



TRF - 2ª Região

INFOURInformativo de
Jurisprudência**ACÓRDÃOS EM DESTAQUE**

1ª TURMA ESPECIALIZADA: Cumprimento individual de sentença coletiva: termo inicial da prescrição das parcelas atrasadas é o ajuizamento da ACP

2ª TURMA ESPECIALIZADA: Lavagem de dinheiro: ausência de justa causa em relação à participação de cônjuge de condenado por delito antecedente

3ª TURMA ESPECIALIZADA: Substituição Tributária de PIS e COFINS: restituição de diferença na hipótese de base de cálculo efetiva inferior à presumida

4ª TURMA ESPECIALIZADA: Tributação de lucro auferido por empresa controlada sediada no exterior

5ª TURMA ESPECIALIZADA: Proibição de reforma compulsória de militar transgênero

6ª TURMA ESPECIALIZADA: Resolução CREMERJ nº 293/19 viola a autonomia das gestantes ao proibir que o médico assine o plano de parto

7ª TURMA ESPECIALIZADA: Servidor público: conversão de tempo especial em comum para fins de aposentadoria no RPPS de período anterior à EC nº 103/2019

8ª TURMA ESPECIALIZADA: Cadastro positivo e o fornecimento de número de telefones de usuários pelas operadoras

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - 5004016-79.2021.4.02.0000

Decisão em 09/12/2021 - Disponibilização no e-Proc

Relator: Juíza Federal Convocada ANDREA DAQUER BARSOTTI - 1ª Turma Especializada

[volta](#)

Cumprimento individual de sentença coletiva: termo inicial da prescrição das parcelas atrasadas é o ajuizamento da ACP

Em 18 de novembro de 2003 foi distribuída ação civil pública - ACP - que buscava a revisão da Renda Mensal Inicial - RMI - sobre benefícios previdenciários concedidos, originariamente, no período de 1º de março de 1994 a fevereiro de 1997, pela gerência executiva do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, em Volta Redonda, e suas agências vinculadas, relativos a segurados residentes nos municípios de Volta Redonda, Barra Mansa e Pinheiral. A decisão tomada pela Justiça Federal de Volta Redonda foi no sentido de rever e proceder ao pagamento destes valores, mediante a aplicação do Índice de Reajuste de Salário Mínimo - IRSM - de fevereiro de 1994, no percentual de 39,67%, aos salários-de-contribuição anteriores a esta data.

Com base neste julgado, segurada pleiteou a execução individual da sentença coletiva, requerendo a revisão do seu benefício, no percentual decidido.

Contudo, o Juiz de primeiro grau constatou a ocorrência de prescrição do direito às parcelas vencidas no quinquênio anterior à propositura da ação individual.

Inconformada com o resultado, a litigante interpôs agravo de instrumento, defendendo que o termo inicial do prazo prescricional deveria ser a data do ajuizamento da demanda coletiva, e não o momento da propositura da ação individual. Fundamentou seu pleito em excerto do título executivo judicial, que estabelecia o termo a quo da prescrição conforme seu pedido. Para mais, elucidou distinção entre o cumprimento individual da sentença que propôs e de uma ação autônoma de conhecimento, atribuindo datas distintas ao termo inicial conforme a espécie.

Ademais, pleiteou que ao recurso fosse concedido efeito suspensivo, em liminar que foi rejeitada.

A relatora do agravo, juíza federal convocada Andrea Daquer Barsotti, iniciou seu voto citando jurisprudência do Super Tribunal de Justiça, no sentido de que a propositura de ação coletiva interrompe a prescrição apenas do direito de demandar individualmente. Por outro lado, prosseguiu, em relação ao pagamento das parcelas vencidas, o marco inicial consiste no ajuizamento da ação individual (AgInt no REsp 1642625/ES).

Fundamentando-se nesse julgado, votou no sentido de negar provimento ao agravo e manter a decisão de piso.

Os demais membros da 1ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª região aderiram ao entendimento da relatora, de forma que o recurso foi indeferido, à unanimidade.

Igualmente inconformada, a autora opôs embargos de declaração contra o acórdão, arrazando que o voto incorreu em erro de fato ao considerar o cumprimento individual de sentença como uma ação individual de conhecimento. Outrossim, afirmou que o julgado está em desacordo com precedentes da própria turma votante, aplicáveis à espécie, e que foi omissis em relação ao trecho do título executivo que determinou a observância da “prescrição das parcelas anteriores a cinco anos do ajuizamento da ação”.

Isto posto, pediu o saneamento dos referidos vícios e a reforma do acórdão para fixar o termo a quo da prescrição na data da propositura da demanda coletiva.

No julgamento dos aclaratórios, a relatora e juíza federal convocada Andrea Daquer Barsotti reviu seu entendimento, passado à luz do Tema 1005 do STJ, REsp 1.761.874, da lavra da ministra Assusete Magalhães. Fundando-se nesta jurisprudência, asseverou que, em se tratando de ação individual que busque conhecer a causa, o termo prescricional inicial deve ser o do próprio ajuizamento do pleito individual. Por outro giro, prosseguiu, o mesmo não ocorre na hipótese de mera execução individual de sentença coletiva.

Ademais, a relatora colacionou precedentes da corte sobre caso similar e com base no mesmo acórdão coletivo, no sentido de estabelecer o termo a quo na data de ajuizamento da ação civil pública, com base no disposto em seu título executivo.

Diante do exposto, concluiu e votou no sentido de que o recurso deveria ser provido, haja vista o entendimento dos Tribunais Superiores e a inexistência de exceção no que tange ao termo inicial para contagem da prescrição.

Os demais membros da primeira turma especializada seguiram o entendimento da relatora, de forma que o acórdão firmou-se no sentido de prover os embargos de declaração, atribuindo a eles efeitos infringentes para dar provimento ao agravo de instrumento e prosseguimento à execução, com observância da prescrição das parcelas vencidas anteriores a cinco anos do ajuizamento da ACP.

Precedentes:

STJ: AgInt no REsp 1642625 (DJe 12/06/2017); Resp 1.761.874 (DJe 01/07/2021)

Súmula nº 85; Súmula nº 211; Súmula nº 7; REsp 1.388.000 (DJe 12/4/2016);

TRF2: AG 5002058-58.2021.4.02.0000 (DJe 27/07/2021).

HABEAS CORPUS - 0000451-66.2019.4.02.0000 (2019.00.00.000451-0)

Decisão em 19/10/2021 - Disponibilização no e-Proc

Relator: Desembargador Federal ANDRÉ FONTES

Relator para Acórdão: Desembargadora Federal SIMONE SCHREIBER - 2ª Turma Especializada

[volta](#)

Lavagem de dinheiro: ausência de justa causa em relação à participação de cônjuge de condenado por delito antecedente

Trata-se de habeas corpus impetrado em favor de paciente, objetivando fazer cessar alegado constrangimento ilegal perpetrado por juízo, que nos autos da ação penal a qual aquela responde, determinou seu processamento, a despeito da afirmada ausência de justa causa para a persecução penal.

Na origem, o MPF promoveu denúncia em face da paciente e de seu cônjuge, acusando-os de ocultar valores por ele recebidos de forma ilícita, através da compra de imóveis e automóveis, com base no art. 1º da Lei nº 9.613/98.

Na peça inaugural da ação penal, esclareceu o parquet que o primeiro denunciado foi condenado no âmbito da Operação Halloween como um dos chefes de organização criminosa voltada à exploração de jogo ilegal com máquinas de caça-níquel, pelo delito previsto no art. 288, do Código Penal, na modalidade de associação criminosa voltada à prática de delitos contra a Administração Pública (contrabando de peças eletrônicas) e por corrupção ativa.

Aduziu o MPF que, em comunhão de desígnios e com o fito de ocultar a real propriedade de ativos financeiros obtidos com os lucros de atividades ilícitas, foram adquiridos 1 imóvel e 2 veículos em nome da paciente e segunda denunciada. Afirmou, ainda, que o imóvel de residência do casal foi construído em terreno no qual são apenas possuidores, sem registro no RGI – Registro Geral de Imóveis, constituindo sua compra irregular e a respectiva obra de edificação, branqueamento dos recursos ilícitos dos delitos antecedentes.

A denúncia foi recebida e embargos de declaração foram opostos à decisão, sendo conhecidos e rejeitados pelo juízo a quo.

Impetrou-se habeas corpus em favor da acusada, ao argumento de que a denúncia em momento algum apresentou (i) qualquer elemento concreto que permitisse concluir a participação da paciente no crime de lavagem de recursos ilícitos, (ii) incapacidade em

estabelecer relação concreta entre o modesto patrimônio do casal e a pretensa origem dos recursos utilizados em sua aquisição e (iii) inabilidade em descrever se a paciente teve conhecimento dos alegados crimes antecedentes, vez que não integrou o polo passivo da ação penal que resultou na condenação de seu marido ou que tivesse conhecimento quanto à alegada origem ilícita dos recursos aportados por ele ao patrimônio comum do casal (elemento subjetivo), aduzindo que “Esse elemento volitivo próprio e essencial à caracterização do delito de lavagem no plano subjetivo não vem minimamente descrito na denúncia apontada como inepta. (...) Isso porque seria exigível “que a denúncia descrevesse atos concretamente imputáveis ao paciente, constitutivos da plataforma indiciária mínima reveladora de sua contribuição dolosa para o crime”, sob pena de “se amparar numa mera conjectura, numa criação mental da acusação, o que não se admite. (...) No caso da presente impetração, a denúncia oferecida padece dos vícios elencados no primoroso voto do Ministro Celso de Mello, porquanto não correlaciona os fatos imputados - o pretendido crime de branqueamento - com qualquer conduta concretamente descrita atribuída à ora paciente”.

Finalizam os impetrantes asseverando que “afora aqueles casos em que demonstrado por indícios claros que o cônjuge tenha concorrido para a atividade criminosa de seu par, ou que tenha claro e inequívoco conhecimento do ilícito antecedente, ou ainda que tenha o indiscutível propósito específico de concorrer para o branqueamento de capitais, não é de se cogitar de lavagem de dinheiro na aquisição de patrimônio comum”.

Requereram o reconhecimento de inépcia da denúncia oferecida e a ausência de justa causa para instauração da ação penal e consequente exclusão da paciente de seu polo passivo.

Os autos foram encaminhados ao gabinete do desembargador federal Messod Azulay Neto para análise de possível prevenção. Inicialmente a reconheceu, mas reconsiderou sua decisão. Para não deixar desassistida a parte, apreciou, em caráter de urgência, o pleito liminar antes de suscitar o conflito de competência. Nesse concernente, entendeu presente o *fumus boni iuris* dado que a narração da denúncia não carrou provas ou indícios de participação da paciente no pretense crime antecedente. Tampouco foram descritos fatos ou condutas que comprovassem o propósito da paciente de dissimular a origem dos recursos ou de ocultar a propriedade dos bens adquiridos (elemento volitivo). Atinente ao *periculum in mora*, também apontou sua presença frente ao iminente constrangimento a que seria a paciente submetida, dada a proximidade da audiência. Deferiu, então, a liminar, determinando a suspensão da referida audiência até o julgamento do mérito do presente writ.

Após solução da controvérsia acerca da competência, os autos foram distribuídos ao desembargador federal André Fontes.

O relator principiou seu voto esclarecendo que o alegado constrangimento gira em torno da viabilidade formal e material da denúncia que imputa à paciente e ao seu marido o delito do art. 1º, V e VII da Lei nº 9.618/98.

Salientou que a análise possível nesse contexto fático-processual é a típica de um juízo de delibação, tendo a perquirição que recair sobre a materialidade e indícios suficientes de autoria, sem o grau de certeza necessário para a prolação de um decreto condenatório.

Apontou o julgador que o marido da paciente fora condenado por sentença recorrível pelo cometimento de diversos delitos em desfavor da Administração Pública, notadamente descaminho e corrupção ativa. E que muito embora a defesa técnica, em sua exordial, questione a lisura da condenação e clame por sua reversão na instância revisora, o raciocínio mais adequado dirige-se para a afirmação de que a materialidade e autoria dos crimes antecedentes já restaram confirmados em decisão de mérito formulada após regular processamento de ação penal.

Ressaltou que, à época da imputação nos autos supramencionados, a paciente já vivia com seu companheiro em união estável, fato que segundo o parquet federal constitui um cenário propício à ocultação de patrimônio, tendo havido a aquisição de 3 bens, móveis e imóveis, em seu nome.

Nesse diapasão e segundo a sua compreensão, o relator entendeu que o modo sucinto da imputação não impede o prosseguimento da instrução criminal que, in casu, mostra-se necessária para o esclarecimento das suspeitas e eventual responsabilização criminal dos denunciados. Ademais, prosseguiu, a narrativa é específica com relação aos supostos atos de branqueamento de capitais e tem por lastro a sentença condenatória do cônjuge da paciente.

Evidenciou que, no delito previsto no art. 1º da Lei nº 9.613/98, a aptidão da denúncia é aferida a partir da presença de elementos informativos suficientes que sirvam de lastro probatório mínimo a apontar para a materialidade e indícios de autoria da prática de atos de ocultação ou de dissimulação da origem dos bens, somados a elementos que sinalizem a existência de infração penal antecedente. Visando a corroborar esse entendimento, colacionou julgado do Superior Tribunal de Justiça em igual sentido.

Citou, ainda, a conclusão do parquet federal, que oficiou como custos legis, de que seria irrelevante a inexistência de indícios da participação da paciente na exploração do jogo

ilegal, já que, quanto à participação dela nos atos de lavagem, vê-se que, embora sintética, a denúncia descreve suficientemente a prática criminosa, explicando que, vivendo maritalmente mas sem oficializar a relação, o casal passou a adquirir bens de expressivo valor em nome da paciente, embora adquiridos com recursos também aportados por seu companheiro. E que na própria impetração, a defesa da paciente, embora sustente que os bens foram adquiridos com recursos lícitos, admite que as compras foram feitas com recursos do corréu sem que tal circunstância tenha sido comunicada às autoridades competentes. Ademais, o órgão do MP aduziu não restar dúvida de que a paciente adquiriu bens, em seu próprio nome, omitindo que foram comprados com recursos repassados por seu companheiro, réu condenado pela exploração ilegal de máquinas caça-níqueis.

Nesses termos, frisou o relator que a certeza quanto ao dolo, nos aspectos intelectual e volitivo, teria por momento adequado de reconhecimento, a sentença de mérito (após a submissão da quaestio juris à etapa de provas) e não o momento do recebimento da denúncia. Demais, esclareceu que o trancamento prematuro do processo da ação penal deve ocorrer diante de prova inequívoca da atipicidade da conduta, negativa de autoria ou extinção da punibilidade, o que não verificou no caso em tela.

Diante do exposto, votou no sentido de denegar a ordem e tornar sem efeito a liminar deferida.

Em voto divergente, que se tornou majoritário, a desembargadora federal Simone Schreiber, após examinar a documentação acostada aos autos, entendeu pela inépcia da denúncia e pela falta de justa causa para a deflagração da ação penal de origem.

Asseverou a julgadora que a denúncia, na forma como foi apresentada, presumiu a culpabilidade da paciente baseando-se exclusivamente na sua relação com o seu então companheiro e atual marido e apresentou a instrução criminal como a oportunidade para que esta provasse sua inocência. Portanto, continuou a julgadora, a denúncia transferiu indevidamente o ônus da prova para a paciente, em clara violação ao princípio da presunção de inocência.

Nesses termos, frisou que se é pacífico o entendimento da autonomia do delito de lavagem de capitais, permitindo a responsabilização penal da paciente sem que esta tenha concorrido para a prática dos delitos antecedentes, também o é que a denúncia precisa descrever o fato criminoso em todas as suas circunstâncias, conforme dispõe o art. 41 do CPP.

Nesse concernente, prosseguiu, a exordial acusatória sequer afirmou que a paciente tivesse conhecimento da origem ilícita dos recursos, em tese, utilizados para a aquisição dos bens adquiridos pelo casal. Na denúncia, o dolo do marido estaria pressuposto até porque as provas indicadas pelo MPF referiram-se apenas (i) à medida cautelar de quebra de sigilo bancário, (ii) juntada de certidão de ônus reais do imóvel residência do casal e (iii) ao decreto que condenou o corréu pelos crimes antecedentes. Nada foi elencado em referência ao efetivo conhecimento pela ré de que os valores utilizados na aquisição de bens tenham tido origem ilícita.

Explicitou, outrossim, que o inquérito policial revelou, em seu relatório final, não ser possível atribuir aos investigados a responsabilização pelo crime previsto no art. 1º da Lei nº 9.613/98, sendo certo que todo o trabalho investigativo passou ao largo da denúncia que, presumindo que qualquer patrimônio adquirido consistia em ato de branqueamento, sequer demonstrou se a renda auferida pelo casal, e apurada no âmbito do IPL, seria compatível com os bens listados pela acusação.

Destarte, divergindo do relator, a desembargadora entendeu que o fato de a paciente ser companheira do réu seria insuficiente para presumir sua adesão consciente à conduta a ela imputada.

Desse modo, sem sequer examinar os argumentos dos impetrantes sobre a suposta licitude dos bens, concluiu que a denúncia deixou de descrever, no que tange à paciente, a suposta lavagem de dinheiro com todas as suas circunstâncias, além de apresentar-se desprovida do substrato mínimo para a deflagração da ação penal.

Ex positis, votou no sentido de conceder a ordem.

Após o voto do desembargador federal Marcello Granado no sentido de acompanhar a divergência inaugurada pela desembargadora federal Simone Schreiber, a 2ª Turma Especializada decidiu, por maioria, vencido o relator, conceder a ordem de Habeas Corpus, para trancar a ação penal quanto à paciente.

Precedentes:

STJ: RHC 116869 (DJe 25/10/2019)

APELAÇÃO CÍVEL - 0002746-95.2002.4.02.5101

Decisão em 05/10/2021 - Disponibilização no e-Proc

Relator: Desembargador Federal MARCUS ABRAHAM - 3ª Turma Especializada

[volta](#)

Substituição Tributária de PIS e COFINS: restituição de diferença na hipótese de base de cálculo efetiva inferior à presumida

O Posto São Jorge e outros ajuizaram ação ordinária em face da União Federal, requerendo a restituição preferencial e imediata dos valores de PIS e da COFINS recolhidos a maior em razão da sistemática de substituição tributária, instituída pela Lei nº 9.718/99 (conforme assegurado pelo art. 150, § 7º da Constituição da República), no período de 1º/02/1999 a 1º/07/2000. Especificamente para que a Petrobras - Petróleo Brasileiro S/A, empresa responsável pelo recolhimento dos referidos tributos, restituísse aos autores os valores constantes na planilha de crédito apresentada nos autos para, posteriormente, deduzir tais valores de seu recolhimento na Receita Federal relativo ao PIS e à COFINS, realizado mensalmente, conforme sistemática de estorno. Pediu, outrossim, a concessão de antecipação de tutela, inaudita altera pars, em igual sentido.

O magistrado a quo julgou improcedente o pedido dos autores e estes interpuseram recurso de apelação.

Os autos subiram a esta Corte e, em decisão monocrática, negou-se provimento ao apelo. A parte autora interpôs, então, agravo interno, tendo este sido igualmente negado.

Inconformada, interpôs recursos extraordinário e especial, os quais foram sobrestados por despacho da Vice-Presidência desta Corte até o julgamento do RE nº 596.832 (Tema 228 de repercussão geral), que versou sobre o caso dos autos.

Em 14 de julho de 2021, a Vice-Presidência do TRF2, tendo em vista o julgamento do referido tema pelo STF e aparente divergência do acórdão recorrido com o entendimento da Suprema Corte, encaminhou os autos para que se procedesse à devida adequação, caso fosse esse o entendimento da turma.

O relator, desembargador federal Marcus Abraham, principiou seu voto antecipando o cabimento do juízo de retratação, posto que a tese fixada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, após amplo debate restou assim redigida: “É devida a restituição da diferença das contribuições para o Programa de Integração Social – PIS e para o Financiamento

da Seguridade Social – Cofins recolhidas a mais, no regime de substituição tributária, se a base de cálculo efetiva das operações for inferior à presumida”.

O relator transcreveu, então, trecho do voto do ministro Alexandre de Moraes, dada a precisão com que explicou a situação fática da controvérsia, ao analisar precedente em questão:

“As empresas ajuizaram a ação, com pedido de tutela antecipada, com objetivo de obter a restituição, de forma imediata e preferencial, do excesso pago de PIS e COFINS, mediante o regime de substituição tributária instituído pela Lei 9.718/1998 (substituição tributária “para frente” ou “progressiva”), com estorno ou anulação oponível às parcelas vincendas dessas mesmas contribuições.

Como pedido sucessivo, pleitearam a devolução em espécie do excedente pago em relação àquelas exações.

Informam que o aludido regime de substituição tributária atribuída às refinarias de petróleo o recolhimento do PIS e da COFINS, em substituição aos distribuidores e comerciantes varejistas de combustíveis derivados do petróleo.

Assim, as refinarias cobravam, antecipadamente, dos contribuintes substituídos, o valor correspondente àqueles tributos, que seriam devidos nas operações subsequentes de revenda do produto ao consumidor final, e que consubstanciavam o “fato gerador futuro ou presumido”.

Essa técnica fiscal, todavia, foi extinta pela Medida Provisória 1.991-15/2000, relativamente aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º/7/2000, quando as refinarias de petróleo passaram de substitutas tributárias para contribuintes diretas do PIS/COFINS.

No entanto, apontam que, no período de 1º/2/1999 a 1º/7/2000, foram cobrados dos postos de gasolina, na condição de contribuintes substituídos, o PIS e a COFINS que seriam devidos na operação de revenda do produto, adotando-se bases de cálculo estimadas superiores às efetivamente praticadas quando da venda ao consumidor final.”

O desembargador federal reiterou que, no intervalo mencionado (fevereiro de 99 a julho de 2000) vigeu técnica fiscal que exigia dos substituídos tributários, a priori, o valor referente aos referidos tributos, atribuindo espécie de fato gerador presumido às operações que viriam a ser realizadas. O art. 150, § 7º da CF, que dispõe que “A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido” originou a controvérsia em análise.

Esclareceu o relator que o próprio STF, no julgamento da ADI 1.851-4, já havia interpretado que o § 7º acima referido apenas asseguraria a restituição imediata e preferencial na hipótese de não ocorrer o fato gerador presumido, mas não em caso de diferenças recolhidas.

Ressaltou o julgador que frente ao novo posicionamento do STF, restou superado o anterior conforme as razões do voto condutor do RE nº 596.832, de lavra do ministro Marco Aurélio, que assim dispôs: “Não verificado o fato gerador, ou constatada a ocorrência de modo diverso do presumido, surge o direito à devolução. Tratando-se de antecipação, é ínsito que, mais adiante, ter-se-á, como acontece relativamente ao imposto sobre a renda, um encontro de contas para saber se os parâmetros fixados por simples estimativa tornaram-se concretos, efetivos, reais, acontecidos, observada a circulação verificada, considerado o negócio jurídico” (...) “Há vedação peremptória à apropriação, pelo Estado, de quantia que não corresponda, consideradas a base de incidência e a alíquota das contribuições, bem assim os regimes de arrecadação, ao tributo realmente devido. O recolhimento primeiro é feito por estimativa, e toda estimativa é provisória, seguindo-se o acerto cabível quando já conhecido o valor do negócio jurídico. Essa é a leitura do instituto da substituição tributária que mais se harmoniza com o texto constitucional e com as balizas norteadoras das contribuições em debate.”

Destarte, salientou o desembargador federal que a parte autora requereu a restituição do excesso pago a título desses tributos e sua situação fática se amolda, à precisão, ao que foi decidido pelo STF.

No mesmo diapasão, esclareceu que os documentos juntados aos autos trazem evidências de que a base de cálculo efetiva das operações foi, de fato, inferior à presumida, adequando-se, por completo, às razões do julgado analisado.

Diante do exposto, declarou ser de rigor a condenação da Fazenda Nacional a restituir a diferença do que foi pago a maior, no regime de substituição tributária, no período determinado, se a base de cálculo efetiva das operações for inferior à base presumida, atualizadas pela taxa SELIC, a partir de quando devida tal restituição.

Acentuou o julgador, nessa medida, que o ressarcimento dos valores indevidos não deve ser alvo de “imediata e preferencial” restituição, vez que há de ser observado o procedimento de execução de título judicial contra a Fazenda Pública, nos moldes do art. 100 da CF e dos arts. 534 e 535 do CPC.

Nesses termos, votou no sentido de exercer o juízo de retratação para dar parcial provimento à apelação, invertendo o ônus de sucumbência.

Os demais votantes da 3ª Turma Especializada acompanharam o relator.

A Petrobras opôs embargos declaratórios, afirmando haver omissão no acórdão atacado, que não manteve a condenação da parte autora ao pagamento de honorários sucumbenciais no percentual de 5% do valor atualizado da causa, em virtude da extinção do processo sem julgamento.

O relator conheceu dos aclaratórios e esclareceu que o art. 1.022, parágrafo único, do CPC/2015 considera omissa a decisão que (i) não se manifeste sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso; ou que (ii) incorra em qualquer das condutas descritas no art.489, §1º, do CPC/2015. E, nesse tema, elucidou que a modificação do julgado, seja ela parcial ou completa inversão de resultado, há de ser admitida caso seja detectado na decisão ponto omissivo, obscuro ou contraditório que tenha relevância para o deslinde da controvérsia. O que não ocorreu no caso em análise, arrematou.

Apontou que a sentença condenou a parte autora ao pagamento de honorários advocatícios correspondente a 5% do valor atualizado da causa e que, tanto a decisão monocrática que negou seguimento ao apelo quanto o agravo interno por ela interposto mantiveram incólume a conclusão da sentença, inclusive no respeitante à condenação nas verbas sucumbenciais.

Esclareceu, ademais, que o acórdão objurgado exerceu o juízo de retratação tão somente em relação ao mérito, considerado o julgamento do RE 596.832 (Tema 228). Por via de consequência, foi reconhecida a procedência do pedido autoral, sendo invertido o ônus de sucumbência apenas entre a UF/FN e os autores.

O voto condutor, prosseguiu, nada tratou acerca da questão da legitimidade da embargante para integrar o polo passivo da demanda, portanto não há que se falar em omissão ou contradição do julgado, sendo flagrante o objetivo de rediscutir a matéria sob o manto de suprir o requisito do prequestionamento.

Diante do exposto, votou no sentido de negar provimento ao recurso.

A 3ª Turma Especializada, nos termos do voto do desembargador federal Marcos Abraham, negou provimento aos aclaratórios, por unanimidade.

Precedentes:

STF: RE 596.832 (DJe 21/10/2020); ADI 1.851 (DJe 13/12/2002);

STJ: EDcl no REsp 1718945/SP (DJe: 22/04/2019).

APelação CÍVEL - 0168886-31.2016.4.02.5101

Decisão em 01/12/2021 - Disponibilização no e-Proc

Relator: Desembargador Federal LUIZ ANTONIO SOARES - 4ª Turma Especializada

[volta](#)

Tributação de lucro auferido por empresa controlada sediada no exterior

Cuida-se de apelação interposta por Petróleo Brasileiro S/A – PETROBRÁS, em face da sentença proferida nos autos de ação anulatória, com pedido de tutela antecipada, que julgou improcedente o pedido de anulação de débitos fiscais, constituídos no âmbito do Processo Administrativo nº 16682.720429/2102-77 (PA1), referentes ao IRPJ e à CSLL incidentes sobre lucros auferidos por sua controlada, com sede na Holanda, e extinguiu o processo, sem análise de mérito, com relação ao pedido veiculado ao Processo Administrativo nº 16682.722537/2016-16 (PA2), por perda superveniente de interesse de agir. E condenou a demandante ao pagamento de verba sucumbencial de 10% sobre o valor atualizado da causa, seguindo-se a proporção trazida pelo art. 85, § 3º, do CPC, em seus percentuais mínimos, a cada inciso, conforme o montante atualizado encontrado, na forma do art. 85, § 5º, do CPC/2015.

A recorrente ajuizou ação em face da União Federal, objetivando, em sede de antecipação de tutela, que fosse determinada a imediata suspensão da exigibilidade do crédito tributário relativo ao IRPJ e à CSLL, referentes ao exercício de 2008, lançados através do Auto de Infração decorrente do MPF nº 07.1.85.00-2011-00574-7, e constituídos definitivamente no âmbito dos PA1 e PA2, na forma prevista pelo inciso V, do art. 151, do CTN. O objetivo intentado seria a abstenção, por parte da autoridade ré, em promover quaisquer atos tendentes à sua inscrição em Dívida Ativa e posterior cobrança executiva dos respectivos créditos tributários, além de abster-se de apontá-lo em seus cadastros, para efeito de cobrança, como óbice à emissão de Certidão Positiva de Débito com Efeito de Negativa, assim como para efeito de inscrição no CADIN.

O juízo a quo indeferiu o pedido de tutela antecipada e contra essa decisão foi interposto agravo de instrumento, julgado prejudicado por perda de objeto, em função da prolação da sentença, que julgou extinto o processo (sem análise de mérito), com relação aos valores cobrados no PA2 e, no mais, julgou improcedente o pedido e extinguiu o processo na forma do art. 487, I, do CPC.

A parte autora apelou e em suas razões requereu: (i) a extinção do processo, com julgamento de mérito, na forma do art. 487, III, alínea “a”, do CPC, com a condenação da União em honorários sucumbenciais, nos termos do art. 85, § 3º do CPC, decorrente do reconhecimento da cobrança indevida veiculada no PA2, e (ii) a improcedência da cobrança objeto do PA1, em face da aplicação

do Tratado Brasil x Holanda, e a conseqüente condenação da União ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, sustentando: (a) a nulidade do PA1; (b) a decisão do STF sobre a ADI nº 2588; (c) a aplicação do Tratado Brasil x Holanda; (d) a incompatibilidade do conceito de renda com o art. 74 da MP 2158-35/01; (e) a falta de paridade no julgamento por voto de qualidade na esfera administrativa.

O relator, desembargador federal Luiz Antonio Soares, esclareceu que, na origem, discutiu-se a cobrança de 2 débitos fiscais referentes ao IRPJ e à CSLL, incidentes sobre lucros auferidos por empresas controladas pela Petrobras no exterior, a saber (PNVB – PA1 e BRASOIL – PA2).

No concernente à cobrança atinente aos lucros da BRASOIL (com sede nas Ilhas Cayman), a demandante asseverou que tal exação feriria o comando do art. 156, IX, do CTN, visto que a empresa já teria obtido o reconhecimento da Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF) de que o lucro por ela obtido poderia ser compensado com os respectivos prejuízos, não havendo, portanto, lucro a ser tributado. Posteriormente, chegaram aos autos informações sobre o reconhecimento da Receita Federal com relação ao alegado e a UF requereu a extinção do processo quanto a esse ponto, o que foi acolhido na sentença.

Frisou o relator que a ação em análise fora ajuizada ainda enquanto pendente a decisão administrativa, sobrevindo, no curso deste processo, a correção dos cálculos e a conseqüente cessação da cobrança. Vale dizer que o resultado pretendido pela parte autora foi conquistado administrativamente através do curso regular do processo administrativo. Diante disso, entendeu que a sentença deve ser mantida no trecho em que deixa de condenar a UF ao pagamento das verbas sucumbenciais relativas ao capítulo em que houve extinção do processo sem resolução do mérito.

Já no que tange ao PA1, que gira em torno da cobrança do IRPJ e da CSLL em cuja base de cálculo foram adicionados os lucros não distribuídos de sua controlada, sediada na Holanda, apurados no ano calendário de 2008 (com supedâneo no art. 74, da MP 2158-35/2001), a recorrente defendeu que tal exação afrontou o art. 98 do CTN e o Decreto 355/1991 (que promulgou a convenção destinada a evitar dupla tributação, celebrada entre o Brasil e os Países Baixos).

Esclareceu, então, o julgador que a respeito da constitucionalidade do art. 74 da MP 2158-35/2001, o STF, nos autos da ADI nº 2588, julgou procedente, em parte, a ação para, com eficácia erga omnes e efeito vinculante, conferir interpretação conforme a Constituição Federal, no sentido de que referido artigo não se aplica a empresas coligadas, localizadas em países sem tributação favorecida (não considerados “paraísos fiscais”), e que se aplica às empresas controladas, sediadas em países de tributação favorecida (considerados “paraísos fiscais”), além de afastar a aplicação retroativa do seu parágrafo único.

Assim, prosseguiu o julgador, a Corte Suprema afirmou não haver qualquer incompatibilidade entre o art. 43 do CTN e o regime de competência estabelecido no art. 74 da MP 2.158-35/2001, reconhecendo, na esteira do voto proferido pelo então ministro Teori Zavascki, que os resultados econômicos positivos apurados no balanço da pessoa jurídica operam-se independente da sua realização financeira ou da definição da forma como essa realização venha a ser promovida (se mediante distribuição em dinheiro, ou em participação societária, ou por qualquer outra forma).

Entendeu o relator, nesse ponto de sua análise, ser imprescindível o enfrentamento da questão relacionada a saber-se se a Holanda seria considerada um paraíso fiscal.

Nessa toada, pontuou que o art. 24 e sgs. da Lei nº 9.430/96 (alterada no ano 2000 por meio de medidas provisórias) manteve o texto hoje consolidado pela Lei nº 11.727/2008, que considera país de tributação privilegiada, dentre outros fatores, aquele que não tribute a renda ou tribute em alíquota máxima inferior a 20%. Ademais, ressaltou que: “o parágrafo único do art. 24-A, demonstra que será considerado país com tributação privilegiada quando a tributação sobre a renda foi inexistente ou irrisória, autorizando, assim, que o Estado brasileiro tribute a empresa brasileira que aufera lucro com sua atuação no exterior.”.

Na hipótese, o processo administrativo fiscal apresentou documento que demonstra que o lucro por equivalência patrimonial relativo a Petrobrás Netherlands (PNBV), no exercício de 2008, correspondeu a R\$ 1.270.009.345,16 e que a autora declarou ao Fisco brasileiro (ano 2008) que o resultado financeiro da PNBV, apresentado ao fisco holandês, foi de um lucro líquido correspondente a R\$ 1.294.474.965,87. Outro documento constante do PA1 (após tradução realizada por tradutor juramentado), demonstra que a PNBV informou ao Fisco holandês, ter apresentado um lucro de 539 milhões de euros (que correspondem precisamente ao citado lucro de R\$ 1.294.474.965,87).

Destarte, salientou o julgador que, através de uma conta simples, percebe-se que o lucro apresentado pela PNBV foi tributado, pela Holanda, em alíquota inferior a 1%, o que corresponde, nos moldes da legislação brasileira, a uma tributação irrisória.

Concluiu o relator, portanto, que não haveria qualquer espécie de bitributação, caso o fisco brasileiro, assim como, efetivamente, agiu, fizesse incidir tributação sobre esse lucro quando incorporado ao patrimônio da Petrobrás, o que, com respaldo na legislação brasileira (pelo citado método de equivalência patrimonial), ocorreu no momento que a PNBV apurou o referido lucro. E ressaltou que a tributação do lucro pelo Estado brasileiro não fez com que a Petrobrás pagasse mais de uma vez tributo da mesma grandeza. Ainda realçou o julgador que a recorrente pode, inclusive, abater os valores pagos no exterior do imposto de renda pago no Brasil.

Evidenciou que no PA1 há confirmação, por parte da Petrobrás, de não ter oferecido o lucro auferido de sua controlada holandesa à tributação por julgar que havia tratado anti-bitributação entre os 2 países que a isentava de fazê-lo. Nesse respeitante, o relator asseverou que tal tratado, ao disciplinar a incidência de tributos sobre o lucro das empresas, não impede que um Estado contratante tribute lucros de uma empresa que exerça sua atividade em outro Estado, por meio de um estabelecimento ali situado. Diante disso, entendeu evidente que o lançamento realizado pelo Fisco brasileiro (que culminou na exigência dos débitos fiscais constituídos no âmbito do PA1) é válido.

Do exposto, votou no sentido de negar provimento ao recurso.

A 4ª Turma Especializada seguiu o relator, à unanimidade.

Precedentes:

STF: ADI 2588 (DJe 29/10/2014); HC 76420 (DJe: 14/08/1998);

STJ: REsp 1570818 (DJe 24/05/2016); REsp 543633 (DJe 25/04/2005).

APELAÇÃO CÍVEL/ REMESSA NECESSÁRIA - 0002781-93.2018.4.02.5101

Decisão em 28/09/2021 - Disponibilização no e-Proc

Relator: Desembargador Federal RICARDO PERLINGEIRO - 5ª Turma Especializada

[volta](#)

Proibição de reforma compulsória de militar transgênero

A Defensoria Pública da União – DPU ajuizou ação civil pública em face da União Federal pleiteando que fosse determinado à ré que promovesse a retificação do nome e gênero dos servidores transexuais nos assentos de todos os servidores públicos, em sentido amplo, desde que requerido. Solicitou, ainda, que a ré se abstinhasse de dar continuidade aos processos de aposentadoria e reforma dos servidores transexuais, devendo permitir sua integração ao corpo, quadro, arma e serviço próprio condizente com a autodeterminação de seu gênero, sem prejuízo da progressão funcional, computando-se o período em que alguns militares estiveram em licença para tratamento da saúde como tempo de serviço. Requereu tutela antecipada em igual sentido.

Em sua exordial, narrou a autora que, embora tenha havido inegável avanço na efetivação dos direitos dos indivíduos transexuais, com a edição do Decreto nº 8.727/2016 (que dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional), ocorrem casos de tratamento preconceituoso contra servidores militares que são colocados em licença médica ou submetidos a processos de aposentadoria compulsória, em decorrência de sua transexualidade. Descreveu, ainda, que tais servidores têm sido impedidos de, através da promoção, avançarem em suas respectivas carreiras.

Esclareceu a Defensoria que, em 2018, a Organização Mundial da Saúde – OMS removeu de sua classificação oficial de doenças, a CID-11, o chamado “transtorno de identidade de gênero”, descaracterizando a transexualidade como uma patologia.

Prosseguiu a DPU informando que o Conselho Federal de Psicologia é favorável à despatologização das identidades trans e travestis, seguindo tendência mundial. Mencionou, ainda, os princípios de Yogyakarta que tratam da aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero.

A fim de evidenciar suas alegações, a autora elencou exemplos de tratamentos discriminatórios conferidos pela Marinha a uma cabo e a uma segundo-sargento, que motivaram o ajuizamento de ações individuais, ainda em curso.

Concluiu, sustentando que a ré tem desrespeitado diversos preceitos constitucionais, em especial a dignidade da pessoa humana, a vedação à discriminação, a igualdade, como também tem violado compromissos assumidos pelo Brasil no âmbito internacional, tal como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, internalizado em nosso ordenamento por meio do Decreto nº 592/92.

A UF pugnou pela extinção do feito sem apreciação do mérito, alegando ilegitimidade ativa da DPU para o manejo da ação coletiva, posto que a legislação não a autorizaria a “ajuizar ação coletiva para proteger quaisquer direitos transindividuais, mas apenas aqueles direcionados à proteção de pessoas hipossuficientes economicamente”. Quanto ao pedido de tutela de urgência, clamou por seu indeferimento, declarando que o Poder Público respeita o princípio da legalidade, não lhe cabendo inovar na ordem jurídica, concedendo direitos, impondo obrigações e restrições não previstos em lei. Sustentou, outrossim, que a matéria analisada é reservada à política legislativa, descabendo ao Poder Judiciário se imiscuir no controle de políticas públicas. Por fim, com fundamento no art. 142, § 3º, X, da Constituição Federal, afirmou que o Decreto nº 8.727/2016 não deve ser aplicado à Administração Militar.

O MPU, na qualidade de custos iuris, se manifestou contrário a sustentação de ilegitimidade arguida pela UF, com fundamento nas decisões do STF na ADI nº 3.943 e no RE nº 733.433, com repercussão geral reconhecida, que definiram que a Defensoria Pública possui legitimidade para a propositura de ação civil pública e que tal qualidade tem lugar na defesa dos hipossuficientes, mesmo nos casos em que haja possíveis beneficiados não necessitados, como no caso dos autos, onde uma parcela considerável das pessoas cujos direitos pretende-se tutelar é de hipossuficientes econômicos.

A legitimidade ativa da DPU foi reconhecida pelo juízo de piso.

Ao final, a magistrada extinguiu o feito sem apreciação do mérito, na forma do art. 485, VI, do CPC, na parte referente aos servidores civis (na medida em que não foi apresentada prova de que algum servidor civil tenha sido aposentado compulsoriamente em razão da transexualidade) e julgou procedente, em parte, o pedido para condenar a UF a reconhecer o nome social de transexuais em todos os seus órgãos das Forças Armadas, assim como se abster de realizar aposentadorias ou reformas de militares sob a discriminatória alegação da doença “transexualismo”. Ressalvou a hipótese de quando a mudança de sexo violasse as regras do edital que, licitamente, restringisse a vaga para pessoas de um só gênero. Por fim, deferiu a tutela antecipada, devendo a ré, de imediato, cumprir as determinações contidas na sentença.

Remessa necessária tida por interposta. DPU e UF apelaram.

O relator, desembargador federal Ricardo Perlingeiro principiou seu voto determinando dever incidir, no caso, o disposto no art. 19 da Lei nº 4.717/65: “a sentença que concluir pela carência ou pela improcedência da ação está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal; da que julgar a ação procedente caberá apelação, com efeito suspensivo”, em razão de a questão estar inserida no microsistema de tutela coletiva.

A fim de corroborar sua compreensão sobre o tema, colacionou julgado do STJ em igual sentido.

Esclareceu que “Diante da complexidade do tema apresentado, que envolve inclusive uma abordagem metajurídica, se faz necessário racionalizar e organizar as terminologias e os fundamentos jurídicos que alicerçaram as teses defendidas pelas partes do processo, a fim de enfrentá-los de uma forma lógico-jurídica, aplicando, assim, o ordenamento jurídico, de forma a atender aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”.

Nesse diapasão, deteve-se profundamente nas terminologias empregadas na hipótese dos autos, aperfeiçoando-as, no intuito de evitar ambiguidades, desinformações e tratamentos pejorativos, além de alinhá-las às recentes decisões do STF, dada a inegável envergadura constitucional da matéria.

Daí, debruçou-se sobre o alcance semântico do termo transexual, não apenas sob o prisma jurídico, mas sobretudo, de uma perspectiva psicológica, psiquiátrica e antropológica, com o propósito de conferir maior rigor científico, “buscando, nessas ciências, os acurados significantes abarcados nos direitos sexuais, em especial aqueles da comunidade LGBTI+”.

Citou excerto da tese de doutorado de Camila de Jesus Mello (USP-2012), intitulada “a transexualidade sob a ótica dos direitos humanos: uma perspectiva de inclusão”: “Os transexuais são pessoas que se identificam com o gênero oposto ao seu sexo biológico: homens que acreditam e se comportam como se fossem mulheres, e vice-versa. Tal identificação gera um desconforto ou sentimento de inadequação ao próprio corpo, com sofrimento significativo e um desejo de viver e de ser aceito como pessoa pertencente ao outro sexo. Com base nessa crença, promovem alterações em seus corpos, aproximando-os da aparência própria ao seu gênero de identificação”.

Mencionou o julgador que o conceito supracitado foi utilizado no voto vencedor do ministro Edson Fachin, na ADI nº 4.275, que julgou procedente a ação declaratória de inconstitucionalidade para “dar interpretação conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica ao art. 58

da Lei 6.015/73, de modo a reconhecer aos transgêneros que assim o desejarem, independentemente da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil” (STF, Tribunal Pleno, ADI 4.275, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJe 7.3.2018).

Evidenciou, no entanto, que o termo empregado na decisão acima passou a ser transgênero e entendeu imperiosa para o julgador a definição de ambos os conceitos. Citou, então, as autoras Elizabeth Zambrano e Maria Luiza Heiborn (“Antropologia e direito: temas antropológicos para estudos jurídicos”): “Todos os indivíduos que reivindicam um gênero que não se apoia em seu sexo biológico podem ser chamados de ‘transgêneros’, incluindo-se aí, além dos transexuais que realizam cirurgia para trocar de sexo, as travestis que reconhecem seu sexo biológico, mas têm seu gênero identificado como feminino; as travestis que dizem pertencer a ambos os sexos/gêneros; e transexuais masculinos e femininos que se percebem como homens ou mulheres, mas não desejam fazer cirurgia para mudar de sexo. A classificação das práticas sexuais de um determinado indivíduo como homo ou heterossexuais dependerá da categoria de referência para definir sua identidade (o sexo ou o gênero)” e esclareceu que tal definição foi empregada pelo Conselho Federal de Medicina, na Resolução nº 2.265/2019 que em seu art. 1º, assim dispõe: “Compreende-se por transgênero ou incongruência de gênero a não paridade entre a identidade de gênero e o sexo ao nascimento, incluindo-se neste grupo transexuais, travestis e outras expressões identitárias relacionadas à diversidade de gênero”.

À vista disso, decidiu-se o relator por utilizar a expressão transgênero, ao invés de transexual, vez que aquela define com maior precisão o fenômeno abordado no caso, abrangendo todas as situações nas quais há um descompasso entre o sexo biológico e a identidade de gênero.

Acentuou que a utilização dessa terminologia não implicaria em julgamento extra ou ultra petita, baseando-se nas palavras da ministra Nancy Andrighi, no julgamento do REsp 1793637, do STJ: “cabe ao julgador, ademais, a interpretação lógico-sistemática do pedido formulado na petição inicial a partir da análise dos fatos e da causa de pedir, o que atende à necessidade de conceder à parte o que foi efetivamente requerido por ela, interpretando o pedido a partir de um exame completo da petição inicial, e não apenas da parte da petição destinada aos requerimentos finais, sem que isso implique decisão extra ou ultra petita”.

Em seguida, enfrentou o tema da despatologização da incongruência de gênero, uma vez que a UF entende que o transgênero é portador de uma doença capaz de afastá-lo do trabalho. Respeitante a esse tema, pontuou que diversas atitudes vêm sendo tomadas com o intuito de encerrar o estigma de que a incongruência de gênero seja um transtorno psiquiátrico. Dentre

essas ações, citou a inclusão, pela OMS, da incongruência de gênero no capítulo de “condições relacionada à saúde sexual”, da Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde – CID, em sua edição atualizada (CID-11). Portanto, retirou-se a incongruência de gênero do capítulo de “transtornos de identidade sexual” como estava inserido na edição anterior (CID-10).

Já a American Psychiatric Association, na última edição do Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais DSM (DMS-5), de 2014, deixou de tratar os transgêneros como portadores de transtornos mentais, passando a classificar tal fenômeno como disforia de gênero.

Ademais, prosseguiu, no âmbito do ordenamento jurídico pátrio, o Conselho Federal de Medicina (CFM), editou a Resolução nº 2.265/2019, revogando expressamente a Resolução nº 1.955/2010 – que entendia ser o paciente transexual portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual.

Diante do exposto, o julgador demonstrou que, do ponto de vista científico-normativo, a incongruência de gênero deixou de ser uma patologia, avaliando não proceder a conduta empregada pela UF de reformar sistematicamente militares, ao fundamento de ser aquela uma doença incapacitante para o serviço militar.

No que tange a análise de questões estritamente jurídicas, o relator principiou por analisar o argumento da ré no sentido de o Decreto nº 8.727/2016 não se aplicar às Forças Armadas, por força do art. 142, § 3º, X, da Constituição Federal que assim dispõe: “X - a lei disporá sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade, os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra.” Na perspectiva da União, esclareceu, aquele decreto teria invadido matéria reservada ao domínio da lei.

Nesse concernente, asseverou não vislumbrar qualquer impedimento para a aplicação do referido decreto nas Forças Armadas, já que este tem por fundamento o poder normativo da Administração e não trata de quaisquer das matérias enumeradas no art. 142 da Constituição. Limita-se, na verdade, a disciplinar e uniformizar, no âmbito da Administração Pública Federal - nela incluídas as Forças Armadas - de que forma devem ser tratados os transgêneros que detém vínculo jurídico com a União, a fim de dar cumprimento aos postulados da dignidade da pessoa humana.

Nesse ponto, destacou que o STF, analisando o tema 761 da repercussão geral, bem como a ADI nº 4.275, firmou a seguinte tese: “1 – O transgênero tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, não se exigindo para tanto nada além da manifestação de vontade do indivíduo, o qual poderá exercer tal faculdade tanto pela via judicial como diretamente pela via administrativa. 2 – Essa alteração deve ser averbada à margem do assento de nascimento, vedada a inclusão do termo “transgênero”. 3 – Nas certidões do registro não constará nenhuma observação sobre a origem do ato, vedada a expedição de certidão de inteiro teor, salvo a requerimento do próprio interessado ou por determinação judicial. 4 – Efetuando-se o procedimento pela via judicial, caberá ao magistrado determinar, de ofício ou a requerimento do interessado, a expedição de mandados específicos para a alteração dos demais registros nos órgãos públicos ou privados pertinentes, os quais deverão preservar o sigilo sobre a origem dos atos.”

Dessa feita, declarou o relator que o direito à autodeterminação de gênero está garantido em nosso ordenamento jurídico, com eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos órgãos do Poder Judiciário (salvo o STF), e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, não havendo qualquer razão jurídica para se excluir a Marinha, o Exército e a Aeronáutica desta vinculação.

Destacou, outrossim, que a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte I.D.H.), em procedimento consultivo instaurado por iniciativa da República da Costa Rica (Parecer Consultivo OC-24/2017), com fundamento nos artigos 64.1 e 64.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), e que tinha por objeto a interpretação e alcance dos artigos 11.2, 18 e 24 em relação ao art. 1º, todos daquele instrumento, reafirmou, na linha de diversos outros instrumentos convencionais adotados no âmbito do sistema global de direitos humanos, a essencialidade do direito à identidade de gênero e à orientação sexual da pessoa humana e a indispensabilidade do respeito e da proteção estatal à convivência harmônica e ao desenvolvimento livre, digno e pleno das diversas expressões de gênero e da sexualidade, vindo a assentar, sobre tais aspectos, as seguintes conclusões: “a) O direito à identidade deriva do reconhecimento do livre desenvolvimento da personalidade e do direito à vida privada (supra, pars. 88 e 89); b) O direito à identidade foi reconhecido por este Tribunal como um direito protegido pela Convenção Americana (supra, par. 90); (...) d) O reconhecimento da afirmação da identidade sexual e de gênero como uma manifestação da autonomia pessoal é um elemento constituinte e constitutivo da identidade das pessoas que se encontra protegido pela Convenção Americana em seus artigos 7 e 11.2 (supra, par. 98); (...) f) A identidade de gênero foi definida neste parecer como a vivência

interna e individual do gênero tal como cada pessoa sente, e pode ou não corresponder ao sexo atribuído no momento do nascimento (supra, par. 94); g) O sexo, o gênero, bem como as identidades, funções e atributos socialmente construídos a partir das diferenças biológicas derivadas do sexo atribuído no momento do nascimento, longe de constituir componentes objetivos e imutáveis que individualizam a pessoa, por ser um fato de natureza física ou biológica, acabam sendo traços que dependem da apreciação subjetiva de quem o detém e descansam em uma construção da identidade de gênero autopercebida, relacionada com o livre desenvolvimento da personalidade, a autodeterminação sexual e o direito à vida privada (supra, par. 95) (...) i) O reconhecimento da identidade de gênero pelo Estado é de vital importância para garantir o pleno gozo dos direitos humanos das pessoas transgênero, incluindo a proteção contra a violência, a tortura, os maus-tratos, o direito à saúde, à educação, ao emprego, à moradia, ao acesso à seguridade social, bem como o direito à liberdade de expressão e associação (supra, par. 98), e j) O Estado deve assegurar que indivíduos de todas as orientações sexuais e identidades de gênero possam viver com a mesma dignidade e com o mesmo respeito a que têm direito todas as pessoas (supra, par. 100).”

Sobre esse tema, lecionou o relator que a jurisprudência da Corte I.D.H. tem precedência sobre a legislação nacional nos países que se sujeitam à sua jurisdição, e, em 2014 estabeleceu que o controle de convencionalidade é ainda mais abrangente, envolvendo todas as autoridades estatais (compreendendo órgãos executivos, legislativos e judiciários). Outrossim, prosseguiu, a implementação de leis nacionais deve seguir a interpretação que a própria Corte I.D.H. confere à CADH (Comissão Interamericana de Direitos Humanos).

E arrematou sua análise sobre esse tema, concluindo que, uma vez que o transgênero retifique seu registro civil para que passe a refletir o seu gênero, tal decisão deve ser respeitada e observada pela Administração Pública, Civil ou Militar, inexistindo qualquer latitude para não se aplicar o Decreto nº 8.727/2016 nas Forças Armadas.

Outro ponto a que deu realce, foi a alegação da União de que o Corpo de Praças da Armada é composto exclusivamente por indivíduos do sexo masculino e que “quando o autor mudou de gênero inviabilizou a sua permanência no Quadro de Pessoal em que ingressou originariamente”.

Ponderou o julgador que essa argumentação teria que ser analisada em conjunto com outros argumentos lançados pela ré acerca da necessidade de legislação que regulasse a matéria, bem como na impossibilidade de o Poder Judiciário interferir em questões de mérito administrativo.

Demonstrou o julgador, baseando-se na Lei nº 13.541/2017 (que alterou a lei nº 9.519/1997), que a alegação da composição exclusiva do Corpo de Praças da Armada por indivíduos do sexo

masculino não se sustenta, pois restou evidente que a partir de 2017 é permitida a presença de mulheres no Corpo de Praças da Armada e no Corpo de Fuzileiros Navais. Sobre esse tema achou por bem transcrever parte da exposição de motivos da norma modificadora: “[...] 5. A norma em vigor, com a finalidade de proteção à família, também impede que mulheres ingressem no Corpo da Armada e no Corpo de Fuzileiros Navais e impõe limitações para ingresso no Corpo de Intendentes e no Corpo de Saúde da Marinha. 6. No entanto, o Comando da Marinha julga que tais restrições não são mais justificadas, haja vista que, tanto no País como nas demais Nações, a mulher vem demonstrando ser capaz de ocupar cargos que outrora eram destinados exclusivamente aos homens, desde os mais simples até os mais elevados da Administração Pública e das Forças Armadas. 7. Dessa forma, atendido o proposto pelo Comandante da Marinha, as mulheres passarão a ter acesso aos cargos operativos da Marinha do Brasil, no Corpo da Armada ou no Corpo de Fuzileiros Navais”.

Transcreveu, outrossim, diversos artigos da citada lei. Esta que disciplina, inclusive, a forma como se dará a participação das mulheres no caso de guerra (§ 1º do art. 9º) e pontuou que tal lei não se aplica tão somente aos oficiais como sustentou a União, uma vez que o parágrafo único do art. 16, dispõe que: “compete ao Comandante da Marinha regulamentar a constituição e a organização do Corpo de Praças da Marinha, observados, no que couber, os princípios estabelecidos para Oficiais no art. 9º desta Lei”.

Destacou, ainda, o tema 121 da repercussão geral, no qual o STF fixou a tese de que “apenas lei pode definir os requisitos para ingresso nas Forças Armadas” e citou que a Lei nº 12.705/2012 permitiu o ingresso das mulheres na linha militar bélica do Exército. Ademais, esclareceu que as vedações ao ingresso das mulheres foram derrubadas por meio de lei formal, de iniciativa do Presidente da República e decretada pelo Congresso Nacional.

Frisou que há vasta jurisprudência do STF no sentido de que: (i) a ação civil pública é mecanismo idôneo para impor ao Poder Público obrigação de fazer consistente na promoção da dignidade da pessoa humana; (ii) em tais situações não há que se falar em violação ao princípio da separação dos poderes; (iii) e a efetivação da dignidade da pessoa humana tem eficácia plena e aplicação imediata.

Em face de tal posicionamento, entendeu não haver qualquer obstáculo em condenar a União que estabeleça (conforme já foi recomendado pelo MPF) programas de reabilitação ou transferência de militares transgêneros para funções compatíveis em outros Corpos ou Quadros das Forças Armadas, caso exerçam originalmente funções que não podem ser ocupadas por

mulheres, uma vez que em todas as Forças é admitida a presença de militares de ambos os sexos, o que fornece efetividade aos direitos constitucionais a eles assegurados.

Outro ponto enfrentado pelo desembargador federal, em seu voto, foi concernente ao argumento de que a retificação do gênero de transgênero, após o seu ingresso nas Forças Armadas, seria um privilégio, já que viabilizaria o acesso a um cargo no qual originariamente lhe seria vedado. Ressaltou que tal entendimento não é consentâneo com a realidade que compõe o heterogêneo grupo dos LGBTI+. E declarou que tal retificação não pode ser vista como um bônus mas como um ato de exercício da cidadania que afasta os estigmas que há séculos estão permeados no seio da nossa sociedade. E ponderou: “Relembro que, conforme explicado alhures, a concepção dos sistemas jurídicos ainda busca uma vetusta ideia de congruência entre sexo, fenômeno biológico, e gênero, fenômeno psicossocial. Todavia, o STF vem, por meio dos processos de filtragem constitucional e de interpretação conforme a constituição, aperfeiçoando o sentido que o nosso sistema jurídico emprega nesses fenômenos, conferindo-lhes um significado mais atual e harmônico com os demais ramos das ciências sociais, a exemplo da ADI nº 4.275 e da ADO nº 26”.

O julgador transcreveu trecho da ADO nº 26, da lavra do ministro Celso de Mello, publicada em outubro de 2020: “A questão da homossexualidade, surgida em um momento no qual ainda não se debatia o tema pertinente à ‘ideologia de gênero’, tem assumido, em nosso País, ao longo de séculos de repressão, de intolerância e de preconceito, graves proporções que tanto afetam as pessoas em virtude de sua orientação sexual (ou, mesmo, de sua identidade de gênero), marginalizando-as, estigmatizando-as e privando-as de direitos básicos, em contexto social que lhes é claramente hostil e vulnerador do postulado da essencial dignidade do ser humano”.

À vista disso, entendeu imprescindível a reforma da sentença no respeitante a ressalva aplicada de que quando “a mudança de sexo violar as regras do edital que, licitamente, restringiu a vaga para pessoas de um só gênero”. E explicou que para além de se buscar assegurar a isonomia dos certames públicos, que é um direito de estatura constitucional, a referida ressalva entra em colisão com outros tantos postulados igualmente constitucionais, em especial a dignidade da pessoa humana. E defendeu que a citada ressalva, ao contrário de propiciar a isonomia nos concursos, acaba por agravar o quadro de discriminação sofrido por essa parcela da sociedade e, em última instância, perpetua o cenário de exclusão por eles vivenciado, em uma desproporcional aplicação do princípio da igualdade.

Ressaltou que no inquérito civil, que precedeu a ACP, foram constatados apenas 4 casos de discriminação aos transgêneros, nas 3 Forças, o que de per si demonstra quão minoritário é esse

grupo em relação ao numeroso efetivo e como empreender esforços para restringir ainda mais a sua presença, sob o argumento da isonomia, tão somente amplifica e eterniza as discriminações sofridas por eles. Prosseguiu extraindo trecho da obra “Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade”, de Joaquim Barbosa Gomes: “toda e qualquer prática empresarial, política governamental ou semigovernamental, de cunho legislativo ou administrativo, ainda que não provida de intenção discriminatória no momento de sua concepção, deve ser condenada por violação do princípio constitucional da igualdade material se, em consequência de sua aplicação, resultarem efeitos nocivos de incidência especialmente desproporcional sobre certas categorias de pessoas.”

Daí, concluiu o julgador que não há nada a obstaculizar a plena efetivação do direito à identidade de gênero, conforme definido pelo tema 761 da repercussão geral do STF, bem como na ADI nº 4.275, além de disciplinado no Decreto nº 8.727/2016.

Relativamente ao capítulo do apelo da DPU, declarou não merecer reparo a sentença no que diz respeito aos honorários advocatícios. A jurisprudência consolidada do STJ determina que não há condenação em honorários em ACP, salvo comprovada má-fé.

Por derradeiro, entendeu pela reforma da sentença na parte em que julgou extinta a ação com relação aos servidores civis, por falta de interesse de agir, ante a insuficiência probatória, já que não foi demonstrado tratamento discriminatório da UF contra os servidores civis transgêneros.

O relator esclareceu que as condições da ação devem ser analisadas *in status assertionis*, quer dizer, tal como apresentado e, superada a fase postulatória, a matéria passa a ser de mérito. Portanto, prosseguiu, a pretensão da DPU deve ser julgada improcedente por insuficiência de prova, conforme pacífica jurisprudência. Ressaltou, no entanto, que por se tratar de ACP, com relação aos servidores civis, a decisão não fará coisa julgada material (já que julgado improcedente por insuficiência probatória). Portanto, qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

O julgador concedeu tutela provisória de urgência, agora ampliada por decisão colegiada, para condenar a UF a cumprir, de imediato, as disposições deste julgado.

Ex positis, votou no sentido de negar provimento à apelação e à remessa necessária, tida por interposta a favor da União, e de dar parcial provimento à remessa necessária, tida por interposta, e ao apelo da Defensoria Pública da União para, reformando parcialmente a sentença, condenar a UF, em todos os seus órgãos das Forças Armadas – Marinha, Exército e Aeronáutica, a reconhecer o nome social dos seus militares transgêneros, assim como se abster de reformá-

los mediante a alegação da doença ‘transexualismo’, sem qualquer ressalva, bem como para, com relação aos servidores civis, julgar improcedente o pedido por insuficiência de provas.

Os demais votantes da 5ª Turma Especializada desta Corte acompanharam o relator, à unanimidade.

Precedentes:

STF: ADI 3943 (DJe 05/08/2015); RE 733433 (DJe 06/04/2016); ADI 4275 (DJe 07/03/2019); RE 592.581 (DJe 01/02/2016); ADO 26 (DJe 6.10.2020);

STJ: REsp 1793637 (DJe 19/11/2020); AgInt no REsp 1367400 (DJe 18/12/2020); REsp 1578981 (DJe: 04/02/2019); AgInt no REsp 1841683 (DJe 24/09/2020);

TRF2: AC 200550010052476 (DJe 27/07/2014); AC 0133016-90.2014.4.02.5101 (DJe 11/05/2020).

APELAÇÃO CÍVEL - 5061750-79.2019.4.02.5101

Decisão em 27/10/2021 - Disponibilização no e-Proc

Relator: Juiz Federal Convocado FABIO TENENBLAT - 6ª Turma Especializada

[volta](#)

Resolução CREMERJ nº 293/19 viola a autonomia das gestantes ao proibir que o médico assinasse o plano de parto

Cuida-se de remessa necessária, tida por interposta, e de apelação interposta pelo Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro – CREMERJ, nos autos da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal e pela Defensoria Pública da União - DPU, com pedido de concessão de tutela antecipada, objetivando provimento jurisdicional que determine a anulação integral e imediata da Resolução CREMERJ nº 293/2019, cujo artigo 1º proibiu os profissionais médicos de observar e atender planos de parto e demais documentos pelos quais a gestante registra suas disposições de vontade acerca de seu próprio trabalho de parto.

Afirmaram os autores, em sua exordial, que tal normativa contraria o princípio bioético da autonomia, impedindo a tomada de decisões pela gestante/parturiente quanto a seu próprio corpo, sobre sua pessoa e a de seu bebê, bem como infringe um dos corolários diretos do princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da legalidade, qual seja, o direito personalíssimo ao próprio corpo.

Sustentaram, ademais, que tal resolução viola o artigo 5º, inciso XIII, da Constituição Federal e o Código de Ética Médica, em seus incisos VII e VIII, já que restringe a liberdade profissional do médico que queira observar e atender ao plano de parto elaborado pela gestante/parturiente, como também contraria as Diretrizes Nacionais de Assistência ao Parto do Ministério da Saúde (Portaria MS/SAS n.º 353 de 2017), bem como as recomendações da Organização Mundial da Saúde para assistência ao parto.

O juízo do piso determinou a citação do CREMERJ - antes da apreciação da liminar – que, ao contestar, alegou em preliminar, a ilegitimidade ativa dos demandantes, ao argumento de que a resolução objurgada tem por singular objetivo a proteção da mãe e do nascituro, frente às disposições do plano de parto que possam, eventualmente, angariar risco de morte e que, tanto ao MPF quanto à DPU cabe a defesa do nascituro.

No que tange ao mérito, o réu utilizou os mesmos argumentos fáticos, sustentando que a resolução em comento não proíbe o plano de parto de per si mas visa, tão somente, que o ato médico seja garantido ao médico, caso se defronte com circunstância de risco. Nesse

concernente, esclareceu que o consentimento da paciente não vem regrado de caráter absoluto e os planos de parto destinam-se a vetar procedimentos salvadores, como cirurgias cesarianas (mesmo em caso de risco de morte para a paciente ou o bebê), episiotomia e analgesia de parto, uso de ocitocina e posições de assistência de parto. Afirmou que a Resolução nº 293 não extrapola os limites do Poder Regulamentar ou contraria o princípio da legalidade ou da proporcionalidade, já que se funda no Código de Ética Médica, ao permitir o livre exercício profissional, afastar coações e preservar a vida. Nesse respeitante, ilustrou que a Lei Estadual nº 7.191/2016 garante a elaboração do plano de parto, mas ressalva as hipóteses em que o médico poderá deixar de observá-lo.

Ao julgar o pleito exordial, o magistrado de piso deferiu a antecipação dos efeitos da tutela para o fim de suspender a Resolução CREMERJ nº 293/2019 e julgou procedente o pedido, resolvendo o mérito, com fulcro no art. 487, inc. I, do CPC para o fim de anular a resolução supramencionada.

Irresignada, a parte ré apelou. Em suas razões, reafirmou os argumentos inicialmente lançados e frisou que a parturiente não dispõe de conhecimento técnico para avaliar o risco de suas escolhas e a evolução do quadro, em caso de intervenção médica. No mais, sustentou que a normativa não cria direitos ou obrigações e não afronta as Diretrizes Nacionais de Assistência ao Parto Normal do Ministério da Saúde, tampouco as recomendações da Organização Mundial da Saúde.

O processo veio a esta Corte para julgamento da apelação e da remessa necessária, sob a relatoria do juiz federal convocado Fabio Tenemlat, que afirmou, ab initio, ser o recurso em análise, improsperável.

Esclareceu o julgador que a mencionada resolução dispõe sobre a proibição de adesão, por parte de médicos, a quaisquer documentos, dentre eles o plano de parto ou similares, que restrinjam a autonomia médica na adoção de “medidas de salvaguarda do bem estar e da saúde para o binômio materno fetal”.

Elogiou a boa fundamentação da sentença, transcrevendo excertos em seu voto.

E elucidou que o juiz de piso, ao analisar o Código de Ética Médica, no que ao processo interessa, ponderou sobre as disposições ali contidas, que asseguram a autonomia profissional do médico, sua atuação nos limites da sua consciência e protegem o ato médico de interferências externas indevidas. Aduziu, o julgador de piso, que tais disposições sempre precisam estar em harmonia com o restante do ordenamento jurídico pátrio e forneceu, nesse sentido, diversos exemplos, dentre eles: (a) no plano constitucional: (i) o princípio da dignidade da pessoa humana

e; (ii) de que ninguém deve ser submetido à tortura , à tratamento desumano ou degradante e; (b) no plano infraconstitucional: (i) o Código Civil proíbe a submissão, contra a própria vontade e com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica e ;(ii) o próprio Código de Ética Médica dispõe ser vedado ao médico deixar de obter o consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado e; (iii) de deixar que decida livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, ambos (ii e iii) com a única ressalva de caso de risco iminente de morte.

Destarte, salientou que a autonomia profissional do médico há de ser exercida em observância e respeito à autonomia do indivíduo que se submete à intervenção médica, em especial, no caso sob análise, às parturientes.

Evidenciou, o juiz de primeira instância, que o plano de parto se mostra um instrumento relevante no equacionamento da vontade da gestante e da prática do ato médico, no momento do parto. Elucidou que tal procedimento foi recomendado pela OMS que, com o objetivo de melhorar o nível de assistência médica às gestantes, editou 56 recomendações, em 2018, sobre o momento do parto, dentre as quais: orientações no sentido de menor grau de intervenção e medicação no trabalho de parto, mais tempo para a mulher dar à luz e mais participação das grávidas nas decisões. Nessa questão, o magistrado de primeiro grau asseverou que a prática do ato médico não pode resultar na “redução da gestante à qualidade de mera expectadora do procedimento a que estará submetida, abstraindo-lhe a qualidade de sujeito de direitos plenamente capaz que lhe é inerente”.

Pontuou que a redação dos dispositivos da resolução foi indevidamente abrangente, levando à inevitável conclusão de que os médicos estão proibidos de assinar plano de parto.

Ressalvou, no entanto, que há situações equivocadas na confecção de plano de parto, mediante a adoção de modelos disponibilizados na internet, com disposições que podem tolher a autonomia profissional do médico e colocar vidas em risco. Mencionou caber ao Conselho Regional regulamentar e dispor sobre o conteúdo do plano, mediante debate público aberto, com a participação da sociedade civil e comunidade médica, da forma como foi feita quando da entrada da Lei Estadual nº 7.191/2016 no ordenamento jurídico.

O desembargador federal relator acentuou que o apelante, em suas razões, defendeu que as escolhas do paciente devem ser acatadas, desde que não haja risco de dano e que, na contemporaneidade, mulheres grávidas têm solicitado a ginecologistas-obstetras que assinem modelos de planos de parto confeccionados por leigos que obstam, em qualquer hipótese, diversas manobras salvadoras.

Por outro giro, deu destaque ao argumento contido nas contrarrazões de que o artigo 1º da Resolução CREMERJ nº 293/2019 - sintaticamente composto por duas partes - estabelece “uma primeira regra de vedação absoluta/liberdade profissional irrestrita [é vedado ao médico aderir e/ou subscrever documentos que restrinjam ou impeçam sua atuação profissional] e uma segunda regra que reforça tal vedação absoluta/liberdade profissional irrestrita a uma situação particular, dentre todas as demais [em especial nos casos de potencial desfecho desfavorável materno e/ou fetal]”.

Ressaltou o relator que o plano de parto (recomendado pela OMS) pode consistir na elaboração, pela mulher grávida, com a ajuda do obstetra, de uma carta ou simples lista em que ela registra as suas preferências em relação ao processo do parto, procedimentos médicos de rotina e cuidados do recém-nascido. Nesse diapasão, prosseguiu, a norma objurgada elimina qualquer possibilidade de emissão de vontade da parturiente acerca da dinâmica do próprio trabalho de parto e “de forma ilegítima e antijurídica, confere-se ao médico uma liberdade de atuação profissional ilimitada durante a assistência ao parto, em qualquer um de seus contextos, independentemente do grau de risco a que se submete o binômio materno-fetal, seja ele, baixo, médio ou alto”.

Destarte, apreendeu o relator que a Resolução nº 293 desborda o Poder Regulamentar, na medida em que reserva ao profissional médico, de forma abstrata, liberdade de atuação irrestrita na totalidade dos casos. Nesses termos, e conforme destacam os apelados, a contrapartida inevitável a este poder absoluto é a anulação integral do direito da gestante à disposição sobre o próprio corpo.

Já com relação à violação ao princípio da proporcionalidade, transcreveu o julgador excertos das contrarrazões que evidenciam com precisão que, muito embora o objetivo de preservar a liberdade profissional do médico em situações de risco seja realmente legítimo, a sua promoção foi feita à custa de restrição apriorística à autonomia da vontade da gestante:

“Logo, conclui-se que nenhum dos três subprincípios componentes do princípio da proporcionalidade está presente na referida espécie normativa, uma vez que: (i) a vedação total ao plano de parto é meio inadequado para a finalidade de se preservar a liberdade profissional do médico em casos excepcionais de emergência; (ii) o sacrifício integral da autonomia da gestante/parturiente é medida excessiva e desnecessária para resguardar essa mesma liberdade profissional; e, por fim, (iii) a supressão do direito ao próprio corpo, com prejuízo à dignidade da pessoa humana, é solução totalmente desproporcional em face do bem jurídico que supostamente se busca promover.

(...)

Não se desconhece que a regra fundamental para o profissional médico é naturalmente a liberdade. Assim, não cabe ao conselho profissional se imiscuir na relação médico-paciente de forma a limitar de maneira tão drástica a liberdade de expressão que se consubstancia justamente na assinatura do plano de parto, em que a relação entre médico e paciente se torna tão importante.

A verdade é que inexistem provas de médicos obstetras sendo coagidos a assinar planos de partos contra sua própria vontade, de maneira que permanecem podendo exercer sua autonomia da vontade profissional de forma plena.

Por outro lado, é inquestionável que a Resolução CREMERJ nº. 293/2019 restringe também a liberdade profissional do médico que queira aderir e/ou subscrever um determinado plano de parto, em franca violação do artigo 5º, inciso XIII, da Constituição Federal e ao próprio Código de Ética Médica (itens VII e VIII).

Não há que se falar, portanto, em ato atentatório à ética profissional no simples fato de um médico aderir e respeitar as disposições de vontade da gestante/parturiente acerca de seu próprio trabalho de parto; por consequência, não é juridicamente lícito que haja uma vedação disciplinar à conduta do profissional que aceite e assine um determinado plano de parto.

Mais que isso, a referida Resolução termina por surtir o efeito perverso de transmitir à classe médica uma orientação jurídica equivocada, induzindo uma atuação profissional contrária a disposições legais e constitucionais que, de modo categórico, asseguram a autonomia de vontade sobre o próprio corpo, dando margem a possível responsabilização do médico nos terrenos éticodisciplinar, cível e penal.”

Por derradeiro, o relator observou que a questão foi bem solucionada em primeira instância e votou no sentido de negar provimento à remessa necessária e ao apelo, sendo secundado pelos demais votantes da 6ª Turma Especializada.

APELAÇÃO CÍVEL - 5099898-62.2019.4.02.5101

Decisão em 27/10/21 - Disponibilização no e-Proc

Relator: Desembargador Federal JOSÉ ANTONIO LISBÔA NEIVA - 7ª Turma Especializada

[volta](#)

Servidor público: conversão de tempo especial em comum para fins de aposentadoria no RPPS de período anterior à EC nº 103/2019

Cuida-se de apelação interposta contra sentença que denegou a segurança, em writ, que visou atacar ato do Diretor de Administração do Pessoal da Aeronáutica, DIRAP, pelo não reconhecimento do direito à aposentadoria especial, com paridade e integralidade, de servidora pública estatutária, que exerceu atividade laborativa especial.

Na esfera administrativa, a autora, lotada no Instituto de Aeronáutica e Espaço - IAE do Departamento de Ciência e Tecnologia Aeroespacial – DCTA, órgão do Comando da Aeronáutica, inicialmente contratada em 1986 sob a égide da CLT, posteriormente em regime da Lei 8.112/90 - Regime Jurídico Único (RJU) dos servidores públicos civis da União, requereu aposentadoria especial. Afirmou que laborou, no DCTA, por mais de 25 anos, onde as atividades são classificadas como perigosas. Tal fato não foi reconhecido pela autoridade impetrada, que negou o pedido.

Se voltou então ao Judiciário, em 2019, requerendo a aplicação do art. 1º da Lei Complementar nº 58/1988. Subsidiariamente, pleiteou a conversão do tempo especial em comum, com incidência do fator 1.2.

O diretor da DIRAP apresentou informações, nas quais apontou que o direito dos servidores públicos à aposentadoria especial é assegurado pelo artigo 40, § 4º, c, da CF/88, segundo a Súmula Vinculante nº 33 do STF e alegou que o entendimento aplicado, no caso da impetrante, em âmbito administrativo, está em consonância com o texto constitucional, já que as garantias de integralidade e paridade deixaram de existir para os servidores, após a edição da Emenda Constitucional nº 41/2003 e que, portanto, as únicas hipóteses em que os benefícios são concedidos com tais características são as enquadradas em regras de transição.

Sustentou que o atingimento do tempo mínimo para aposentadoria especial de 25 anos pela impetrante deu-se posteriormente ao advento da EC nº 41/2003.

Aduziu ainda que, nos três requerimentos apresentados pela servidora na via administrativa, não houve a instrução processual com todos os documentos exigidos pela ON nº 16/2013, em

seu art. 12, deixando de apresentar parecer da perícia médica, em relação ao enquadramento por exposição a agentes nocivos.

A juíza de piso, ao analisar a hipótese, mencionou que a autora já havia impetrado mandado de segurança, em 2017, com idêntico pedido e que, na sentença daqueles autos, já transitados em julgado, o pleito havia sido indeferido por ausência de comprovação de 25 anos de labor, necessários para o regime especial. A ordem foi denegada e, não obstante tenha constado naquele dispositivo que o julgamento teria ocorrido sem análise de mérito, tratou-se de evidente erro material, eis que a segurança foi denegada nos termos do art. 487, I, do CPC.

A juíza do atual mandado de segurança ressaltou que, no período compreendido entre a expedição dos laudos e Perfis Profissiográficos Previdenciários – PPPs, em 24 de janeiro de 2017 (que instruíram o primeiro writ), até abril de 2018, a servidora continuou a laborar, tendo a Administração emitido um novo PPP, em agosto de 2018, aproximadamente 1 ano e 7 meses após a expedição do primeiro. Portanto, em razão da causa de pedir diversa da que embasava o primeiro pleito, afastou a hipótese de coisa julgada.

Em sua sentença, avaliou, com base nos documentos apresentados, que diversos períodos não foram apontados como exposição a agente nocivo, bem como aqueles em que a servidora esteve de licença gestante ou licença médica e, como o rito escolhido foi o mandamental - que não comporta dilação probatória ou apresentação de documentação superveniente - concluiu que a impetrante não faria juz à aposentadoria especial, que exige 25 anos de atividade em ambiente considerado insalubre, denegando a segurança com análise de mérito.

A impetrante opôs aclaratórios que foram rejeitados

Irresignada, a parte autora apelou.

Em fase recursal, o desembargador federal relator, José Antonio Lisbôa Neiva, evidenciou que a denegação da ordem se deu com base nas análises dos PPPs e dos Laudos Técnicos Individuais apresentados.

No concernente aos períodos de afastamento por licença-gestante, tratamento de saúde ou para acompanhar cônjuge, aduziu o julgador: “a própria impetrante reconhece que descabem ser considerados no cômputo do tempo de serviço para fins de aposentadoria especial (Evento 49 - item 2.1.1 das razões de apelo), o que está de acordo com o disposto no 1º da Lei Complementar nº 58/1988”.

Esclareceu que, em suas razões de apelação, a recorrente se insurgiu quanto ao período final, considerado - na sentença atacada - relativo ao exercício de atividades laborativas em condições especiais. Nesse respeitante, defendeu que a juíza de piso, equivocadamente,

considerou a data de 19 de abril de 2018 (descrita no laudo técnico individual), quando o correto seria 06 de agosto de 2018, data do PPP, “o que comprova a impetrante mais de 25 anos de labor em condições especiais”.

A recorrente sustentou, prosseguiu, que o indeferimento na esfera administrativa não se deveu ao argumento de ausência de 25 anos de trabalho em situação especial, mas por deficiência de instrução e por não ser reconhecido o direito à pensão especial com integralidade e paridade de proventos. Entretanto, asseverou o julgador, a inexistência de manifestação quanto a não ter completado os 25 anos necessários não produz como consequência lógica que se tenha reconhecido a ocorrência de tal fato.

Destacou, outrossim, que os Laudos Técnicos Individuais admitiram risco no exercício laboral não contínuo da impetrante, por executar atividade com artefatos bélicos e explosivos, entre os anos de 1991 a 2018. Porém, observou que, da análise do PPP de 06 de agosto de 2019 - assinado pelo mesmo Engenheiro de Segurança do trabalho que assinou os laudos supramencionados – cuidou este, apenas, de organizar e compilar as informações desses documentos, não servindo a data da assinatura do perfil profissiográfico como instrumento probatório de que a autora tenha continuado a laborar em ambiente de risco à sua integridade física após 19 de abril de 2018. Daí não ter como considerar comprovado o preenchimento do requisito de 25 anos de exercício para fins de aposentadoria especial, restando prejudicado, continuou o julgador, o pedido quanto à integralidade e à paridade de proventos.

Já no que tange ao pedido subsidiário, aludiu que por muitos anos o STF não admitia, sob alegação de mora legislativa, a conversão de períodos especiais em comuns, no âmbito do RPPS - Regime Próprio de Previdência Social, autorizando tão somente a aplicação das regras do RGPS - Regime Geral de Previdência Social para a concessão da aposentadoria especial, mediante prova do exercício de atividades laboradas em condições nocivas pelo tempo exigido

Contudo, o Plenário do Pretório Excelso revisou seu entendimento, a partir do julgamento, em 31 de agosto de 2020, do RE nº 1.014.286, submetido à sistemática da repercussão geral (Tema 942). Passou, então, a entender pela possibilidade de conversão de tempo especial em comum, para fins de aposentadoria no RPPS, segundo as regras estabelecidas para o RGPS, considerando que tais regras são abrangidas pela inconstitucional omissão legislativa, quanto ao período anterior à Emenda Constitucional nº 103/2019 e transcreveu a tese ali firmada: “Até a edição da Emenda Constitucional nº 103/2019, o direito à conversão, em tempo comum, do prestado sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física de servidor público decorre da previsão de adoção de requisitos e critérios diferenciados para a jubilação

daquele enquadrado na hipótese prevista no então vigente inciso III do § 4º do art. 40 da Constituição da República, devendo ser aplicadas as normas do regime geral de previdência social relativas à aposentadoria especial contidas na Lei 8.213/1991 para viabilizar sua concretização enquanto não sobrevier lei complementar disciplinadora da matéria. Após a vigência da EC n.º 103/2019, o direito à conversão em tempo comum, do prestado sob condições especiais pelos servidores obedecerá à legislação complementar dos entes federados, nos termos da competência conferida pelo art. 40, § 4º-C, da Constituição da República”.

Diante do exposto, o relator votou no sentido de conceder, em parte, a segurança, reconhecendo o pedido subsidiário de direito à conversão de tempo especial em comum, com aplicação do fator multiplicador 1.2.

A 7ª Turma Especializada, por unanimidade, decidiu no sentido de reformar a sentença e dar parcial provimento ao apelo, nos termos do voto do relator.

Precedentes:

STF: Rcl 19734/SP (DJe: 22/11/2016); RE 1014286 (DJe: 24/09/2020) Súmula Vinculante nº 33, MI nº 721 (DJe 30/11/2007).

APELAÇÃO CÍVEL – 5068976-38.2019.4.02.5101

Decisão em 22/09/21 - Disponibilização no e-Proc

Relator: Desembargador Federal MARCELO PEREIRA DA SILVA - 8ª Turma Especializada

[volta](#)

Cadastro positivo e o fornecimento de número de telefones de usuários pelas operadoras

O Sindicato Nacional das Empresas de Telefonia e de Serviço Móvel Celular e Pessoal – SINDITELEBRASIL - ajuizou ação civil pública em face da União Federal, com pedido de tutela antecipada, objetivando o julgamento de procedência de demanda para determinar que as prestadoras de serviços de telecomunicações inseridas na categoria por ele substituídas não se sujeitassem aos efeitos do art. 17, II, 'e', do Decreto nº 9.936/2019, e, portanto, não fossem obrigadas a fornecer o número de telefone de seus usuários.

Em sua exordial, narrou a parte autora que se trata de sindicato de âmbito nacional, representante de “todas empresas que operam no território nacional, como concessionárias ou autorizatárias, nas seguintes atividades de interesse coletivo: a) Serviços telefônicos fixos comutados locais e de longa distância, nos regimes público e privado; b) Serviços móveis celulares e serviços móveis pessoais nos regimes público e privado; c) Serviços de Comunicação Multimídia; e d) Serviços de acesso condicionado”, conforme art. 1º do seu Estatuto Social, com competência para representar interesses coletivos e individuais destas empresas em questões judiciais ou administrativas.

Esclareceu que o ajuizamento da ACP teve origem na obrigação estabelecida no art. 17, II, “e”, do Decreto nº 9.936/2019, que regulamentou a Lei Federal nº 12.414/2011 - Lei do Cadastro Positivo, de forma que as empresas prestadoras de serviços de telecomunicações forneçam o número telefônico de todos os seus clientes para as gestoras de bancos de dados.

E, nesse diapasão, sustentou que tal obrigação contraria a própria Lei do Cadastro Positivo e a Lei nº 9.472/1997 - Lei Geral das Telecomunicações, vez que (i) o número de telefone não tem relação com análise de risco de crédito; (ii) excede o poder regulamentador do Presidente da República, já que, por não ter relação com a finalidade da lei, extrapola seus limites e fere os princípios da finalidade e da necessidade que regem a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - Lei 13.709/2018; (iii) invade matéria reservada à lei; e (iv) é manifestamente desproporcional.

A tutela de urgência foi indeferida.

A ACP foi julgada improcedente e o feito extinto, com apreciação do mérito, na forma do inc. I, do art. 487, do CPC.

O SINDITELEBRASIL apelou e, em suas razões recursais, ressaltou que o tema chegou ao Pretório Excelso, através das ADIs 6.388, 6.389 e 6.390, as quais questionaram a constitucionalidade da MP nº 954/2020 - que dispôs sobre o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações com o IBGE, para fins de suporte à produção estatística oficial durante a situação emergencial de saúde pública decorrente da Covid-19. Segundo a parte autora, os fundamentos de tais ADIs são idênticos aos da hipótese dos autos. E prosseguiu a comparação, declarando que a MP nº 954/2020, a Lei do Cadastro Positivo e o Decreto nº 9.936/2019 não esclarecem - ao arropio da Lei Geral de Proteção de Dados -, a finalidade do fornecimento do número telefônico.

Asseverou que a Lei de Cadastro Positivo instituiu regra restritiva que coibiu o repasse, pelas empresas, de informações que não fossem estritamente relacionadas à análise de risco de crédito (Art. 3º, § 1º e § 3º) e esclareceu que o intuito do legislador foi evitar que, a pretexto da criação de um banco de dados, as gestoras tivessem acesso irrestrito a informações dos consumidores. Nesse ponto, destacou que o número de telefone não mantém relação com risco de crédito, uma vez que não reflete grau de adimplência dos cadastrados: “nenhum banco ou instituição financeira dará, ou deixará de dar, crédito a determinada pessoa física ou jurídica, a partir de uma análise do seu número de telefone”.

Realçou, ainda, que o Decreto nº 9.936/2019, na parte objurgada, também ostenta traços de inconstitucionalidade ao ofender, de forma expressa, os direitos fundamentais de liberdade individual, privacidade e livre desenvolvimento da personalidade.

Por derradeiro, apontou que o STF adotou, nos autos das ADIs supracitadas, o entendimento de que a não demonstração expressa das finalidades dos dados que se busca a disponibilização macula o ato normativo.

O desembargador federal relator, Marcelo Pereira da Silva, principiou seu voto transcrevendo o disposto no art. 17, II, “e” do Decreto nº 9.936/2019: “Art. 17. Serão definidos em comum acordo entre as fontes e os gestores de bancos de dados o padrão e o leiaute para o envio das seguintes informações: (...) II - dados do cadastrado: a) nome do cadastrado; b) CPF/CNPJ do cadastrado; c) endereço residencial ou comercial do cadastrado; d) endereço eletrônico do cadastrado, quando houver; e e) telefone do cadastrado; (...)”.

E ponderou que as alegações do apelante foram minuciosamente analisadas no parecer do parquet federal, adotando como razões de decidir os fundamentos ali lançados.

O MPF iniciou seu parecer esclarecendo que o Decreto nº 9.936/2019 (que tem por objeto a criação de um banco de dados com informações de adimplemento de pessoas naturais e jurídicas para formação de histórico de crédito) não desbordou o poder regulamentar, pois a análise dos arts. 2º e 3º com o art. 5º da Lei Federal nº 12.414/2011 (Lei do Cadastro Positivo) diferenciou as informações que irão compor o histórico de dados (“conjunto de dados financeiros e de pagamentos, relativos às operações de crédito e obrigações de pagamento adimplidas ou em andamento por pessoa natural ou jurídica”) das informações pessoais utilizadas para identificação dos cadastrados. Da mesma forma o fez, o decreto regulamentador (arts. 15 e 17), seguindo similar quadro delineado no ato normativo primário.

E se contrapôs ao apelante, esclarecendo que, atualmente, o número de telefone do consumidor não se trata de informação desprezível na análise de risco de crédito, diante do cenário de avanços tecnológicos e evolução das relações comerciais que alçaram a utilização do telefone (smartphones) a um patamar de relevante ferramenta de contratação, mormente através de aplicativos de comida, transporte, serviços, etc.

E aduziu que não há violação à privacidade ou à liberdade individual, já que tanto a lei como seu decreto regulamentador preveem a possibilidade de o cadastrado solicitar a exclusão deste, caso se sinta ameaçado em sua intimidade. Ademais, prosseguiu, informações referentes ao número de telefone estavam, em passado não distante, publicamente disponíveis nas listas telefônicas. Esclareceu, ainda, que o art. 16 do decreto em questão estabelece que o “envio das informações pelas fontes aos gestores de bancos de dados será realizado por mecanismos que preservem a integridade e o sigilo dos dados enviados”.

Por outro giro, entendeu plausível o raciocínio de que a verdadeira preocupação do sindicato autor se refere à falta de atualização do cadastro de seus usuários, por parte das operadoras, especialmente os pré-pagos (que correspondem a 53% da base de assinantes de telefonia móvel). Tal questão foi aventada na Nota Informativa nº 3.562/2019, do Ministério da Tecnologia, Inovações e Comunicações e citada na sentença recorrida. Sem olvidar que, desde 2003, por meio da Lei nº 10.703, incumbe aos prestadores de serviços de telecomunicações, na modalidade pré-paga, manter cadastro atualizado de seus usuários, muito embora seja sabido que há um baixo rigor no controle desta obrigação.

Por fim, no que tange à comparação feita pelo recorrente com o julgamento das ADIs 6.387, 6.388 e 6.389, esclareceu o parquet federal que, não obstante a similitude sobre a discussão central, as premissas que fundamentaram o entendimento do STF para suspender a MP nº 954/2020, naqueles casos (compartilhamento de telefone para produção de estatística, durante a

pandemia, sem delimitar o objeto da estatística, necessidade de disponibilização ou maneira como os dados seriam utilizados) não se aplicam na circunstância em análise. Na hipótese ora examinada, a finalidade do compartilhamento é a identificação dos consumidores para fins de formação do Cadastro Positivo de Crédito, instituído pela Lei nº 12.414/2011. Diversamente, a MP nº 954 não apresentou mecanismo técnico ou administrativo apto a proteger os dados pessoais, vazamentos acidentais ou utilização indevida, enquanto que a o Decreto nº 9.936/2019 prevê procedimento de cancelamento do cadastro, caso o consumidor se sinta violado, além da responsabilização civil objetiva e solidária em hipótese de abuso na utilização ou no seu franqueamento.

Diante do exposto, o desembargador relator votou no se sentido de negar provimento à apelação, sendo secundado pelos demais julgadores da 8ª Turma Especializada desta Corte.

Precedentes:

STF: ADI 416 AgR (DJe 03/11/2014); ADI 6387 (DJe: 12/11/2020); ADI 6388 (DJe: 12/11/2020); ADI 6389 (DJe: 12/11/2020); ADI 6390 (DJe: 12/11/2020).