuidade

No caso em exame, o excipiente alega ter interrompido os estudos após concluir a 4ª Série do Ensino Fundamental e não ter exercido atividade sujeita à fiscalização do Conselho exequente.

A excepta, por sua vez, sustenta existir vínculo, uma vez que o excipiente teria formalizado requerimento de seu registro em 09.04.2002 e não teria promovido seu desligamento. Juntou documentos (id 198634762).

A inicial foi devidamente instruída com a CDA nº 24198/2021, referentes às anuidades de 2016, 2017, 2018 e 2019 (id 48303045).

A exceção deve ser acolhida.

A República Federativa do Brasil tem como valores, dentre outros, “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” (CRFB, artigo 1º, inciso IV). Entre os direitos fundamentais previstos no artigo 5º da CRFB está a liberdade de exercício de profissão, nos seguintes termos:

“é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”

A lei que estabelece as qualificações profissionais necessárias ao desempenho da atividade de Profissional de Educação Física é a Lei nº 9.696/1998, cujo artigo 2º prescreve:

Art. 2º Apenas serão inscritos nos quadros dos Conselhos Regionais de Educação Física os seguintes profissionais:

I - os possuidores de diploma obtido em curso superior de Educação Física oficialmente autorizado ou reconhecido pelo Ministério da Educação; (Redação dada pela Lei nº 14.386, de 2022)

II - os possuidores de diploma em Educação Física expedido por instituição de ensino superior estrangeira, revalidado na forma da legislação em vigor;

III - os que tenham comprovadamente exercido atividades próprias dos Profissionais de Educação Física até a data de início da vigência desta Lei, nos termos estabelecidos pelo Conselho Federal de Educação Física (Confef); (Redação dada pela Lei nº 14.386, de 2022)

IV - os egressos de cursos superiores de Tecnologia conexos à Educação Física, oficiais ou reconhecidos pelo Ministério da Educação, cujos eixos tecnológicos sejam direcionados às áreas de conhecimento abrangidas por esta Lei, conforme regulamentado pelo Confef. (Incluído pela Lei nº 14.386, de 2022)

No presente caso, é fato incontroverso que o excipiente é mestre de capoeira e concluiu apenas o ciclo primário de educação. Sua inscrição perante o

Conselho não poderia se subsumir, portanto, ao disposto nos incisos I, II ou IV, acima. E nem pode, como se verá, subsumir-se ao disposto no inciso III.

A redação do inciso III, transcrito acima, causa perplexidade. Se a razão de ser do Conselho é impedir que pessoas desprovidas da qualificação necessária exerçam atividades próprias dos Profissionais de Educação Física, como pode a legislação conferir ao Conselho a atribuição de autorizar o desempenho dessas atividades por pessoas que não tenham a qualificação devida?

A declaração de inconstitucionalidade do dispositivo não foi postulada nestes autos e a resolução da questão posta em Juízo não passa necessariamente pela declaração de inconstitucionalidade dessa norma. Passa, sim, pela declaração de ilegalidade da RESOLUÇÃO CONFEF nº 046/2002, com base na qual foi realizada a inscrição do excipiente nos quadros do Conselho excepto.

O artigo 1º da Resolução define o Profissional de Educação Física como especialista em atividades físicas “nas suas diversas manifestações”, entre as quais inclui capoeira, artes marciais, danças, atividades rítmicas, expressivas e até acrobáticas. Inclui o ioga, atividades de lazer e recreação. Não é necessária uma longa argumentação para concluir que a resolução contém uma ampliação claramente indevida do escopo da Lei nº 9.696/1998.

Ao caracterizar a roda de capoeira como mera manifestação de uma atividade física, a Resolução reduziu ilegalmente uma manifestação cultural secular do Brasil, elevada à categoria de patrimônio cultural imaterial da humanidade pela UNESCO, que envolve o toque de instrumentos musicais, cantigas e toda uma ética própria, a uma mera atividade física. E coloca sob a fiscalização do Conselho todo um grupo de mestres populares formados sob outros paradigmas, que não conduzem atividades de mera atividade física e nem têm formação em fisiologia, bioquímica e outros conhecimentos tão caros ao Profissional de Educação Física e tão desnecessários ao mestre de capoeira.

Compreende-se a razão de ser dos conselhos profissionais, cuja missão é exercer a fiscalização das profissões regulamentadas em lei a fim de evitar os potenciais danos advindos do desempenho dessas profissões por pessoas desprovidas dos atributos técnicos e/ou éticos para tanto. Não se pode admitir que operem, porém, como verdadeiras guildas ou hansas da Europa medieval, dada a adoção, pela República Federativa do Brasil, dos valores da livre iniciativa e do livre desempenho de atividades profissionais, salvo restrições previstas expressamente em lei.

Se o legislador ordinário optou por não submeter o mestre de capoeira a um regulamento profissional específico e a um Conselho de fiscalização, não cabe ao Conselho, por sua própria iniciativa, fazê-lo.

Em sentido semelhante, o Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de decidir que os professores e mestres de danças, ioga e artes marciais não se sujeitam a inscrição nos Conselhos de Educação Física:

ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONSELHO REGIONAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA. PROFISSIONAL DE DANÇA (POLE DANCE). REGISTRO. ARTS. 2º E 3º DA LEI Nº 9.696/98. AUSENTE COMANDO NORMATIVO QUE OBRIGUE A INSCRIÇÃO DOS PROFESSORES E MESTRES DE DANÇAS, IOGA E ARTES MARCIAIS NOS CONSELHOS DE EDUCAÇÃO FÍSICA. SÚMULA 83/STJ.

1. Não é possível extrair dos arts. 2º e 3º da lei nº 9.696/98 comando normativo que obrigue a inscrição dos professores e mestres de danças, ioga e artes marciais nos Conselhos de Educação Física. Desse modo, estando o acórdão recorrido em consonância com a jurisprudência desta Corte, incide o óbice da Súmula 83/STJ.

2. A alteração das conclusões adotadas pela Corte de origem, no sentido de que a atividade de um instrutor de pole dance está associada à dança e não à atividade física propriamente dita, demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em recurso especial, conforme o óbice previsto na Súmula 7/STJ.

3. Agravo interno a que se nega provimento.

(STJ, Primeira Turma, REsp nº 1.602.901-RS, Rel. Min. Sérgio Kukina, j. 26/09/2017)

E o E. Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de decidir e esclarecer que o próprio legislador ordinário, ao colocar profissões sob regime regulatório, deve fazê-lo de modo razoável, quando a atividade tiver potencial lesivo à sociedade e, em razão desse potencial lesivo, reclamar regulação e fiscalização (STF, Plenário, RE nº 414.426-SC, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 01/08/2011).

A hipótese de incidência da exação consistente na contribuição ao Conselho Regional de Educação Física não abrange, portanto, a atividade desempenhada pelo excipiente, que jamais esteve sujeito à fiscalização do excepto. É irrelevante a existência de inscrição do excipiente junto ao Conselho, que não encontra guarida na Lei nº 9.696/1998 e deve ser tida como nula. Nula é, também, a CDA nº 24198/2021, que se ampara unicamente nessa irregular inscrição do profissional.

Nos termos da fundamentação, admito a exceção e, no mérito, acolho-a para declarar a nulidade da CDA nº 24198/2021 e determinar a extinção da presente execução fiscal com fulcro no artigo 924, inciso III, do Código de Processo Civil.

Condeno o Conselho excepto ao pagamento dos honorários advocatícios, ora fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da execução, nos termos do art. 85, §4º, III, do CPC/15, e ao pagamento das custas processuais finais.

Determino o levantamento da penhora de valores aperfeiçoada no ID 150550400. Após o trânsito em julgado, intime-se a parte executada a promover o levantamento dos valores.

Sentença não sujeita à remessa necessária.

Interposta apelação contra esta sentença, por qualquer das partes, ou interposta apelação adesiva pelo apelado, intime-se a parte contrária para, no prazo legal, querendo, apresentar contrarrazões (artigo 1.010, §§1º e 2º, do CPC/2015).

Decorrido o prazo para a apresentação das contrarrazões ou da manifestação, remetam-se os autos ao Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região, independentemente do juízo de admissibilidade (artigo 1.010, §3º, do CPC/2015).

Transitada em julgado, intime-se a parte exequente a promover o recolhimento das custas processuais finais em até quinze dias.

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

Ourinhos, na data da assinatura eletrônica.

Juiz Federal Substituto CAIO CEZAR MAIA DE OLIVEIRA

MANDADO DE SEGURANÇA CÍVEL 5000596-42.2022.4.03.6131

Impetrante: DAILTON MANUEL CORREA & CIA. LTDA - ME
Impetrados: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL EM BOTUCATU//SP,
UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE BOTUCATU - SP
Juiz Federal: MAURO SALLES FERREIRA LEITE
Disponibilização da Sentença: DJEN 19/10/2022

SENTENÇA

Vistos, em sentença.

Cuida-se de ação de mandado de segurança, de natureza preventiva, impetrado por *DAILTON MANUEL CORREA & CIA. LTDA – ME* em face do *Ilmo. Sr. Dr. DELEGADO DA RECEITA FEDERAL EM BAURU/ SP*, e que tem por objeto a concessão de ordem mandamental que garanta à promovente o direito ao aproveitamento dos créditos de *PIS* e *COFINS* incidentes os valores pagos a título de serviço às administradoras de cartão de crédito e débito. Sustenta a inicial, am apertada suma, que, com o advento da *EC n. 42/03*, não só se elevou a sistemática da não-cumulatividade ao patamar da *Carta Política de 1988*, dando-lhe *status* de verdadeiro princípio informador da tributação pelo *PIS* e *COFINS*, como ainda esclareceu-se o campo de atuação possível do legislador infraconstitucional, decorrendo que ficou reservada ao poder legislativo ordinário unicamente a autonomia de definir os setores de atividade produtiva em que o *PIS* e a *COFINS* seriam não-cumulativos. Contudo, eleito determinado setor econômico, a aplicação do princípio da não-cumulatividade não poderia ser amesquinhada, mas sim efetivada em conformação com sua matriz constitucional. Que, ainda que o legislador ordinário tenha certa flexibilidade para estabelecer a não-cumulatividade para determinados contribuintes, utilizando como critério diferenciador o setor de atividade econômica, a concessão desta deve obedecer rigorosamente ao conteúdo constitucional ínsito a esse princípio. Que, segundo o critério da relevância e da essencialidade, os serviços de administração de cartões de crédito e débito são indispensáveis ao desencargo do objeto social da contribuinte, a enquadrar-se no conceito de insumo, tal como decorre das balizas delineadas pelo *C. STJ*, no âmbito do *REsp n. 1.221.170 – PR, sistemática dos repetitivos, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho*. Entretanto, a D. Autoridade Coatora restringe as possibilidades de utilização do crédito decorrente da não-cumulatividade, utilizando-se de argumentos inconstitucionais para tanto.

Medida liminar indeferida por meio da decisão que se encontra registrada sob o id n. 259988935.

Segue-se manifestação da *UNIÃO FEDERAL – FAZENDA NACIONAL* (id n. 261336698), requerendo seu ingresso em lide na qualidade de litisconsorte passiva.

Informações da autoridade impetrada registradas sob o id n. 261719719.

Parecer do Ministério Público Federal sob o id n. 262604629.

Vieram os autos com conclusão.

É o relatório.

Decido.

Preliminarmente, insta consignar, na linha do que já o fizera por ocasião da análise do pedido de liminar, que, ainda que a sede funcional da autoridade impetrada não concida com a do juízo, cumpre afirmar a competência jurisdicional do Juízo para o processo e julgamento da presente impetração, nos termos de iterativos precedentes: *STJ - AgInt no CC 153.878/DF, Primeira Seção, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA; TRF-3R - CC n. 50003028-36.2018.403.0000; Proc. n. 5000457-66.2017.403.6131*. Com tais considerações, afirmo a competência jurisdicional deste juízo para o processamento do *mandamus*.

Isto bem estabelecido, é de se acolher o protesto para a inclusão no feito, na qualidade de *litisconsorte passiva*, da *UNIÃO FEDERAL – FAZENDA NACIONAL*, conforme manifestação por ela protocolada sob o id n. 261336698. Da mesma forma, haverá necessidade de correção do polo passivo para que dele conste, corretamente, como autoridade impetrada, o *ILMO. SR. DELEGADO DA RECEITA FEDERAL EM BAURU/SP*. Oportunamente, encaminhem-se os autos ao *SEDI* para o processamento das alterações necessárias.

Ainda à guisa de preliminar, insta rechaçar a alegação de não conhecimento do *mandamus* com base na *Súmula n. 266 do C. STF*. Sobre esse ponto, recupero os fundamentos já expedidos por ocasião da decisão preambular, em que deixei consignado que, malgrado a impetrante teça considerações explicitamente abstratas acerca daquilo que poderá – ou deverá – ser a interpretação da autoridade impetrada quanto ao *conceito de insumo*, a repercutir sobre a órbita da sistemática da incidência não-cumulativa a que acredita estar subordinada, entendo, na linha daquilo que já ponderava alhures, admissível a impetração, porque a contribuinte comprova, com a inicial, que existe normatização interna, no âmbito da *RECEITA FEDERAL DO BRASIL* acerca da matéria aqui em debate. Refiro-me ao *art. 172 e seu § 2º da IN RFB n. 1.911/2019*, redigido nos termos seguintes:

“Art. 172. Para efeitos do disposto nesta Subseção, consideram-se insumos os bens ou serviços considerados essenciais ou relevantes, que integram o processo de produção ou fabricação de bens destinados à venda ou de prestação de serviços (Lei nº 10.637, de 2002, art. 3º, *caput*, inciso II, com redação dada pela Lei nº 10.865, de 2004, art. 37; e Lei nº 10.833, de 2003, art. 3º, *caput*, inciso II, com redação dada pela Lei nº 10.865, de 2004, art. 21).

(...)

§ 2º. Não são considerados insumos, entre outros:

(...)

VII - bens e serviços utilizados, aplicados ou consumidos em operações comerciais; e

VIII - bens e serviços utilizados, aplicados ou consumidos nas atividades administrativas, contábeis e jurídicas da pessoa jurídica" (g.n.).

Daí, conquanto veicule temática essencialmente interpretativa no plano abstrato da normatividade relativa à matéria em análise – *i. é*, não há nenhum ato concreto de autoridade já praticado a ser analisado, ou na iminência de sê-lo – entendo cabível a impetração em caráter preventivo, porque, segundo penso, a existência de instrução normativa interna vinculando a ação da autoridade fazendária confere densidade normativa concreta aos preceitos normativos impugnados pela impetrante, a satisfazer, em princípio, o requisito do interesse processual. Por tais razões é que entendo *cabível* a impetração, razão pela qual rejeito a preliminar suscitada pela autoridade impetrada.

Por fim, diga-se não medrar a preliminar de inadequação da via mandamental para a discussão aqui encetada, na medida em que – cediço – a discussão entabulada nos autos é *estritamente de direito*, prescinde de esclarecimento de fatos mediante instrução probatória, razão pela qual não há que se reconhecer a ausência de interesse processual para o *mandamus*. Com essas considerações, rejeito a preliminar.

Com tais considerações devidamente assentadas, encontro presentes os pressupostos processuais e as condições da ação. Feito bem processado, contraditório preservado, partes legítimas e bem representadas, não há outras preliminares a decidir, nulidades a reconhecer, anulabilidades e/ ou irregularidades a suprir ou sanar. O *mandamus* está em termos de julgamento.

A impetração é desenganadamente improcedente.

A despeito, sempre, do máximo respeito e devida consideração que se deva render aos cultos e jurídicos fundamentos que substanciam a causa de pedir desenvolvida na impetração, subscrita por causídicos de notável saber jurídico, o certo é que, na linha do que se vem de argumentar desde a análise da postulação liminar, não há como vislumbrar, *in casu*, qualquer lesão ou ameaça a direito subjetivo da impetrante a justificar a concessão da ordem por ela postulada na preambular.

Conquanto inegável que a sistemática de *incidência não-cumulativa* tenha, de efeito, sido adotada pelo legislador constituinte para as contribuições sociais aqui em análise (*PIS/ COFINS*), não é de hoje que se vem entendendo que essa sistemática *não é absoluta e nem incondicional*, de molde a conferir-lhe eficácia em extensão tão ampla quanto a pretendida pela ora impetrante.

De início, será necessário dizer que é o próprio *Texto Constitucional* quem estabelece que o regime de não-cumulatividade relativo à tributação aqui em evidência será aplicado para os setores de atividade econômica definidos por lei,

o que significa dizer que haverá segmentos específicos para os quais remanesce – por conta de uma *opção política que pode ser validamente exercida* – a sistemática da *incidência cumulativa*. Essa opção legislativa, no caso, foi exercida, está expressa pela legislação que trata dessa matéria específica, a saber, as Leis n. 10.637/2002 e n. 10.833/2003, não decorrendo, ao menos para os efeitos que calham a uma análise preambular da pretensão, a conclusão de que este formato de incidência não-cumulativa possa ser interpretado da forma ampla como pretende a contribuinte, ou justifique a dedução indiscriminada e integral de valores na apuração do *PIS/COFINS*.

Nesse sentido, é firme a posição jurisprudencial cunhada no âmbito do E. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO, no sentido de que – ao contrário do que sustenta a ora impetrante – as inovações incorporadas ao art. 195, § 12 da CF por meio da EC n. 42/03, inauguraram um regime de *convivência* – e não *exclusividade* – entre a *sistemática cumulativa* e a *não-cumulativa*, valorizando as *opções meritórias* encampadas pelo legislador infra-constitucional e seus intérpretes administrativos, conforme o segmento de atividade econômica de que se trate. Nesse sentido, indico excerto de pedagógico precedente daquela E. Corte Regional:

“ (...)

- No mais, o regime da não cumulatividade, no caso das contribuições sociais, não comporta o mesmo tratamento dado, pela própria Constituição Federal, ao ICMS e ao IPI.
- A não cumulatividade prevista pelo constituinte originário referia-se à conexão de várias operações em que há a possibilidade de se excluir, da base de cálculo do imposto devido nas operações ulteriores, o imposto já recolhido nas anteriores, de forma a evitar a tributação em cascata ou sucessiva.
- Já a não cumulatividade instituída para as contribuições sociais, incidentes sobre a receita ou o faturamento, à evidência, não se refere ao ciclo de produção, mas tem em conta o próprio contribuinte, uma vez que a grandeza constitucionalmente definida como base de cálculo não constitui um ciclo econômico, mas um fator eminentemente pessoal, a saber, a obtenção de receita ou faturamento. Assim, diferentemente do que afirmam as agravantes, entendo que não se trata de delegação de competência condicionada.
- Conforme lições de Marco Aurélio Greco, “faturamento/receita bruta decorrerá de operações com mercadorias ou prestações de serviços, porém as próprias operações ou prestações não correspondem às realidades qualificadas pela Constituição, e pela própria legislação, para o fim de definir a respectiva incidência. Relevantes são a receita e o faturamento, eventos ligados à pessoa, e não às coisas objeto de negociação, nem às operações em si. De fato, a operação é negócio jurídico que se reporta à coisa, enquanto faturamento/receita diz respeito às pessoas”. (Substituição Tributária - antecipação do fato gerador, 2ª edição, Malheiros, p. 191).
- A Constituição Federal, em seu art. 195, § 12, com redação determinada pela Emenda Constitucional 42/03, prevê o regime da não cumulatividade, mas não estabelece os critérios a serem obedecidos, cabendo, portanto, à legislação infraconstitucional a incumbência de fazê-lo.

- As Leis 10.637/02 e 10.833/03 em momento algum preveem de forma explícita que a instituição da contribuição necessariamente deverá se dar com a utilização de créditos de despesas financeiras. Sendo tais os diplomas legais responsáveis pelo estabelecimento dos termos da não cumulatividade das contribuições em questão, não cabem as alegações tecidas. Simplesmente este é o regime legalmente delineado. Precedentes.

- Apelação desprovida”.

[TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS - APELAÇÃO CÍVEL - 365857 - 0014548-81.2015.4.03.6144/SP, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE, julgado em 18/10/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:09/11/2017].

Malgrado se refira especificamente ao abatimento de créditos decorrentes de despesas financeiras, não há como olvidar que o precedente em análise deixa bem claro que o regime de não-cumulatividade constitucionalmente previsto não estabelece os critérios a serem obedecidos, cabendo essa tarefa às *normas de regência infra-constitucional*. No mesmo sentido, enfileiram-se diversos precedentes, todos na linha de que os setores de atividade econômica para os quais as contribuições serão não-cumulativas são definidos por legislação infra-constitucional, cabendo sua delimitação à opção política do legislador. Indico:

TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. LEI 10.637/2002 E LEI 10833/2003. ALÍQUOTA DECRETO N.º 8.426/15. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. REGIME NÃO-CUMULATIVO. REGRAMENTO LEGAL. APELAÇÃO DESPROVIDA.

“1. Trata-se de apelação à sentença denegatória em mandado de segurança, impetrado com o objetivo de afastar a tributação do PIS/COFINS incidentes sobre as receitas financeiras, com as alíquotas de 0,65% (PIS) e 4% (COFINS) fixadas pelo Decreto nº 8.426/2015, ao fundamento de sua ilegalidade/inconstitucionalidade, devendo permanecer a alíquota reduzida a zero pelo Decreto nº 5.442/2005; com pedido subsidiário no sentido de garantir direito de apropriar-se dos créditos em relação às despesas financeiras incorridas, com base no princípio da não-cumulatividade do PIS/COFINS.

2. A exigibilidade das contribuições ao PIS e à COFINS, incidentes sobre as receitas financeiras auferidas pelas pessoas jurídicas no regime não-cumulativo, tem fundamento no art. 195, II, “b”, da CF na redação dada pela EC 20/98 e nas Leis nºs 10.637/2002 e 10.833/2003, respectivamente, com previsão da hipótese de incidência do tributo, base de cálculo e alíquotas. Portanto, incabível a alegação de ofensa à estrita legalidade (art. 150, I, CF), nem de delegação de competência tributária (art. 7º, CTN).

3. As Leis nºs 10.637/2002 e 10.833/2003 instituíram o PIS/COFINS sobre as receitas financeiras definindo como base de cálculo o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pelas pessoas jurídicas no regime não-cumulativo, independentemente de sua denominação ou classificação contábil, à alíquota de. Portanto, existe autorização constitucional e legal para 1,65% para o PIS e de 7,6% para a COFINS a incidência do PIS/COFINS sobre as receitas financeiras.

4. O Decreto nº 8.426/2015 encontra fundamento de validade no art. 27, § 2º, da Lei nº 10.865/2004 que autoriza o Poder Executivo a reduzir e

restabelecer as alíquotas do PIS e da COFINS sobre as receitas financeiras no regime não-cumulativo.

5. Descabida a alegação de majoração da alíquota do PIS/COFINS sobre as receitas financeiras no regime não-cumulativo. Não houve alteração superior à alíquota definida na Lei nº 10.637/2002 (PIS: 1,65%) e na Lei nº 10.833/2003 (COFINS: 7,6%). A instituição em lei de uma alíquota teto e a edição de decretos alterando tais alíquotas dentro das condições e limites legais, não constituem ilegalidade.

6. Desde a Lei nº 10.637/2002 o legislador imprimiu natureza extrafiscal às contribuições ao PIS e à COFINS ao autorizar o Poder Executivo a reduzir para zero e a restabelecer parcialmente a alíquota, incidentes sobre as receitas financeiras no regime não-cumulativo.

7. A finalidade da garantia inscrita no art. 150, I, da CF/88, exige lei em sentido material e formal para instituir ou alterar a norma tributária para aumentar a carga tributária. O que não ocorre na espécie em que, a partir de lei formal e nos respectivos limites de contenção, o decreto veio alterar a alíquota anterior, que havia sido reduzida a zero também por decreto presidencial, mantendo ainda a tributação reduzida.

8. A estrita legalidade inscrita no art. 150, I, da CF/88 exige lei formal para as hipóteses de instituição e de majoração de tributo, e não para a alteração de alíquota do tributo a patamares inferiores aos da lei.

9. Outrossim, a revogação do benefício na espécie, não institui ou modifica o tributo - não amplia a base de cálculo, não majora a alíquota do tributo nem amplia a gama de contribuintes - não se sujeitando, assim, à restrição prevista no § 6º do art. 150 da Constituição Federal.

10. Em relação à alegada majoração indevida de tributo, a finalidade da limitação ao poder de tributar encontra-se satisfeita, vez que o *quantum debeatur* da obrigação tributária encontra-se limitado a um montante previamente estabelecido, por força de lei.

11. Descabido o pedido sucessivo da recorrente, no sentido de que seja reconhecido o *direito subjetivo à dedução indiscriminada e integral de valores na apuração do PIS/COFINS, em respeito ao princípio da não-cumulatividade*.

12. *A não-cumulatividade do PIS/COFINS foi introduzida pelas Leis nºs 10.637/2002 e 10.833/2003, na forma do art. 195, § 12, da CF que autoriza a coexistência dos regimes cumulativo e não-cumulativo, na medida em que ao cuidar da matéria referiu, apenas, que a lei definirá os setores de atividade econômica para os quais as contribuições serão não-cumulativas.*

13. A Lei nº 10.865/2004, ao revogar o art. 3º das Leis nºs 10.637/2002 e 10.833/2003, deixou de prever a obrigatoriedade de descontos de créditos em relação às despesas financeiras, *no entanto não excluiu tal possibilidade, prevendo que o Poder Executivo, mediante critérios administrativos, permitirá o desconto de tais despesas financeiras, na forma prevista no caput do art. 27 da mesma lei; o que reforça a natureza extrafiscal das mencionadas contribuições.*

14. *Prevendo o § 12 do art. 195 da Constituição Federal que cabe à lei especificar quais despesas financeiras são passíveis de desconto no regime não-cumulativo, impõe-se afastar a pretensão de deduzir indiscriminada e integralmente os valores na apuração do PIS/COFINS, como quer a recorrente.*

15. Apelação desprovida" (g.n.).

[APELAÇÃO CÍVEL – SIGLA_CLASSE: ApCiv 5002618-69.2018.4.03.6113, TRF3 - 6ª Turma, Intimação via sistema DATA: 29/08/2019].

No mesmo sentido: TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS – APELAÇÃO CÍVEL - 369464 - 0004872-13.2016.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRE NABARRETE, julgado em 04/10/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/10/2017; TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 369879 - 0004492-90.2016.4.03.6002, Rel. JUIZA CONVOCADA DENISE AVELAR, julgado em 18/10/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:23/10/2017.

Aliás, em derredor da exata questão trazida a debate no âmbito do presente processo, qual seja, exclusão da base de cálculo das contribuições devidas ao PIS e à COFINS do serviço pago às administradoras de cartão de crédito e débito, há firme orientação jurisprudencial no âmbito do E. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO, pela negativa. Deveras, em que pese possam ser considerados inegáveis mecanismos de fomento às atividades empresariais do contribuinte, na medida em que se consubstanciam em ferramenta facilitadora de pagamentos e transações financeiras em geral, não podem ser considerados insumos, *stricto sensu*, uma vez que *não são indispensáveis ao exercício da atividade econômica explorada pela contribuinte*, de sorte que, rigorosamente, não está atendido o *critério da essencialidade* que informa o conceito tributário de *insumo*. Neste exato sentido, indico precedente específico, recentemente publicado pelo E. Tribunal:

AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR. REQUISITOS NÃO DEMONSTRADOS. PIS E COFINS. TAXA DE ADMINISTRAÇÃO DOS SERVIÇOS DE CARTÃO DE CRÉDITO E DÉBITO. INSUMO. CREDITAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

“1. São requisitos para a concessão da liminar em mandado de segurança, a relevância do fundamento e o *periculum in mora*.

2. *A controvérsia jurídica referente à exclusão da base de cálculo do PIS e da COFINS, de taxas/comissões pagas a administradoras de cartões de crédito/débito, já foi decidida por ambas as Turmas do E. Supremo Tribunal Federal.*

3. *O valor da taxa de administração de cartão de crédito/débito constitui despesa operacional e integra a receita obtida pela pessoa jurídica com a venda do produto/serviço, ainda que tal percentual fique retido pela operadora no repasse dos valores da operação (RE nº 744.449-AgR/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO).*

4. *Os serviços de cartão de crédito e débito não se enquadram no conceito de insumo à luz do critério da essencialidade, pois não são indispensáveis ao exercício da atividade econômica explorada pela agravante, em que pese sejam inegáveis mecanismo de fomento às suas atividades e ferramenta facilitadora de transações financeiras e de pagamentos colocada à disposição dos consumidores e clientes em geral. Precedentes do STJ.*

5. Não se presta à demonstração do requisito processual de *periculum in mora* a mera alegação de que a agravante está impossibilitada de tomar os créditos de PIS e COFINS que considera devidos, especialmente tratando-se de sistemática de apuração tributária à qual encontra-se submetida há anos.

6. A agravante não logrou demonstrar a plausibilidade do direito invocado, bem como o perigo da demora, consistente na possibilidade de ineficácia futura da decisão de mérito.

7. 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.

8. Agravo interno desprovido" (g.n.).

[AGRAVO DE INSTRUMENTO – SIGLA/ CLASSE: AI 5009543-82.2021.4.03.0000; TRF3 - 6ª Turma, Intimação via sistema, DATA: 28/09/2021].

No mesmo sentido:

MANDADO DE SEGURANÇA. PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DOS VALORES COBRADOS PELAS ADMINISTRADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DÉBITO. IMPOSSIBILIDADE. APELO DESPROVIDO.

"1. O artigo 195, I, "a", da Constituição Federal institui a contribuição para o financiamento da seguridade social sobre a receita ou o faturamento, este constituído pelo resultado das vendas de mercadorias, independentemente da entrada ou do efetivo pagamento do preço.

2. Pela detida análise das Leis nºs 10.637/02, 10.833/03 e 9.718/98, *não se verifica a exclusão das taxas de administração de cartões da base de cálculo do PIS e da COFINS. Se não há expressa previsão de exclusão, inviável a concessão do pleito.*

3. *De acordo com decisão do STJ, a Ministra Regina Helena Costa definiu a essencialidade como "o item do qual dependa, intrínseca e fundamentalmente, o produto ou o serviço, constituindo elemento estrutural e inseparável do processo produtivo ou da execução do serviço, ou, quando menos, a sua falta lhes prive de qualidade, quantidade e/ou suficiência". Na mesma esteira, definiu a noção de relevância como a qualidade "identificável no item cuja finalidade, embora não indispensável à elaboração do próprio produto ou à prestação do serviço, integre o processo de produção, seja pelas singularidades de cada cadeia produtiva".*

4. As definições balizadoras do julgamento paradigma não parecem espelhar a hipótese dos autos de que a taxa de administração de cartão de crédito se adegue ao conceito de insumo de modo a ampliar, sem base legal, a possibilidade de dedução tributária.

5. Apelação não provida" (g.n.).

[APELAÇÃO CÍVEL – SIGLA/CLASSE: ApCiv 5003358-23.2019.4.03.6103; TRF3 - 3ª Turma, Intimação via sistema DATA: 22/10/2021].

Até porque já se decidiu – *coerentemente* – que, em tema de aproveitamento de créditos para fins de declaração de compensação, é *descabida a interpretação analógica* ou extensiva, por incidência do que dispõe o art. 111, I do CTN, calhando essa interpretação, como não poderia deixar de ser, também para as declarações de compensação atinentes ao *PIS* e à *COFINS*. Nesse sentido:

"(...)

O disposto nas Leis nºs 10.637/2002 e 10.833/2003 não pode ser interpretado extensivamente para assegurar à apelante o creditamento pretendido, *visto que as hipóteses de exclusão do crédito tributário tem*

interpretação literal e restritiva, não comportando exegese extensiva, à luz do art. 111, I, do CTN" (g.n.).

[TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 368503 - 0003812-05.2016.4.03.6100, Rel. JUIZA CONVOCADA LEILA PAIVA, julgado em 28/09/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/10/2017].

E tanto isso é verdade que se tem decidido que, *v.g.*, a edição dos arts. 37 e 21 da Lei n. 10.865/04, que revogaram, respectivamente, de forma expressa, o art. 3º, V, das Leis n. 10.637/02 e n. 10.833/03, são perfeitamente válidos, uma vez que efetivada por meio normativo adequado (lei), sem que se configure qualquer ofensa ao princípio da não-cumulatividade. Nesse sentido: *TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, AMS - APELAÇÃO CÍVEL - 360241 - 0021492-37.2015.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRE NABARRETE, julgado em 07/12/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:30/01/2017.*

Daí, e conquanto necessário distinguir que, efetivamente, não possa haver paralelo entre o regime não-cumulativo de *IPI/ICMS* e o de *PIS/COFINS*, porque os fatos impositivos das respectivas hipóteses de incidência são completamente distintos, não há como pretender extrair, dessa circunstância apenas, que se haja adotado, para a incidência das contribuições aqui em questão uma sistemática de não-cumulatividade tão ampla a permitir, como aqui se pretende, se considere como insumo, nela contemplado, toda e qualquer despesa incorrida na persecução do objeto societário inexistindo tampouco possibilidade de, *verbis*: "(...) *extensão de regras que, pela exegese da regência normativa, com respaldo em jurisprudência, não são destinadas a tal setor econômico*" (Acórdão n. 5001951-55.2019.4.03.6111; Classe: APELAÇÃO CÍVEL – ApCiv; Relator(a): Desembargador Federal LUIS CARLOS HIROKI MUTA; TRF - TERCEIRA REGIÃO; 3ª Turma; Data: 25/03/2022; Data da publicação: 11/04/2022; Intimação via sistema DATA: 11/04/2022).

Entendemos, na linha dos precedentes, que, tomada por premissa, como já disse antes, a existência atual de um *regime de convivência* – e não de *exclusividade* – entre a *sistemática cumulativa* e *não-cumulativa* de incidência das contribuições sociais ora em análise, que se afigura *legítimo* o estabelecimento de restrições ou a imposição de certos limites ao alcance de determinados elementos e conceitos que constituem o aspecto material e/ ou quantitativo da hipótese de incidência, segundo as características, peculiaridades e vicissitudes de cada segmento econômico afetado pela tributação, seja por decorrência de imposição legal ordinária, seja por edição de ato normativo infra-legal de cunho interpretativo.

Exegese essa que, como se vem de argumentar, passa longe do amesquinamento ou barateamento dos dispositivos constitucionais aqui invocados pela impetrante, mas que, pelo contrário, podem validamente valorizar as opções políticas levadas a cabo pelo legislador ordinário.

É necessário que se compreenda que a escolha – ou *seleção* de quais serão os agentes econômicos sujeitos à sistemática de não-cumulatividade do *PIS/COFINS*, e conseqüentemente, a definição da amplitude ou extensão das hipóteses de tributação a ela sujeitas – compete ao legislador infra-constitucional e ao

administrador público, cada qual no âmbito de suas competências, no pleno e exclusivo exercício discricionário da *seletividade e distributividade* na prestação dos benefícios e serviços de seguridade social (art. 194, III da CF), não cabendo ao *Poder Judiciário*, arvorando-se em função típica de outros poderes, desconstituir ou reavaliar *decisões meritórias* exercidas dentro dos limites estabelecidos pela ordem constitucional. Nesse exato sentido, precedente extremamente lúcido do E. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO, assim ementado:

TRIBUTÁRIO. IPI. EMBALAGENS PARA ALIMENTOS. DECRETOS Nº 3.777/01 E Nº 8.950/2016. MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTA. POSSIBILIDADE.

“1. As alíquotas do IPI podem ser majoradas a qualquer tempo, independentemente de lei, por ato do Poder Executivo, sem que isso implique violação ao princípio da legalidade, na forma do §1º do art. 153 da CF.

2. O grau de essencialidade, utilidade, nocividade e ociosidade do produto devem ser aferidos pelo Poder Executivo, segundo seu juízo político, não cabendo ao Judiciário imiscuir-se no mérito da norma, a menos que afronte as disposições legais e constitucionais.

3. Não há ofensa ao princípio da seletividade, tendo em vista que o produto cuja alíquota do IPI restou majorada consiste em embalagens plásticas para alimentos, de modo que o fato de um alimento ser considerado essencial não torna a embalagem que o acondiciona - a embalagem plástica, no caso - igualmente essencial.

4. A fixação de alíquotas diferenciadas para embalagens de produtos alimentícios, de acordo com material de que são confeccionadas, guarda relação com o propósito relacionado à política ambiental que visa a desestimular o uso de produtos que levam plástico em sua composição, em especial as embalagens, que costumam gerar maior impacto ambiental.

5. Apelação a que se nega provimento” (g.n.).

[ApCiv 5003236-66.2018.4.03.6128, Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, TRF3 - 3ª Turma, Intimação via sistema DATA: 26/11/2019].

Decorrencia do *establishment* constitucional que condiciona a ordem jurídica, as escolhas de mérito administrativo adotadas pelo legislador não podem ser simplesmente desfeitas ou desconsideradas pelo Estado-Juiz, razão pela qual não haverá como aceder ao argumento que se sustenta na petição inicial, visto que sua revisão, *implícita*, mas *necessariamente*, importaria a *reavaliação meritória* de hipóteses que deixaram de ser incluídas, pelo legislador infra-constitucional, no regime da não-cumulatividade. *Não prospera a impetração.*

DISPOSITIVO

Do exposto, e e considerando o mais que dos autos consta, JULGO IMPROCEDENTE o pedido contido na inicial do presente writ mandamental, com resolução do mérito da causa, na forma do art. 487, I do CPC. Nessa conformidade, DENEGO A ORDEM postulada. Custas, pelo impetrante. Sem honorários, nos termos das Súmulas n. 512 do STF e n. 105 do STJ. Oportunamente, ao SEDI para atendimento. Ciência ao Ministério Público Federal – MPF.

Juiz Federal MAURO SALLES FERREIRA LEITE



Súmulas

SÚMULAS DO TRF DA 3ª REGIÃO¹

SÚMULA Nº 01

Em matéria fiscal é cabível medida cautelar de depósito, inclusive quando a ação principal for declaratória de inexistência de obrigação tributária.

SÚMULA Nº 02

É direito do contribuinte, em ação cautelar, fazer o depósito integral de quantia em dinheiro para suspender a exigibilidade de crédito tributário.

SÚMULA Nº 03

É ilegal a exigência da comprovação do prévio recolhimento do Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços como condição para a liberação de mercadorias importadas.

SÚMULA Nº 04 (REVISADA)

A Fazenda Pública – nesta expressão incluídas as autarquias – nas execuções fiscais, não está sujeita ao prévio pagamento de despesas para custear diligência de oficial de justiça.

- *Vide* IUJ Ag nº 90.03.020242-7, publicado na RTRF3R 24/268 e Incidente de Revisão de Súmula no Ag nº 95.03.023526-0, publicado na RTRF3R 36/306.
- O Pleno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, na sessão ordinária de 01 de julho de 1997, acolheu a Revisão da Súmula nº 04, a que se atribuiu o nº 11, tendo sido publicada nos DJU de 20/02/98, Seção II, págs. 151 e 152; DJU de 25/02/98, Seção II, pág. 215 e DJU de 26/02/98, Seção II, pág. 381.

SÚMULA Nº 05

O preceito contido no artigo 201, parágrafo 5º, da Constituição da República consubstancia norma de eficácia imediata, independentemente sua aplicabilidade da edição de lei regulamentadora ou instituidora da fonte de custeio.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108046-7, publicado na RTRF3R 92/500.

¹ N.E. - Enunciados de acordo com a publicação no Diário Oficial.

SÚMULA Nº 06

O reajuste dos proventos resultantes de benefícios previdenciários deve obedecer às prescrições legais, afastadas as normas administrativas que disponham de maneira diversa.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108040-8, publicado na RTRF3R 92/478.

SÚMULA Nº 07

Para a apuração da renda mensal inicial dos benefícios previdenciários concedidos antes da Constituição Federal de 1988, a correção dos 24 (vinte e quatro) salários-de-contribuição, anteriores aos últimos 12 (doze), deve ser feita em conformidade com o que prevê o artigo 1º da Lei 6.423/77.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108041-6, publicado na RTRF3R 92/481.

SÚMULA Nº 08

Em se tratando de matéria previdenciária, incide a correção monetária a partir do vencimento de cada prestação do benefício, procedendo-se à atualização em consonância com os índices legalmente estabelecidos, tendo em vista o período compreendido entre o mês em que deveria ter sido pago, e o mês do referido pagamento.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108042-4, publicado na RTRF3R 92/485.

SÚMULA Nº 09

Em matéria previdenciária, torna-se desnecessário o prévio exaurimento da via administrativa, como condição de ajuizamento da ação.

- *Vide* PRSU nº 93.03.113720-5, publicado na RTRF3R 92/503.

SÚMULA Nº 10

O artigo 475, inciso II, do CPC (remessa oficial) foi recepcionado pela vigente Constituição Federal.

- *Vide* Relevante Questão Jurídica na AC nº 94.03.017049-2, publicada na RTRF3R 28/289.

SÚMULA Nº 11

Na execução fiscal, a Fazenda Pública está obrigada a adiantar as despesas de transporte do oficial de justiça.

- *Vide* Incidente de Revisão de Súmula no Ag nº 95.03.023526-0, publicado na RTRF3R 36/306.

SÚMULA Nº 12

Não incide o imposto de renda sobre a verba indenizatória recebida a título da denominada demissão incentivada ou voluntária.

- *Vide* IUJ AMS nº 95.03.095720-6, publicado na RTRF3R 40/338.

SÚMULA Nº 13

O artigo 201, parágrafo 6º, da Constituição da República tem aplicabilidade imediata para efeito de pagamento de gratificação natalina dos anos de 1988 e 1989.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108043-2, publicado na RTRF3R 92/489.

SÚMULA Nº 14

O salário mínimo de NCz\$ 120,00 (cento e vinte cruzados novos) é aplicável ao cálculo dos benefícios previdenciários no mês de junho de 1989.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108044-0, publicado na RTRF3R 92/493.

SÚMULA Nº 15

Os extratos bancários não constituem documentos indispensáveis à propositura da ação em que se pleiteia a atualização monetária dos depósitos de contas do FGTS.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021024-5, publicado na RTRF3R 92/538.

SÚMULA Nº 16

Basta a comprovação da propriedade do veículo para assegurar a devolução, pela média de consumo, do empréstimo compulsório sobre a compra de gasolina e álcool previsto no Decreto-lei nº 2.288/1986.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021039-7, publicado na RTRF3R 92/547.

SÚMULA Nº 17

Não incide o imposto de renda sobre verba indenizatória paga a título de férias vencidas e não gozadas em caso de rescisão contratual.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021042-7, publicado na RTRF3R 92/555.

SÚMULA Nº 18

O critério do artigo 58 do ADCT é aplicável a partir de 05/04/1989 até a regulamentação da Lei de Benefícios pelo Decreto nº 357 de 09/12/91.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021048-8, publicado na RTRF3R 92/596 e Despacho publicado na RTRF3R 102/782.

SÚMULA Nº 19

É aplicável a variação do Índice de Reajuste do Salário Mínimo, no percentual de 39,67%, na atualização dos salários-de-contribuição anteriores a março de 1994, a fim de apurar a renda mensal inicial do benefício previdenciário.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021050-6, publicado na RTRF3R 92/614.

SÚMULA Nº 20

A regra do parágrafo 3º do artigo 109 da Constituição Federal abrange não só os segurados e beneficiários da Previdência Social, como também aqueles que pretendem ver declarada tal condição.

- *Vide* PRSU nº 2002.03.00.052631-4, publicado na RTRF3R 92/507.

SÚMULA Nº 21

A União Federal possui legitimidade passiva nas ações decorrentes do empréstimo compulsório previsto no Decreto-lei nº 2.288/86.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021040-3, publicado na RTRF3R 92/550.

SÚMULA Nº 22

É extensível aos beneficiários da Assistência Social (inciso V do artigo 203 da CF) a regra de delegação de competência do parágrafo 3º do artigo 109 da Constituição Federal, sendo exclusiva a legitimidade passiva do INSS.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021046-4, publicado na RTRF3R 92/569.

SÚMULA Nº 23

É territorial e não funcional a divisão da Seção Judiciária de São Paulo em Subseções. Sendo territorial, a competência é relativa, não podendo ser declinada de ofício, conforme dispõe o artigo 112 do CPC e Súmula 33 do STJ.

SÚMULA Nº 24

É facultado aos segurados ou beneficiários da Previdência Social ajuizar ação na Justiça Estadual de seu domicílio, sempre que esse não for sede de Vara da Justiça Federal.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021045-2, publicado na RTRF3R 92/559.

SÚMULA Nº 25

Os benefícios previdenciários concedidos até a promulgação da Constituição Federal de 1988 serão reajustados pelo critério da primeira parte da Súmula nº 260 do Tribunal Federal de Recursos até o dia 04 de abril de 1989.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021049-0, publicado na RTRF3R 92/601.

SÚMULA Nº 26

Não serão remetidas aos Juizados Especiais Federais as causas previdenciárias e assistenciais ajuizadas até sua instalação, em tramitação em Vara Federal ou Vara Estadual no exercício de jurisdição federal delegada.

SÚMULA Nº 27

É inaplicável a Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal, em ação rescisória de competência da Segunda Seção, quando implicar exclusivamente em interpretação de texto constitucional.

SÚMULA Nº 28

O PIS é devido no regime da Lei Complementar nº 7/70 e legislação subsequente, até o termo inicial de vigência da MP nº 1.212/95, diante da suspensão dos Decretos-leis nº 2.445/88 e nº 2.449/88 pela Resolução nº 49/95, do Senado Federal.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021038-5, publicado na RTRF3R 92/544.

SÚMULA Nº 29

Nas ações em que se discute a correção monetária dos depósitos das contas vinculadas do FGTS, a legitimidade passiva é exclusiva da Caixa Econômica Federal - CEF.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021023-3, publicado na RTRF3R 92/534.

SÚMULA Nº 30

É constitucional o empréstimo compulsório sobre o consumo de energia elétrica previsto na Lei 4.156/62, sendo legítima a sua cobrança até o exercício de 1993.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021041-5, publicado na RTRF3R 92/553.

SÚMULA Nº 31

Na hipótese de suspensão da execução fiscal, com fundamento no artigo 40 da Lei 6.830/80, decorrido o prazo legal, serão os autos arquivados sem extinção do processo ou baixa na distribuição.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.016705-4, publicado na RTRF3R 92/524.

SÚMULA Nº 32

É competente o relator para dirimir conflito de competência em matéria penal através de decisão monocrática, por aplicação analógica do artigo 120, § único do Código de Processo Civil autorizada pelo artigo 3º do Código de Processo Penal.

SÚMULA Nº 33

Vigora no processo penal, por aplicação analógica do artigo 87 do Código de Processo Civil autorizada pelo artigo 3º do Código de Processo Penal, o princípio da *perpetuatio jurisdictionis*.

SÚMULA Nº 34

O inquérito não deve ser redistribuído para Vara Federal Criminal Especializada enquanto não se destinar a apuração de crime contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492/86) ou delito de "lavagem" de ativos (Lei nº 9.613/98).

SÚMULA Nº 35

Os efeitos penais do artigo 9º, da Lei nº 10.684/03 aplicam-se ao Programa de Parcelamento Excepcional - PAEX.

- *Vide* Incidente de Uniformização de Jurisprudência Criminal nº 0014013-56.2006.4.03.6181, publicado no RTRF3R 107/161.

SÚMULA Nº 36

É incabível a redistribuição de ações no âmbito dos Juizados Especiais Federais, salvo no caso de Varas situadas em uma mesma base territorial.

- *Vide* CC nº 0011900-67.2014.4.03.0000, publicado na RTRF3R 124/95.

SÚMULA 37

Compete à 3ª Seção julgar as ações referentes à devolução dos valores recebidos indevidamente a título de benefício previdenciário, independentemente do tipo de ação proposta.

- *Vide* CC nº 0012712. 41.2016. 4 .03.0000 e CC nº 0012713-26.2016.4.03.0000 publicados na RTRF3R 134/85 e 134/93, respectivamente.

SÚMULA Nº 38

Ausente controvérsia a respeito dos requisitos para a concessão ou revisão de benefício da seguridade social, cumpre à unidade judiciária com competência cível o julgamento de demanda que verse sobre a regularidade de processo administrativo previdenciário.

- *Vide* CCCiv nº 5011468-50.2020.4.03.0000, publicado na RTRF3R 147/99.

SÚMULAS DA TURMA REGIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS DA 3ª REGIÃO²

SÚMULA Nº 1

Na hipótese de direito adquirido ao pecúlio, o prazo prescricional começa a fluir a partir do afastamento do trabalho. (Origem: Enunciado 02 do JEFSP; Súmula nº 02 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 2

Com a implantação do Plano de Benefício da Previdência Social, oriundo da Lei nº 8.213/91, o benefício previdenciário de prestação continuada não mais está mais vinculado ao número de salários mínimos existentes quando de sua concessão. (Origem: Enunciado 03 do JEFSP; Súmula nº 03 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 3

É devida a revisão da renda mensal inicial do benefício previdenciário cujo período básico de cálculo considerou o salário de contribuição de fevereiro de 1994, a ser corrigido pelo índice de 39,67% (trinta e nove vírgula sessenta e sete por cento), relativo ao IRSM daquela competência. (Origem: Enunciado 04 do JEFSP; Súmula nº 04 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 4

A renda mensal "per capita" correspondente a 1/4 (um quarto) do salário mínimo não constitui critério absoluto de aferição da miserabilidade para fins de concessão de benefício assistencial. (Origem: Enunciado 01 do JEFSP; Súmula nº 05 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

² **Súmulas 1 a 19** aprovadas pelos membros da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região em Sessão realizada nos dias 30 e 31 de março de 2015, reenumeradas em Sessão de 03 de junho de 2015, conforme publicação no Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3ª Região, Edição nº 109/2015, Publicações Judiciais II – JEF, disponibilizado em 17 de junho de 2015. **Súmulas 20 a 23** aprovadas pelos membros da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região em Sessão realizada no dia 28 de agosto de 2015, numeradas em Sessão de 22 de outubro de 2015, conforme publicação no Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3ª Região, Edição nº 198/2015, Publicações Judiciais II – JEF, disponibilizado em 26 de outubro de 2015.

SÚMULA Nº 5

A comprovação de tempo de serviço rural ou urbano depende de início de prova material da prestação de serviço, nos termos do artigo 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91. (Origem: Enunciado 07 do JEFSP; Súmula nº 07 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 6

Nos benefícios concedidos a partir de 01.03.94, na hipótese do salário de benefício exceder ao limite previsto no artigo 29, § 2º, da Lei nº 8.213/91, aplica-se o disposto no artigo 21, § 3º, da Lei nº 8.880/94. (Origem: Enunciado 12 do JEFSP; Súmula nº 10 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 7

Em caso de morte de filho segurado, os pais têm direito à pensão por morte, se provada a dependência econômica, ainda que não seja exclusiva. (Origem: Enunciado 14 do JEFSP; Súmula nº 11 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 8

Para a concessão de aposentadoria por idade, desde que preenchidos os requisitos legais, é irrelevante o fato de o requerente, ao atingir a idade mínima, não mais ostentar a qualidade de segurado. (Origem: Enunciado 16 do JEFSP; Súmula nº 12 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 9

Em matéria de comprovação de tempo de serviço especial, aplica-se a legislação vigente à época da prestação de serviço. (Origem: Enunciado 17 do JEFSP; Súmula nº 13 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 10

É possível a expedição de precatório no Juizado Especial Federal, nos termos do artigo 17, § 4º, da Lei nº 10.259/2001, quando o valor da condenação exceder 60 (sessenta) salários mínimos. (Origem: Enunciado 20 do JEFSP; Súmula nº 16 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 11

A qualidade de segurado, para fins de concessão de auxílio-doença e de aposentadoria por invalidez, deve ser verificada quando do início da incapacidade. (Origem: Enunciado 23 do JEFSP; Súmula nº 18 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 12

Incide a contribuição previdenciária sobre o 13º salário nos termos do § 2º do artigo 7º da Lei nº 8.620/93. (Origem: Enunciado 33 do JEFSP; Súmula nº 27 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 13

Os requisitos para concessão do benefício de aposentadoria por idade não precisam ser cumpridos simultaneamente. (Origem: Súmula 05, do JEFMS; Súmula nº 28 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 14

O valor do benefício equivalente a um salário mínimo, concedida a idoso, a partir de 65 anos, também não é computado para fins do cálculo da renda familiar a que se refere o artigo 20, § 3º da Lei nº 8.742/93. (Origem: Súmula 12 do JEFMS; Súmula nº 30 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 15

O recolhimento de 1/3 (um terço) do número de contribuições, relativo à carência do benefício pretendido, permite a contagem de todas as contribuições anteriores, ainda que correspondentes a períodos descontínuos. (Origem: Súmula 15 do JEFMS; Súmula nº 31 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 16

É devida a correção monetária nos pagamentos administrativos de valores em atraso desde a data do início do benefício e a partir do vencimento de cada parcela. (Origem: Súmula 01 do JEFAME; Súmula nº 32 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 17

É quinquenal a prescrição para pleitear a correção do saldo de contas vinculadas de PIS-PASEP. (Origem: Súmula 02 do JEFAME; Súmula nº 33 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 18

A garantia constitucional de reajustamento dos benefícios para preservá-los, em caráter permanente, o valor real, inserta no § 4º do art. 201 da Constituição Federal de 1988, não confere ao Judiciário o poder de modificar critérios de reajustamento eleitos pelo legislador, substituindo-os por outros que entenda mais adequados para repor as perdas geradas pela inflação, sob pena de ingerência indevida de um Poder na esfera do outro. (Origem: Súmula 08 do JEFAME; Súmula nº 35 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 19

A regra definidora do período de carência para fins de concessão do benefício de aposentadoria por idade do filiado ao Regime Geral Previdenciário antes de 24/07/1991 é a do art. 142 da Lei 8.213/91, ainda que tenha havido perda da qualidade de segurado. (Origem: Enunciado nº 06 da Turma Recursal da Seção Judiciária de Mato Grosso do Sul)

SÚMULA Nº 20

Não cabe mandado de segurança no âmbito dos juizados especiais federais. Das decisões que põem fim ao processo, não cobertas pela coisa julgada, cabe recurso inominado. (Origem: processo 0000146-33.2015.4.03.9300; processo 0000635-67.2015.4.03.9301)

SÚMULA Nº 21

Na concessão do benefício assistencial, deverá ser observado como critério objetivo a renda *per capita* de ½ salário mínimo gerando presunção relativa de miserabilidade, a qual poderá ser infirmada por critérios subjetivos em caso de renda superior ou inferior a ½ salário mínimo. (Origem: processos 0000147-18.2015.4.03.9300, 0000148-03.2015.4.03.9300, 0000149-85.2015.4.03.9300, 0000150-70.2015.4.03.9300, 0000151-55.2015.4.03.9300, 0000152-40.2015.4.03.9300; processos 0000920-19.2014.4.03.6319, 0001666-45.2014.4.03.6331, 0006066-92.2014.4.03.6302, 0010812-03.2014.4.03.6302, 0063790-91.2013.4.03.6301, 0092610-33.2007.4.03.6301)

SÚMULA Nº 22

Apenas os benefícios previdenciários e assistenciais no valor de um salário mínimo recebidos por qualquer membro do núcleo familiar devem ser excluídos para fins de apuração da renda mensal *per capita* objetivando a concessão de benefício de prestação continuada. (Origem: processos 0000147-18.2015.4.03.9300, 0000148-03.2015.4.03.9300, 0000149-85.2015.4.03.9300, 0000150-70.2015.4.03.9300, 0000151-55.2015.4.03.9300, 0000152-40.2015.4.03.9300; processos 0000920-19.2014.4.03.6319, 0001666-45.2014.4.03.6331, 0006066-92.2014.4.03.6302, 0010812-03.2014.4.03.6302, 0063790-91.2013.4.03.6301, 0092610-33.2007.4.03.6301)

SÚMULA Nº 23

O benefício de prestação continuada (LOAS) é subsidiário e para sua concessão não se prescinde da análise do dever legal de prestar alimentos previsto no Código Civil. (Origem: processos 0000147-18.2015.4.03.9300, 0000148-03.2015.4.03.9300, 0000149-85.2015.4.03.9300, 0000150-70.2015.4.03.9300, 0000151-55.2015.4.03.9300, 0000152-40.2015.4.03.9300; processos 0000920-19.2014.4.03.6319, 0001666-45.2014.4.03.6331, 0006066-92.2014.4.03.6302, 0010812-03.2014.4.03.6302, 0063790-91.2013.4.03.6301, 0092610-33.2007.4.03.6301)



JUSTIÇA FEDERAL
Tribunal Regional Federal da 3ª Região