



TRF - 2ª Região

INFOURInformativo de
Jurisprudência**ACÓRDÃOS EM DESTAQUE**

1ª TURMA ESPECIALIZADA: Cabimento de dano moral por cancelamento indevido de aposentadoria por incapacidade permanente

2ª TURMA ESPECIALIZADA: Controles de videogames - discussão acerca da registrabilidade de marcas tridimensionais

3ª TURMA ESPECIALIZADA: Diligência negativa incompleta em execução fiscal

4ª TURMA ESPECIALIZADA: Descabimento de inclusão das despesas relativas à contratação de agentes autônomos de investimento na base de cálculo de PIS e COFINS

5ª TURMA ESPECIALIZADA: Militar: carteira funcional com identidade de gênero autopercebida

6ª TURMA ESPECIALIZADA: Possibilidade de pagamento de gratificação de desempenho de atividade médica correspondente à segunda jornada de 20 horas

7ª TURMA ESPECIALIZADA: Circuito fechado: plataforma Buser e o serviço de transporte coletivo de passageiros por fretamento

8ª TURMA ESPECIALIZADA: Licença para acompanhar cônjuge, empregado público, é direito subjetivo do servidor

APELAÇÃO CÍVEL Nº 5085347-43.2020.4.02.5101

Decisão em 11/09/2023- Disponibilização no Sistema e-PROC

Relator: Juiz Federal Convocado ROGÉRIO TOBIAS DE CARVALHO

Relator para Acórdão: Desembargadora Federal ANDREA CUNHA ESMERALDO - 1ª Turma Especializada

[volta](#)**Cabimento de dano moral por cancelamento indevido de aposentadoria por incapacidade permanente**

Trata-se de apelação interposta pelo INSS contra sentença que o condenou a restabelecer aposentadoria por incapacidade e a indenizar, a título de danos morais, a segurada pelos prejuízos e transtornos advindos do cancelamento daquele benefício.

A apelada recebia a aludida aposentadoria desde 2002, quando, em 2018, fora convocada para submeter-se à perícia revisional a ser realizada pelo apelante. Neste procedimento, segundo conclusão do médico da autarquia previdenciária, a enfermidade que a acometia teria desaparecido. Com base em tal resultado, foi informada que seu benefício seria descontinuado. A segurada interpôs, então, recurso administrativo.

A 24ª Junta de Recursos do Conselho de Recursos da Previdência Social, em 02/09/2019, determinou que fosse retomada a concessão do benefício, ante a ocorrência da decadência do direito de anular o ato administrativo que o deferiu.

O Instituto Nacional do Seguro Social interpôs recurso especial contra a decisão acima e manteve o cancelamento da aposentadoria.

Inconformada, a segurada propôs ação em face da autarquia previdenciária, com pedido de tutela de urgência, requerendo o restabelecimento da aposentadoria por incapacidade permanente em questão, atrasados, juros, correção monetária, além de indenização por danos morais.

O juiz a quo indeferiu o pedido de tutela de urgência, concedeu gratuidade de justiça e determinou a realização de perícia judicial. O laudo indicou a persistência da enfermidade, apontando tratar-se de moléstia grave e incurável. Esclareceu o perito que a apelante possui limitações e restrições de locomoção e coordenação motora, necessitando, inclusive, de ajuda para realizar tarefas do cotidiano, como tomar banho, trocar de roupa, etc.

Baseado nas conclusões do laudo técnico, e, conseqüentemente, ante a constatação da insusceptibilidade de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garantisse a sobrevivência, o magistrado julgou procedente o pedido autoral e determinou o pronto restabelecimento do

benefício previdenciário, desde a data do cancelamento, bem como a quitação das parcelas atrasadas e as diferenças daí advindas, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de mora.

Esclareceu que, embora seja legítima e regular a ação do INSS em realizar perícia revisional, a fim de verificar a permanência ou não dos requisitos legais para a manutenção dos benefícios previdenciários, no presente caso, entendeu ter ocorrido ilegalidade na conduta da entidade estatal, haja vista não ter cumprido sua obrigação institucional de analisar cuidadosa e criteriosamente o processo administrativo que deu origem à cessação do benefício. Mormente, continuou, diante do binômio: extenso período de recebimento do benefício, somado à condição de extrema vulnerabilidade da autora, em função da gravidade de seu quadro de doença.

A natureza alimentar da verba suspensa, no cenário supramencionado, configurou, a seu ver, o dano moral ipso facto, independentemente de prova específica, surgindo, assim, o dever de indenizar.

Irresignado quanto à parte do dispositivo da sentença que o condenou a pagar danos morais, o INSS interpôs o presente recurso.

Em seu voto, o relator, juiz federal Rogério Tobias de Carvalho, informou que, usualmente, a conduta do INSS consistente em negar ou cancelar benefícios, assim como a demora em analisar requerimentos, não gera, per se, o dever de indenizar, sendo que esta obrigação reparatória somente ocorrerá em situações excepcionais, citando jurisprudência em igual sentido.

Analisando o caso dos autos, entendeu que a hipótese em apreço não configura uma das situações excepcionais que ensejam o pagamento de danos morais. Tal conclusão se deveu ao fato de que a atuação do INSS, que resultou na interrupção do benefício, foi precedida de perícia médica e procedimento administrativo.

Conforme sua compreensão, não restou comprovado, pela apelada, o efetivo prejuízo e dano moral sofrido, votando no sentido de dar provimento ao recurso da autarquia previdenciária.

Inaugurando divergência do posicionamento acima, a desembargadora federal Andrea Cunha Esmeraldo, entendeu que, na hipótese em análise, a conduta do INSS se encaixa nas circunstâncias extraordinárias que geram o dever de indenizar.

Reiterou os termos da sentença que sustentou a ilicitude da conduta do apelante ao furtar-se da devida cautela e diligência ao avaliar as informações que culminaram no cancelamento de um benefício pago há 16 anos, com origem em moléstia grave da segurada.

Ponderou que a mera conduta de cancelamento da aposentadoria, na circunstância apontada, deixando a segurada enferma, sem meios de prover a própria subsistência, é

suficiente para demonstrar a ocorrência do transtorno e abalo sofridos com base em presunção hominis ou facti.

Ex positis, votou pela improcedência do recurso, levando o caso a ser decidido pela técnica do art. 942 do CPC.

Os demais julgadores da 1ª turma especializada, em quórum ampliado, acompanharam o voto divergente, vencido o relator que votou no sentido de dar provimento à apelação.

Referências:

STJ: AgInt nos EREsp 1539725 (DJe 19.10.2017);

TRF2: APELREEX 0021928-18.2012.4.02.5101 (e-DJ2R 13.4.2016); AC 0005102-93.2014.4.02.9999 (e-DJF2R 14.4.2016); AC 0008307-05.2004.4.02.5110 (e-DJF2R 8.4.2016); AC 0000274-52.2011.4.02.5119 (decisão em 17.03.2022); AC: 0001498-02.2013.4.02.5104 (decisão em: 24.04.2018); APELREEX 0100707-56.2015.4.02.0000 (e-DJF2R 14.10.2016); APELREEX 0002473-74.2013.4.02.5152 (e-DJF2R 06.11.2017); AC 5036295-15.2019.4.02.5101 (decisão em 30.06.2023);

TRF4: AC: 50015859420224047206 (Decisão em 14/03/2023).

APELAÇÃO CÍVEL Nº 5043655-64.2020.4.02.5101

Decisão em 28/11/2023 - Disponibilização no e-PROC

Relator: Desembargador Federal WANDERLEY SANAN DANTAS - 2ª Turma Especializada

[volta](#)

Controles de videogames - discussão acerca da registrabilidade de marcas tridimensionais

Cuida-se de apelação interposta por Sony Interactive Entertainment Inc. e Sony Interactive Entertainment do Brasil, Comercio e Serviços de Marketing Ltda. contra sentença proferida nos autos de ação ordinária proposta pelas apelantes em face do Instituto Nacional da Propriedade Industrial - INPI, requerendo declaração de nulidade de decisões administrativas que indeferiram pedidos de registro, depositados nas classes NCL(8)09, NCL(11)28 e NCL (11)2, para as marcas tridimensionais destinadas a identificar os controles de jogos eletrônicos Dualshock 3 e Dualshock 4 da Sony.

O INPI indeferiu os pedidos com base no art. 124, XXI, da Lei de Propriedade Industrial (Lei nº 9.279/1996), por representarem “a forma vulgar, comum ou necessária do produto”, o que é proibido. O juízo de piso manteve o indeferimento administrativo por entender que as figuras tridimensionais dos controles Dualshock 3 e Dualshock 4 não seriam registráveis por ausência de caráter distintivo.

As autoras apelaram e em suas razões recursais arguíram, preliminarmente, a nulidade da sentença por cerceamento de defesa, pois a prova técnica pericial em semiótica requerida foi indeferida pelo juiz de primeiro grau. No mérito, pugnaram pela reforma da decisão ao argumento de que restou comprovado possuírem, os controles supramencionados, distintividade intrínseca, revelada por meio de laudo técnico em semiótica, elaborado por renomados especialistas da área.

Sustentaram, ademais, que a questão acerca do secondary meaning (distintividade adquirida) não teria sido enfrentada na via administrativa ou judicial em 1º grau. Nesse respeitante, alegaram a imprescindibilidade desta análise para a aferição do caráter distintivo de uma forma tridimensional, individualizada por singularidades incorporadas aos formatos dos controles referidos.

O desembargador federal Wanderley Sanan Dantas, relator, rejeitou a preliminar de nulidade, aludindo à capacidade da autoridade julgadora de avaliar os critérios legais, com base no conteúdo probatório dos autos, para decidir acerca da existência dos requisitos necessários

ao registro do sinal marcário. Não havendo, por entendimento jurisprudencial consolidado, a necessidade de conhecimento técnico específico (para a resolução da lide) além daquele detido por um profissional da magistratura, complementou.

Já no que tange ao mérito, esclareceu cingir a controvérsia à distintividade, ou não, das marcas tridimensionais em análise. Passou, portanto, ao exame do conceito de tal característica em dimensão jurídica.

Citou, por conseguinte, a obra de Denis Borges Barbosa em “Uma Introdução à Propriedade Intelectual” (2ª edição, Lumen Juris, 2003, p. 807), na qual o autor esclarece que: “a distinguibilidade é uma questão de grau, não de substância - há um ponto em que uma marca pode surgir na sensibilidade do público como distinta, separada, característica do que todo mundo já usa e pode usar em face do objeto simbolizado (p. 814)”.

Quanto à registrabilidade de marca que contenha signos genéricos, prosseguiu o relator, Barbosa pontua que: “será registrada a marca que contenha tais signos, desde que haja também outro elemento característico, que pode ser mesmo uma disposição especial inventiva dos mesmos signos. Nestes casos, o elemento que servirá de base para as apurações de colidência, ou seja, que, em última análise, constituirá a exclusividade, é o elemento característico (p. 815)”.

Acrescentou, ainda, a lição de Lélío Denicolo Schmidt em obra específica sobre o tema: “a distintividade é tão essencial à marca que é revelada por sua própria definição como um sinal destinado a diferenciar um produto ou serviço de outro. A função distintiva prende-se à gênese etimológica da palavra, pois [...] as marcas devem efetivamente marcar os produtos, para diferenciá-los de outros. Tamanha é a preponderância da função distintiva - ligada à própria razão de ser da marca - que OTAMENDI a aponta na verdade como a única função marcária juridicamente protegida, no que é seguido por vários autores (“A distintividade das marcas”, Editora Saraiva, 2013, pp. 49-50)”.

Evidenciou, o desembargador federal, ser a distintividade a capacidade do sinal marcário de distinguir produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, de origem diversa, como preceitua o art. 123, I, da LPI. Daí, arrematou o julgador, a normativa visa impedir o registro como marca da forma necessária, comum ou vulgar do produto ou de acondicionamento, ou, ainda, aquela que não possa ser dissociada de efeito técnico.

Compulsando os autos, verificou que a autarquia marcária reconheceu que os efeitos técnicos do produto não estão estritamente vinculados à sua forma. Portanto, ponderou que a discussão do caso diz respeito tão somente à “forma necessária, comum ou vulgar”, cabendo ao órgão julgador analisar apenas se a marca tridimensional que as apelantes intentam registrar

representa forma ordinária de um controle de videogame, de modo a não possuir distintividade suficiente dos demais produtos semelhantes, o que obstaculizaria seu registro.

Conforme a compreensão do julgador, o INPI e o juiz sentenciante confundiram os conceitos de distintividade com os conceitos de originalidade/novidade. Supôs o relator que tal equívoco se deveu provavelmente à tridimensionalidade da marca, o que levou ao errôneo exame da causa a partir de critérios exclusivamente aplicáveis aos desenhos industriais.

Nesse concernente, evidenciou que os critérios de novidade e originalidade são restritos aos desenhos industriais, não sendo aplicáveis às marcas (tridimensionais, ou não), uma vez que o objetivo destas é distinguir um produto dos concorrentes, e não proteger o direito de propriedade à forma plástica ornamental de um objeto. Salientou, ainda, que o atributo de novidade/originalidade para o registro de uma marca tridimensional não encontra respaldo na legislação.

Valeu-se, mais uma vez, da obra de Denis Borges Barbosa para demonstrar que a novidade que se espera de um sinal marcário “constitui apenas o requisito de que a marca tem de se distinguir dos outros signos já apropriados por terceiros” e para evitar a confusão com o conceito de originalidade, seria melhor designar tal requisito como “apropriabilidade”.

Acentuou o magistrado, nessa medida, a comparação feita pelo INPI, exclusivamente com base na silhueta entre a marca tridimensional das apelantes e os produtos de seus concorrentes, a provar o equívoco na análise da distintividade. O correto seria analisar os elementos gráficos específicos que os distinguem, vale dizer, os sinais distintivos visualmente perceptíveis, conforme disposto no art. 122 da LPI.

Trouxe à baila julgado de 2022, da 2ª turma especializada desta Corte Regional, que deliberou pela concessão do registro à marca tridimensional “Vigor Grego” por reconhecer, ao contrário do entendido pelo INPI, que esta possui distintividade. Esclareceu que se o exame fosse restrito à silhueta da embalagem, certo seria o indeferimento do registro. Contudo, prosseguiu, a marca protege todo o conjunto de características depositado, e não apenas a silhueta do sinal. Destarte, as diferenças pontuais entre os objetos podem gerar efeito visual próprio ao signo, uma vez que em um símbolo marcário, o registro protege os desenhos e textos únicos da marca e não a sua forma, que é genérica e, portanto, utilizável por todos.

In casu, continuou, cumpre avaliar se o símbolo marcário tem distintividade e se a sua forma é necessária ou vulgar para o produto que identifica.

Quanto à forma, ponderou que há diversos controles de videogames com silhueta diversa dos produtos em exame, tratando-se a forma de uma escolha de cada empresa do ramo.

Valeu-se dos ensinamentos de Maitê Cecília Fabbri Moro, em sua obra “Marcas Tridimensionais” (editora Saraiva, 2009), nesse respeito: “Não se pode afirmar que qualquer forma que tenha alguma utilidade esteja excluída da proteção como marca. Em outras palavras, não se quer dizer que nenhuma forma que tenha uma função possa ser registrada como marca tridimensional. É necessário deixar claro que as formas úteis excluídas da proteção como marca são apenas aquelas imprescindíveis ao alcance da funcionalidade a que se propõem. Se assim não fosse, correr-se-ia o risco de excluir todas as formas de embalagem da proteção como marca, simplesmente por sua utilidade em abrigar ou envolver algum produto. Em síntese, entende-se que nem todas as formas que apresentam algum tipo de funcionalidade técnica estão excluídas do registro como marca tridimensional, valendo a exclusão somente para aquelas nas quais a distintividade da forma seja determinante à obtenção do resultado técnico.” (pg. 148).

Ainda que exista certa funcionalidade em criar um controle de videogame com estrutura trapezoidal e hastes inclinadas e arredondadas, prosseguiu o relator, tal forma não é essencial para o funcionamento do produto, havendo controles com silhuetas dessemelhantes deste. Ponderou, ademais, que as diferenças de disposição, formatos e desenhos dos demais elementos do sinal marcário têm relevância e demonstram que os componentes que integram a marca das apelantes não são necessários, comuns ou vulgares para os produtos desse segmento.

A confirmar a percepção advinda de análise visual de que desenhos, cores, quantidade e posição dos cursores e ângulos de curvatura apontam a distinção da marca, mencionou pesquisas de opinião apresentadas pelas apelantes as quais demonstraram que a grande maioria do público consumidor identifica os controles em litígio tão somente através do reconhecimento visual, confirmando sua distintividade em relação aos concorrentes.

Uma vez reconhecida a distintividade das marcas analisadas, entendeu pela prescindibilidade da análise em relação à abordagem do princípio *telle quelle* ou à obtenção de *secondary meaning* pelo sinal.

Ante o exposto, votou no sentido de dar provimento ao recurso, para reformar a sentença de piso e declarar a nulidade das decisões administrativas que indeferiram os pedidos de registros requeridos pelas apelantes.

Os demais julgadores da 2ª turma especializada acompanharam o relator, à unanimidade.

Referências:

TRF2: AC 0037011-64.2018.4.02.5101 (decisão em 18.07.2022); AC 0115937-93.2017.4.02.5101 (decisão em 26.04.2022).

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5010790-91.2022.4.02.0000

Decisão em 29/08/2023 - Disponibilização no e-PROC

Relator: Desembargador Federal PAULO LEITE - 3ª Turma Especializada

[volta](#)

Diligência negativa incompleta em execução fiscal

Trata-se de agravo de instrumento interposto por empresário, visando a reforma de decisão proferida em execução fiscal que rejeitou exceção de pré-executividade.

A EF foi ajuizada em novembro de 2020 em face de MMX Mineração e Metálicos S/A, atualmente massa falida, e de empresário para a cobrança de contribuição social e imposto de renda, exercício de 2007, tendo sido o crédito constituído por auto de infração, mediante notificação em dezembro de 2012.

Expedidos os mandados para os endereços indicados na petição inicial, a empresa foi citada na Rua Lauro Muller, em Botafogo, na pessoa de um representante. Já o coexecutado deixou de ser citado no endereço constante do mandado, na Praia do Flamengo, em função de informação prestada pela recepcionista do condomínio comercial ali instalado, no sentido de que a sociedade teria se mudado para o Rio Sul, em Botafogo.

Ainda de acordo com a certidão, também não foi localizado no Rio Sul (onde estava instalada a empresa OSX Brasil S/A), pois, o mesmo representante supramencionado informou que o executado seria sócio, mas não iria ao local, podendo ser encontrado no endereço da diligência negativa.

O empresário foi, então, citado por edital.

Em sequência, houve o deferimento da reserva de crédito nos autos do processo falimentar e o requerimento, pela exequente, da penhora no rosto dos autos da falência dos bens de propriedade do empresário (arrecadados pelo administrador judicial) e da quantia eventualmente juntada após alienação dos bens de sua titularidade.

Houve, ademais, a alienação de bem de propriedade do coexecutado, nos autos de falência de outra sociedade do mesmo grupo empresarial, na qual foi julgado procedente o Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica, inclusive com deferimento de arresto liminar.

Na exceção de pré-executividade, o coexecutado requereu a sua exclusão do polo passivo da demanda, anulação da citação por edital por nulidade, devolução do prazo para

opor embargos à execução, indeferimento da penhora ou reserva de valores, sem a comprovação de eventual incapacidade de quitação do crédito fazendário por meio de valores advindos de processo falimentar e suspensão da EF até a decisão definitiva nos autos da falência.

A magistrada de piso discorreu sobre todos os argumentos acima expostos e, no respeitante à alegação de nulidade da citação, apontou que a modalidade tomada a efeito - por oficial de justiça - é a mais precisa, tendo em vista a procura do executado em seu domicílio fiscal. Esclareceu não ter havido qualquer vício no teor da certidão da oficiala, atestando que o destinatário do mandado não havia sido encontrado, obtendo a informação de que este havia se mudado.

Em setembro e novembro de 2022, a MMX e o empresário, respectivamente, opuseram embargos à execução fiscal, visando a desconstituição das CDA's.

Com a rejeição da exceção, interpôs o coexecutado o AI em análise destinado ao indeferimento da penhora no rosto dos autos do processo falimentar.

O processo veio a este Tribunal para o julgamento do recurso e o desembargador federal Paulo Leite, relator, dele conheceu ante a presença dos pressupostos de admissibilidade.

Ao analisar o mérito, ponderou o julgador que, a despeito das informações obtidas na recepção do condomínio, sobre a mudança de endereço, a oficiala deveria ter se dirigido ao andar indicado na diligência especificamente como domicílio fiscal do coexecutado, para constatar a ausência ou o abandono do imóvel.

Apontou que, ao não se dirigir ao andar indicado para confirmação da informação dada pela recepcionista do vasto condomínio (recepcionista que não foi devidamente identificada), perdeu a oficiala a oportunidade de averiguar se outras atividades referentes ao empresário poderiam ter permanecido no local. Diante disso, esclareceu restar incompleta a diligência mencionada. Seria de mister que, mesmo diante da impossibilidade de localizar o empresário, fosse feita a verificação no endereço completo, até porque eventual suspeita de ocultação, demandaria o retorno em outras oportunidades, em obediência ao art. 252 do CPC, o que também não ocorreu.

E explicitou os fatos que corroboraram tal necessidade: “as diligências comprovadas pelo executado (evento 99 da origem), que, posteriormente à diligência em epígrafe, veio a ser localizado no mesmo endereço, diversas vezes, sendo citado por intermédio de pessoas com poderes para tanto, não se podendo presumir que tivesse momentânea e

intencionalmente se ausentado do local, apenas para se furtar à citação do processo de origem”.

A apoiar a reflexão supracitada, apontou, como demonstram documentos juntados em junho de 2022, a citação do recorrente em outro feito, na pessoa de sua procuradora, no mesmo endereço da diligência negativa realizada no feito de origem em agosto de 2021.

Igualmente, foi citado em feito distinto, no endereço referido em maio de 2022, na pessoa de procuradora constituída por instrumento datado de julho de 2021 (data próxima à diligência negativa do feito de origem).

Ainda, em terceiro feito, foi citado no mesmo endereço, em fevereiro de 2022, na pessoa de advogada também com poderes especiais.

Destacou, outrossim, que o caso não se enquadra nas hipóteses que autorizam a entrega do mandado na portaria do condomínio, conforme arts. 248, § 4º, e 252, parágrafo único, ambos do CPC, uma vez não se tratar de citação pelo correio. Ademais, não se buscou a realização na modalidade por hora certa, complementou o relator.

Asseverou que a presunção de veracidade da certidão passada por oficial de justiça é relativa.

Segundo a compreensão do desembargador federal acerca da narrativa acima, seria patente a nulidade da diligência que não localizou o agravante em seu domicílio declarado, o que per se fulmina a citação por edital, já que anulado o ato, consideram-se de nenhum efeito todos os subsequentes que dele dependam.

Por igual motivo, considerou descabida a manutenção da medida deferida pelo juízo de origem após a citação editalícia, consubstanciada na reserva de crédito nos autos do processo falimentar, a qual, a seu ver, deve ser desconstituída, conforme requerido pelo empresário.

Ante o exposto, votou no sentido de dar provimento ao agravo de instrumento, no que foi secundado pelo desembargador federal Marcus Abraham.

Inaugurando divergência, a desembargadora federal Claudia Neiva não vislumbrou a nulidade de citação alegada, visto que houve 3 tentativas de citar o coexecutado através de oficial de justiça, nas quais lhe foram passadas informações desconstruídas, obstando o cumprimento das diligências por não estar o citando nos locais visitados. Evidenciou, ainda, a informação de que o empresário teria se mudado do local indicado como seu domicílio fiscal.

Detalhou que, em 2 das diligências, na Praia do Flamengo, lhe foi informado pela recepcionista (cujo prenome consta da certidão) que o destinatário havia se mudado e em 1 outra, no edifício do Rio Sul, recebeu a informação de que o citando seria sócio da empresa ali estabelecida, mas que não iria ao local e poderia ser encontrado no endereço já diligenciado na Praia do Flamengo.

Acentuou a desembargadora federal, nessa medida, que a conduta da oficiala de justiça (de não subir ao 10º andar, sem que houvesse qualquer indício de que a informação recebida não seria legítima) não destoa do que ordinariamente é visto nos recursos relacionados a execuções fiscais julgados pela 3ª turma especializada desta Corte Regional. Notadamente, nas hipóteses de redirecionamento, nas quais a informação passada por porteiros ou recepcionistas são levadas em conta para se evidenciar a dissolução irregular das sociedades executadas e mudanças de endereço de pessoas físicas sem a devida comunicação para os órgãos competentes.

Outro ponto a que deu realce a julgadora foi a ausência de prejuízo do recorrente em função da citação editalícia, diante das diligências efetuadas em suas sociedades. Isto porque, depois de 1 ano e 7 meses desde o despacho da citação, compareceu em menos de 24 horas após a decisão que deferiu a reserva de crédito, ressaltando-se que a procuração ad judicium foi por ele assinada 10 dias antes da referida decisão, indicando inequívoco conhecimento prévio acerca do feito.

Quanto às constrições efetuadas, mormente a reserva de crédito determinada pelo juízo de piso, manteve inteiramente a decisão, vez que a responsabilidade tributária no caso em tela é solidária, conforme disposto no art. 135 do CTN, vale dizer, que tal responsabilidade não comporta benefício de ordem e a integralidade dos bens de cada coexecutado responde pela integralidade da dívida.

À vista disso, votou no sentido de negar provimento ao recurso.

A 3ª turma especializada decidiu, por maioria, dar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto do relator, desembargador federal Paulo Leite.

Referências:

STJ: AgInt no REsp 1.815.333 (DJe de 19.4.2022); REsp 1.104.900 (DJe de 01.04.2009); REsp 423.686 (DJ de 13/12/2004).

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA Nº 0160823-85.2014.4.02.5101

Decisão em 18/10/2023 - Disponibilização no Sistema e-PROC

Relator: Desembargadora Federal CARMEN SILVIA LIMA DE ARRUDA

Relator para Acórdão: Desembargador Federal ALBERTO NOGUEIRA JUNIOR – 4ª Turma Especializada

[volta](#)

Descabimento de inclusão das despesas relativas à contratação de agentes autônomos de investimento na base de cálculo de PIS e COFINS

Trata-se de apelação interposta pela União contra sentença proferida em mandado de segurança ajuizado por sociedade corretora de seguros, no qual fora concedida a ordem e determinado à autoridade impetrada, delegado da receita federal do Brasil no Rio de Janeiro, que se abstenha de incluir na base de cálculo do PIS e COFINS os valores gastos pela impetrante com a contratação de agentes autônomos de investimento, nos termos do art. 3º, § 6º, I, “a”, da Lei nº 9.718/98, bem como estabeleceu o direito de a autora compensar os valores recolhidos nessas condições, com quaisquer tributos administrados pela Receita Federal, respeitado o quinquênio prescricional.

A autora alegou ser corretora de valores de atuação no mercado financeiro e informou, em sua exordial, que os agentes autônomos de investimentos atuam como prepostos das sociedades corretoras. Afirmou, ainda, haver uma identificação entre a atuação destes profissionais e as atividades de tais sociedades, caracterizando intermediação financeira, conforme a definição contida nos arts. 2º e 3º, da Instrução nº 434/2006 da CVM. Por tais razões, sustentou fazer jus à dedução na base de cálculo dos tributos federais.

A autoridade impetrada respondeu, alegando que os custos despendidos com os agentes autônomos de investimento configuram despesa administrativa, sendo vedada a dedução pretendida, nos termos do art. 14 da IN 1.285/2012 da RFB. Afirmou que a impetrante é instituição financeira por equiparação, mediante participação no mercado de capitais, motivo pelo qual não realiza a intermediação que possibilitaria o benefício pleiteado.

Ao julgar o pleito exordial, o juiz a quo afirmou que a autora compõe o Sistema Financeiro Nacional, conforme o art. 17 da Lei 4.595/64. Asseverou, outrossim, que o art. 3º, § 6º, I, “a” da Lei 9.718/98 c/c art. 1º, III, “a” da Lei 9.701/98 unificaram o tratamento dado às instituições financeiras, inclusive no concernente à forma de dedução de despesas.

Acentuou, nessa medida, que tais dispositivos incluem, em um mesmo regime de dedução, todas as instituições financeiras, não se cogitando se são consideradas como tais por equiparação

ou stricto sensu. E arrematou, apontando que não cabe ao Fisco distinguir o que a lei não distingue. Vale dizer, que é descabido afirmar que as despesas em questão representariam dispêndios de cunho administrativo, cuja dedução seria vedada pela legislação.

Nesse mesmo diapasão, evidenciou o magistrado que os valores gastos pela impetrante com a contratação de agentes autônomos de investimentos não configuram despesa administrativa, já que estes profissionais são contratados para desenvolver o próprio objeto social da empresa. Também não podem ser tidos como despesa de pessoal, pois os agentes não são funcionários com vínculo empregatício, emitindo nota fiscal pela prestação de seus serviços.

Por tais motivos concedeu a segurança.

O processo veio a este Tribunal para julgamento da apelação da União Federal.

Em seu voto, a relatora, desembargadora federal Carmen Silvia Lima de Arruda, citando jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (REsp nº 1.872.529, da lavra do Ministro Herman Benjamin), entendeu que as quantias gastas pelas corretoras de câmbio e valores mobiliários com a contratação dos agentes autônomos de investimento devem integrar a base de cálculo da contribuição ao PIS e COFINS, por se consistirem em despesas administrativas.

Os referidos profissionais, conforme a compreensão da julgadora sobre o tema, realizam a intermediação apenas de captação de clientes para as sociedades corretoras, e não de operações financeiras, fato que impossibilita o reconhecimento daqueles como prepostos das sociedades. Ponderou que os valores recebidos por eles decorrem da contratação de serviço profissional, não podendo ser enquadrados como despesas incorridas em intermediação financeira.

Votou no sentido de dar provimento ao recurso da União, sendo acompanhada pelo desembargador federal Firly Nascimento Filho.

Inaugurando divergência durante a sessão de julgamento, o desembargador federal Alberto Nogueira Junior, esclareceu que o julgado colacionado pela desembargadora federal Carmen Silvia Lima de Arruda mencionou expressamente o REsp 1.497.235, da relatoria do Ministro Mauro Campbell e adotou a argumentação nele desenvolvida por semelhança. Pontuou não vislumbrar equivalência entre o caso dos autos e aquele analisado pelo STJ, pois em tal julgado figurava como parte a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – EBCT, na qualidade de banco postal ou correspondente bancário.

Esclareceu que, nesses casos, as empresas contratadas por instituições financeiras realizam as atividades típicas de serviços bancários, mas de maneira acessória. A seu ver, inexistente semelhança entre corretoras de investimento, agentes autônomos e a EBCT, uma vez que a prestação de serviços bancários não constitui o objeto principal da estatal.

Consignou que o único ponto em comum entre os Correios e os agentes autônomos de investimento é a popularização dos serviços bancários (análise feita no mencionado julgado da corte Superior), e a similaridade entre estes profissionais e os correspondentes bancários consiste somente na ausência de vínculo empregatício direto.

Ressaltou que os agentes autônomos de investimento funcionam como intermediários das sociedades corretoras, pois realizam as mesmas atividades desempenhadas pelo pessoal daquelas empresas, podendo celebrar com eventuais investidores os mesmos contratos. Ademais, suas funções não se limitam apenas a captar clientes para as corretoras, uma vez que podem, por exemplo, efetuar a intermediação entre um vendedor de debênture e um comprador, fato que os torna agentes econômicos participantes do mercado.

Em sua compreensão, se as sociedades corretoras de ação, títulos e valores mobiliários, ao oferecerem produtos ou prestarem esclarecimentos (como opções de fundos de ações etc.) diretamente através de seu pessoal - inclusive por WhatsApp, e-mails e demais ferramentas digitais - são equiparadas a entidades financeiras, também devem ser assim consideradas quando prestarem esses mesmos serviços através dos agentes autônomos de investimento.

Por derradeiro, realçou o julgador, que o tratamento tributário, no respeitante à dedução da base de cálculo do PIS e da COFINS, que é dispensado, sem controvérsia, quando as corretoras atuam com pessoal próprio, de igual forma deve sê-lo quando se valem dos intermediários de negócios e investimentos, consubstanciados em agentes autônomos. E, por conseguinte, os valores despendidos para a remuneração daqueles profissionais devem ser considerados como despesas incorridas nas operações de intermediação financeira.

Em face de tal posicionamento, votou no sentido de negar provimento ao recurso, o que levou o caso a ser decidido com base na técnica de julgamento prevista no art. 942 do CPC.

Após o voto do desembargador federal Luiz Antonio Soares e da juíza federal convocada Geraldine Pinto Vital de Castro acompanhando a divergência, a turma decidiu, por maioria, negar provimento à apelação da União.

Referências:

STJ: REsp 1.872.529 (DJe de 14.4.2021); REsp 1.497.235 (DJe de 9.12.2015).

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5007914-32.2023.4.02.0000

Decisão em 06/09/2023 - Disponibilização no e-PROC

Relator: Desembargador Federal RICARDO PERLINGEIRO - 5ª Turma Especializada

[volta](#)**Militar: carteira funcional com identidade de gênero autopercebida**

Trata-se de agravo de instrumento que, por prevenção, foi atribuído à relatoria do desembargador federal Ricardo Perlingeiro. O recurso foi interposto pela União contra decisão que determinou que o ente federal cumpra adequadamente o que foi estabelecido na tutela de urgência, expedindo-se nova carteira funcional para o autor, militar da Marinha, a fim de que no campo nome conste apenas o nome social adotado e, no verso, sem destaque, o nome de registro de nascimento, sob pena de fixação de multa por descumprimento.

A referida prevenção surgiu em decorrência da correlação entre o julgado em análise e outro AI concluído em setembro de 2022.

Naquele julgado havia sido deferida antecipação de tutela, em primeira instância, para garantir, ao mesmo militar, o direito de usar uniforme e cabelos no padrão masculino da Marinha e adotar o nome social para todos os fins.

O relator, no recurso advindo daquela antecipação de tutela (1º AI), esclareceu que o agravado se reconhece como pertencente ao gênero masculino e possui aparência notoriamente masculina. Porém, a Administração Castrense exigiu o uso de uniforme feminino, gerando constrangimento àquele que se viu obrigado a utilizar dólmã branco feminino, laço preto feminino e scarpin feminino.

Ainda naquele AI, elucidou o julgador que o Estado Brasileiro é signatário dos Princípios de Yogyakarta, que tratam sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero, e que prevê o direito à liberdade de opinião e expressão, assegurando o pleno gozo do direito de manifestar a identidade ou autonomia pessoal, inclusive por meio da palavra, comportamento, vestimenta, características corporais, escolha de nome ou qualquer outro meio. E o impedimento imposto pela Administração Castrense, prosseguiu o desembargador federal Ricardo Perlingeiro, viola tais princípios.

Ademais, continuou, a tutela anteriormente deferida e, confirmada, por maioria, em 2º grau, apenas assegurou ao militar transgênero - que retificou seu registro civil - o uso de uniforme e corte de cabelo no padrão masculino estabelecido pela própria Administração Castrense no Regulamento de Uniformes da Marinha, não havendo qualquer discricionariedade do agravado acerca da

vestimenta que utilizará ou desrespeito à hierarquia e disciplina da instituição. E ressaltou que a decisão de retificação do registro civil deve ser respeitada e observada pela Administração Pública, seja ela Civil ou Militar.

O desembargador federal Alcides Martins inaugurou divergência (naquele AI), a qual restou minoritária, sustentando que, como o quadro para o qual o agravante ingressou no serviço castrense é destinado a pessoas do sexo feminino, dever-se-ia observar as normas e regulamentos militares a elas estabelecido, não cabendo ao Judiciário interferir em organização administrativa, com providências que são, algumas, até de cunho legislativo.

Em voto vista, o desembargador federal Mauro Souza Marques da Costa Braga secundou o voto do relator naquele recurso, apregoando que a autorização para o uso de uniforme e corte de cabelo masculinos, estão em consonância com as decisões do STF na ADI nº 4.275 e no RE 670.422 (Tema 861), vez que respeitam o direito fundamental do agravado ao livre desenvolvimento de sua personalidade.

O acórdão que confirmou aquela decisão interlocutória transitou em julgado em novembro de 2022.

Ocorre que, a UF, ao cumprir a determinação judicial supracitada, emitiu a identidade funcional do militar com a informação do nome social no verso do documento, no campo observações e manteve o nome do registro civil em destaque ao lado de sua fotografia.

O militar requereu cumprimento da decisão que deferiu a tutela provisória e a magistrada de piso determinou expedição de nova carteira funcional, a fim de que no campo nome conste apenas o nome social adotado, e no verso, sem destaque, o nome do registro de nascimento.

A UF recorreu de tal decisão interlocutória, originando o AI ora em análise.

Por ocasião do voto deste novo AI, o desembargador Ricardo Perlingeiro elucidou que, em suas razões de recurso, a UF alega que o Comando Militar apenas observou o previsto no art. 8º do Decreto nº 8.518/2015 c/c Portaria Normativa nº 82/GM-MD, de 1º de setembro de 2020, e que o normativo indicado elenca todos os dados que devem constar no anverso e verso do documento de identidade funcional dos militares das Forças Armadas. Ainda nas razões do recurso, alegou-se que ante a ausência de campo específico para a indicação do nome social, restou apenas o campo destinado a observações.

De fato, evidenciou o julgador, inexistir previsão no 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) de como deve ocorrer a inserção do nome social nos documentos de identidade. Dispondo, tão somente a necessidade de

constar o campo “nome social” em destaque, acompanhado do nome civil, que será utilizado apenas para fins administrativos internos.

Contudo, asseverou o relator, da leitura de tal decreto - de forma sistemática com as normativas nacionais e internacionais que versam sobre os direitos das pessoas transexuais, como a Opinião Consultiva nº 24/2017 do CNJ - é possível extrair o intuito da legislação, que cuida de assegurar às pessoas transexuais a adequação dos seus registros públicos e dos documentos funcionais para que estes sejam expedidos em consonância com sua identidade de gênero autopercebida. Por conseguinte, arrematou, a análise da carteira funcional emitida pelo Comando Militar, claramente descumpra o previsto no Decreto nº 8.727/2016 e na decisão interlocutória de tutela de urgência proferida e transitada em julgado.

Destarte, entendeu correta a decisão do juízo do piso que determinou expedição de nova carteira funcional, a fim de que no campo nome conste apenas o nome social adotado, e no verso, sem destaque, o nome de registro de nascimento.

Ante o exposto, negou provimento ao AI interposto. O desembargador federal Mauro Braga acompanhou o desembargador federal Ricardo Perlingeiro.

Em voto-vista, o desembargador federal Alcides Martins divergiu do entendimento do relator.

Principiou por esclarecer que a Portaria Normativa nº 82/GM-MD, editada pelo Ministério da Defesa com o intuito de regulamentar os modelos, as características e os critérios de expedição da carteira de identidade de militar das Forças Armadas, não faz qualquer menção de campo “nome social” quando disciplina as informações que devem constar no documento de identificação militar, ou trata de sua localização.

De tal modo, acentuou o desembargador federal que o Comando Militar, adotando o modelo previsto na mencionada portaria, manteve o nome civil do militar no anverso do documento e, não havendo local específico para o nome social, o incluiu no campo das observações.

Nesse mesmo diapasão, ressaltou que o artigo 4º, do Decreto nº 8.727/2016, quando trata dos documentos oficiais, não determina que o nome social venha em destaque no documento de identificação.

Nesses termos, frisou: “a carteira de identidade é dotada de fé pública e tal atributo não pode ser afastado caso o nome social do agravado seja lançado no anverso do documento sem qualquer referência, o mesmo valendo para o verso da carteira, onde deve constar o seu nome civil nas observações”.

Acentuou o julgador, nessa medida, que sem tais observações, a omissão decorrente poderá induzir em erro as autoridades para as quais o documento venha a ser exigido, dentre elas, oficiais

de Registro Civil, Instituições Policiais, Registro de Imóveis e autoridades estrangeiras, causando insegurança jurídica.

Nesse respeitante, apontou ter sido esta a preocupação externada pelo Ministro Marco Aurélio no julgamento do RE 670.422, objeto do Tema de Repercussão Geral 761: ““No campo da forma e da publicidade da mudança do registro civil, vale notar que a adequação do nome à identidade psicossocial de gênero não elimina o caminho trilhado até aquele momento pelo transexual. Trata-se da mesma pessoa, sendo responsável por atos praticados na situação anterior. Inexiste direito absoluto, de modo que a modificação de prenome e sexo no registro civil, embora relativa à esfera íntima, não pode ser justificativa para descontinuidade das informações registradas. É necessário resguardar o interesse público de sanar divergências ou dúvidas relativas ao estado da pessoa, consubstanciado no princípio da veracidade do registro. Isso não significa expor a constrangimentos ou preconceito. Qualquer discriminação por parte de terceiros, decorrente da condição de transgênero, será resolvida no campo da responsabilidade civil”.

Ex positis votou no sentido de dar parcial provimento ao AI para que o nome social passasse a constar do anverso da carteira, contendo a referência: “nome social”, o mesmo valendo para o verso, que deverá conter a observação do “nome civil”.

Após a ratificação do voto anteriormente proferido pelo desembargador federal Mauro Braga, a 5ª Turma Especializada decidiu, por maioria, vencido o desembargador Alcides Martins, negar provimento ao AI.

Referências:

STF: RE 670.422 (DJe de 10.03. 2020); Tema de repercussão geral n. 761;

STJ: REsp 1752049 (DJe 12.03.2019);

TRF2: ACP 0002781-93.2018.4.02.5101 (decisão em 28.09.2021); AI 5010544-95.2022.4.02.0000 (decisão em 28.9.2022).

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA Nº 5072937-79.2022.4.02.5101

Decisão em 23/10/2023 – Disponibilização no Sistema e-PROC

Relator: Desembargador Federal POUL ERIK DYRLUND

Relator: Desembargador Federal REIS FRIEDE - 6ª Turma Especializada

[volta](#)**Possibilidade de pagamento de gratificação de desempenho de atividade médica correspondente à segunda jornada de 20 horas**

Cuidam-se de remessa necessária e apelação da UF, tendo como objeto a sentença de ação ordinária proposta por servidor público federal aposentado, com o fito de condenar a ré a incorporar ao seu contracheque a Gratificação de Desempenho de Atividades Médicas - GDM referente à 2ª jornada de trabalho, no mesmo valor pago atualmente na 1ª jornada.

Alegou o servidor, como causa de pedir, ter sido outrora ocupante do cargo de médico do Ministério da Saúde, optante pelo regime de dupla jornada referente a 40 horas semanais, na mesma matrícula, percebendo o direito ao valor equivalente a 2 jornadas de 20 horas, nos termos da Lei nº 9.436/97, art. 1º, §§ 2º e 3º.

Asseverou, em sua exordial, que recebe a GDM instituída pela Lei nº 12.702/2012, art. 39. Contudo, informou que o pagamento da referida gratificação não corresponde a dupla jornada de 40 horas, como o determinado em lei, visto que a GDM não está incorporada à 2ª jornada de trabalho, tal como à 1ª, gerando reflexo no pagamento a menor do referido benefício.

O juízo de piso entendeu procedente o pedido.

O processo veio a esta Corte Regional para julgamento da apelação interposta pela União e da remessa necessária, havendo voto condutor no sentido de reforma da sentença, sob a relatoria do desembargador federal Poul Erik Dyrlund.

Esclareceu, o julgador, que a Gratificação da Atividade Médica da Carreira da Previdência da Saúde e do Trabalho - GDM-PST foi instituída pela MP nº 568/2008, convertida na Lei nº 12.702/2012, em substituição a outra gratificação de desempenho, a GDPST, mantendo os critérios de aferição por ela anteriormente estabelecidos.

De acordo com a normativa supracitada, no art. 39, inc. IX, a vantagem remuneratória em comento é devida aos ocupantes dos cargos de médico, no serviço público federal. O art. 41 da mesma lei determina que a jornada de trabalho dos médicos regidos pelo regime estatutário é de 20 horas semanais, sendo facultado, por opção funcional, o exercício das atividades em jornada de 40 horas semanais.

Já no anexo XLV da Lei nº 12.702, prosseguiu o relator, estão elencados os valores do vencimento básico e das gratificações específicas tanto dos servidores com jornada de 20 horas quanto dos optantes de 40 horas.

Ressaltou que a GDM-PST é uma gratificação de atividade e, por via de consequência, seu valor decorre de avaliação de desempenho tanto institucional quanto coletivo, salientando que a carga horária exercida pelo servidor não se trata de parâmetro para o estabelecimento de tal gratificação.

Ademais, apreendeu o julgador, que a fixação de forma de cálculo do valor do ponto da GDM-PST não é a mesma para os médicos que trabalham com cargas horárias semanais diferentes, sendo o montante do de 40 horas um pouco superior ao estabelecido para a carga de 20 horas, sem qualquer violação à isonomia, vez que há regulamentação específica para uma e outra carreira.

Destarte, acentuou que tal cálculo não foi fixado na forma pretendida pelo autor, que almeja o valor equivalente ao dobro do ponto pago aos servidores médicos que trabalham 20 horas semanais e que se encontram no mesmo nível.

E acrescentou que desde a MP 568 há distinção entre o valor do ponto da gratificação para os médicos com cargas horárias distintas.

Explicitou, outrossim, que com a vigência da Lei nº 12.702/2012 e a possibilidade de opção pela jornada de 40 horas semanais para a carreira da Previdência, da Saúde e do Trabalho, e não mais 2 jornadas de 20, o autor passou a receber o vencimento básico previsto na referida lei, com a incidência da GDM-PST, que não guarda relação com a duração da jornada, e sim, com o desempenho do servidor e/ou do órgão de lotação.

De tal forma, entendeu o relator correta a irresignação da UF.

A corroborar seu posicionamento, colacionou julgados do TRF2 em igual sentido e finalizou seu voto dando provimento ao recurso e à remessa necessária, sendo acompanhado pelo desembargador federal Guilherme Couto de Castro.

O desembargador federal Reis Friede, em voto-vista, pedindo vênia, divergiu de seus pares.

Principiou com um histórico da legislação de regência, elucidando que os médicos do Ministério da Saúde, como no caso do autor, integrantes da Carreira da Previdência, da Saúde e do Trabalho criada pela Lei nº 11.355/2006, recebiam a GDPST, instituída pelo art. 40 da Lei nº 11.784, de 22/09/2008, que acrescentou os arts. 5-A e 5-B à Lei nº 11.355/2006.

Prosseguiu elucidando que a MP nº 568, convertida na Lei nº 12.702/2012, alterou o valor da GDPST a partir de julho de 2012, mas instituiu, para os médicos de diversas carreiras, gratificações específicas em substituição àquela. Assim, o autor, a partir de julho de 2012, passou a fazer jus à

Gratificação de Desempenho de Atividades Médicas da Carreira da Previdência, da Saúde e do Trabalho - GDM-PST, instituída com o valor inicial de R\$ 22,67 para os médicos da Classe especial, Padrão III, com o regime de 40 horas (Tabela IX, c, do Anexo XLV da Lei nº 12.702/2012).

Explicitou, outrossim, que os médicos optantes pela jornada de 40 horas recebem vencimento equivalente ao dobro daquele previsto para a jornada de 20 horas, conforme é possível verificar da comparação entre a Tabela IX, a, e a Tabela IX, b, do Anexo XLV da Lei nº 12.702/2012. Por outro giro, o valor do ponto da GDM-PST, previsto para cada classe e padrão dos optantes pela jornada de 40 horas, não equivale ao dobro do valor estabelecido para as classes e padrões equivalentes dos médicos com jornada de 20 horas.

A título de exemplo, ilustrou que o valor do ponto atualmente previsto, em vigor desde janeiro de 2017, estabelecido para a Classe Especial, Padrão III, o mais elevado para o cargo de médico da Carreira da Previdência, da Saúde e do Trabalho é de R\$ 36,44 para a jornada de 40 horas, e de R\$ 30,86 para a jornada de 20 horas (Tabela IX, c e Tabela, IX, d, do Anexo XLV da Lei nº 12.702/2012). Vale dizer, continuou, que o médico com jornada de 20 horas, ao qual for atribuída a pontuação máxima de 100 pontos, receberá R\$ 3.086,00. Caso esse profissional exerça duas jornadas de 20 horas, em diferentes matrículas, o valor recebido de GDM-PST, considerando a pontuação máxima, será de R\$ 6.162,00. No entanto, se ele optar pela extensão de carga horária para a jornada de 40 horas (mesma matrícula), o valor máximo recebido será de R\$ 3.644,00. A forma como foram escalonados os pontos, portanto, privilegia o servidor com duas jornadas de 20 horas em detrimento do servidor com jornada única de 40 horas.

Contudo, chamou a atenção ao fato de que o quantum a ser pago a título de gratificação de desempenho fora fixado por lei, de acordo com critérios específicos para cada uma das carreiras do serviço público. Nesse contexto, prosseguiu, “como a GDM-PST é paga de acordo com o desempenho individual obtido pelo servidor em avaliação específica, bem como de seu órgão de origem na avaliação institucional, não se revelaria fora de propósito o pressuposto de que seria descabida a pretensão da parte autora para que o valor do ponto da gratificação devida aos servidores com jornada de trabalho de 40 (quarenta) horas seja o dobro daquele previsto para os servidores com jornada de trabalho de 20 (vinte) horas”.

Nada obstante, lançou mão do entendimento jurisprudencial assentado pelo STJ no sentido de que os servidores da área de saúde que optaram pelo regime de trabalho de 40 horas semanais possuem direito aos benefícios em relação ao vencimento de duas jornadas de 20 horas semanais.

Visando a corroborar esse posicionamento, colacionou o julgado da 2ª Turma do STJ, AgInt no REsp nº 1.796.034, da lavra do ministro Francisco Falcão - DJe de 11/12/2019.

Afastou o desembargador federal a incidência da Súmula Vinculante nº 37 do STF (que veda ao Judiciário aumentar vencimentos sob o argumento de isonomia), evidenciando que a hipótese é de distinção estabelecida, sem critério objetivo, entre profissionais integrantes da mesma carreira e ocupantes do mesmo cargo.

Para mais, refutou a alegação de violação ao princípio da reserva legal - diante da competência privativa do Presidente da República para dispor sobre a remuneração dos servidores públicos - pois, em sua compreensão, o caso em análise não trata de aumento indevido de remuneração, mas de pontuação estabelecida para GDM-PST, sem a observância da correlação entre a remuneração das 2 jornadas, criando uma distinção injustificada entre profissionais que exercem cargos da mesma natureza, grau de responsabilidade e complexidade, em violação ao art. 39, § 1º, I, da Constituição, bem como aos princípios da isonomia e da razoabilidade, a merecer a devida correção pelo Poder Judiciário.

Acentuou o desembargador federal, nessa medida, a existência de diversos julgados desta Corte Regional que testificam o direito dos ocupantes do cargo de médico com jornada de 40 horas ao recebimento da gratificação no valor equivalente ao de duas jornadas de 20 horas, de maneira e evitar o tratamento discriminatório no bojo do mesmo cargo, sem critério objetivo que o justifique.

Votou no sentido de negar provimento à remessa necessária e à apelação.

Em prosseguimento do feito, nos termos do § 1º do art. 942 do Diploma Processual Civil, votaram os desembargadores federais Vera Lucia Lima da Silva e Alcides Martins acompanhando a divergência.

A 6ª Turma Especializada, em quórum ampliado, decidiu, por maioria, vencidos o relator, desembargador federal Poul Erik Dyrkland e o desembargador federal Guilherme Couto de Castro, negar provimento à remessa necessária e ao apelo, nos termos do voto do desembargador federal Reis Friede, que lavrou o acórdão.

Referências:

STJ: Súmula Vinculante n.º 37;

STJ: REsp 1.796.034 (DJe de 11/12/2019);

TRF2: AC 5100884-16.2019.4.02.5101 (decisão em 22.3.2021); AC 0167158-18.2017.4.02.5101 (DJ de 20.02.19); AC 5035449-61.2020.4.02.5101 (decisão em 18/05/2021); AC/REM 5089398-34.2019.4.02.5101(decisão em 07.04.2021).

APELAÇÃO CÍVEL Nº 5005307-11.2019.4.02.5101

Decisão em 13/12/2023 - Disponibilização no e-PROC

Relator: Juíza Federal Convocada MARCELLA ARAUJO DA NOVA BRANDÃO

Relator para Acórdão: Desembargador Federal THEOPHILO ANTONIO MIGUEL FILHO - 7ª Turma Especializada

[volta](#)**Circuito fechado: plataforma Buser e o serviço de transporte coletivo de passageiros por fretamento**

O Sindicato das Empresas de Transportes Rodoviários Intermunicipais - SINTERJ - propôs ação coletiva em face da Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT -, da União Federal e de Buser Brasil tecnologia Ltda., pleiteando que o juízo determinasse o reconhecimento da ilegalidade do modelo praticado pela empresa ré e que as demais rés exercessem efetiva atividade fiscalizatória.

Em sua exordial, esclareceu a parte autora atuar na qualidade de legitimado extraordinário, autorizado em assembleia por seus filiados para defesa dos interesses da categoria, após saber da suposta oferta de serviço irregular de transporte rodoviário exercido pela Buser, decorrente da prática de concorrência desleal, com preços até 60% inferiores aos praticados pelo mercado para viagens pré-formatadas e sem autorização específica para a atividade de transporte interestadual de passageiros, inclusive com a formação de pátios rodoviários clandestinos à margem da fiscalização estatal.

Afirmou, ainda, que as 2 primeiras rés seriam omissas quanto à tomada de providências necessárias ao exercício do poder de polícia e ao combate do serviço irregular prestado.

A empresa contestou o argumento utilizado pelo autor, sustentando que a natureza de sua atividade é de intermediação entre passageiros e empresas de transporte de fretamento, o que seria diverso da prática de transporte clandestino, oferecendo apenas viagens disponíveis e permitindo a conexão entre as partes para oferta de melhor preço disponível.

Ao julgar o pleito exordial, o juiz a quo elucidou cingir as controvérsias de mérito (i) à possibilidade de a empresa ré sofrer a incidência da fiscalização da ANTT, na circunstância em que oferece uma plataforma, por aplicativo, para intermediar a contratação de serviços de transporte, bem como (ii) à natureza do transporte realizado pelas empresas associadas, se na modalidade regular ou de fretamento, o que poderia caracterizar, caso confirmada a primeira hipótese, concorrência desleal.

Entendeu o magistrado ser o serviço desenvolvido diretamente pela empresa ré distinto do transporte regular ou de fretamento, servindo a Buser unicamente de plataforma eletrônica para o

comércio do serviço de transporte. E, prosseguiu, frente à ausência de legislação a regulamentar seu ramo de atuação, em matéria de direito de trânsito e de transporte, seria descabido proibir o funcionamento da atividade econômica atacada. Esclareceu que, na hipótese de criação e manutenção de uma plataforma marketplace, predomina o princípio constitucional da livre iniciativa, por não se vislumbrar, em tese, algum tipo de interesse público que a restrinja.

Julgou o processo extinto, em face da ANTT, por falta de interesse de agir, e extinto, em face da UF, por reconhecer sua ilegitimidade passiva.

Julgou os pedidos procedentes em parte, em face da Buser, para lhe determinar a suspensão da oferta, por suas plataformas digitais, de serviço de fretamento que sejam realizados apenas na modalidade de ida, considerando as exigências normativas para a prática por circuito fechado (ida e volta).

Recursos de apelação foram interpostos por Buser e por SINTERJ.

A Buser defendeu a ilegitimidade ad causam do SINTERJ, argumentando que o único objetivo do sindicato seria assegurar a atividade mercantil e o lucro das empresas que representa e defendeu a legalidade do modelo que oferece, o qual afirma ser disruptivo, não configurando serviço de transporte clandestino.

Já o SINTERJ pleiteou pela reforma da sentença naquilo que lhe foi desfavorável.

Solicitaram o ingresso como assistente do autor a Associação Brasileira das Empresas de Transporte Terrestre de Passageiros – ABRATI e do réu (Buser) a Associação Brasileira de Mobilidade e Tecnologia – AMOBITEC, e, ainda, como amicus curiae, a Associação Brasileira dos Fretadores Colaborativos – ABRAFREC.

A relatora, juíza federal convocada, Marcella Araújo da Nova Brandão, sustentou que, da leitura das suas petições de ingresso, não vislumbrou a presença de interesse público jurídico.

Notadamente, no respeitante a figura do amicus curiae, que explicou tratar-se de um colaborador da Corte, a quem cabe fazer uso de sua expertise, em prol de relevante interesse público, tendo como singular objetivo auxiliar o Judiciário a proferir a decisão mais adequada.

Indeferiu os 3 pedidos formulados, pois, segundo a sua compreensão, restou evidente o interesse meramente econômico, corporativo ou institucional de cada um, além do evidente prejuízo à marcha processual.

Com relação às condições da ação, rejeitou a alegação de ilegitimidade ad causam do SINTERJ, uma vez que sua legitimidade decorre de lei (art. 5º da Lei nº 7.347/85), dada a natureza de associação civil. Ademais, o autor detém representatividade adequada, havendo cristalina pertinência

temática entre o que busca e o objeto litigioso, já que atua na defesa do interesse coletivo da classe que representa.

Já quanto ao interesse de agir da ANTT e à legitimidade passiva da União Federal, entendeu merecer reforma a sentença.

Esclareceu que tal análise deve ocorrer de forma abstrata, à luz, exclusivamente, da narrativa contida na inicial, sem o aprofundamento da matéria de mérito.

Nesse concernente, ponderou que o sindicato autor narrou, em sua exordial, que a ANTT e a União não adotaram medida concreta de combate ao “serviço clandestino” ofertado pela Buser, deixando assim de cumprir o seu dever de fiscalização. Contudo, o magistrado de piso se convenceu do contrário ao alegado tão somente após avaliar a instrução processual.

No mesmo giro, a legitimidade passiva da UF, nos termos do art. 21, XII, “e” da Carta da República determina caber a este ente federativo explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão o serviço de transporte rodoviário interestadual de passageiros, cabendo à Polícia Rodoviária Federal (art. 144, § 2º da CF) o patrulhamento ostensivo das rodovias federais.

Portanto, diante da controvérsia apresentada, é de mister reconhecer a legitimidade passiva ad causam da UF, concluiu.

Refletiu, ainda, que a demanda posta nos autos tem nítido aspecto de demanda estruturante, onde a participação dos atores no processo conduz à maior legitimidade das decisões. E, em prospecção, permite amear um maior número de informações para futura disciplina da atividade, no âmbito administrativo, se for o caso, arrematou.

Esclareceu que à ANTT, por meio da Lei nº 10.233/2001, foram acometidas as atribuições administrativas de regulação do setor de transportes terrestres.

Principiou sua análise do mérito destacando que o nosso ordenamento jurídico estabelece a livre iniciativa como um dos fundamentos da República, assegurando a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Salientou, por outro giro, que o Estado não é mero observador, mas um efetivo participante fiscal do comportamento dos particulares. Ele interfere no domínio econômico, restringindo e condicionando a atividade dos particulares em favor do interesse público.

Recapitulou os argumentos das partes, lembrando que o autor defende que a Buser, sob o pretexto de prestar serviço de transporte coletivo de passageiros sob o modelo de fretamento, na realidade, pratica o modelo regular, sem estar adequada às respectivas exigências, na medida em que se trata de serviço público, que, como tal, para ser praticado pela iniciativa privada, deve ser

outorgado pelo Poder Público através de autorização, além de atender aos ditames da Resolução ANTT nº 4.770/2015, o que não ocorre no caso. E, mesmo que se considerasse que as atividades fossem de fretamento, a empresa não atende os ditames aplicáveis a esse instituto, já que não pratica o circuito fechado.

A Buser, por sua vez sustentou ser uma startup de tecnologia voltada à mobilidade, ajudando pessoas a encontrarem outras que desejam realizar uma mesma viagem, formando grupos de interesse comum e conectando esses grupos a empresas que prestam serviços de transporte privado na modalidade de fretamento (devidamente autorizadas a funcionar pelos órgãos reguladores competente), constituindo o que chama de fretamento colaborativo.

Ponderou a julgadora que o negócio da ré apresenta um modelo inovador, mas tal traço não pode significar um salvo conduto que acabe por entregar um amplo mercado totalmente liberado, sem qualquer regulamentação e sem pré-requisitos, já que tal circunstância implicaria em condições desfavoráveis para aqueles que atuam nos limites da lei.

Nessa medida, e citando o ressaltado na exordial, mesmo no caso de mercados novos (ou seja, em mercados que ainda não são objeto de prestação pelo serviço regular), a regulamentação estabelece que se leve em conta possíveis impactos nos mercados já existentes, para que não seja caracterizada sua inviabilidade operacional.

E apontou que a questão atinente à regulamentação desse ramo de atividade tem sido ponto de preocupação em países com as principais economias do mundo, a exemplo dos Estados Unidos, notadamente no tocante aos possíveis reflexos maléficos à concorrência.

Nesse respeito, trouxe à baila decisão da Corte de Justiça Europeia (ECJ – caso C-434/15), na qual se entendeu que empresas que oferecem esses serviços são também empresas de transporte e não apenas empresas de internet de serviços digitais.

Asseverou que o serviço prestado pela Buser se assemelha, em diversos pontos, com o serviço de transporte público de passageiros (regular ou fretamento), já que é híbrido: inicia-se com uma plataforma digital, mas termina com o transporte do viajante a quem é ofertado serviços de transporte rodoviário interestadual de passageiros, com nota de regularidade e continuidade. Há, portanto, previsibilidade (prefixação de horário, definição prévia de pontos de embarque e desembarque), possibilidade de compra de passagem só de ida, malha rodoviária estruturada e organizada, independentemente de quantas são as empresas fretadas contratadas, tudo com frequência e habitualidade.

A Buser não informa qual será a empresa parceira utilizada e o passageiro entende que vai viajar de Buser (inclusive o ônibus que irá utilizar tem logo da empresa ré e, na maioria das vezes, é

pintado com a cor rosa da Buser. A aparência é de que a Buser é o prestador do serviço e não um facilitador da viagem. Chamou igualmente a atenção para o fato de que a palavra ônibus em inglês (bus) figura no radical do nome da empresa, o que demonstra estreita relação com a atividade que a empresa nega exercer.

Frisou que a Buser traz um novo modelo de negócio, criativo, ágil e bem-vindo ao mercado. Contudo, dada sua originalidade, não se encaixa exatamente no direito posto, alertando a julgadora não poder essa circunstância ser um óbice à sua regulação. O próprio direito, prosseguiu, traz as ferramentas da analogia e dos princípios gerais para que, a partir da análise dos fatos, se dê o tratamento legal adequado à nova realidade fática.

E concluiu aproximar-se o modelo oferecido pela Buser mais do serviço regular de transporte interestadual de passageiros do que de fretamento, conforme nota técnica da ANTT: "o atendimento é feito com regularidade, vez que os quadros de horário das linhas, bem como seus itinerários já são preestabelecidos, havendo a garantia de que o serviço será prestado ao público em certo dia e horário, de forma sistemática e regular, independentemente do número de passageiros que adquiriram bilhetes de passagens para a viagem", enquanto "o serviço de fretamento, é um serviço prestado por um grupo fechado de pessoas previamente identificadas, de interesse unificado em relação ao objeto da viagem." (Nota Técnica 002/SUFIS/2019).

Colacionou julgado do TRF4 no sentido da ilegalidade do modelo de serviços prestados pela recorrente, apontando que este implica em concorrência potencialmente desleal com as empresas adequadamente autorizadas. Ainda no mesmo julgado (5027566-06.2018.4.04.7000), afirma-se a razão de ser descabida a aplicação do precedente do STF - ADPF 449 - sobre a plataforma Uber no caso em tela: "Primeiro, que o modelo da plataforma UBER não trata de serviço público delegado, mas sim particular, que apenas sofre regulamentação do Estado. Segundo, o sistema BUSER disponibiliza efetivo serviço público, que funciona em rede regulamentada pelo Poder Público e com normas específicas. Terceiro, no sistema de transporte interestadual e internacional de passageiros, as empresas atuam como delegatárias e prestam serviço público em rotas e itinerários pré-determinados e exigidos pelo Estado. Quarto, segundo a legislação e normativas da ANTT, o serviço de fretamento opera em circuito fechado (ida e volta, sem paradas e alternância de passageiros), sem os mesmos requisitos do sistema de transporte regular, não podendo querer assemelhar-se para contornar a execução das viagens via plataforma eletrônica de anúncio e venda.

Reiterou, por derradeiro, tratar o caso em tela de uma demanda estruturante, por excelência, o que exige uma análise mais aprofundada, com audiências públicas, dentre outras ferramentas de regulação, de forma a encaixar um modelo eficiente, no qual novas oportunidades de mercado e

ideias inovadoras sejam incorporadas, garantindo o regime da livre iniciativa e livre concorrência na proteção do consumidor.

Votou no sentido de indeferir os pedidos de assistência e *amicus curiae*, conhecer e negar provimento ao recurso da Buser e conhecer e dar provimento ao recurso do SINTERJ para (i) reconhecer o interesse de agir em face da ANTT, bem como a legitimidade passiva da UF, julgando improcedente o pedido em relação aos referidos entes públicos e (ii) julgar inteiramente improcedente o pedido em relação à Buser para: reconhecer e declarar, para todos os efeitos, a ilegalidade e invalidade do modelo da Buser de oferta e prestação de serviço de transporte regular interestadual de passageiros; e ordenar à demandada que se abstenha de prestar os serviços da forma como atualmente oferece, sob pena de multa diária por descumprimento da decisão judicial, que fixou em R\$ 20.000,00.

Após o voto da relatora, pediu vista o desembargador federal Sergio Schwaitzer e principiou seu voto demonstrando que o Estado Regulador deve se abster de interferir na atividade econômica, sem justa razão. Na mesma toada, deve ele elaborar as medidas positivas para resguardar o direito de novos agentes econômicos explorarem novas áreas de mercado ou ingressarem em mercado concorrencial existente, valendo-se da livre iniciativa e da livre concorrência, ambas resguardadas na ordem constitucional.

Lançou mão dos ditames da Lei nº 13.874/2019, que instituiu a Declaração dos Direitos da Liberdade Econômica e, em seu art. 3º, caput, VI, estipulou que toda a pessoa, natural ou jurídica, tem o direito ao desenvolvimento e execução de novas modalidades de serviços quando as normas infralegais se tornarem desatualizadas por força de desenvolvimento tecnológico.

Elucidou, ainda, que a liberdade é tratada em toda a extensão da supracitada lei como garantia ao exercício de atividades econômicas e, sob este escopo, os atos normativos regulatórios devem ser precedidos da realização de análise dos possíveis impactos na livre formação de sociedades empresárias ou no exercício de atividades econômicas.

Dedicou-se, então, a elaborar um apanhado de toda a legislação referente ao sistema de transportes, a partir da Carta da República às normas infralegais expedidas pela ANTT, esclarecendo que a mencionada autarquia federal, a quem cabe, por determinação legal, elaborar regulamentação específica e autorizar o serviço de transporte regular rodoviário interestadual e internacional de passageiros, bem como o realizado sob o regime de fretamento, tem igualmente a atribuição de fiscalização quanto ao cumprimento das condições de outorga, de modo a se coibir a prática de serviços de transporte de passageiros não concedidos, permitidos ou autorizados.

Nessa medida, ressaltou que a outorga de autorização pela Agência é objeto de regulamento próprio (com exceção de disposições em legislação específica), não dependendo de licitação, salvo no caso de inviabilidade operacional, permitindo-se a livre estipulação de preços dos serviços, tarifas e fretes.

Deu igual realce, no plano infraconstitucional, à Lei nº 12.587/2012, responsável por instituir as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana, que classifica e define o que é considerado transporte público coletivo e transporte privado coletivo, a saber: “(...)

VI - transporte público coletivo: serviço público de transporte de passageiros acessível a toda a população mediante pagamento individualizado, com itinerários e preços fixados pelo poder público;

VII - transporte privado coletivo: serviço de transporte de passageiros não aberto ao público para a realização de viagens com características operacionais exclusivas para cada linha e demanda”.

Ponderou o desembargador federal que o transporte sob o regime de fretamento se aproxima do conceito de transporte privado coletivo, veiculado na Lei de Política Nacional da Mobilidade Urbana, uma vez que não é aberto ao público e não possui itinerário determinado pelo poder público. A despeito disso, frisou, ser de mister sua regulação pela ANTT para que não se permita a sua transmutação em serviço de transporte público coletivo.

Ressaltou não haver limites de autorizações, à exceção de inviabilidade técnica. E que no modelo regular há de se observar as gratuidades aos maiores de 65 anos, às pessoas com deficiência comprovadamente carentes e aos jovens de baixa renda, respeitando-se ainda a modicidade tarifária. A exigência do circuito fechado, como apontado pela ANTT, é o principal ponto de distinção entre o regime de fretamento e o serviço regular.

Nesse concernente, apontou como as exigências do serviço fretado são menos rigorosas que as exigências para a prestação de um serviço regular, caso fosse desconsiderado o critério de circuito fechado na modalidade fretamento poderia haver uma migração da demanda de passageiros e de empresas do serviço regular para o fretado, em busca de menor onerosidade por parte das empresas e mais benefícios. E apontou que o passageiro poderia pagar preço inferior, vez que não teria que subsidiar as gratuidades que, por lei, devem ser concedidas nos serviços regulares.

E frisou ser de mister que o Judiciário prestigie a distinção feita pela agência reguladora entre serviço fretado e regular de transporte, a qual não se revela ilegal ou desarrazoada.

Colacionou julgado desta Corte Regional em igual sentido.

Aglutinou sua análise de o porquê o serviço prestado se distancia da definição de transporte rodoviário coletivo interestadual regular: 1) o custo da viagem é variável, sujeito às alterações mercadológicas no preço do frete; 2) não são utilizados os terminais rodoviários nos pontos de início

e final da viagem; 3) não há captação ou o desembarque de passageiros no cumprimento do itinerário; 4) não está aberto ao público, mas somente aos usuários cadastrados na plataforma online da Buser e que integrem o grupo de viagem específico; 5) a parcela do rateio devida pelo consumidor pode ser reduzida mesmo após já ter sido paga pelo usuário, caso haja ingresso de novos interessados no grupo em questão; 6) não há certeza na realização da viagem, tendo em vista a chance de cancelamento caso não atingido o número mínimo de usuários cadastrados no grupo de viagem.

Apontou, ademais, que a aparência de ser a própria Buser que realiza o transporte não tem o poder de transmutar a realidade demonstrada nos autos. Ela não tem quadro de funcionários ligados diretamente à atividade de transporte, não assume em nome próprio a obrigação de transporte e não possui frota de veículos. A Buser é empresa de tecnologia, arrematou.

Por óbvio, a hiperconectividade ocasionada pela atividade da Buser pode repercutir no segmento das empresas prestadoras de serviços regulares, porém, não entende adequado proibir novas formas de exploração de atividade econômica concebidas no bojo da revolução tecnológica, por serem disruptivas.

E citou trecho do voto do Ministro Luíz Roberto Barroso no julgamento do RE 1.054.110: “a admissão da interferência do Estado, qualquer que seja a solução hermenêutica para harmonização dos princípios do art. 170 da Constituição, não pode contrariar ou esvaziar a livre iniciativa, a ponto de afetar seus elementos essenciais. A livre iniciativa, afinal, se apresenta como um dos fundamentos da República e como valor fundante da ordem econômica. A norma proibitiva ou excessivamente restritiva, por mais que se baseie em fundamentos constitucionais para justificar a intervenção do Estado, será inconstitucional se destituir a livre iniciativa de algum sentido mínimo”.

Por outro giro e de acordo com as atas notariais acostadas à inicial do sindicato, prosseguiu o desembargador federal, demonstrou-se que a Buser tem possibilitado que empresas de fretamento utilizem de sua plataforma para ofertar viagens sem a observância do requisito do circuito fechado, razão pela qual o juiz de piso agiu em conformidade com o direito, ao determinar a suspensão de ofertas na plataforma da Buser em circuito aberto.

Ante o exposto, votou no sentido de acompanhar a relatora, na parte em que se negou provimento ao recurso da apelante Buser e se deu provimento ao recurso do SINTERJ para reconhecer a ilegitimidade ad causam passiva da União e o interesse de agir em face da ANTT. E, inaugurando divergência, negou provimento ao pleito do sindicato, mantendo a sentença, nesse ponto, na qual restou determinado que a Buser suspenda em sua plataforma online, ofertas de viagem de fretamento somente de ida.

O desembargador federal Theophilo Miguel pediu vista dos autos e, em seu voto, realçou ser de total relevância atinar ao fato que a Buser não atua direta ou concretamente na exploração de serviços de transporte (regular ou fretamento), não vende bilhetes e não é proprietária dos veículos, ou administra as empresas de ônibus que prestam o serviço de transporte. Trata-se de uma empresa de plataforma tecnológica, criada exclusivamente para a intermediação da prestação do serviço de transporte de pessoas por fretamento, complementou.

Apontou esclarecimentos demarcados pelo STJ, ao analisar um caso envolvendo plataforma digital similar (Uber), quanto à natureza de sua atividade econômica: “As ferramentas tecnológicas disponíveis atualmente permitiram criar uma nova modalidade de interação econômica, fazendo surgir a economia compartilhada (sharing economy), em que a prestação de serviços por detentores de veículos particulares é intermediada por aplicativos geridos por empresas de tecnologia. Nesse processo, os motoristas, executores da atividade, atuam como empreendedores individuais, sem vínculo de emprego com a empresa proprietária da plataforma”, explicitando que essa linha argumentativa demonstra inexistir ilegalidade no modelo de negócio desenvolvido pela Buser, a sugerir o reconhecimento da improcedência dos pedidos autorais.

Outro ponto a que deu destaque o desembargador federal relaciona-se à exigência imposta pela ANTT quanto ao requisito “circuito fechado” para exploração da atividade econômica do serviço de transporte rodoviário por fretamento, estabelecido pela Resolução nº 4.777/2015 da autarquia pública.

Nesse respeitante, asseverou inexistir norma legal tratando expressamente da matéria, o que levaria a inevitável conclusão de que a citada norma infralegal inovou o ordenamento jurídico, sem respaldo em lei aprovada pelo parlamento.

A esmiuçar tal entendimento, se aprofundou nos ditames da Lei nº 10.233, que em seu art. 24 prevê a competência da ANTT para elaborar e editar “normas e regulamentos relativos à exploração de vias terminais, garantindo isonomia no seu acesso de uso, bem como a prestação de serviços de transporte, mantendo os itinerários outorgados e fomentando a competição”; como também de “editar atos de outorga e extinção de direitos de exploração de infraestrutura e de prestação de serviços de transporte terrestre, celebrando e gerindo os respectivos contratos e demais instrumentos administrativos”.

Contudo, prosseguiu, não há previsão legal delegando à agência reguladora, de forma expressa, o poder normativo para estabelecer limitações e condições quanto à exploração do serviço privado de transporte de passageiro por fretamento.

Daí concluir, por força dos ditames da Lei de Liberdade Econômica - que tem por escopo evitar o abuso de poder regulatório de maneira a indevidamente criar reserva de mercado, redigir

enunciados que impeçam a entrada de novos competidores, ou redigir enunciados que impeçam ou retardem a inovação e a adoção de novas tecnologias ou modelos de negócio (ressalvadas as situações consideradas em regulamento como de alto risco) - que a resolução ANTT nº 4.777/2015 não pode ser usada para impedir que a Buser opere suas atividades de intermediação.

Ante o exposto, votou no sentido de reformar a sentença apelada, na parte em que, julgando procedentes em parte os pedidos, determinou à Buser a suspensão da oferta de serviço de transporte por fretamento em circuito aberto.

Seguiram-se, nos termos do art. 942 do CPC, os votos dos juízes federais convocados Jose Eduardo Nobre da Mata e Fabricio Fernandes de Castro, acompanhando a divergência inaugurada pelo desembargador Theophilo Miguel, e a 7ª Turma Especializada, em quórum ampliado, vencidos a relatora e o desembargador federal Sergio Schwaitzer deu provimento à apelação da Buser, negando provimento à apelação do SINTERJ.

Referências:

STF: RE 1.054.110 (DJe de 06.09.2019); RE 808202 AgR (DJe de 30/06/2017); AgRg na SS 3.273-9 (DJ 20.6.2008);

STJ: AgInt na PET no REsp 1.567.179 (DJe de 18.08.2016); AgInt no REsp 1.471.516 (DJe de 28/10/2020); AREsp 2412680 (DJe de 20.10.2023);

TRF2: AI 0047969-48.2002.4.02.0000 (E-DJF2R 24.10.2006); AC 5017863-74.2021.4.02.5101 (decisão em 03/05/2023); AC 5003713-25.2020.4.02.5101 (decisão em 29/05/2023);

TRF4: AC 5027566-06.2018.4.04.7000 (decisão em 31/08/2021).

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA Nº 5072861-60.2019.4.02.5101

Decisão em 26/10/2023 - Disponibilização no Sistema e-PROC

Relator: Juiz Federal MARCELO DA FONSECA GUERREIRO

Relator para Acórdão: Desembargador Federal FERREIRA NEVES - 8ª Turma Especializada

[volta](#)**Licença para acompanhar cônjuge, empregado público, é direito subjetivo do servidor**

Cuida-se de remessa necessária e apelação cível interposta pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ contra sentença proferida nos autos de ação ordinária que deferiu tutela de urgência e julgou procedente a demanda ajuizada por servidora pública, concedendo licença provisória para acompanhar seu cônjuge, com lotação provisória da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Condenou, ainda, a UFRJ ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa.

Em suas razões recursais, a universidade alegou violação aos arts. 36, III, “a” e 84, § 2º, ambos da Lei nº 8.112/90. Afirmou que a remoção constitui o deslocamento de servidor dentro do quadro da mesma entidade, o que não ocorre no caso em tela. Destacou, ainda, que o cônjuge da apelada é empregado público e a norma exige que o cônjuge do servidor a ser removido ou deslocado também seja servidor público.

O relator, juiz federal convocado Marcelo da Fonseca Guerreiro, consignou em seu voto que a Constituição Federal reconhece a família como base da sociedade, assim como um bem jurídico passível de proteção do Estado.

O legislador determinou, nessa medida, tal bem jurídico com as necessidades e princípios concernentes à Administração Pública, possibilitando que o servidor pudesse ser deslocado não só no interesse da Administração, mas também, independentemente deste último, no interesse de sua família, esclareceu o julgador.

Asseverou, contudo, caber ao magistrado aplicar o direito ao caso concreto, sendo-lhe vedado substituir o legislador. Apontou, inclusive, não haver espaço em nosso ordenamento jurídico para a figura do judge made law. Nesse sentido, citou a edição 103 da Revista trimestral de Jurisprudência do STF, em sua página 1262: “O dever primordial do juiz é aplicar a lei, e não revogá-la a pretexto de atingir um ideal subjetivo de justiça”.

Destarte, salientou o relator que o art. 84, § 1º, da Lei nº 8.112/90 dispõe expressamente que o benefício de afastamento do cônjuge “poderá” ser concedido pela Administração por prazo indeterminado e sem remuneração, in verbis: “Art. 84. Poderá ser concedida licença ao

servidor para acompanhar cônjuge ou companheiro que foi deslocado para outro ponto do território nacional, para o exterior ou para o exercício de mandato eletivo dos poderes Executivo e Legislativo. § 1º A licença será por prazo indeterminado e sem remuneração. § 2º No deslocamento de servidor cujo cônjuge ou companheiro também seja servidor público, civil ou militar, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, poderá haver exercício provisório em órgão ou entidade da Administração Federal direta, autárquica ou fundacional, desde que para o exercício de atividade compatível com o seu cargo”.

Conforme a compreensão do julgador a esse respeito, a concessão da licença depende da discricionariedade da Administração Pública para motivar o ato a bem do interesse público e das necessidades no caso concreto do órgão.

Visando a corroborar tal argumento, trouxe à baila julgado desta Corte Regional em igual sentido.

Esclareceu, ademais, que o referido diploma legal se destina a servidores públicos. Por via de consequência, o fato de o cônjuge da apelada ser empregado público da PETROBRÁS, sociedade de economia mista, afasta a aplicação almejada.

Ante o exposto, votou no sentido de dar provimento à remessa necessária e ao apelo, reformando a sentença e revogando a tutela de urgência.

Inaugurando divergência que culminou majoritária, o desembargador federal Ferreira Neves aduziu que, distintivamente do que afirmou a apelante, a licença pleiteada possui natureza de direito subjetivo do servidor, a despeito de a remoção do cônjuge, ou companheiro, ter sido a pedido ou pelo interesse da Administração Pública. E esclareceu ser esse o entendimento solidificado do Superior Tribunal de Justiça.

Sobre o apontado posicionamento, colacionou julgados da Corte Cidadã, demonstrando ser firme sua jurisprudência no sentido de que a licença prevista no art. 84, § 2º de estatuto do servidor não está vinculada ao critério da Administração, vale dizer que para ser caracterizado o direito subjetivo do servidor se faz necessário o preenchimento de singular requisito: o deslocamento de seu cônjuge.

Já no que tange ao argumento de que tal norma não se aplica ao caso em tela, na medida em que o cônjuge da apelada integra os quadros de sociedade de economia mista, na qualidade de empregado público, esclareceu que tal alegação não merece guarida.

Salientou o desembargador federal que a CF/88, em seu art. 226, estabelece a proteção especial à família como base da sociedade e, por conta dessa premissa, deve haver um esforço por parte do Poder Público em manter íntegro o núcleo familiar. Desse modo, acentuou que a melhor interpretação estende o conceito de servidor público, incluindo os empregados públicos para fins de concessão da licença, na forma do artigo 84, § 2º, da Lei nº 8.112/90.

Nesse diapasão, trouxe à colação julgados do STJ manifestando-se pela possibilidade de concessão de licença com lotação provisória a servidor público para acompanhar cônjuge, empregado de empresa pública, que foi deslocado para outra localidade. Pois há de se observar, prosseguiu o julgador, que a expressão "servidor público civil ou militar, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios", constante na alínea "a" do parágrafo único do artigo 36 da Lei nº 8.112/90, deve ser interpretada de acordo com o caput do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, a fim de alcançar todos os servidores da Administração Pública, esta considerada em toda a sua extensão, ou seja, direta e indireta.

À vista disso, afirmou que a recorrida faz jus à licença para acompanhamento do cônjuge, com a lotação provisória na Universidade Federal do Rio Grande do Norte, como determinado na sentença objurgada.

O desembargador federal Marcelo Pereira da Silva secundou o relator e houve complementação de julgamento em função do disposto no art. 942 do CPC.

Prosseguindo, após os votos dos juízes federais convocados Vigdor Teitel e Rodrigo Gaspar de Mello acompanhando a divergência, a 8ª Turma Especializada do TRF2 decidiu, por maioria, negar provimento à remessa necessária e à apelação da UFRJ, nos termos do voto do desembargador federal Ferreira Neves.

Referências:

STJ: AgInt no REsp 1.944.814 (DJe de 24/11/2021.); REsp 1.788.296 (DJe de 11/10/2019); AgInt no REsp 1.599.575 (DJe de 19/12/2016);

TRF2: AI 5007753-61.2019.4.02.0000 (decisão em 28/04/2020); REEX 0130250-93.2016.4.02.5101 (E-DJF2R 10/07/2019).