

Sentenças



EXECUÇÃO FISCAL

0016437-63.2009.4.03.6182

Exequente: UNIÃO – FAZENDA NACIONAL
Executados: P. S. SERVIÇOS MÉDICOS LTDA. E OUTROS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 10^a VARA FISCAL DE SÃO PAULO - SP
Juiz Federal: RENATO LOPES BECHO
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 29/03/2017

A Procuradoria da Fazenda Nacional ajuizou a presente execução fiscal em 12/05/2009 em face de P. S. Serviços Ltda., no valor de R\$ 10.182.675,42 (dez milhões, cento e oitenta e dois mil, seiscentos e setenta e cinco reais e quarenta e dois centavos), objetivando a cobrança de COFINS referente a janeiro de 2006 a novembro de 2006, fevereiro de 2007 a setembro de 2007 e de novembro de 2007 a dezembro de 2007 (fls. 02 a 45).

A citação da executada, determinada em 01/06/2009 (fls. 47), foi positiva, tendo ocorrido em 30/06/2009 (fls. 49), sendo que diversas diligências para penhora de bens foram negativas, o que motivou a exequente a requerer a inclusão na lide de LUIZ ROBERTO SILVEIRA PINTO e EDGAR BOTELHO (fls. 78 e 79), ante a indicação de dissolução irregular (súmula 435 do e. STJ), o que foi deferido a fls. 100.

A executada indicou seu correto endereço (fls. 102 e 104), bem como sua nova razão social (FOBOS SERVIÇOS E INVESTIMENTOS LTDA.), sem que houvesse, contudo, bens penhoráveis (fls. 113).

A exequente requereu a penhora de bens via BACENJUD (fls. 119 e 120), o que foi deferido (fls. 127), cujo resultado foi negativo (fls. 132).

A exequente, então, informou que o débito já ultrapassava treze milhões de reais, requereu o reconhecimento de *grupo econômico* entre a executada e a SAMCIL, ou seja, a inclusão no polo passivo do espólio de LUIZ ROBERTO SILVEIRA PINTO e das empresas FORTALEZA AGROINDUSTRIAL LTDA, TERRAS ALTAS EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA, DOXA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA e LL EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES SA, alegando fraude (art. 1150 e 1151 do Código Civil e art. 32 da Lei nº 8.934/1994), confusão patrimonial e abuso da personalidade jurídica (art. 50 do Código Civil) e responsabilidade tributária (artigos 124,I, e 135, III, do CTN); a tramitação do feito em segredo de justiça, com base na juntada de documentos sigilosos; e o arresto de bens que indicou (fls. 134 a 144, com documentos de fls. 145 a 419).

As inclusões no polo passivo foram deferidas em 04/03/2015, sendo que a penhora de bens deveria aguardar a nomeação pela parte, após as citações (fls. 420).

Mandado de citação de FORTALEZA AGROINDUSTRIAL LTDA expedido a fls. 422.

A executada peticiona nos autos, requerendo o registro de sua nova designação social, historiando sobre o GRUPO SAMCIL e indicando haver bens (fls. 424 a 429, com documentos de fls. 430 a 842). Em petição de uma lauda, a exequente considera que “as alegações da executada não merecem créditos, devendo o feito seguir adiante” (fls. 845-v).

O juízo entendeu que a matéria é própria para discussão em embargos (fls. 851).

Mandados de citação expedidos em 24/02/2016: do ESPÓLIO DE LUIZ ROBERTO SILVEIRA PINTO a fls. 852; de TERRAS ALTAS e DOXA a fls. 853; de LL EMPREENDIMENTOS a fls. 854.

FOBOS SERVIÇOS E INVESTIMENTOS LTDA. (sucessor de P. S. SERVIÇOS MÉDICOS LTDA) e o ESPÓLIO DE LUIZ ROBERTO SILVEIRA PINTO peticionam nos autos, requerendo o registro da nova denominação social e a juntada de procuração (fls. 855 e 856).

Mandado de citação do espólio foi cumprido em 03/03/2016 (fls. 864).

Mandado de citação da LL EMPREENDIMIENTOS retornou negativo (fls. 868).

TERRAS ALTAS e DOXA peticionaram em 12/04/2016, juntando procuração (fls. 869 e 871). O mandado de citação fora cumprido em 02/04/2016 (fls. 874) e não foram localizados bens pelo Oficial de Justiça, conforme certidão exarada em 13/04/2016 (fls. 875).

TERRAS ALTAS apresenta, em 27/04/2016, exceção de pré-executividade (fls. 876 e segs.), requerendo a suspensão do feito contra si, ilegitimidade de parte, prescrição para o redirecionamento do feito e instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica. Juntou documentos (fls. 901 a 956).

Também em 27/04/2016, DOXA apresenta igual exceção de pré-executividade (fls. 959 e segs.), requerendo a suspensão do feito contra si, ilegitimidade de parte, prescrição para o redirecionamento do feito e instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica. Juntou documentos (fls. 984 a 1094).

DOXA e TERRAS ALTAS juntam cópia de agravo de instrumento a fls. 1097 a 1129 contra a decisão que determinou suas inclusões no polo passivo.

A exequente peticiona nos autos (fls. 1132 e segs.), requerendo a rejeição das exceções de pré-executividade e a penhora de bens via BACENJUD.

Mandado de citação de FORTALEZA AGROINDUSTRIAL LTDA retornou negativo (fls. 1143), com indicação de que a fazenda teria sido vendida em 2011.

LL INVESTIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S/A EM LIQUIDAÇÃO JUDICIAL peticiona nos autos (fls. 1145 e segs.), informando sua liquidação extrajudicial pela AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR – ANS havida em 09 de agosto de 2016. Juntou documentos (fls. 1147 a 1149).

Feito breve relato, decido.

Conforme a descrição acima, este Juízo indeferiu a exceção de pré-executividade de FOBOS SERVIÇOS E INVESTIMENTOS LTDA, atual designação da executada originária (P. S. SERVIÇOS MÉDICOS LTDA.) a fls. 851, sem haver notícia de a decisão ter sido agravada e, muito menos, do indigitado recurso ter sido provido. Isto posto, seus argumentos de defesa serão apreciados quando forem propostos os respectivos embargos à execução fiscal, após a garantia do juízo.

Quanto a TERRAS ALTAS e a DOXA, não há decisão a respeito, pelo que passo a analisá-las.

I – Do pedido de instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica. A questão do direito intertemporal

Pelas petições de fls. fls. 876 e segs. e 959 e segs., que se apresentam idênticas ao Juízo, alega-se que um dos sócios das excipientes, LUIZ ROBERTO HORST SILVEIRA PINTO, seria empresário bem sucedido do ramo imobiliário, cujas empresas não teriam integrado o GRUPO SAMCIL, sendo filho do fundador do referido GRUPO; informa que a SAMCIL sofreu intervenção extrajudicial da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS. Reputam lícitas e legítimas as aquisições realizadas; prescrito o redirecionamento do feito para corresponsáveis; não ter havido dissolução irregular de sociedade; a existência de bens suficientes para liquidação

do crédito tributário da devedora; e, pedem a suspensão do feito e instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, nos termos do Código de Processo Civil de 2015, artigo 133 a 137 (fls. 894 a 899 e 977 a 982).

A apreciação do pedido de instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica – que, caso instaurado, será o procedimento onde as alegações apresentadas serão discutidas e apreciadas – é pressuposto processual para o enfrentamento dos demais pedidos. Passo, portanto, a analisá-lo, a partir da discussão do direito intertemporal envolvido.

Do relatório acima, depreende-se que a inclusão dos excipientes no polo passivo foi determinada em 04/03/2015 (fls. 420), e efetivada em 02/04/2016 (fls. 874), com a primeira manifestação de referidas partes em 12/04/2016. Aqui há a questão de direito intertemporal, pois a ordem foi dada sob a égide do Código de Processo Civil de 1973 (que não previa o indigitado incidente), mas cumprida quando o Código de Processo Civil de 2015 (que prevê o incidente) já estava vigente. Se há dúvida, ela deve ser resolvida com a aplicação dos princípios constitucionais que imperam em nosso ordenamento jurídico. No caso, o *devido processo legal*, com os *meios de defesa e recursos disponíveis* em nosso ordenamento jurídico deve se fazer presente. Até porque eventual acolhimento do incidente não trará nenhum prejuízo para o exequente, pois os excipientes já fazem parte da lide. E caso haja risco para o crédito público em discussão, há instrumentos processuais disponíveis para os advogados públicos (como a Medida Cautelar Fiscal, por exemplo). Por outro lado, a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica trará ampla possibilidade de defesa para os apontados como corresponsáveis, cuja fundamentação passa pelo artigo 50 do Código Civil. Assim, tenho que o novo CPC rege o ato, posto cumprido em sua vigência.

Para analisar o incidente propriamente dito, há que se tecer considerações sobre a responsabilização que se está a imputar. Senão vejamos.

II – Da caracterização de grupo econômico

Conforme dito acima, a exequente requer a caracterização de grupo econômico entre a executada e as empresas que aponta, com fundamento nos artigos 124, I, e 135, III, do CTN, e 50 do Código Civil, o que atrairia o artigo 30, IX, da Lei nº 8.212/1991. Vejamos a pertinência jurídica do pedido.

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

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

Ao que parece, existem duas situações jurídicas autorizadas para a caracterização de grupo econômico, uma expressa e outra implícita na legislação de regência. A primeira delas é a apontada disposição da lei previdenciária. A outra estaria no Código Tributário Nacional, também já indicada.

III – Grupo econômico na legislação previdenciária

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

Art. 30. A arrecadação e o recolhimento das contribuições ou de outras importâncias devidas à Seguridade Social obedecem às seguintes normas: (redação dada pela Lei nº 8.620/1993)
[...]

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

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

A verificação da execução se basear na Lei de Custeio da Seguridade Social é imprescindível, já que o legislador restringiu o texto legal a apenas alguns dos diversos tributos de nosso ordenamento jurídico. Assim, em uma ação de cobrança de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica, o comando autorizativo da responsabilização de grupo econômico não poderá ser usado. Lembramos, a propósito, que o Código Tributário Nacional impede que a interpretação por analogia resulte em tributo não previsto em lei (art. 108, I e § 1º).

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

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

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

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

Assim, resta evidente a necessidade de procedermos à ampla interpretação do texto legal, que não admite simples subsunção, sob pena de descaracterizar, para fins de cobrança de

tributos destinados à Seguridade Social, a personalidade jurídica das empresas pertencentes a um grupo econômico. Por sinal, são úteis as palavras do autor para a caracterização empresarial analisada (Wladimir Novaes Martinez, *Comentários à lei básica da previdência social*, tomo I, 7. ed. São Paulo, LTr, 2010, p. 446):

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

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

Controle é a possibilidade conferida à empresa dirigente de reger os rumos das empresas dirigidas, inclusive a partir da disposição de seus meios de produção (capital, bens e trabalho) para o melhor sucesso das finalidades a serem alcançadas pelo grupo econômico. A maneira mais imediata de se verificar o controle é a preponderância acionária. Todavia, não é a única, sendo que esta deve ser extraída de todos os indícios possíveis de ingerência na destinação dos fatores de produção, tais como a identidade de sócios entre as empresas componentes do grupo; diversas empresas instaladas no mesmo local e com uma mesma finalidade etc. Direção confunde-se com a efetivação ou materialização do controle (poder diretivo em sentido estrito, poder fiscalizatório e poder disciplinar). Administração é a complexidade de órgãos que compõem a empresa e seus encargos administrativos; assim, dizer que uma empresa é administrada por outra significa reconhecer que é subordinada aos órgãos dessa outra.

A origem do dispositivo legal parece ser o Direito do Trabalho. Na Consolidação das Leis Trabalhistas - CLT, art. 2º, § 2º, consta que:

Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.

Submetendo o art. 30, IX, da Lei nº 8.212/1991 ao artigo 128 do CTN, devemos destacar, como núcleo do comando, a expressão “[pessoa] vinculada ao fato gerador da respectiva

obrigação”. Para não tergiversarmos de nosso tema central, apresentamos – desde logo – uma situação que, a nosso sentir, bem exemplifica a autorização indicada. O tradicional *diferimento* do tributo, notadamente sobre a produção agrícola, indica pessoas vinculadas ao fato gerador da obrigação. Assim, o fazendeiro não recolhe o ICMS ao entregar sua produção para a indústria ou para o atacadista. Estes recolherão o tributo devido na operação anterior através do diferimento, justamente porque ambos participam, estão vinculados ao fato imponible.

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

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

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

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

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

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

O destaque dado, até aqui, restringiu-se à *responsabilidade tributária*. Ela admite, segundo entendemos, três tipos distintos: a solidariedade, a subsidiariedade e a pessoalidade, cada qual com efeitos distintos. Conforme vimos, a responsabilidade estipulada no art. 30, IX, da Lei nº 8.212/1991, é na modalidade *solidariedade*. Ela também é, genericamente, autorizada no Código Tributário Nacional que estipula:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

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

II – as pessoas expressamente designadas por lei.

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

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

III.1 – A submissão das disposições de natureza tributária na Lei nº 8.212/1991 ao Código Tributário Nacional

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

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

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

A propósito, há que se registrar o teor da Súmula Vinculante nº 8, da jurisprudência do egrégio Supremo Tribunal Federal, exarada nos seguintes termos:

São inconstitucionais o parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei nº 1.569/1977 e os arts. 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.

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

Pelo que se depreende das considerações acima apresentadas, não nos parece ser o caso, desde logo, de consideração da inconstitucionalidade do art. 30, IX, da Lei nº 8.212/1991. Basta que o dispositivo legal receba a interpretação sistemática que o compatibilize com o ordenamento jurídico brasileiro.

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

O caminho aqui trilhado parece estar em consonância com o decidido pelo egrégio Supe-

rior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

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

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

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

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

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

IV – Grupo econômico implícito no Código Tributário Nacional

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

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

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

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

II – as pessoas expressamente designadas por lei.

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

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

Interesse comum, para nós, é quando mais de uma pessoa ocupa o mesmo polo da relação econômica que faz surgir a obrigação tributária. Assim, no imóvel em que haja vários proprietários, haverá *interesse comum*. Pensemos na hipótese de um edifício de diversos pavimentos, com diversas unidades autônomas, cada qual com um dono. Em relação ao terreno edificado, todos eles terão *interesse comum*, pois todos são proprietários, cada qual de sua unidade, construída do mesmo terreno.

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

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

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

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

Nesses termos, a regra é a distinção entre pessoas jurídicas, ainda que componentes de grupo econômico, afastando-se a incidência do art. 124, I, do CTN para tais hipóteses. Haverá os agentes da administração tributária que comprovar, nos autos da execução fiscal em que se buscar a responsabilização de outras empresas que não a contribuinte, a ocorrência do abuso da personalidade jurídica, nos termos como exigido a partir do art. 50 do Código Civil.

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

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

Voltando ao caso concreto, sabendo-se, como dito, que o primeiro requisito (cobrança de contribuição previdenciária) está presente, há que se investigar, no corpo probatório apresentado, a indicação de que os fatos geradores aqui cobrados foram praticados pelas pessoas jurídicas elencadas na petição ora enfrentada. Todavia, não é o que se nos apresenta. Há ampla documentação societária, mas nenhuma indicação de que os fatos geradores aqui cobrados foram praticados por outra pessoa jurídica que não a executada, o que não suporta o redirecionamento do feito.

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

V – Sobre as fraudes em prejuízo do Fisco

A exequente sustenta seu pedido de inclusão de diversas pessoas no polo passivo desta execução fiscal, notadamente aquelas que não atuam no mesmo ramo da executada, ao argumento de que cometem fraude em prejuízo do Fisco, ao arrematarem imóveis levados a leilão judicial e, posteriormente, negociá-los no mercado ou entre empresas do mesmo grupo econômico. Junta, em arrimo a seu pedido, cópias de documentos e decisões judiciais de fls. 145 e seguintes.

Observo, inicialmente, que as presunções aqui apresentadas podem, realmente, estar acontecendo. Todavia, não resultam, necessariamente, em caracterização como *grupo econômico*, nos termos da jurisprudência do egrégio Superior Tribunal de Justiça já citada, que exige a atuação conjunta das diversas empresas na consecução do fato gerador. E, para aplicarmos o artigo 50 do Código Civil à espécie, há que se instaurar o incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

Ainda assim, surge a hipótese de se aplicar os artigos 1150 e 1151 do Código Civil, bem como o artigo 34 da Lei nº 8.934/1994, *em cotejo com o que o Código Tributário Nacional disciplina a respeito de fraude tributária*, já que estamos no ambiente de uma *execução fiscal*. Seria o caso de consultarmos, portanto, outros dispositivos legais (no caso, repita-se, do CTN) para a verificação das fraudes alegadas.

Nesse ponto, duas observações parecem pertinentes: a primeira, a exequente poderia ter apresentado quais dispositivos legais pretende ver aplicados à espécie. Não o fez, contudo. Seria o caso de o Juízo buscar a fundamentação legal.

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

Há, ainda, a previsão de aplicação da chamada *norma geral anti-elisiva* ou *anti-simulação*, que consta do § único do artigo 116 do CTN. Ela, contudo, encontra-se pendente de aplicação pela ausência, até hoje, da legislação ordinária disciplinadora.

De qualquer forma, ao que parece, tais *fraudes* poderiam ser *desfeitas pelo Fisco* ou seriam discutidas caso a caso, em cada um dos processos judiciais onde os fatos aqui narrados ocorreram. Seria a hipótese de cada juízo de execução fiscal julgar os embargos à arrematação, por exemplo, propostos pela procuradoria fazendária. Não seria aqui o espaço, assim, para uma ampla análise de todas as fraudes mencionadas neste processo, por ausência de competência deste Juízo para tanto. Em tal hipótese, não seria necessário buscar-se o artigo 50 do Código Civil, que atrai para si o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, previsto no CPC de 2015. Mas, ao que se deduz, é necessário enfrentar esse aspecto no presente feito.

VI – Do incidente de desconsideração da personalidade jurídica

Conforme indicado nos itens precedentes, a ampliação do polo passivo da execução fiscal na hipótese de caracterização de grupo econômico passa, além dos dispositivos do Código

Tributário Nacional indicados, pelo artigo 50 do Código Civil. Referido dispositivo traz à baila dispositivos do Código de Processo Civil de 2015, artigos 133 a 137.

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

O CPC/2015, corretamente, não entra na questão de direito material, que é o sentido que se deve dar aos “pressupostos previstos em lei” (art. 133, § 1º). Assim, para a inclusão de responsáveis tributários à luz do art. 135 do CTN, os pressupostos para referida responsabilização devem estar presentes e serem apontados pelos exequentes.

Dois aspectos merecem destaque: eventual dúvida quanto à aplicação da responsabilização tributária não ser confundida com a desconsideração da personalidade jurídica e a dispensa da instauração do incidente que se analisa.

Quanto à possibilidade de a responsabilização do CTN não ser equiparável à desconsideração da personalidade jurídica, será preciso superar as menções feitas na jurisprudência em sentido contrário. Veja-se o que estamos tratando nos seguintes excertos:

[...] 3. Examinada a lei aplicável à espécie, o CTN, o primeiro diploma do direito pátrio a consagrar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, não se encontra, nas hipóteses do artigo 134 do CTN, determinação legislativa justificadora do litisconsórcio (STJ, REsp. nº 436.012/RS, rel. Min. Eliana Calmon, 2. T., un., j. 17/06/2004, DJ de 27/09/2004. Disponível em www.stj.jus.br, acesso em 19/07/2012).

Execução Fiscal – Sociedade por quotas de responsabilidade limitada – Penhora de bens de patrimônio pessoal de sócio que não exerceu função de direção – Decreto-Lei nº 3.708/19, art. 16 e CTN, art. 135, III [...]. É impossível a penhora dos bens do sócio que jamais exerceu a gerência, a diretoria ou mesmo representasse a empresa executada. Há de ser utilizada a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, prevalecendo o princípio da responsabilidade subjetiva, e não a simples presunção. Recurso conhecido, mas desprovido (REsp nº 8.711-0/RS, rel. Min. Peçanha Martins, 2. T, unânime. J. 21/10/1992, publ. DJ de 17/12/1992. Disponível em www.stj.jus.br, acesso em 19/07/2012).

Nesse julgado, destacamos do voto que afirma:

[...] A teoria da desconsideração da personalidade jurídica para coibir a fraude a credores há de ser utilizada, no direito brasileiro, de acordo com os precisos termos do art. 16, do Decreto-Lei 3.708, e 135 do CTN (REsp nº 8.711-0/RS, rel. Min. Peçanha Martins, voto, p. 2. Disponível em www.stj.jus.br, acesso em 19/07/2012).

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

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

Seguindo aquela linha de rememorarmos o óbvio, vale lembrar que o processo de execução foi construído partindo-se da ideia central de que existe um título, judicial ou extrajudicial,¹ líquido, certo e exigível.² Por isso, o rito executivo é tão distinto do rito cognitivo ou cautelar.³ Como o Estado *executa o responsável tributário*,⁴ ele deve ter um título hábil, já que na verdade se executa o título, não a pessoa do responsável. Disso decorre que a responsabilidade precisa ser averiguada *antes* da execução fiscal, para que seja transformada em linguagem válida, ou por outro giro verbal, para que seja incluída no título executivo. Como se sabe, em um processo de execução não há fase probatória e, para seu início, é necessário que o credor demonstre possuir um título executivo em condições de dar ao Estado-Jurisdição segurança para violar o patrimônio do devedor, sem seu consentimento ou até contra a sua vontade, e satisfazer o direito do credor.

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

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

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

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

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

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

- 1 Código de Processo Civil [de 1973], artigo 583: “Toda execução tem por base título executivo judicial ou extrajudicial”.
- 2 Código de Processo Civil [de 1973], artigo 586: “A execução para cobrança de crédito, fundar-se-á sempre em título líquido, certo e exigível”.
- 3 Veja-se, como demonstração do alegado, o artigo 652 do Código de Processo Civil [de 1973]: “O devedor será citado para, no prazo de vinte e quatro (24) horas, pagar ou nomear bens à penhora”. É providência bastante diferente da prevista no artigo 297 do mesmo Código: “O réu poderá oferecer, no prazo de quinze (15) dias, em petição escrita, dirigida ao juiz da causa, contestação, exceção e reconvenção”. Ou ainda o artigo 323: “Findo o prazo para a resposta do réu, o escrivão fará a conclusão dos autos. O juiz, no prazo de dez (10) dias, determinará, conforme o caso, as providências preliminares, que constam das seções deste capítulo”.
- 4 Código de Processo Civil [de 1973], artigo 568, inc. V.

Assim, como é sabido, a sistemática que temos na constituição do crédito tributário começa pelo lançamento (CTN, art. 142) ou pela declaração do contribuinte (CTN, art. 150, § 4º). Após a *notificação* da parte contrária, ou o *recebimento da declaração*, abre-se prazo para a impugnação administrativa e seus respectivos recursos, além das defesas judiciais das mais variadas disponíveis em nosso ordenamento processual. Há, aqui, grande gama de oportunidades de defesa. Em outras palavras, somente após ampla possibilidade de defesa administrativa ou judicial *prévia* se inscreve o débito em dívida ativa, com nova *notificação* do devedor (com mais oportunidades de defesa), se ajuíza a execução fiscal. Assim, para o contribuinte, antes da execução fiscal, diversas oportunidades de defesa se apresentam.

E na responsabilidade tributária? À evidência, não há (ou não havia, antes do CPC/2015) nenhuma possibilidade de defesa *prévia*, o que desafiava o princípio do devido processo legal. Era o antigo *pague ou tenha bens penhorados e depois discuta*. Sem que o sistema jurídico desse oportunidade para o apontado como responsável oferecer defesa *prévia*, repita-se, ao contrário da cobrança em face do contribuinte. A ausência de oportunidade de defesa *prévia* já foi acolhida por este Juízo (execução fiscal 0037631-95.2004.403.6182), o que inviabilizou o prosseguimento de feitos, regidos pelo CPC de 1973, em face do apontado como responsável tributário.

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

Registramos, por oportuno, que o incidente que aqui se cuida permitirá apenas a oportunidade de defesa somente para os apontados como responsáveis tributários. Também os exequentes poderão se valer da abertura da fase probatória, ampliando o conjunto de provas já apresentado da administração tributária, que poderá juntar novos documentos e requerer a oitiva de peritos (auditores fiscais, por exemplo) em audiências judiciais.

É por todos esses motivos que consideramos o incidente de desconsideração da personalidade jurídica um avanço em nosso sistema de cobrança de tributos.

Além do cumprimento da ordem constitucional, consideramos que o indigitado incidente auxilia na organização do feito, permitindo que fiquem na execução fiscal seus atos próprios (petição inicial, CDA, citação, exceção de pré-executividade do executado, atos de constrição de bens, ou seja, a penhora etc.). No incidente, em autos apartados, entram as petições das partes, suas provas, a possibilidade de depoimento pessoal daquele a que se imputa a responsabilidade e a decisão judicial. Se a responsabilidade não é comprovada, com o trânsito em julgado da decisão tudo vai para o arquivo findo, sem onerar fisicamente os autos da execução fiscal. Se comprovada a responsabilização, uma cópia da decisão é trasladada para a execução fiscal, onde se processarão os atos de constrição patrimonial e, também agora, todo o *incidente* vai para o arquivo findo, facilitando o manuseio e a visualização da execução fiscal, com o consequente ganho em eficiência processual.

Outra vantagem da instauração do incidente é que, às vezes, os incluídos como responsáveis tributários podem estar em lados opostos nas relações comerciais (como já ocorreu, por exemplo, nas execuções fiscais 2001.61.82.024190-2, 2002.61.82.001117-2, 2002.61.82.004727-0, 2002.61.82.004421-9 e 2002.61.82.007286-0).

Todavia, a Procuradoria da Fazenda Nacional tem se insurgido sobre a aplicabilidade do incidente de desconsideração da personalidade jurídica no redirecionamento da execução

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

A resistência da PGFN pode ser verificada no Agravo de Instrumento nº 0011840-26.2016.4.03.0000, ajuizado perante o egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região em 27/03/2016. Em breve síntese, entende que o indigitado incidente somente deve ser instaurado a pedido do exequente, que ele é incompatível com a Lei de Execução Fiscal e que ele deve ser aplicável apenas nos casos do art. 50 do Código Civil (*o que é o caso dos presentes autos, insista-se*).

Tais argumentos não nos impressionaram. Caso a comunidade jurídica brasileira queira ver a execução fiscal com novos olhos, a incidente de que se cuida será um avanço importante e plenamente compatível com a nova leitura da legislação de 1980. Sobre a necessidade de a instauração do incidente ficar a cargo dos exequentes, cria uma curiosa situação: quando o exequente quiser, a lei será aplicável; quando não quiser, não! Ou seja, o Código de Processo Civil passa a ser facultativo, aplicável a depender das partes. Observamos, por oportuno, que os exequentes não precisam requerer que uma petição inicial de execução fiscal seja processada nos termos da Lei nº 6.830/1980. Quando o juízo observa se tratar de uma execução fiscal, ele processará o feito nos termos da legislação de regência.

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

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

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

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

Não pode ser instaurado de ofício pelo Juiz.

Assim, ainda que esse não seja nosso pensamento, mas aplicando referida decisão ao caso presente, *observo que os excipientes TERRAS ALTAS e DOXA requereram o incidente de descon sideração da personalidade jurídica*.

Contudo, há que ser enfrentada também a resistência do Poder Judiciário ao incidente de que aqui se cuida, tal qual expresso pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM, que deduziu um enunciado afirmando sua não aplicação às execuções fiscais, sem nenhuma fundamentação por parte de seus autores (Enunciado nº 53: “O redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente prescinde do incidente de descon sideração da personalidade jurídica previsto no art. 133 do CPC/2015”).

Tal enunciado levantou algumas dúvidas, como se os juízes não quisessem apreciar pro-

vas ou presidir audiências. Refletindo profundamente sobre esse ponto, contudo, imaginamos que nossos pares não queiram ver a repetição de milhares ou milhões de incidentes abertos sem que haja citação, como é fato que há milhões de execuções fiscais que abarrotam os arquivos judiciais com base no artigo 40 da Lei de Execução Fiscal (não localização do devedor ou de bens executáveis). Nesse caso, a solução dada pelo julgado acima transcrito parece ser a melhor: a parte precisa requerer a instauração do incidente. Pode ser a exequente, quando suas diligências indicarem maior viabilidade para a responsabilização; ou o corresponsável, como no presente caso. De qualquer sorte, o citado enunciado na ENFAM já foi afastado no egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região pelo eminente Desembargador Federal Nery Júnior (Agravo de Instrumento nº 0011836-86.2016.4.03.0000/SP, decisão de 13/12/2016).

Há que se registrar, também, que a Associação de Juizes Federais do Brasil – AJUFE editou um enunciado a respeito do tema aqui enfrentado (Enunciado nº 2 do II Fórum Nacional de Execução de Personalidade Jurídica – FONEF: “O incidente de desconsideração da personalidade jurídica, previsto no art. 133 do NCPC, é aplicável aos casos em que há pedido de redirecionamento da execução fiscal da dívida ativa, com fundamento na configuração de grupo econômico, ou seja, nas hipóteses do art. 50 do CC”). Este enunciado já foi aplicado, por exemplo, no egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região pelo eminente Desembargador Federal Marcelo Saraiva (Agravo de Instrumento nº 0015455-24.2016.4.03.0000/SP, decisão de 10/10/2016).

Além disso, há um último aspecto que deva ser enfrentado por este Juízo. Considerando que a exequente sustenta haver dois padrões das empresas para requerer a inclusão no polo passivo, um referido à mesma atividade econômica desenvolvida pela executada e outro de empresas de diferente atividade econômica, que dariam suporte financeiro ou possuem o mesmo quadro societário, há que se enfrentar, ainda que em análise perfunctória, a possibilidade de o Juízo descaracterizar a personalidade jurídica da executada frente a outras empresas, de mesmo sócio, que teriam arrematado em leilão judicial bens da executada ou de outras empresas do mesmo grupo econômico. Tais fatos indicariam fraudes contra o Fisco.

Isto posto, determino:

I) o registro da nova razão social da executada originária – FOBOS SERVIÇOS E INVESTIMENTOS LTDA;

II) reiterar que, nos termos da decisão de fls. 851, as alegações da executada originária serão apreciadas em embargos à execução;

III) instaurar o incidente de desconsideração da personalidade jurídica em face de TERRAS ALTAS e DOXA, conforme requerido nas petições de fls. 876 e segs. e 959 e segs. Traslade-se cópia desta decisão e das indicadas petições, com os documentos que as acompanham. Considerando que ambas são idênticas, determino o processamento de apenas um incidente;

IV) determino vista à exequente para ciência desta decisão, bem como do mandado negativo de fls. 1143 e da notícia da liquidação extrajudicial de LL INVESTIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S/A (fls. 1145 e segs.). Prazo: 15 dias.

Intime-se.

São Paulo, 22 de fevereiro de 2017.

Juiz Federal RENATO LOPES BECHO

PROCEDIMENTO COMUM**0008807-40.2012.403.6120**

Autores: JOSÉ SÉRGIO PEREIRA DA SILVA E JOSEQUELI NATIVIDADE PEREIRA DA SILVA

Réus: GOLD POLÔNIA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS SPE LTDA. E OUTROS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE ARARAQUARA - SP

Juiz Federal: MÁRCIO CRISTIANO EBERT

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/12/2016

I – RELATÓRIO

Trata-se de ação movida por *José Sérgio Pereira da Silva e Josequeli Natividade Pereira da Silva contra Gold Polônia Empreendimentos Imobiliários SPE Ltda, PDG Realty S/A Empreendimentos e Participações, Goldfarb Incorporações e Construções S/A e Caixa Econômica Federal*, por meio da qual os autores buscam a revisão de diversas cláusulas de contrato de financiamento habitacional celebrado com as rés, bem como a fixação de indenização por diversos infortúnios relacionados ao imóvel que adquiriram e que serão detalhados neste relatório a partir de agora.

A inicial (fls. 02-38) narra que em setembro de 2010 os autores celebraram contrato de adiantamento de promessa de compra e venda de uma casa no Residencial Villaggio do Sol, condomínio horizontal de casas padronizadas que naquela época ainda estava em construção. Como as obras não haviam sido concluídas, toda a negociação se deu com base nos memoriais descritivos, planta ilustrativa do local e uma casa modelo decorada, sem que os compradores visitassem o canteiro de obras.

O contrato estabelecia o pagamento de uma entrada de R\$ 8 mil que seria abatida do saldo devedor, adiantamento que poderia ser feito com a utilização do FGTS. Valendo-se dessa facilidade, os autores adiantaram R\$ 10.846,18 e em 2 de setembro de 2010 assinaram o contrato visando à aquisição do imóvel. Como os autores estavam no rol dos cinquenta primeiros compradores, preenchiam os requisitos de promoção segundo a qual seriam apresentados com três eletrodomésticos, a serem entregues em até 120 dias contados do registro do condomínio.

A partir de novembro de 2010 os autores começaram a pagar as prestações do financiamento, por meio de boletos bancários enviados por e-mail. Sucede que o boleto de novembro de 2011 não foi encaminhado aos mutuários, de modo que no mês seguinte estes foram instados a colocar em dia o débito. Feitos os esclarecimentos de que não receberam o título, a ré PDG encaminhou novo boleto alusivo ao mês de novembro, que foi liquidado. Contudo, o pagamento extemporâneo anulou o direito aos eletrodomésticos, em que pese a mora não ter sido causada pelos autores. Por conta disso, sustentam que fazem jus à entrega dos eletrodomésticos prometidos.

Em outubro de 2011 os autores enfim assinaram o contrato de promessa de compra e venda do imóvel, vinculado a contrato de financiamento habitacional. No entanto, constataram que embora tenham pagado mais de um ano de prestações, em valor superior a R\$ 8 mil, o saldo devedor era praticamente o mesmo de um ano antes. Os autores creditam isso à demora das rés promitentes vendedoras em encaminhar os documentos necessários para a Caixa Econômica Federal elaborar o contrato de financiamento, bem como da cobrança indevida de juros durante a construção, de sorte que essa diferença deve ser abatida do saldo devedor.

Caso esses encargos sejam reputados válidos, devem ser limitados ao período previsto para a entrega das chaves, de acordo com o cronograma de obras.

Reclamam também que por ocasião do contrato desembolsaram R\$ 2.160,00 para o pagamento das taxas no Registro de Imóveis e do ITBI, porém essas despesas custaram bem menos que isto, de modo que fazem jus à diferença (R\$ 1.322,24).

Ainda a respeito dos contratos, impugnam as cláusulas que preveem a incidência de juros moratórios na fase de inadimplemento e que vedam, na hipótese de inadimplemento do contrato, a retenção de acessões e benfeitorias e a devolução das quantias pagas.

Não bastassem esses aborrecimentos que afloraram antes mesmo do recebimento das chaves da casa, as vendedoras atrasaram a entrega do imóvel em mais de seis meses, período em que os autores seguiram pagando aluguel, despesa que acreditam deve ser ressarcida pelas rés.

Todavia, os maiores problemas se verificaram depois da entrega das chaves. De largada, os autores constataram que a árvore no terreno vizinho era muito maior do que sugeria o material de publicidade que serviu de base para a escolha do imóvel. Essa árvore já deu muito trabalho aos autores; volta e meia suas folhas entopem as calhas, quedas de galhos causaram danos no telhado e há o risco de um dia o pau-d'alto vir abaixo e causar sérios danos ao imóvel dos autores, senão a eles próprios.

Algum tempo depois, constaram que o esgoto da casa não se comunicava com a rede pública, de modo que durante meses os dejetos da residência foram absorvidos pelo solo. O problema só foi constatado depois que o mau cheiro não deixou dúvida de que havia algo de errado.

Com o tempo, os autores também perceberam diversos vícios de construção no imóvel, como pontos de umidade e rachaduras nas paredes, no teto e no piso.

Por conta dos incômodos causados pela árvore e pelos vícios de construção pedem a condenação das rés ao cumprimento de uma dessas providências: abatimento do valor do imóvel (no mínimo 30%), troca do imóvel por outro dentro do mesmo condomínio ou resolução do contrato com a devolução dos valores pagos. Pedem, ainda, a condenação das rés ao pagamento de indenização por danos morais, em valor não inferior a 30 salários mínimos.

A inicial veio acompanhada dos documentos das fls. 39-226.

A contestação da Caixa Econômica Federal foi encartada às fls. 233-237. De largada a ré sustentou sua ilegitimidade, sob o argumento de que apenas disponibilizou aos requerentes o capital necessário para a aquisição do imóvel. No mérito, sustentou que não exigiu dos autores nada do que não estava expressamente previsto no contrato, como é o caso dos juros exigidos na fase da construção. Defendeu que não pode ser responsabilizada pelos danos apontados pelos autores — “(...) culpa pela entrega dos eletrodomésticos, o envio de boletos através de e-mail, a venda do imóvel sem a visita ao terreno de construção, ou qualquer outro fato que seja”. A contestação veio acompanhada dos documentos das fls. 238-261, depois complementados com as cópias das fls. 267-423.

As rés Gold Polônia Empreendimentos Imobiliários SPE Ltda, PDG Realty S/A Empreendimentos e Participações e Goldfarb Incorporações e Construções apresentaram contestação conjunta — *em benefício da clareza, doravante sempre que for necessário me referir a essas três empresas em conjunto, vou mencioná-las como rés Gold Polônia* —, encartada às fls. 426-468. Em preliminar as rés alegaram a inépcia da inicial, dada a incompatibilidade na cumulação dos pedidos de aplicação de multa, lucros cessantes e perdas e danos, bem como

a ilegitimidade passiva das requeridas PDG Realty S/A Empreendimentos e Participações e Goldfarb Incorporações e Construções, uma vez que os contratos celebrados foram firmados entre os autores e a requerida Gold Polônia Empreendimentos Imobiliários SPE Ltda. Ainda em sede de prefaciais, aduziram que os autores são carecedores de ação quanto ao pedido de prestação de contas, em razão da inadequação da via eleita, assim como não possuem interesse de agir quanto ao pedido de restituição dos pagamentos a título de “cm repasse na planta” e “inadimplência repasse na planta”, pois essas obrigações estão previstas nos contratos.

No mérito recusaram a alegação de atraso na conclusão das obras, pois o contrato estabelecia um prazo de tolerância de 180 dias, sendo que o Habite-se — documento que marca o término da fase construtiva — foi expedido em novembro de 2011. Caso se entenda pela ocorrência de atraso, eventual indenização deve abarcar apenas o período compreendido entre o prazo estabelecido no cronograma de obras, computada a tolerância de 180 dias, e a efetiva entrega das chaves, que se deu em janeiro de 2012.

No que diz respeito à árvore no terreno contíguo, observaram inicialmente que os autores tiveram oportunidade de vistoriar o imóvel, sendo que “O termo de vistoria do imóvel em questão não menciona nenhum tipo de defeito ocasionado pela árvore ou alguma insurgência quanto à própria árvore no local”. Houve sim alguns problemas apontados, mas todos foram resolvidos pela vendedora. Sustentam que os réus sempre tiveram conhecimento da existência da árvore, de modo que não podem pleitear indenização com base nesse fato.

Defenderam a exigência dos encargos previstos nos contratos (juros, multas etc.) e alegaram que os autores não comprovaram a exigência de pagamentos indevidos, inclusive de suposta diferença referente às taxas de cartório e ITBI.

Por fim, ressaltaram que não há motivo para a rescisão do contrato ou do pagamento de qualquer das indenizações pleiteadas, inclusive a título de dano moral. A contestação foi instruída com os documentos juntados às fls. 469-487, complementados por aqueles encartados às fls. 488-518.

Em réplica (fls. 523-544) os autores rebateram as preliminares; no mais, revisitaram os argumentos expostos na inicial.

Na decisão das fls. 589-592 afastei as preliminares, comuniquei as partes de que realizaria inspeção judicial no imóvel dos autores e designei a realização de audiência de instrução.

A inspeção judicial ocorreu em 19 de janeiro de 2015 (relatório às fls. 601-607) e a audiência realizou-se em 29 de janeiro de 2015 (fls. 612-614).

Na decisão da fl. 626 determinei a realização de perícia no imóvel (laudo juntado às fls. 657-706).

Em suas manifestações finais (autores: fls. 711-714; réus Gold Polônia: fls. 715-736; Caixa Econômica Federal: fl. 740) as partes basicamente defenderam os argumentos expostos em manifestações anteriores.

É a síntese do necessário.

II – FUNDAMENTAÇÃO

As preliminares arguidas pelas réus já foram analisadas na decisão das fls. 589-592, de modo que passo diretamente ao exame do mérito, iniciando pela compilação dos pedidos articulados pelos autores e que devem ser analisados nesta sentença, à luz das provas colhidas ao longo da instrução:

a) Recálculo do saldo devedor do contrato de financiamento, mediante o afastamento

dos juros que incidiram no período anterior à entrega das chaves aos autores (repasse de obra ou taxa de construção); caso essa pretensão seja rejeitada, que a taxa de construção fique limitada ao período previsto para conclusão da construção informado no cronograma de obras;

b) Indenização dos alugueis pagos pelos autores no período de atraso na entrega das chaves (sete meses), no valor de R\$ 3.764,82;

c) Nulidade da cláusula que prevê a incidência de juros moratórios na hipótese de inadimplemento (cláusula 4.8);

d) Nulidade das cláusulas que vedam, na hipótese de inadimplemento do contrato, a retenção de acessões e benfeitorias e a devolução das quantias pagas;

e) A entrega dos eletrodomésticos assegurados pelas rés promitentes vendedoras aos 50 primeiros clientes que assinassem o contrato e mantivessem o pagamento das prestações em dia;

f) Restituição da diferença entre o que foi pago pelos autores e o custo efetivo das taxas cartorárias e do ITBI;

g) Abatimento do valor do imóvel (no mínimo 30%), troca da unidade por outra dentro do mesmo condomínio ou resolução do contrato com a devolução dos valores pagos, tudo por conta de vícios de construção no imóvel, sobretudo aqueles relacionados à árvore que existe no lote vizinho;

h) Pagamento de indenização por danos morais em valor não inferior a 30 salários mínimos.

Passo a analisar essas pretensões de forma detida.

Exclusão dos juros compensatórios no período anterior à conclusão das obras.

Os autores se insurgem contra os juros compensatórios pagos durante a fase de obras, encargo também conhecido como “juros no pé”.

No entanto, diferentemente do que sustentam os demandantes, a atualização do valor do contrato pela incidência de correção monetária e juros compensatórios na fase de construção não se revela abusiva, salvo se esses encargos forem cobrados após o prazo de conclusão das obras. E mesmo nessa hipótese, a abusividade só se configura quanto ao período do atraso, o que não se verificou no presente caso, conforme será detalhado em outro tópico.

Em recentíssima decisão, a 4ª Turma do STJ, escorada em entendimento da Segunda Seção da Corte, assentou que “não é abusiva a cláusula de cobrança de juros compensatórios incidentes em período anterior à entrega das chaves nos contratos de compromisso de compra e venda de imóveis em construção sob o regime de incorporação imobiliária” (AgInt no AResp 144.732/RJ, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 15/09/2016, DJe 21/09/2016). Eis a ementa do precedente que serviu de inspiração para essa decisão:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. DIREITO CIVIL. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. IMÓVEL EM FASE DE CONSTRUÇÃO. COBRANÇA DE JUROS COMPENSATÓRIOS ANTES DA ENTREGA DAS CHAVES. LEGALIDADE. 1. Na incorporação imobiliária, o pagamento pela compra de um imóvel em fase de produção, a rigor, deve ser à vista. Nada obstante, pode o incorporador oferecer prazo ao adquirente para pagamento, mediante parcelamento do preço. Afigura-se, nessa hipótese, legítima a cobrança de juros compensatórios. 2. Por isso, não se considera abusiva cláusula contratual que preveja a cobrança de juros antes da entrega das chaves, que, ademais, confere maior transparência ao contrato e vem ao encontro do direito à informação do consumidor (art. 6º, III, do CDC), abrindo a possibilidade de correção de even-

tuais abusos. 3 No caso concreto, a exclusão dos juros compensatórios convencionados entre as partes, correspondentes às parcelas pagas antes da efetiva entrega das chaves, altera o equilíbrio financeiro da operação e a comutatividade da avença. 4. Precedentes: REsp n. 379.941/SP, Relator Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 3/10/2002, DJ 2/12/2002, p. 306, REsp n. 1.133.023/PE, REsp n. 662.822/DF, REsp n. 1.060.425/PE e REsp n. 738.988/DF, todos relatados pelo Ministro ALDIR PASSARINHO JÚNIOR, REsp n. 681.724/DF, relatado pelo Ministro PAULO FURTADO (Desembargador convocado do TJBA), e REsp n. 1.193.788/SP, relatado pelo Ministro MASSAMI UYEDA. 5. Embargos de divergência providos, para reformar o acórdão embargado e reconhecer a legalidade da cláusula do contrato de promessa de compra e venda de imóvel que previu a cobrança de juros compensatórios de 1% (um por cento) a partir da assinatura do contrato. (STJ, 2ª Sessão EDResp. 670.117/PB, rel. p/ acórdão Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 13/06/2012).

Por conseguinte, quanto a esse tópico o pedido dos autores deve ser rejeitado.

Retenção de benfeitorias

O contrato de promessa de compra e venda estabelece que na hipótese de inadimplemento que leve à rescisão do contrato, os compradores não terão direito à retenção de benfeitorias voluptuárias e úteis.

Sucede, todavia, que esse ajuste está prejudicado. Como os autores financiaram o imóvel com a Caixa Econômica Federal, as cláusulas do contrato de promessa de compra e venda firmado em setembro de 2010 atinentes ao pagamento das prestações após a entrega das chaves estão prejudicadas, e só teriam alguma pertinência caso os autores tivessem financiado a aquisição diretamente com as rés Gold Polônia.

Assim, rejeito o pedido de declaração de nulidade da cláusula de retenção de benfeitorias.

Atraso na entrega do imóvel

Segundo os autores, as promitentes vendedoras atrasaram a entrega da unidade que lhes tocava. A expectativa inicial era de que as unidades seriam entregues em julho de 2011, mas isso só ocorreu em janeiro de 2012, atraso que repercutiu no bolso dos autores. Por conta da demora na conclusão das obras, os autores tiveram que desembolsar mais encargos atinentes à fase de construção do que seria devido se a entrega ocorresse no prazo previsto, bem como se obrigaram a estender o contrato de aluguel do imóvel onde moravam por mais sete meses. Como não deram causa ao atraso, entendem que fazem jus ao ressarcimento dessas despesas.

O prazo de entrega do imóvel se regula pelas cláusulas 5.4, 7.1 e 7.2 do contrato de promessa de compra e venda, que estabelecem o seguinte:

5.4 – A unidade autônoma mencionada na Alínea C do Quadro resumo será entregue, pela VENDEDORA ao COMPRADOR, até a data indicada na *Alínea J* do Quadro Resumo, admitida dilatação de até 180 (cento e oitenta) dias para sua conclusão, ficando certo que, em tal prazo, não se inclui o tempo necessário para a execução de serviços extraordinários, acréscimos, arremates e para a decoração do condomínio, sendo [nesse ponto o texto se mostra truncado; não está claro se algum complemento foi deixado de fora ou se o gerúndio foi inserido por engano]. (...)

7.1 – A VENDEDORA, desde que o COMPRADOR cumpra pontualmente as obrigações assumidas no presente instrumento, especialmente a integral quitação do preço da unidade, obriga-se a entregar as chaves da unidade ora compromissada no prazo estipulado na *Alínea J* do Quadro Resumo, ressalvadas as hipóteses previstas nos Itens 5.4 e 5.5 retro.

7.2 — Considerar-se-á concluída a obra, valendo para tanto o que ocorrer primeiro, (i) por ocasião da expedição do “habite-se” ou auto de conclusão, mesmo que parcial, cuja obtenção ficará a cargo da VENDEDORA ou, alternativamente, (ii) pela comunicação por escrito da VENDEDORA ao COMPRADOR, que a unidade se encontra em condições de habitabilidade, atendidas as exigências técnicas e legais, ressalvando-se os pequenos serviços a serem realizados nas áreas comuns do empreendimento. Não estão computadas no prazo acima, a tolerância e a legalização do empreendimento perante os órgãos públicos, bem como as ligações definitivas dos serviços públicos e a averbação da construção.

O item J do quadro resumo do contrato de promessa de compra e venda (fls. 55-57) informa que a data prevista para a conclusão do empreendimento era junho de 2011. Conjugando essa informação com as cláusulas acima transcritas, conclui-se que o prazo para a conclusão das obras, termo que corresponde à expedição do “Habite-se” ou à comunicação aos compradores de que o imóvel está em condições de habitabilidade, poderia chegar a dezembro de 2011, incluído aí o prazo ordinário de tolerância de 180 dias; — digo *ordinário* porque a cláusula 5.5 autoriza a prorrogação do prazo de 180 dias caso verificada a ocorrência de algum dos eventos ali informados (greves, chuvas fortes, falta de água etc.), porém nada disso aconteceu.

O “Habite-se” foi expedido em 22 de novembro de 2012 (fl. 485) e em 02/01/2012 — primeiro dia útil que se sucedeu a dezembro de 2011 — os autores receberam as chaves para vistoriar o imóvel. Dessa forma, pode-se afirmar que o imóvel foi entregue dentro do prazo estipulado no contrato, embora no limite da cláusula de tolerância.

Resta saber se a cláusula que admite a prorrogação em até 180 dias para a entrega do imóvel é lícita ou se deve ser afastada por abusividade. E na leitura que faço, a previsão de extensão do prazo de entrega por até 180 dias não é abusiva, pois afinada com as peculiaridades do contrato, que gira em torno da construção civil. Se há coisa rara neste mundo é uma obra (qualquer uma, de um arranha-céu a uma reforma de banheiro) ser concluída no prazo estimado por quem a executará. Tantos são os contratemplos, tão variados os imprevistos que podem ocorrer (o excesso de chuvas, uma inconcebível rocha no subsolo justo no ponto onde o projeto prevê uma estaca, o calote de um fornecedor etc.) que é mais do que razoável prever uma cláusula de tolerância para a conclusão da obra, para só então configurar a mora do construtor.

Importante destacar que esse prazo de tolerância abrange todos os contratemplos que podem embaraçar a construção, inclusive a maior parte dos eventos indicados na cláusula 5.5, tais como greve, chuvas prolongadas e falta de mão de obra. Logo, se a mora fosse superior a 180 dias, não teria dúvida em afastar a validade da cláusula que admite a extensão do prazo de conclusão para além da cláusula de tolerância. Contudo, no presente caso a obra foi concluída dentro do prazo de tolerância de 180 dias.

Por conseguinte, rejeito o pedido dos autores para o afastamento da correção pelo INCC entre junho e dezembro de 2011, bem como a pretensão de ressarcimentos da despesa com aluguel nesse mesmo período.

Diferença com despesas de registro e ITBI

De acordo com a inicial, em novembro de 2011 os autores entregaram às rés Gold Polônia R\$ 2.000,00 para cobrir as despesas com registro e pagamento de ITBI. Todavia, apurou-se depois que esses valores somaram R\$ 1.322,64 (R\$ 698,90 para o registro e R\$ 138,46 de ITBI), razão pela qual os autores postulam o ressarcimento da diferença (R\$ 677,36).

O pagamento dos R\$ 2 mil à incorporadora está comprovado (fls. 156-157), assim como o custo efetivo das despesas com o registro (fl. 158) e com o ITBI (fl. 159). E de fato, a soma des-

ses encargos corresponde a R\$ 1.322,64, inferior ao montante alcançado às rés Gold Polônia.

De sua parte, as requeridas argumentam que “... caso os pagamentos sejam menores que as quantias pagas pelos Autores, a Ré vendedora emite para os adquirentes o troco de eventual quantia remanescente, restando despropositada a alegação dos Autores de que as Rés efetuaram cobrança a maior”. Na sequência, articularam, em *negrito e sublinhado* que “*Nesse passo, protestam as Rés, pela juntada de documentos comprobatórios para comprovar, caso haja a necessidade, de que referidos valores já foram devidamente restituídos aos Autores, a título de troco dos pagamentos despendidos com registros, ITBI e demais encargos.*”

Sucedo que o protesto ficou só na retórica, uma vez que as rés não apresentaram o tal do recibo do troco. Logo, nesse ponto o pedido dos autores deve ser acolhido, impondo-se às rés Gold Polônia a obrigação de devolver aos compradores R\$ 677,36, cifra que deverá ser acrescida de juros e correção monetária a contar de 23/02/2012 (data em que emitido o recibo das custas no Registro de Imóveis). Importante destacar que a Caixa Econômica Federal não participou dessa transação, o que afasta hipótese de solidariedade do agente financeiro quanto ao ressarcimento de parte do valor pago para despesas cartorárias e pagamento do ITBI.

No que diz respeito aos índices de atualização monetária e juros, registro que o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento no sentido de que os juros mencionados no art. 406 do Código Civil correspondem à variação da taxa SELIC, índice que engloba tanto a taxa de juros quanto a correção monetária (Corte Especial, AgRg. nos EREsp 953460MG, rel. Min. Laurita Vaz, j. 16/05/2012; 2ª Turma, REsp. 1.125.195 – MT, rel. Min. Herman Benjamin, j. 20/04/2010). No meu sentir, a referência contida no art. 406 do Código Civil (*a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional*) tem como endereço o art. 161, § 1º do CTN, que por seu turno reza que “se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de 1% ao mês.” Contudo, como a questão foi equalizada em precedentes sujeitos ao regime do art. 543-C do CPC (recursos repetitivos), curvo-me à orientação sedimentada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Entrega dos eletrodomésticos

Por ocasião da assinatura do contrato de promessa de compra e venda celebrado em setembro de 2010, os autores e as rés Gold Polônia firmaram também um pacto à parte que tinha por objeto a entrega aos compradores de três eletrodomésticos, a saber: (1) refrigerador duplex 324 litros, (2) fogão de piso 4 bocas e (3) forno de micro-ondas de 30 litros, todos da cor branca (contrato está juntado às fls. 98-102). Tratava-se de uma promoção para contemplar os cinquenta primeiros clientes que comprassem unidades no Villaggio do Sol.

O contrato ajustava que os eletrodomésticos seriam entregues em até 120 dias contados da data do registro de especificação do condomínio, desde que os compradores cumprissem as seguintes condições:

- *Estar em dia com as obrigações assumidas no contrato de promessa de compra e venda e outras avenças;*
- *Cumprir todas as obrigações financeiras assumidas perante as vendedoras, sobretudo o pagamento pontual das prestações e;*
- *Assinar o contrato de financiamento com o agente financeiro ou com a própria vendedora, ou ainda assinar a escritura de compra e venda e entrega da unidade, no caso de quitação integral do preço ajustado.*

Os autores dizem que foram excluídos do programa de recompensas em razão do pagamento em atraso da prestação de novembro de 2011, e por isso não receberam os prêmios. Ar-

gumentam, no entanto, que o atraso no pagamento da prestação foi involuntário, pois naquele mês não receberam o boleto. Em razão disso, acionaram o atendimento ao consumidor das rés, que gerou um novo boleto e o enviou por e-mail, porém qualificou essa operação como renegociação de débito, o que caracterizou a inadimplência que excluiu os autores do programa de premiação.

Os documentos das fls. 108-110 comprovam o encaminhamento por e-mail de boleto com vencimento em 30/12/2011, alusivo a “renegociação”, elemento que vai ao encontro da alegação dos autores. É bem verdade que não há comprovação de que no mês de novembro os autores deixaram de pagar a prestação porque não receberam o boleto, mas nesse ponto há que se reconhecer que, por se tratar de fato negativo, o ônus recai sobre as rés Gold Polônia. Note-se que a inicial informa que os boletos eram enviados por e-mail, de modo que para desconstituir a alegação dos autores bastaria que as rés comprovassem que encaminharam o boleto de novembro de 2011 para o e-mail dos promitentes compradores, ônus do qual não se desincumbiram.

Calha destacar, aliás, que especificamente nesse ponto as alegações dos autores não foram rebatidas pelas rés. O imbróglio referente à entrega dos eletrodomésticos é mencionado de passagem na contestação das rés Gold Polônia no capítulo que resume o conteúdo da inicial, e fica só nisso. Diferentemente do que se passa com as demais questões articuladas, que são analisadas em tópicos específicos da contestação, as alegações dos autores quando à entrega dos eletrodomésticos não foram enfrentadas pelas requeridas Gold Polônia. Ou seja, nesse ponto aplica-se o efeito de presunção de veracidade de que trata o art. 341 do CPC. Ainda nesse tópico, ressalto que na leitura que faço da contestação, as alegações de fatos dos autores quanto aos eletrodomésticos prometidos não estão em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto, de modo que inaplicável a ressalva do inciso III do art. 341 do CPC.

Não vou longe ao ponto de referendar a tese discretamente sugerida pelos autores segundo a qual as rés Gold Polônia deixaram de enviar o boleto do mês de novembro de forma proposital, com o objetivo de *produzir* fato que retiraria dos promitentes-compradores o direito aos eletrodomésticos. Contudo, o fato objetivo é que os autores lograram demonstrar que não deram causa à mora que impediu o acesso aos brindes prometidos pelas requeridas.

Por conseguinte, o contrato prevendo a entrega dos brindes deve ser cumprido. Assim, as rés Gold Polônia devem entregar aos autores uma unidade de cada um desses eletrodomésticos: (1) refrigerador duplex 324 litros; (2) fogão de piso 4 bocas e; (3) forno de micro-ondas de 30 litros, todos da cor branca e novos. Como o contrato prevê que a especificação dos produtos toca às requeridas Gold Polônia, caberá a estas adquirirem os produtos no mercado e entregar aos autores, no prazo de até cento e vinte dias contados do trânsito em julgado desta sentença. Naturalmente que esses parâmetros não impedem que na fase de cumprimento da sentença as partes ajustem outra solução para o caso, por exemplo, com a substituição da entrega direta pelo ressarcimento em dinheiro, em quantia a ser ajustada entre as partes.

Registro que essa obrigação vincula apenas as rés Gold Polônia, uma vez que se trata do descumprimento de pacto acessório celebrado apenas entre os promitentes compradores e os promitentes vendedores, bem antes da assinatura do contrato de financiamento com a Caixa Econômica Federal.

Vício de construção. O caso da árvore. Rescisão do contrato. Abatimento do preço.

Os autores sustentam que o imóvel padece de diversos vícios de construção, sendo que os principais decorrem dos danos causados por uma frondosa árvore que existe no lote vizi-

nho. Em razão desses problemas, que serão detalhados neste segmento da sentença, pedem uma das seguintes providências: a) abatimento do preço em pelo menos 30% do valor integral do imóvel; b) troca do imóvel por outro com as mesmas características e dentro do mesmo condomínio e c) rescisão do contrato, com a devolução dos valores pagos e indenização pelas benfeitorias realizadas.

O imbróglio envolvendo a árvore do lote vizinho constitui um capítulo à parte, de modo que inicialmente vou me concentrar nos problemas que não estão relacionados com ela. Assim, num primeiro momento o foco serão os alegados vícios de execução da obra, que segundo os autores resultaram em rachaduras nas paredes do imóvel, infiltração de umidade em diversos pontos e a infestação das madeiras por cupins.

Tendo em vista os indícios de existência de vícios de construção, determinou-se a realização de perícia no imóvel, incumbência que ficou a cargo do Engenheiro Civil e de Segurança do Trabalho João Barbosa (laudo às fls. 657-701). No que toca aos problemas na construção em si, o perito apurou a existência de algumas trincas, um e outro ponto de umidade, indícios de infestação de cupins e defeitos no assentamento de parte do piso externo.

Quanto às trincas, o perito constatou que as fissuras não atingem a estrutura da casa, mas apenas o reboco. Trata-se, portanto, de defeito de natureza meramente estética, que não compromete a estabilidade e solidez da obra. Além disso, segundo a avaliação do perito a maior parte das trincas está relacionada a uma benfeitoria realizada após a entrega das chaves pelos próprios moradores, no caso uma área de serviço com churrasqueira.

O aparecimento de pequenas rachaduras no reboco é natural a qualquer imóvel, sendo ainda mais comum em construções novas, e decorre do tempo necessário para a adequada acomodação do edifício no terreno. Logo, nem mesmo as trincas não relacionadas à construção da área de serviço podem ser qualificadas como defeitos de construção que impliquem abatimento do preço, e menos ainda a resolução do contrato.

Da mesma forma, os defeitos que o perito encontrou em alguns pontos do piso externo decorrem do assentamento da cerâmica sobre contrapiso preparado sem a devida compactação do solo. Sucede que essa obra também foi realizada pelos autores, de modo que seus defeitos não podem ser imputados às rés.

Quanto aos cupins, muito embora a infestação e os danos por ela causados tenham sido identificados pelo perito, não há prova de que os insetos já haviam se instalado nos batentes das portas quando da entrega das obras. Logo, não há como responsabilizar as rés pelos problemas causados pelos cupins.

O perito também apurou que as paredes do banheiro apresentam mofo na região próxima do teto, indicando a falta de ventilação adequada do cômodo. Todavia, na avaliação do perito esse problema pode ser superado pelos moradores, bastando que estes se lembrem de manter a basculante permanentemente aberta, sobretudo após a utilização do chuveiro. É bem verdade que o laudo também sugere que o mofo poderia ser evitado com a colocação da janela num ponto mais próximo da laje, o que sinaliza para um pecadilho do projeto arquitetônico. Apesar disso, não me parece que a posição da janela do banheiro constitua um vício de construção propriamente dito, uma vez que os problemas a ela relacionados podem ser evitados mediante a adoção de cautelas simples no uso.

A perícia verificou ainda pontos de umidade que resultam da infiltração de água pelo telhado. Essas infiltrações ocorreram em razão de danos nas telhas causados pelos galhos da árvore localizada no terreno vizinho. Em parte o problema vem sendo debelado pela poda da

árvore, que no momento não apresenta mais galhos por sobre o telhado. Porém, isso não evita a quase que constante queda de folhas no telhado, na calha e na área externa da residência dos autores, o que também é fonte de muito transtorno.

É chegada a hora, pois, de tratar especificamente da situação envolvendo a árvore do lote vizinho.

Segundo a inicial, os autores escolheram a unidade que desejavam adquirir de acordo com o material de publicidade apresentado pelas rés Gold Polônia, composto basicamente por esquemas gráficos da localização dos lotes dentro da área do condomínio. Optaram por adquirir um lote que faz divisa com uma área verde do condomínio, e que estava identificada nos prospectos como um quadrado com sinais gráficos que evocavam grama, arbustos e uma árvore. Como os promitentes compradores não tinham permissão para ingressar no condomínio antes da conclusão das obras — restrição que está longe de ser incomum em empreendimentos dessa natureza — só tomaram conhecimento das dimensões e da proximidade da árvore com sua residência quando receberam as chaves do imóvel. E aí, naturalmente, a surpresa foi grande, pois a árvore em questão é um pau-d'álho com cerca de 15 metros de altura, de frondosa copa. Não bastasse dominar o espaço do lote de área verde, os galhos dessa árvore insinuam-se pelo telhado dos autores, e nem poderia ser diferente, já que o tronco situa-se a menos de 2 metros da divisa dos lotes.

A propósito disso, oportuno mencionar o depoimento pessoal dos autores, prestado em conjunto. Segue o teor desse depoimento, em transcrição livre:

Nós morávamos próximos do condomínio, e em razão da localização nos interessamos pelo empreendimento. Visitamos o estande do plantão de vendas que funcionava naquele local, bem como a casa modelo que estava disponível para visitas. Daí fomos atrás do financiamento, demos entrada à papelada etc. Depois começaram a aparecer os problemas, sendo o primeiro deles o atraso na entrega das obras, pois deveriam entregar o imóvel em julho de 2011, mas só recebemos a chave no final de dezembro de 2011. Nesse período pagamos as taxas de obras (INCC) e o aluguel da casa onde morávamos. Durante a construção ninguém poderia entrar no condomínio, de modo que só descobrimos a existência da árvore no terreno ao lado quando recebemos a chave. Escolhemos a localização do lote pelo quadro ilustrativo que nos foi apresentado. Escolhemos um local próximo à quadra porque temos uma filha. Sabíamos que havia uma área verde no terreno contíguo, mas não fazíamos ideia do tamanho da árvore que ali existe. Escolhemos uma casa de dois quartos, pagando o preço médio para esse tipo de imóvel, talvez até um pouco mais caro, já que nossa unidade tinha um corredor lateral. Quando nos mudamos, constatamos a necessidade de pequenos reparos, que foram feitos pela construtora. Mas o maior problema que enfrentamos foi por conta da árvore, principalmente quando chove ou ocorre vendaval. Desde que nos mudamos já trocamos cerca de 70 telhas, boa parte foi custeada pelo condomínio. A primeira poda também foi paga pelo condomínio. Quando há possibilidade de vendaval, às vezes vamos para a casa de minha mãe, em razão do risco da árvore cair sobre a casa; quando ficamos, temos que deslocar um dos carros para outra garagem, dados os riscos de galhos danificarem os veículos. O condomínio já tentou retirar a árvore, mas o procedimento para obter a autorização acabou arquivado em razão da ausência de laudos técnicos. Os laudos não foram feitos porque o condomínio não tem condições de arcar com os custos do processo para obter a autorização para a retirada da árvore. A árvore está infestada de cupins, praga que também atacou nossa residência. Em outra parte do condomínio também tem uma árvore imensa, no caso um jatobá. Outro problema foi que não recebemos os prêmios prometidos para os cinquenta compradores. Uma das condições era o pagamento em dia das prestações, porém em um determinado mês os boletos foram enviados com atraso, não só para nós como para outros moradores. Acreditamos que fizeram isso para não dar os prêmios.

Até onde temos conhecimento, ninguém recebeu os prêmios. Temos conhecimento também de pessoas que desistiram da compra do imóvel em razão do atraso na entrega das obras. Não bastasse esse atraso, as casas foram entregues com problemas, como por exemplo, piso desnivelado e com manchas de umidade, cupins nos batentes das portas e pequenas rachaduras que devem ser avaliadas. Outro problema que enfrentamos foi uma falha na instalação do sistema de esgoto, pois os canos não estavam ligados à rede pública. Só descobrimos isso quando contratamos uma empresa para verificar as causas do mau cheiro. Depois de verificado o problema, a construtora fez o reparo nos canos. Quanto ao financiamento, o mais problemático foram os juros de obra e outras despesas que não estavam no nosso cronograma, tanto que foi essa a razão que levou algumas pessoas que desistiram do negócio. O cálculo do INCC não foi muito claro que iria ser daquele jeito. Houve outros problemas, como no dia da entrega das chaves, em que fomos obrigados a pagar mil reais à Caixa Econômica Federal, senão os juros subiriam. Quando recebemos as chaves recebemos também o termo de vistoria, e apontamos os problemas que constatamos naquele momento, exceto as manchas, que até agora não foram resolvidas.

Atento à máxima de que uma imagem vale por mil palavras, segue uma fotografia colhida do laudo do perito que coloca num mesmo plano a árvore e a residência dos autores (à direita):



Como não poderia deixar de ser, a árvore já gerou diversos problemas no imóvel dos autores. Há registros de telhas quebradas, calhas entupidas e até mesmo o dano ao veículo de um vizinho, sucedido quando um vendaval quebrou alguns galhos. Parte desses prejuízos foi custeada pelo condomínio e parte pelos autores, muito embora essa alegação não esteja comprovada.

Comparando a imagem produzida pelo perito com as fotografias que acompanham a inicial, percebe-se que a coisa já foi muito pior. É que a progressão dos galhos por sobre o telhado dos autores vem sendo controlada por meio de podas periódicas, que se não resolvem, ao menos atenuam os incômodos.

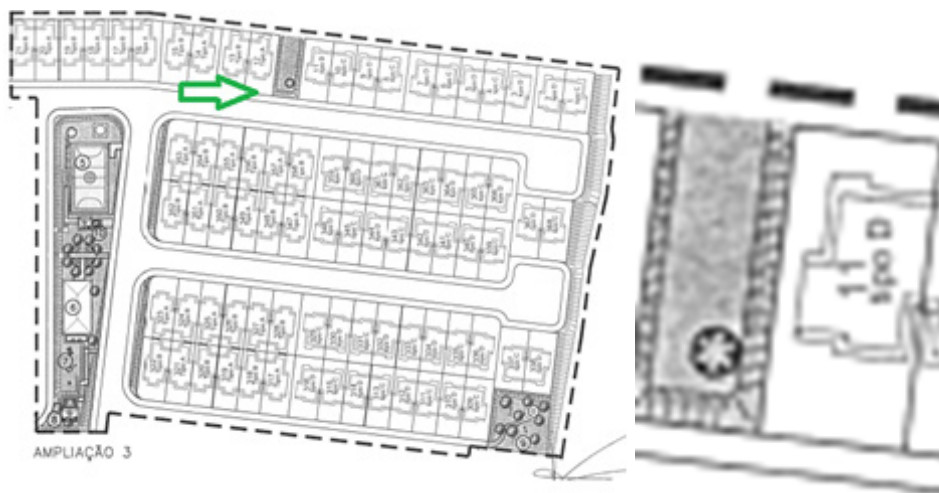
Não bastassem os problemas que uma árvore desse porte causa, constatou-se que o pau-d'álho está infestado de cupins, praga que tem o potencial de comprometer a solidez da árvore, o que traz o risco de danos ainda mais sérios ao imóvel do autor. O comprometimento do tronco pelos cupins está bem demonstrado no laudo do perito, e foi também por mim constatado pessoalmente, quando estive no imóvel dos autores em inspeção judicial.

As rés Gold Polônia se defendem argumentando que os autores sabiam exatamente o que estavam comprando, tendo ciência da existência da árvore no terreno lindeiro. Ponderam que ao receber as chaves os autores vistoriaram o imóvel, apontando a existência de alguns defeitos no imóvel em si, mas nada observando quanto à árvore. Insistem que “O Termo de Vistoria do imóvel em questão não menciona nenhum tipo de DEFEITO OCASIONADO PELA ÁRVORE, OU ALGUMA INSURGÊNCIA QUANTO À PRÓPRIA ÁRVORE NO LOCAL”.

E de fato, o termo de vistoria assinado pelos autores é silente quanto à existência da árvore, tampouco refere problemas imputáveis ao pau-d’alho. No entanto, o silêncio dos autores quando da vistoria não conduz à ideia de que se contentaram com a presença da árvore, até porque essa inspeção costuma ser feita antes da mudança para o imóvel. E como bem colocado na inicial, os problemas causados pela árvore não eram constatáveis de plano, e só foram sentidos depois da mudança para a unidade.

Mudando o que deve ser mudado, os incômodos decorrentes da árvore são da mesma ordem daqueles causados por um vizinho inconveniente, do tipo que passa as tardes e madrugadas ouvindo funk ou sertanejo universitário a todo volume. Nesses casos, o morador só se dá conta da fria em que se meteu quando passa a residir no imóvel, enfrentando as primeiras festinhas do lado de lá do muro ou, no caso dos autores, escutando o ruído dos primeiros galhos rachando as telhas ou assistindo ao flunar outonal das folhas que fatalmente entupirão suas calhas.

De mais a mais, as rés Gold Polônia não negam que os autores compraram o imóvel apenas com base nas informações do prospecto, sem visitar o lote. E apesar desse documento sinalizar para a existência da árvore, está claro que a majestade do pau-d’alho não faz jus à sua representação no croqui que subsidiou os autores em sua escolha. Para bem demonstrar o ponto, seguem duas imagens desse prospecto, cuja cópia está juntada à fl. 91, sendo que a segunda é ampliação de detalhe da primeira.



Difícilmente alguém poderia imaginar que o símbolo que representava uma árvore na verdade correspondia a isto:



Tendo em vista esse panorama, a dúvida que se coloca é a seguinte: se os autores tivessem oportunidade de visitar os lotes antes de decidir qual iriam adquirir, ou se tivessem acesso a imagens da área verde no lote vizinho, a existência da árvore influenciaria no processo de tomada de decisão?

Na avaliação que faço a resposta é positiva. Se os autores tivessem uma noção precisa da posição e, principalmente, das dimensões da árvore, não adquiririam aquela unidade, salvo se recebessem um desconto que tornasse o negócio atrativo.

Todos hão de concordar que um pau-d'álho é realmente uma coisa linda de se ver, desde que não muito próximo de seu terreno, e de forma alguma à sua janela, com a copa se projetando por sobre seu telhado. Nesse ponto, assiste razão aos autores quando articulam que as rés Gold Polônia falharam no dever de bem informá-los a respeito das características do bem que colocaram no mercado, induzindo-os em erro. Essa falta de transparência nas informações a respeito do produto resulta em evidente ofensa ao princípio da boa-fé objetiva. Oportuno lembrar que o art. 6º, inciso III do CDC estabelece que é direito básico do consumidor “a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, *características*, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”; esse comando é complementado pelo art. 31 do CDC, que determina que “A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas *características*, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentem à saúde e segurança dos consumidores”. Ao menos no que tange ao pau-d'álho, entendo que esses dois comandos do código consumerista foram negligenciados pelas rés Gold Polônia.

Por aí se vê que a omissão das rés Gold Polônia em dar conhecimento preciso da localização e do tamanho da árvore, fez com que os autores acertassem o preço da unidade ignorando a presença de fator de desvalorização que sem dúvida repercutiria na decisão de compra, se não para a escolha de outra unidade — vale lembrar que os autores estavam dentro do grupo dos 50 primeiros adquirentes, tanto que selecionados na promoção que previa a entrega de eletrodomésticos — ao menos para negociar uma redução no preço, melhores condições de pagamento ou até para condicionar a compra à retirada da árvore.

Resta saber a extensão dessa falha, vale dizer, se a omissão quanto à existência da árvore deve ser solucionada pela resolução do contrato ou pelo abatimento do preço e, neste caso, o percentual do deságio que deve ser aplicado a título de indenização.

De largada adianto que a hipótese não é de resolução do contrato. Apesar de todos os

incômodos causados pela conjugação entre as dimensões do pau-d'álho e a proximidade com o lote dos autores, a árvore não desnatura a função e utilidade do imóvel, tampouco impede o gozo da coisa de acordo com as expectativas razoáveis dos promitentes-compradores quando da aquisição do bem. A inicial aponta que a movimentação das raízes do pau-d'álho causam danos ao imóvel dos autores, porém o laudo pericial exclui essa hipótese de forma taxativa; no que diz respeito a danos atuais, os problemas cingem-se à projeção dos galhos pelo telhado e à queda de folhas no quintal e nas calhas da residência dos autores.

Embora o laudo pericial tenha constatado que a árvore está acometida de cupins, que eventualmente podem comprometer sua solidez e, por desdobramento lógico, ameaçar a segurança dos autores, não está claro se a infestação já havia se revelado ao tempo da construção do imóvel ou da entrega das chaves. Como essa infestação se revela a olho nu, sem que para isso seja necessário exame mais acurado — eu mesmo a percebi sem dificuldades, o que muito diz, dado que meu conhecimento de botânica é quase nulo — é razoável supor que se a árvore já estivesse acometida pelos cupins ao tempo em que os autores se mudaram, certamente teriam acionado a construtora ou o condomínio para tomar providências quanto ao risco de queda.

Considerando que a residência dos autores e de outros condôminos também foi acometida por cupins, duas hipóteses se abrem: (1) os insetos que se instalaram no pau-d'álho migraram da residência dos autores ou de outro imóvel vizinho; (2) o foco da infestação está na árvore, de onde partiram as legiões que se instalaram nas unidades do condomínio, na dos autores inclusive.

De toda sorte, diante do quadro de incerteza sobre a origem dos cupins, penso que não há como imputar às rés Gold Polônia os riscos à segurança do imóvel constatados pela perícias, que aparentemente devem ser superadas pelo autores junto à administração do condomínio.

Pelas mesmas razões que resultam na rejeição da pretensão de rescisão do contrato, o pedido alternativo de troca do imóvel por outro com as mesmas características — exceto, por óbvio, a indesejada vizinhança com um pau-d'álho — também deve ser repellido. Conforme visto, a árvore traz toda uma gama de problemas, mas não afeta a fruição do imóvel segundo as expectativas razoáveis dos compradores.

O caminho que se abre então é a via da compensação, uma vez que a árvore implica em fator de desvalorização do imóvel. Com efeito, é improvável que alguém cogitasse em comprar o imóvel dos autores tendo a oportunidade de visitar o lote, ao menos não por preço equivalente ao pago pelos atuais proprietários. Dito de outra forma, a presença daquela árvore faz com que o imóvel dos autores possua um valor de mercado inferior ao das unidades similares que não contam com essa característica.

Passando para a quantificação do valor da indenização a ser fixada a título de compensação, de pronto afasto o percentual proposto pelos autores (abatimento de 30%), uma vez que excessivo e desproporcional aos prejuízos suportados, especialmente sob o ponto de vista da desvalorização do imóvel. Conforme já dito e redito nesta sentença, é fora de dúvida que a árvore já foi fonte de diversos transtornos aos autores, como telhas quebradas e o entupimento frequente das calhas. No entanto, ela não impediu nem impede e o uso pleno da propriedade segundo as expectativas razoáveis dos adquirentes. Basta lembrar que o laudo pericial apurou que os autores ampliaram o imóvel com a construção de uma área de serviço, benfeitoria que não foi frustrada pela presença da árvore. Ou seja, a desvalorização do imóvel por conta da localização e das dimensões da árvore existe, mas é muito menos intensa do que o sugerido pelos autores, não se afastando sobremaneira do mínimo.

Atento a tudo isso, estabeleço o fator de desvalorização do imóvel em 5% do valor informado no contrato de promessa de compra e venda (R\$ 99.432,60), o que corresponde a R\$ 4.971,63, cifra que deverá ser atualizada a contar de 02/09/2010, data em que assinado o contrato, também pela variação da SELIC.

A responsabilidade pelo pagamento dessa indenização deve recair exclusivamente sobre as rés Gold Polônia, de forma solidária. É que na perspectiva da ré Caixa Econômica Federal, os demandantes não firmaram contrato de financiamento de construção, mas sim de empréstimo habitacional para compra de imóvel adquirido de terceiro, no caso as rés Gold Polônia. Nessa modalidade de financiamento, a escolha do imóvel é responsabilidade do comprador, de modo que a CEF intervém apenas como agente financeiro da transação, emprestando os recursos para o comprador adquirir o bem; — importante observar que não se está diante de empreendimento de habitação popular de cunho governamental, hipótese em que a Caixa Econômica Federal desenvolve papel muito mais proeminente, até mesmo de supervisão na execução da obra.

Com efeito, na hipótese dos autos, parece-me que o agente financeiro não assume responsabilidade pela solidez e segurança da obra, em especial na perspectiva de existência de vícios ocultos, como no caso. Nessa modalidade de contrato, sequer se pode falar em hipótese de corresponsabilidade entre o agente financeiro e o vendedor/construtor.

É bem verdade que para a aprovação do contrato o empreendimento passa por análise da Caixa Econômica Federal, que também faz vistorias periódicas durante a fase de construção. Contudo, tais exames têm a finalidade de verificar a adequação entre o valor de mercado do bem e o montante financiado, bem como para assegurar que os valores liberados à construtora efetivamente estão sendo aplicados na obra. Ou seja, não se trata de vistoria com o objetivo de analisar de forma vertical a solidez do imóvel, questão, aliás, que está realçada no parágrafo terceiro da cláusula terceira do contrato de financiamento:

CLAUSULA TERCEIRA — LEVANTAMENTO DOS RECURSOS

(...)

PARÁGRAFO TERCEIRO — O acompanhamento da execução da obra para fins de liberação de parcelas é efetuado pela Engenharia da CEF, ficando entendido que a vistoria é feita EXCLUSIVAMENTE para efeito de medição do andamento da obra e verificação da aplicação dos recursos, sem qualquer responsabilidade técnica pela edificação.

Sem desconhecer a existência de julgados que vislumbram a responsabilidade do agente financeiro em casos como o debatido nestes autos, transcrevo alguns precedentes que seguem a linha de raciocínio ora defendida:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL. DANOS MATERIAIS E MORAIS. VÍCIOS NA CONSTRUÇÃO. FINANCIAMENTO DE IMÓVEL. RESPONSABILIDADE DA CAIXA LIMITADA À LIBERAÇÃO DO EMPRÉSTIMO. ILEGITIMIDADE DE PARTE DO AGENTE FINANCEIRO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL PARA JULGAR O FEITO SUBJACENTE. - *Considerado o fato de que a Caixa Econômica Federal atuou meramente como agente financeiro, não possui esta legitimidade para figurar no polo passivo da ação de rescisão contratual c.c danos materiais e morais, em virtude de vícios na construção do imóvel, tendo sido sua responsabilidade limitada à liberação do empréstimo.* - Acolhido o pleito sucessivo dos agravantes. Possível a tramitação do feito no Juízo Estadual de Franco da Rocha, domicílio de dois dos três réus (artigo 46 do CPC/15) que, inclusive, firmaram contrato com eleição de foro na localidade onde o imóvel estivesse situado. -Agravado de instrumento

parcialmente provido. (TRF 3ª Região, AI 0013208-70.2016.4.03.0000, rel. Des. Federal Souza Ribeiro, j. 18/10/2016).

PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRATO DE FINANCIAMENTO DE IMÓVEL. VÍCIO DA CONSTRUÇÃO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA PARA SUSPENDER PAGAMENTO DAS PRESTAÇÕES. TEORIA DA ASSERTÇÃO. IMPROVIMENTO. 1. Preliminares rejeitadas. Observados os requisitos legais para a interposição do recurso. As procurações dos corréus não foram apresentadas porque, provavelmente, sequer teriam apresentado resposta na ação de origem. Ademais, a antecipação da tutela afeta apenas a CEF. 2. A questão controvertida diz respeito à suspensão dos pagamentos das prestações de contrato de financiamento de imóvel em virtude da ocorrência de vício de construção. 3. Os agravados firmaram contrato de financiamento com a CEF para aquisição de bem imóvel que, segundo eles, encontrava-se em perfeitas condições. No entanto, após a formalização do contrato e a entrega das chaves, constataram a existência de vazamento de esgoto persistente em virtude de vício na construção. 4. A ação de origem foi ajuizada com vistas à anulação do contrato de compra e venda e de mútuo, além da indenização por danos materiais e morais. 5. *Em princípio, nas demandas em que se discute a responsabilidade pelo vício do imóvel financiado, a Caixa Econômica Federal, agindo na qualidade de agente financeiro, não é parte legítima para figurar no polo passivo da ação.* 6. *No caso concreto, os agravados pretendem, mais do que a indenização pelo vício do imóvel, a anulação dos contratos e, conseqüentemente, dos registros imobiliários. Aplicação da Teoria da Assertção.* 7. Há verossimilhança das alegações quanto à existência de defeito de construção no imóvel, tornando-o impróprio para a habitação, devendo ser mantida a tutela antecipada para suspender o pagamento das prestações do financiamento até o julgamento da causa, oportunidade em que serão acertadas as obrigações dos agravados, dos vendedores do bem entre si e com a CEF. 8. Agravo a que se nega provimento. (TRF 3ª Região, 11ª Turma, AI 0022519-90.2013.4.03.0000, rel. Des. Federal Nino Toldo, j. 31/08/2015).

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. VÍCIOS NA CONSTRUÇÃO DE IMÓVEL. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO AGENTE FINANCEIRO. RECURSO NÃO PROVIDO. - Sendo diversos os contratos de compra e venda e de mútuo hipotecário, não pode o agente financeiro ser responsabilizado por supostos vícios redibitórios encontrados na coisa vendida, salvo se ele atuou decisivamente na construção, notadamente como agente executor de políticas federais para a promoção de moradia para pessoas de baixa ou baixíssima renda (RESP 738.071). - Quando contrato de mútuo firmado entre o mutuário/comprador e o agente financeiro tem por objeto apenas a disponibilização de empréstimo em dinheiro para a aquisição de imóvel, bem como a constituição de hipoteca sobre o respectivo bem, não deve este responder por eventuais vícios construtivos. - *A vistoria realizada pelo agente financeiro destina-se a verificar o estado do bem e conferir o respectivo valor de mercado, mas tem por escopo resguardar os interesses do credor, não conferindo, de regra, direitos ao mutuário em face daquele, caso constatado vício no bem.* (TRF4, AG 5034282-05.2015.404.0000, Terceira Turma, Relator p/ Acórdão Ricardo Teixeira do Valle Pereira, juntado aos autos em 19/02/2016).

Dessa forma, concluo que a Caixa Econômica Federal não pode ser responsabilizada pelos vícios do imóvel, obrigação que vincula apenas as rés Gold Polônia, de forma solidária.

Dano moral.

Passo a analisar o pedido de condenação dos réus ao pagamento de indenização por danos morais aos autores.

Por dano moral entende-se a lesão aos direitos da personalidade, cuja reparação não passa pela fixação de indenização pecuniária que não possui natureza compensatória, mas sim

mera atenuação da dor e sofrimento decorrente do prejuízo imaterial.

Logo na abertura do segmento *H* da inicial, que trata especificamente dos danos morais, os autores identificam as causas que configuram o abalo moral que pretendem ver indenizado, que numa ligeira síntese são os seguintes: o atraso na entrega da obra, a falta de entrega dos eletrodomésticos prometidos, os incômodos causados pela falta de repasse de parcelas pela CEF à PDG, os valores pagos a maior à vendedora, os defeitos no acabamento da construção (trincas e desgaste precoce) os incômodos causados pela árvore no terreno vizinho e um episódio envolvendo um defeito na ligação do esgoto. Especificamente em relação à Caixa Econômica Federal, os autores alegam que “... a CEF tem deixado de repassar os valores depositados pelos contratantes do financiamento à PDG, o que vem gerando incômodos periódicos referentes a cobranças de valores que lá estão depositados, vindo estas cobranças por telefone sempre acompanhadas de ameaças”.

A maior parte dos eventos narrados pelos autores não configuram dano moral, seja porque sua existência não está comprovada, seja porque são aborrecimentos que se compensam pela recomposição do patrimônio desfalcado.

Do primeiro grupo, pode-se mencionar a alegação de atraso na obra, tese rechaçada nesta sentença, bem como a afirmação de que a Caixa Econômica Federal não repassa à PDG as prestações dos autores, o que não está amparado em qualquer elemento. E não bastasse o fato de que a desídia do agente financeiro não foi demonstrada, a prova também não confirma os supostos telefonemas belicosos pelas rés Gold Polônia, que de acordo com a inicial são fonte de constrangimento aos autores.

No segundo grupo de eventos, que compreende aqueles que geraram danos comprovados, mas que se neutralizam pela recomposição do patrimônio desfalcado, inserem-se a questão envolvendo a entrega dos eletrodomésticos — dissabor que se resolverá com cumprimento da obrigação — e os transtornos causados pela árvore do lote vizinho, compensados pela indenização correspondente ao abatimento no preço.

Todavia, nove fora essas ocorrências, os autores acrescentam ao debate um fato que acabou comprovado na instrução e que em minha avaliação indubitavelmente configura dano moral. Trata-se do episódio da conexão (ou falta de) dos canos que saem na residência dos autores com a rede de esgoto. Eis os fatos.

Depois de alguns poucos meses habitando o imóvel, já vivenciando os problemas causados pelo pau-d’alho, os autores começaram a se ver envolvidos por um mau cheiro persistente que vinha não se sabia bem de onde. Depois de alguma investigação, lograram comprovar a origem do odor repugnante, e a causa, com o perdão do trocadilho, é de causar espécie... é quase inacreditável! É que na finalização da obra, os construtores *esqueceram* de conectar o cano de esgoto que sai da casa dos autores com a rede pública. O resultado disso é que por meses a fio os dejetos produzidos no lar da família Pereira da Silva foram se acumulando no subsolo, na parte frontal do terreno, daí gerando o mau cheiro.

Esse mesmo problema (e vários outros, principalmente na parte elétrica das residências) também foram vivenciados por outros moradores, conforme exposto no depoimento das testemunhas *Luiz Carlos Brunassi (Várias casas apresentavam problemas, sendo os mais comuns a infestação de cupins e defeitos na rede de esgoto. / Sei que muitos moradores (mais da metade) encaminharam reclamações sobre defeitos de construção.)*, *Aparecida Soussin Campesan (Meu esposo que fez a vistoria da casa, tendo constatado vários defeitos que foram apontados no termo de vistoria. Porém quando me mudei vários problemas persistiram e*

nem tudo foi reparado), Marilda Trizoli (Minha casa também apresentou vários problemas, mas como a construtora estava demorando muito para efetuar os reparos, acabei consertando com meus próprios recursos, porém não documentei esses fatos. Quando recebi o imóvel apontei alguns problemas no termo de vistoria, mas nada daquilo que pedi foi reparado. Também tive problemas na parte elétrica, mas também o resolvi por conta.) e Cleiton Antonio da Silva (Minha casa também apresentou problemas de qualidade; o piso não estava bem nivelado, assim como as paredes; alguns pisos estavam descascados e a rede elétrica apresentava problemas. Os problemas com a rede elétrica e parte dos defeitos com os pisos foram resolvidos pela construtora.).

Como não poderia deixar de ser, a construtora assumiu a autoria da gafe e providenciou o reparo da falha na conexão dos canos, efetuando também a troca de algumas cerâmicas que apresentaram sinais de infiltração do esgoto. No entanto, o conserto dos canos não tem o condão de apagar o sentimento de desgosto, repulsa e humilhação que seguramente aflorou nos autores quando constataram que uma falha os obrigou a sofrer os incômodos de conviver com os próprios dejetos se acumulando no próprio terreno em vez de tomarem o rumo que se esperava. Além disso, é de se presumir que o desaparecimento da causa não levou ao desaparecimento simultâneo dos efeitos, de modo que mesmo depois do conserto os autores ainda tiveram que suportar por mais algum tempo com o mau cheiro, até que todo material orgânico fosse absorvido pelo solo.

Por aí se vê que os problemas que os autores atravessaram em razão da absurda falha na canalização do esgoto de sua casa não podem ser encarados como mero aborrecimento, uma nonada.

Assentada a existência de dano moral, resta apenas quantificar a indenização justa para compensar o sofrimento experimentado pelos demandantes, o que faço tomando como ponto de partida o lúcido comentário de MARIA HELENA DINIZ sobre as dificuldades em avaliar pecuniariamente o dano moral:

A esse respeito, é preciso esclarecer que o direito não repara a dor, a mágoa, o sofrimento ou a angústia, mas apenas aqueles danos que resultarem da privação de um bem sobre o qual o lesado teria interesse reconhecido juridicamente. O lesado pode pleitear uma indenização pecuniária em razão de dano moral, sem pedir um preço para sua dor, mas um lenitivo que atenuie, em parte, as consequências do prejuízo sofrido, melhorando seu futuro, superando o déficit acarretado pelo dano. Não se pergunta: Quanto vale a dor dos pais que perdem um filho? Quanto valem os desgostos sofridos pela pessoa injustamente caluniada? porque não se pode avaliar economicamente valores dessa natureza. Todavia, nada obsta a que se dê reparação pecuniária a quem foi lesado nessa zona de valores. A fim de que ele possa atenuar alguns prejuízos irreparáveis que sofreu. Assim, com o dinheiro, o lesado poderia abrandar sua dor, propiciando-se alguma distração ou bem-estar. O dinheiro não aparece, portanto, como real correspondência equivalente, qualitativa ou quantitativamente, aos bens perdidos pelo lesado. Não há quantia capaz de corresponder, p. ex., ao sofrimento causado aos pais pela morte de um filho querido; ao abalo emocional pelo impacto de uma injúria; à humilhação ou contrariedade causada pela queda de crédito oriunda de uma calúnia ou difamação etc. A reparação pecuniária teria, no dano moral, uma função satisfatória ou compensatória e, concomitantemente, penal, visto ser encargo suportado por quem causou o dano moral (RTJ, 67:182). Não procede, portanto, essa objeção, pois nem mesmo na seara da responsabilidade por dano patrimonial se teria uma real equipolência entre o valor do objeto danificado e o da quantia de sua indenização. O lesado sempre prefere não ter sofrido qualquer lesão, logo o dinheiro que se lhe dê, qualquer que seja o montante indenizatório arbitrado, jamais faria com

que se sentisse compensado. A impossibilidade de avaliação do dano moral, hodiernamente, como pontifica Antunes Varela, está quase que superada pelos critérios jurisprudenciais adotados para certas modalidades de danos morais (morte do filho, pais, parentes próximos etc.), que pelas circunstâncias concretas do caso (desgostos oriundos de uma intervenção cirúrgica desnecessária não deverão ser indenizados por quantia inferior ao preço da operação). Curso de direito civil brasileiro, 7º volume : Responsabilidade Civil – 21 ed. rev. atual. — São Paulo : Saraiva, 2007, p. 93-94.

De fato, a indenização por dano moral serve para atenuar por meio de pecúnia o desgosto de quem foi lesado. Justamente por lhe faltar o caráter de recomposição do patrimônio desfalcado, o arbitramento do valor da indenização pelo dano moral é ato dos mais complexos. Na operação que busca arbitrar o justo valor, cabe ao julgador equilibrar, dentre outras variáveis, a extensão do dano, a razoabilidade, a proporcionalidade, a repercussão entre terceiros, o caráter pedagógico ou punitivo da indenização e a impossibilidade desta se constituir em fonte de enriquecimento indevido.

Sopesadas essas diretrizes, penso que os valores propostos na inicial a título de indenização por dano moral (no mínimo 30 salários mínimos) são flagrantemente desproporcionais ao dano experimentado. Nem mesmo a análise do caso sob o prisma do caráter pedagógico da medida justifica a exasperação da reprimenda em montante fronteiro ao requerido na inicial.

Assim, atento às peculiaridades do caso concreto e invocando o princípio da razoabilidade, fixo os danos morais em R\$ 4.000,00.

Em meu ponto de vista à condenação por dano moral não se aplica a orientação da súmula 54 do STJ (*Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual*). Isso porque a indenização por dano moral não tem natureza reparatória, ou seja, de recomposição de patrimônio desfalcado, mas sim compensatória, de sorte que o justo valor da compensação é arbitrado por ocasião da sentença. Logo, só a partir daí é que se pode falar em mora do devedor. No entanto, ressalvada minha posição na matéria, curvo-me ao entendimento sedimentado do STJ no sentido de que “No caso de indenização por dano moral puro decorrente de ato ilícito os juros moratórios fluem a partir do evento danoso (Súmula 54 do STJ). A fim de evitar a *reformatio in pejus*, mantidos os juros nos termos fixados.” (AgRg no AREsp 625.047/RJ, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, DJe 21/09/2015).

Descendo para o caso dos autos, vejo que a inicial informa que as causas do problema com a infiltração de esgoto foram identificadas em 24 de julho de 2012. Como essa informação não foi contestada pelas rés Gold Polônia, esse deve ser o termo inicial da atualização, que também deverá ocorrer de acordo com a variação da SELIC.

Por fim, observo que as mesmas razões que fundamentam a isenção da Caixa Econômica Federal de responsabilidade pelos vícios de construção aplicam-se neste ponto para eximir a ré em questão de indenizar os autores por danos imateriais, que deverão ser suportados apenas pelas rés Gold Polônia, de forma solidária.

Tudo somado, impõe-se o julgamento de parcial procedência do pedido.

III – DISPOSITIVO

Julgo PROCEDENTE EM PARTE o pedido, para o fim de condenar as rés GOLD POLÔNIA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS SPE LTDA, PDG REALTY S/A EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES e GOLDFARB INCORPORAÇÕES E CONSTRUÇÕES S/A, de

forma solidária, às seguintes obrigações: (1) pagar aos autores R\$ 677,36, cifra que deverá ser atualizada pela variação da SELIC a contar de 23/02/2012 até a data do pagamento; (2) entregar aos autores, em até 120 dias contados do trânsito em julgado, os seguintes eletrodomésticos: a) refrigerador duplex 324 litros, b) fogão de piso com 4 bocas e c) forno de micro-ondas de 30 litros, todos novos e da cor branca; (3) pagar aos autores R\$ 4.971,63, montante que deverá ser atualizado pela variação da SELIC desde 02/09/2010 até a data do pagamento; (4) pagar aos autores indenização de R\$ 4.000,00, atualizados pela variação da SELIC a contar de 24/07/2012 até o pagamento.

Condeno os autores ao pagamento de honorários às rés, que fixo em 10% do valor da causa para cada requerida. Contudo, essa obrigação fica suspensa em razão da concessão da assistência judiciária gratuita.

Condeno as rés GOLD POLÔNIA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS SPE LTDA, PDG REALTY S/A EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES e GOLDFARB INCORPORAÇÕES E CONSTRUÇÕES S/A, *de forma solidária*, ao pagamento de honorários aos autores, que fixo R\$ 1.500,00 para ambos os litigantes. A cifra corresponde a uma estimativa aproximada de 10% do valor atualizado da condenação das requeridas.

As custas serão divididas da seguinte forma: 1/3 para as rés GOLD POLÔNIA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS SPE LTDA, PDG REALTY S/A EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES e GOLDFARB INCORPORAÇÕES E CONSTRUÇÕES S/A e 2/3 para os autores. Todavia, fica suspensa a exigibilidade das custas devidas pelos autores em razão da concessão da AJG.

Independentemente do trânsito em julgado, expeça-se alvará para o levantamento dos honorários do perito.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se

Araraquara, 7 de novembro de 2016.

Juiz Federal Substituto MÁRCIO CRISTIANO EBERT

PROCEDIMENTO COMUM**0021916-79.2015.4.03.6100**

Autora: ASSOCIAÇÃO DOS PROCURADORES DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ré: UNIÃO FEDERAL

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 21ª VARA CÍVEL DE SÃO PAULO - SP

Juiz Federal: HERALDO GARCIA VITTA

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/01/2017

Relatório.

Trata-se de ação de rito ordinário, objetivando a “declaração de existência de relação jurídica que obrigue a ré a aceitar doravante as deduções integrais de despesas com instrução própria e/ou de dependentes dos associados da autora, pessoas físicas, ativos ou inativos, por ocasião da declaração de ajuste anual visando a apuração do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, despesas essas efetuadas em estabelecimentos de ensino, relativamente à educação infantil, compreendendo as creches e as pré-escolas, relativamente ao ensino fundamental, médio e superior, compreendendo os cursos de graduação e de pós-graduação (mestrado, doutorado e especialização), e relativamente à educação profissional, compreendendo o ensino técnico e tecnológico, na conformidade da redação da primeira parte do art. 8º, II, ‘b’, da Lei Federal nº 9.250/95, porém, SEM QUALQUER LIMITAÇÃO INDIVIDUAL, desconsiderando, portanto somente a parte final do artigo 8º, II ‘b’ da Lei Federal nº 9.250/1995. Condenação da ré no pagamento de eventuais diferenças apuradas no passado dos filiados da APESP, ativos ou inativos que tenham tido dedução limitada de despesas com instrução própria ou de dependentes, respeitada a prescrição quinquenal antes do ajuizamento desta demanda, com correção monetária a partir de quando devidas as diferenças e juros de mora de 1% ao mês, nos termos do artigo 161, § 1º do Código Tributário Nacional”.

Alega a autora ser inconstitucional o art. 8º, inciso II, alínea “b”, da Lei nº 9.250/95, que desautoriza a dedução total das despesas de educação do contribuinte e de todos os seus dependentes, quando da apuração do imposto de renda, vez entender ser dever do Estado prover educação e por este não atuar suficientemente, tal limite não deve existir.

Inicial com os documentos de fls. 14/49 e 54/56.

Contestação da União (fls. 65/77), alegando preliminarmente, *ausência de interesse processual* ante a inadequação de ação coletiva para discutir questões tributárias; *ilegitimidade ativa* pela incidência da vedação contida no art. 1º, pu. da Lei 7.347/85 e necessidade do rol dos associados substituídos à época do ajuizamento da ação. *Impugna o valor dado à causa*. No mérito, pugnou pela improcedência do pedido.

Réplica às fls. 81/88.

Instadas à especificação de provas (fl. 78), as partes pediram o julgamento antecipado da lide (fl. 80).

Vieram os autos conclusos para decisão.

É O RELATÓRIO. DECIDO.

Tratando-se de ação coletiva, preliminarmente aprecio questões processuais prejudiciais pertinentes à espécie.

Preliminarmente, constato a competência deste juízo.

No tocante às ações coletivas, a competência em razão do lugar é absoluta, porque funcional, por expressa disposição legal, art. 2º da Lei nº 7.347/85, “as ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do *local onde ocorrer o dano*, cujo juízo terá competência *funcional* para processar e julgar a causa.”

Embora possa se entender que o alcance das decisões em ação civil pública não se limita necessariamente à competência territorial do órgão prolator, mas sim ao limite do dano, isso fica também delimitado pelo *alcance do pedido inicial*, como, evidentemente, em qualquer ação judicial.

Ocorre que em caso de ação coletiva para defesa de interesses de grupo, categoria ou classe, o objeto da ação fica *necessariamente adstrito à abrangência da representatividade do autor*.

No caso em tela trata-se de *associação, com representatividade regional*, alcançando todo o Estado de São Paulo, como consta de sua denominação e de seu estatuto, ou seja, *representa apenas os servidores em sua base territorial*, não tendo sequer legitimidade ativa para além disso.

Nessa esteira, embora o alegado dano seja efetivamente de caráter nacional, o grupo defendido é regional, pelo que *o dano combatido pela presente ação só pode ser aquele causado aos procuradores do Estado das cidades sob representação do autor*, ou seja, objeto da lide diz respeito a questão de alcance nacional, mas, pelo limite de representatividade da autora, *só incide em limites regionais*.

Posto isso, o âmbito da lide só pode ser *regional, alcançando mais de uma Subseção Judiciária do Estado de São Paulo*, pela limitada abrangência da parte autora, incidindo o art. 93, II, do CDC, atraindo a competência funcional absoluta de uma das varas da Justiça Federal da Capital.

Nesse sentido:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. EXTINÇÃO SEM EXAME DO MÉRITO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA AFASTADA. LEGITIMIDADE PASSIVA DA AUTORIDADE COATORA. SENTENÇA ANULADA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. NÃO INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS SOBRE APENAS SOBRE AS VERBAS PAGAS A TÍTULO DE AVISO PRÉVIO INDENIZADO E FÉRIAS PROPORCIONAIS. COMPENSAÇÃO NA FORMA DA LEI Nº 11.457/2007 E ART. 170-A DO CTN.

(...)

2. Nas ações coletivas propostas por sindicato, deve se considerar, para a fixação da competência em razão do lugar, a base territorial do sindicato autor e não o domicílio de seus filiados.

(...)

(AC 201051010086502, Desembargadora Federal CARMEN SILVIA LIMA DE ARRUDA, TRF2 - TERCEIRA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R - Data: 13/05/2013.)

Quanto ao *alcance subjetivo* da representação processual, sendo o direito postulado de caráter coletivo, *o objeto da lide alcança toda a categoria econômica representada pela associação autora, filiados na data da propositura da ação, 23/10/2015 e domiciliados no âmbito do Estado de São Paulo*, a ser apurado em cumprimento de sentença “art. 2º-A: A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator” (art.

2º-A, Lei 9.494/97 introduzido pela MP 2180-35/2001).

Ratificando essa assertiva “É que não podemos confundir a competência jurisdicional com a extensão da decisão do magistrado, ou seja, os limites subjetivos da coisa julgada. Expõe Mônica Garcia: ‘Sobre a eficácia das decisões em ações cautelares, teceram preciosos comentários NELSON NÉRY JÚNIOR e ROSA MARIA ANDRADE NÉRY, plenamente aplicáveis relativamente aos dispositivos em comento: 8. Extensão da liminar. Em se tratando de ação coletiva, cuja sentença fará coisa julgada erga omnes ou ultra partes, conforme o caso (LACP 16; CED 103), a liminar também deve produzir seus efeitos de forma estendida, alcançando todos aqueles que tiverem de ser atingidos pela autoridade da coisa julgada. Por exemplo, juiz estadual pode conceder liminar para ter eficácia no Estado, em outros Estados e no país. A questão não é de jurisdição nem mesmo de competência, mas de eficácia erga omnes e ultra partes da decisão judicial, isto é, de limites subjetivos da coisa julgada. Os sujeitos envolvidos nas questões objeto da ACP é que serão atingidos em sua esfera jurídica. Em matéria de ACP, não se pode raciocinar com a incidência dos institutos ortodoxos do processo civil, criados para a solução de conflitos individuais, intersubjetivos. Os fenômenos coletivos estão a exigir soluções compatíveis com as necessidades advindas dos conflitos difusos ou coletivos’. b) Admitindo-se a aplicação do *caput* do art. 2º-A (mais uma vez a título de argumentação), o limite temporal referido na norma jurídica (*a ação abrangerá somente os associados que, na data da propositura da ação, tenham domicílio na jurisdição do juiz*) deve ser excluído nas hipóteses em que a pessoa, a princípio, não tinha, segundo a ordem jurídica, qualificação especial ou status, determinado pelo direito, para poder associar-se, tendo adquirido esse status, ou condição jurídica, depois da propositura da ação coletiva. Explicando. Se entidade associativa de servidor público propõe mandado de segurança coletivo, e, depois disso, uma pessoa ingressa nos quadros do Poder Público, associando-se na entidade, o mandado de segurança coletivo alcançará os possíveis direitos desse ‘novo servidor público’. Em suma: a exigência temporal (substitutos até a data da propositura da ação), referida na norma jurídica, aplicar-se-ia somente se a pessoa, naquela data, já possuía as condições jurídicas de poder associar-se e não o fez. Essa, nos parece, é a única interpretação razoável” (Vitta, Heraldo Garcia, Comentários à Lei nº 12.016/09, ed. Saraiva, 3ª ed., 2010, págs. 169/170).

Quanto à *legitimidade ativa*, o tratamento dado a sindicatos e associações é diverso, conforme estabelecido no recente precedente do Supremo Tribunal Federal no RE 573232, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Relator p/ Acórdão Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 14/05/2014, DJe-182 18-09-2014, publicado em 19-09-2014.

No que toca a *sindicatos*, sua legitimidade para representar os interesses de toda a categoria decorre diretamente de seu estatuto, bem como do art. 8º, III, da Constituição, “ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas.”

Diferente é a situação das *associações*, como firmado no referido precedente da Corte Suprema, dado que sua legitimidade para ações metaindividuais tem fundamento no art. 5º, XXI, da Constituição, “as entidades associativas, *quando expressamente autorizadas*, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente.”

Cito sua ementa:

REPRESENTAÇÃO - ASSOCIADOS - ARTIGO 5º, INCISO XXI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ALCANCE.

O disposto no artigo 5º, inciso XXI, da Carta da República encerra representação específica,

não alcançando previsão genérica do estatuto da associação a revelar a defesa dos interesses dos associados. TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL - ASSOCIAÇÃO - BENEFICIÁRIOS.

As balizas subjetivas do título judicial, formalizado em ação proposta por associação, é definida pela representação no processo de conhecimento, presente a autorização expressa dos associados e a lista destes juntada à inicial.

(RE 573232, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 14/05/2014, DJe-182 DIVULG 18-09-2014 PUBLIC 19-09-2014 EMENT VOL-02743-01 PP-00001)

Embora a ementa do citado RE possa trazer alguma confusão quanto ao alcance da orientação jurisprudencial, da leitura atenta da íntegra do acórdão se extrai que o que se decidiu é que à representação processual pela via da ação coletiva por associação não basta previsão genérica do estatuto social a revelar a defesa dos interesses dos associados, mas a autorização expressa não precisa ser necessariamente nominal, individualizando de plano os substituídos, sendo suficiente a tanto a autorização específica em assembleia, ou seja, a autorização expressa fica suprida ou por ato individual do associado ou por deliberação tomada em assembleia, alternativamente.

É o que se extrai dos votos do Ministro Relator Marco Aurélio à pág. 23, do Ministro Teori Zavascki no item 4 da pág. 56 e no item 5 da pág. 58 e da Ministra Rosa Weber no terceiro parágrafo da pág. 60, do v. acórdão, bem como do sumário do julgamento no informativo do Supremo Tribunal Federal nº 746:

Associações: legitimidade processual e autorização expressa – 5

PROCESSO

RE 573232

A autorização estatutária genérica conferida a associação não é suficiente para legitimar a sua atuação em juízo na defesa de direitos de seus filiados, sendo indispensável que a declaração expressa exigida no inciso XXI do art. 5º da CF (“as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente”) seja manifestada por ato individual do associado ou por assembleia geral da entidade.

(...)

(RE-573232)

No caso paradigma houve a apresentação de listas, sem autorização em assembleia, por isso a delimitação do alcance unicamente aos constantes das listas.

Corroborando essa assertiva, no pertinente às associações “225) Há, ainda, o instituto jurídico denominado representação processual. No caso, o titular da relação processual representa o titular do direito material, ou seja, age em nome deste. Enquanto na legitimidade extraordinária o sujeito ativo da ação não representa o titular do direito material, pois exerce esse direito (de ação), em nome próprio, substituindo o titular do direito material; na representação processual, o titular da relação processual representa o titular do direito material, ou seja, age em nome deste. (...) E estabelece o art. 5º, XXI, da Carta Magna: ‘as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente’. *A nosso ver, esses dispositivos constitucionais referem-se à ‘representação processual’, e, por isso, já necessidade de autorização dos integrantes (representados) para que a entidade (representante) possa agir em juízo. O representante não age em nome próprio, mas em nome de outrem*” (Vitta, Heraldo Garcia, Comentários à Lei nº 12.016/09, ed. Saraiva, 3ª ed., 2010, págs. 169/170).

No caso *presente há autorização em assembleia geral*, conforme consta da “Ata da Assembleia Geral Extraordinária de 08 de novembro de 2014”, “... tendo sido votada e deliberada, em primeiro lugar e por maioria superior ao quórum estatutário de 2/3 (dois terços) dos presentes, a autorização para que a Associação dos Procuradores do Estado de São Paulo - APESP proponha ações coletivas para a defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos de seus associados, bem como execute eventuais títulos judiciais que decorram da propositura destas ações. Foram autorizados o ajuizamento de ações sobre os seguintes temas: ...(ix) fim de limitações à dedução, na declaração de ajuste anual do Imposto de Renda, dos valores pagos a título de educação ...” (fls. 16/47), quórum este de acordo com o disposto no art. 43 do Estatuto da APESP “art. 43 - as deliberações nas Assembleias serão tomadas pelo voto favorável de 2/3 (dois terços dos presentes)” (http://apesp.org.br/wp-content/uploads/2015/07/estatuto_apesp2016.pdf).

Assim, nesse tocante, patente a legitimidade ativa da autora para representação de seus associados em ação coletiva.

Rejeito a preliminar de *ausência de interesse processual* ante a inadequação de ação coletiva para discutir questões tributárias, vez que a legitimidade ativa da associação para ação coletiva em sede de matéria tributária é admitida pelo STJ (AGARESP 201102737508, HERMAN BENJAMIN, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA: 22/05/2012). Cabendo observar que os julgados apresentados pela União são mais antigos e referentes à ação civil pública.

PROCESSUAL CIVIL. ASSOCIAÇÃO. PEDIDO. RECONHECIMENTO DE COMPETÊNCIA FUNCIONAL. LEGITIMIDADE ATIVA PROCESSUAL.

1. Hipótese em que a Associação dos Fiscais de Atividades Econômicas do Município do Rio de Janeiro propôs a presente ação coletiva com dois pedidos: a) declaração da prerrogativa dos fiscais de atividades econômicas para lançar determinadas taxas municipais; e b) condenação do Município para que inscreva tais créditos em dívida ativa e os execute judicialmente.
2. A Municipalidade entende que somente os Fiscais de Renda detêm competência para lançar os tributos, e não os associados da agravada.
3. O Tribunal de origem não adentrou o mérito da demanda. Apenas reverteu parcialmente a sentença, reconhecendo a legitimidade ativa processual da associação para discutir as prerrogativas e competências funcionais dos fiscais de atividades econômicas. Afastou, entretanto, a legitimidade para pedir a inscrição dos créditos em dívida ativa e sua cobrança, por se tratar de relações jurídicas entre terceiros (o Fisco e os contribuintes).
4. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.
5. Os sindicatos e as associações de classe estão legitimados para ajuizar ações visando à defesa dos direitos e das prerrogativas de seus filiados, independentemente de autorização. Precedentes do STJ.
6. A alegação do Município a respeito da ilegitimidade da associação para o pedido de inscrição e cobrança dos créditos é impertinente, pois isso já foi reconhecido pelo TJ.
7. Agravo Regimental não provido.
(AGARESP 201102737508, HERMAN BENJAMIN, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:22/05/2012 ..DTPB:.)

Nesse sentido colaciono os julgados abaixo

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO COLETIVA. ASSOCIAÇÃO. IRPF. TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS. INCIDÊNCIA. SUCUMBÊNCIA.

1. Firmada a jurisprudência no sentido de ser exigível o imposto de renda sobre o terço consti-

tucional de férias, por se tratar de verba remuneratória e não indenizatória.

2. Configurada a exigibilidade da exação, resta prejudicada, por evidente, a possibilidade de sua restituição.

3. O pedido de concessão dos benefícios da gratuidade judicial já foi devidamente apreciado (AI 2015.03.00.003108-3), devendo ser mantida a condenação da autora, diante de seu decaimento, tal como fixada pela sentença (R\$ 5.000,00, em 12/2015, equivalente a 10% do valor atualizado da causa), em conformidade com o entendimento consagrado da Turma, nos termos do artigo 20, § 4º, CPC/1973, vigente ao tempo da sentença.

4. Apelação desprovida.

(AC 00070017820144036126, DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:20/10/2016 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. LEI Nº 7.713/88. ISENÇÃO. AÇÃO COLETIVA. LEGITIMIDADE ATIVA. EFEITOS DA SENTENÇA. ART. 2º-A DA LEI 9.494/97. LIMITAÇÃO TERRITORIAL. POSSIBILIDADE.

1. Não se há de falar na hipótese de afronta ao parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 7.347/1985, na medida em que na hipótese em exame não se trata de ação civil pública, mas de ação coletiva.

2. “A ação civil pública não é a única ação para a defesa de interesses coletivos, tampouco a única possível de ajuizamento pelas *associações*. Uma vez autorizada pelos seus membros, a associação poderá propor qualquer ação, seja de conhecimento, condenatória, declaratória, execução, tendo como requisitos a prévia autorização dos associados e a correlação com os objetivos constitucionais.” (APELREXX 0001798-92.2009.4.03.6100, relatora Desembargadora Federal Consuelo Yoshida, e-DJF3 Judicial 1: 02/06/2011)

3. A associação autora juntou aos autos cópia da Ata da Assembléia Geral Extraordinária realizada em 04 de novembro de 2010 que autorizou a propositura desta demanda, cumprindo o requisito previsto no art. 5º, XXI, da Constituição Federal para ajuizamento de ação coletiva pela associação.

4. O Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de ser indevida a cobrança de imposto de renda sobre o valor da complementação de aposentadoria e o do resgate de contribuições correspondentes a recolhimentos para entidade de previdência privada ocorridos no período de 1º. 01.1989 a 31.12.1995, por ocasião do julgamento do REsp nº 1.1012.903, relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJe: 13/10/2008.

5. Referido recurso foi julgado sob o regime do art. 543-C e da Resolução STJ nº 08/2008, que disciplinam o regramento dos recursos repetitivos.

6. Em ação coletiva, nada impede que se postergue para a fase de liquidação a comprovação da efetiva contribuição no período compreendido entre janeiro de 1989 e dezembro de 1995, bem como o montante indevidamente recolhido aquele título.

7. A ação de caráter coletivo, proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrange apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator, nos termos do art. 2º-A da Lei 9.494/97. Precedentes STJ.

(APELREEX 00107993320114036100, DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:22/08/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. AÇÃO COLETIVA. AJUFESP. LEGITIMIDADE ATIVA. COMPETÊNCIA. MATÉRIA PRELIMINAR REJEITADA. “AUXÍLIO CRECHE” OU “ASSISTÊNCIA PRÉ-ESCOLAR”. VERBA DE CARÁTER INDENIZATÓRIO. NÃO INCIDÊNCIA. RESTITUIÇÃO. PRESCRIÇÃO. PRECEDENTES.

1. Rejeitada a preliminar de incompetência. Inaplicabilidade do disposto no art. 102, I, “n” da Constituição. Segundo a orientação do próprio Supremo Tribunal Federal, sua competên-

cia originária apenas se estabelece quando a questão posta em Juízo disser respeito exclusivamente à Magistratura, o que não é o caso dos autos, nos quais se discute a incidência de imposto de renda sobre verbas de caráter supostamente indenizatório. Precedente: AO 1473, Rel. Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, j. 22/11/2007, DJe-065 DIVULG 10-04-2008 PUBLIC 11-04-2008 EMENT VOL-02314-02, p. 283.

2. A ação foi proposta pela AJUFESP, que representa magistrados federais associados em São Paulo e Mato Grosso do Sul. Somente seriam beneficiados pelo provimento jurisdicional os magistrados filiados à associação e que, efetivamente, receberam o “auxílio-creche” ou “assistência pré-escolar”. Assim, a demanda é de interesse de grupo específico e restrito, não de toda a classe da Magistratura.

3. Ação civil pública não é a única ação para defesa de interesses coletivos, tampouco a única possível de ajuizamento pelas associações. Uma vez autorizada pelos seus membros, a associação poderá propor qualquer ação, seja de conhecimento, condenatória, declaratória, execução, tendo como requisitos a prévia autorização dos associados e a correlação com os objetivos institucionais.

4. Conforme consta dos autos, em Assembléia Geral Extraordinária realizada em 28 de outubro de 2008, a associação foi autorizada a ingressar com a presente ação, restando cumprido o requisito exigido pela Constituição Federal para ajuizamento da ação coletiva pela associação. Preliminares de ilegitimidade ativa e inadequação da via eleita rejeitadas. Precedente: TRF-1, Oitava Turma, AC 200035000095372, Juiz Federal Convocado Cleberson José Rocha, 17/12/2010.

5. Por não se tratar de ação civil pública e por veicular direitos individuais disponíveis, fica dispensada a intervenção do Ministério Público Federal na demanda, não havendo que se falar, outrossim, em limitação territorial à eficácia do provimento jurisdicional. Precedente: TRF-1, Segunda Turma Suplementar, AC 9401112460, Rel. Juíza Federal Convocada Gilda Sigmarin-ga Seixas, 04/09/2003.

6. Afastada a preliminar de inépcia da inicial. No caso de ação coletiva, nada impede que a apuração do quantum a ser restituído seja feito posteriormente, em sede de liquidação ou execução de sentença, até porque seria inviável a juntada de todos os comprovantes de recolhimento já no processo de conhecimento. Precedente: TRF-5, Primeira Turma, AC 00015165020104058400, Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, 21/03/2011.

7. Quanto às importâncias recebidas a título de “auxílio-creche” ou “assistência pré-escolar”, restou pacificado o entendimento jurisprudencial sobre o seu nítido caráter indenizatório, afastando a incidência do imposto de renda. Precedentes: STJ, Primeira Turma, AGA 200900546219, Rel. Min. Luiz Fux, 20/04/2010; STJ, Primeira Turma, REsp 200703083258, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 29/04/2009; STJ, Segunda Turma, REsp 200302372692, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 06/03/2007; TRF-3, Quarta Turma, AMS 200061000306461, Rel. Des. Fed. Salette Nascimento, 08/02/2010; TRF-4, Primeira Turma, AC 200671000230036, Rel. Des. Fed. Cláudia Cristina Cristofani, D. E. 25/09/07.

8. No tocante à prescrição, o entendimento esposado pelo STJ é no sentido de que, nos pagamentos indevidos de tributos sujeitos a lançamento por homologação anteriores à vigência da LC nº 118/05 (09.06.05), deve-se respeitar a tese “dos cinco mais cinco”.

9. Na hipótese dos autos, o termo inicial do prazo prescricional será a data da retenção na fonte. Variará apenas o prazo da prescrição: para as retenções anteriores à entrada em vigor da LC nº 118/05, aplica-se prescrição decenal; já as retenções efetuadas após a entrada em vigor da mesma lei se sujeitam à prescrição quinquenal.

10. Matéria preliminar rejeitada. Apelação e remessa oficial improvidas.

(APELREEX 00017989220094036100, DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 02/06/2011 PÁGINA: 1730 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Por fim, rejeito a *impugnação ao valor da causa* em razão da impossibilidade de se aferir o conteúdo econômico imediato da demanda, por se trata-se de ação coletiva. “Nas ações coletivas, o conteúdo da causa coletiva não é o proveito econômico dos substituídos, matéria não conhecível nesta fase, mas a atribuição da relevância dela, para basear eventuais despesas processuais e até quanto à litigância de má-fé.” (AC 0020104-23.2006.4.01.3400/DF, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL LEOMAR BARROS AMORIM DE SOUSA, Rel. Conv. JUIZ FEDERAL CLEBERSON JOSÉ ROCHA (CONV.), OITAVA TURMA, e-DJF1 p.688 de 09/04/2010).

No mais, não havendo outras preliminares processuais, passo ao exame do mérito.

Mérito

O cerne da discussão cinge-se a verificar a higidez dos limites para despesas de educação, na dedução do imposto de renda.

A ação é procedente.

Cabe observar que à análise do caso, mister a análise de questões de caráter tributário e constitucional, tais como, o conceito de renda e proventos dado pelo legislador ordinário, e por consequência o fato gerador e a base de cálculo, bem como a razão da existência de deduções legais, e por fim a relação do direito fundamental à educação com a tributação da renda conforme consagrado no art. 43 do CTN.

De início impõe-se mencionar que o imposto de renda e proventos de qualquer natureza inclui-se na competência tributária da União, nos exatos termos do art. 153, III, da Carta Constitucional, e, portanto, se sujeita aos princípios constitucionais gerais (v. g. da legalidade, capacidade contributiva e igualdade), e aos princípios específicos da generalidade, da universalidade e da progressividade (§ 2º).

Deste modo, conforme lição de Leandro Paulsen “a extensão dos termos ‘renda’ e ‘proventos de qualquer natureza’ dá o contorno do que pode ser tributado a tal título. De fato, na instituição do imposto de renda e proventos de qualquer natureza, o legislador ordinário não pode extrapolar a amplitude de tais conceitos, sob pena de inconstitucionalidade.” (Direito Tributário Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 13. Ed, 2011 pg. 285).

A par disso, o art. 43 do Código Tributário Nacional define que o imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem por fato gerador, a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou de proventos de qualquer natureza.

Os conceitos de renda e proventos estão dispostos nos incisos I, II do sobredito artigo 43 do CTN.

É certo então, que, para se concretizar os postulados definidos pela Constituição Federal, os conceitos de renda e provento de qualquer natureza não podem transbordar da ideia de *acréscimo patrimonial* ou mesmo de *riqueza nova* experimentada pelo contribuinte, que, diga-se, surtem da diferença positiva entre as suas receitas e as suas despesas.

Fixada a noção de renda e proveito, e reconhecendo a necessidade de aquisição de um acréscimo patrimonial para a tributação do contribuinte em consagração ao princípio da capacidade contributiva, é que o legislador estabelece os abatimentos e as deduções.

A esse respeito foi editada a Lei 9.250/95 (com inúmeras alterações posteriores, sendo a última introduzida pela lei 12.469/2011), que em seu art. 8º, II estabelece as deduções à base de cálculo do imposto de renda pessoa física, nestes termos:

Art. 8º A base de cálculo do imposto devido no ano-calendário será a diferença entre as somas:
I - de todos os rendimentos percebidos durante o ano-calendário, exceto os isentos, os não-tributáveis, os tributáveis exclusivamente na fonte e os sujeitos à tributação definitiva;

II - das deduções relativas:

a) aos pagamentos efetuados, no ano-calendário, a médicos, dentistas, psicólogos, fisioterapeutas, fonoaudiólogos, terapeutas ocupacionais e hospitalares, bem como as despesas com exames laboratoriais, serviços radiológicos, aparelhos ortopédicos e próteses ortopédicas e dentárias;

b) a pagamentos de despesas com instrução do contribuinte e de seus dependentes, efetuados a estabelecimentos de ensino, relativamente à educação infantil, compreendendo as creches e as pré-escolas; ao ensino fundamental; ao ensino médio; à educação superior, compreendendo os cursos de graduação e de pós-graduação (mestrado, doutorado e especialização); e à educação profissional, compreendendo o ensino técnico e o tecnológico, até o limite anual individual de: (Redação dada pela Lei nº 11.482, de 2007) (Vide Medida Provisória nº 2.159-70, de 2001) (...)

6. R\$ 2.958,23 (dois mil, novecentos e cinquenta e oito reais e vinte e três centavos) para o ano-calendário de 2011; (Incluído pela Lei nº 12.469, de 2011)

7. R\$ 3.091,35 (três mil, noventa e um reais e trinta e cinco centavos) para o ano-calendário de 2012; (Incluído pela Lei nº 12.469, de 2011)

8. R\$ 3.230,46 (três mil, duzentos e trinta reais e quarenta e seis centavos) para o ano-calendário de 2013; (Incluído pela Lei nº 12.469, de 2011)

9. R\$ 3.375,83 (três mil, trezentos e setenta e cinco reais e oitenta e três centavos) a partir do ano-calendário de 2014; (Incluído pela Lei nº 12.469, de 2011)

O decreto nº 3.000/99, atual regulamento do Imposto de Renda, menciona as despesas com saúde e educação, dentre outras, como hipóteses de dedução na base de cálculo (arts. 80/81).

Art. 80. Na declaração de rendimentos poderão ser deduzidos os pagamentos efetuados, no ano-calendário, a médicos, dentistas, psicólogos, fisioterapeutas, fonoaudiólogos, terapeutas ocupacionais e hospitalares, bem como as despesas com exames laboratoriais, serviços radiológicos, aparelhos ortopédicos e próteses ortopédicas e dentárias (Lei nº 9.250, de 1995, art. 8º, inciso II, alínea "a").

§ 1º O disposto neste artigo (Lei nº 9.250, de 1995, art. 8º, § 2º):

I - aplica-se, também, aos pagamentos efetuados a empresas domiciliadas no País, destinados à cobertura de despesas com hospitalização, médicas e odontológicas, bem como a entidades que assegurem direito de atendimento ou ressarcimento de despesas da mesma natureza;

II - restringe-se aos pagamentos efetuados pelo contribuinte, relativos ao próprio tratamento e ao de seus dependentes;

III - limita-se a pagamentos especificados e comprovados, com indicação do nome, endereço e número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas - CPF ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - CNPJ de quem os recebeu, podendo, na falta de documentação, ser feita indicação do cheque nominativo pelo qual foi efetuado o pagamento;

IV - não se aplica às despesas ressarcidas por entidade de qualquer espécie ou cobertas por contrato de seguro;

V - no caso de despesas com aparelhos ortopédicos e próteses ortopédicas e dentárias, exige-se a comprovação com receituário médico e nota fiscal em nome do beneficiário.

§ 2º Na hipótese de pagamentos realizados no exterior, a conversão em moeda nacional será feita mediante utilização do valor do dólar dos Estados Unidos da América, fixado para venda pelo Banco Central do Brasil para o último dia útil da primeira quinzena do mês anterior ao do pagamento.

§ 3º Consideram-se despesas médicas os pagamentos relativos à instrução de deficiente físico ou mental, desde que a deficiência seja atestada em laudo médico e o pagamento efetuado a entidades destinadas a deficientes físicos ou mentais.

§ 4º As despesas de internação em estabelecimento para tratamento geriátrico só poderão ser deduzidas se o referido estabelecimento for qualificado como hospital, nos termos da legislação específica.

§ 5º As despesas médicas dos alimentandos, quando realizadas pelo alimentante em virtude de cumprimento de decisão judicial ou de acordo homologado judicialmente, poderão ser deduzidas pelo alimentante na determinação da base de cálculo da declaração de rendimentos (Lei nº 9.250, de 1995, art. 8º, § 3º).

(...)

Art. 81. Na declaração de rendimentos poderão ser deduzidos os pagamentos efetuados a estabelecimentos de ensino relativamente à educação pré-escolar, de 1º, 2º e 3º graus, cursos de especialização ou profissionalizantes do contribuinte e de seus dependentes, até o limite anual individual de um mil e setecentos reais (Lei nº 9.250, de 1995, art. 8º, inciso II, alínea “b”).

§ 1º O limite previsto neste artigo corresponderá ao valor de um mil e setecentos reais, multiplicado pelo número de pessoas com quem foram efetivamente realizadas as despesas, vedada a transferência do excesso individual para outra pessoa (Lei nº 9.250, de 1995, art. 8º, inciso II, alínea “b”).

§ 2º Não serão dedutíveis as despesas com educação de menor pobre que o contribuinte apenas eduque (Lei nº 9.250, de 1995, art. 35, inciso IV).

§ 3º As despesas de educação dos alimentandos, quando realizadas pelo alimentante em virtude de cumprimento de decisão judicial ou de acordo homologado judicialmente, poderão ser deduzidas pelo alimentante na determinação da base de cálculo, observados os limites previstos neste artigo (Lei nº 9.250, de 1995, art. 8º, § 3º).

§ 4º Poderão ser deduzidos como despesa com educação os pagamentos efetuados a creches (Medida Provisória nº 1.749-37, de 1999, art. 7º).

O Regulamento RFB 1.500/14, em seus arts. 91 e segs. (Despesas com Instrução) e 94 e segs. (Despesas Médicas) reproduzem essa limitação.

Art. 91. Na determinação da base de cálculo do imposto devido na DAA *podem ser deduzidos, a título de despesas com instrução do contribuinte e de seus dependentes* incluídos na declaração, os pagamentos efetuados a instituições de ensino até o *limite anual individual constante da tabela do Anexo VIII a esta Instrução Normativa*.

§ 1º Enquadram-se como instituições de ensino aquelas regularmente autorizadas, pelo Poder Público, a ministrar, nos termos da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, constituídos nas formas previstas no Código Civil e inscritas no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), as relativas:

I - à educação infantil, compreendendo as creches e as pré-escolas;

II - ao ensino fundamental;

III - ao ensino médio;

IV - à educação superior, compreendendo os cursos de graduação e de pós-graduação (mestrado, doutorado e especialização);

V - à educação profissional, compreendendo o ensino técnico e o tecnológico.

§ 2º É vedado o aproveitamento de valor de despesas superior ao limite individual de uma pessoa física para outra, ainda que integrantes de uma mesma declaração.

§ 3º As despesas de educação dos alimentandos, quando realizadas pelo alimentante em virtude de cumprimento de decisão judicial, de acordo homologado judicialmente ou de escritura pública, poderão ser deduzidas pelo alimentante na determinação da base de cálculo do imposto sobre a renda na declaração, observado o limite previsto no art. 23.

(Retificado(a) no DOU de 19/11/2014, pág 12)

§ 3º As despesas de educação dos alimentandos, quando realizadas pelo alimentante em virtude de cumprimento de decisão judicial, de acordo homologado judicialmente ou de escritura pública, poderão ser deduzidas pelo alimentante na determinação da base de cálculo do imposto sobre a renda na declaração, observado o limite a que se refere o *caput*.

§ 4º As despesas relativas a cursos de especialização são passíveis de dedução somente quando comprovadamente realizadas com cursos inerentes à formação profissional daquele com quem foram efetuadas.

§ 5º As despesas com instrução de deficiente físico ou mental são dedutíveis a esse título, podendo ser deduzidas como despesa médica se a deficiência for atestada em laudo médico e o pagamento for efetuado a entidades de assistência a deficientes físicos ou mentais.

§ 6º Incluem-se no conceito do *caput* as despesas com cursos destinados à Educação para Jovens e Adultos (EJA), previstos nos arts. 37 e 38 da Lei nº 9.394, de 1996, efetuados em instituições de ensino autorizadas e reconhecidas pelo Estado, salvo quando se constituam em curso meramente preparatório à prestação de exames supletivos.

§ 7º Na hipótese de apresentação de declaração em separado, são dedutíveis as despesas com instrução do declarante e de dependentes incluídos na declaração cujo ônus financeiro tenha sido suportado por um terceiro, se este for integrante da entidade familiar, não havendo, neste caso, a necessidade de comprovação do ônus.

§ 8º Na hipótese prevista no 7º, se o terceiro não for integrante da entidade familiar, há que se comprovar a transferência de recursos, para este, de alguém que faça parte da entidade familiar.

§ 9º Pode ser deduzida como despesa com instrução a parcela paga à instituição de ensino com recursos do crédito educativo, observado o disposto no inciso VIII do *caput* do art. 92.

Art. 92. Não se enquadram no conceito de despesas com instrução:

I - as despesas com uniforme, material e transporte escolar, as relativas à elaboração de dissertação de mestrado ou tese de doutorado, contratação de estagiários, computação eletrônica de dados, papel, fotocópia, datilografia, digitação, tradução de textos, impressão de questionários e de tese elaborada, gastos postais e de viagem;

II - as despesas com aquisição de enciclopédias, livros, revistas e jornais;

III - o pagamento de aulas de música, dança, natação, ginástica, tênis, pilotagem, dicção, corte e costura, informática e assemelhados;

IV - o pagamento de cursos preparatórios para concursos ou vestibulares;

V - o pagamento de aulas de idiomas estrangeiros;

VI - os pagamentos feitos a entidades que tenham por objetivo a criação e a educação de menores desvalidos e abandonados;

VII - as contribuições pagas às Associações de Pais e Mestres e às associações voltadas para a educação; e

VIII - o valor despendido para pagamento do crédito educativo.

Art. 93. As quantias remetidas ao exterior, para pagamento de despesas com matrícula e mensalidades escolares, podem ser deduzidas a título de despesas com instrução, desde que preenchidas as condições previstas nesta seção.

§ 1º Os gastos com passagens e estadas feitos pelo contribuinte, com ele próprio ou com seus dependentes, a fim de estudar no exterior, não podem ser deduzidos como despesas com instrução.

§ 2º O imposto eventualmente retido sobre a remessa, no caso a que se refere o § 1º, não pode ser compensado na declaração de rendimentos.

(...)

Art. 94. Na DAA podem ser deduzidos os pagamentos efetuados, no ano-calendário, a médicos, dentistas, psicólogos, fisioterapeutas, fonoaudiólogos, terapeutas ocupacionais e hospitalares, bem como as despesas com exames laboratoriais, serviços radiológicos, aparelhos ortopé-

dicos e próteses ortopédicas e dentárias.

§ 1º A dedução alcança, também, os pagamentos efetuados a empresas domiciliadas no País destinados a coberturas de despesas médicas, odontológicas, de hospitalização e a entidades que assegurem direito de atendimento ou ressarcimento de despesas da mesma natureza.

§ 2º A dedução das despesas, de que trata este artigo, restringe-se aos pagamentos efetuados pelo contribuinte, relativos ao seu próprio tratamento ou a de seus dependentes.

§ 3º Deverão ser diminuídas do valor da dedução de que trata este artigo as despesas ressarcidas por:

I - entidades de qualquer espécie ou cobertas por contrato de seguro;

II - fonte pagadora em folha de salários, de parcelas mensais pagas por pessoas físicas a título de participação em empresas e entidades de que trata o § 1º.

§ 4º Na hipótese de ressarcimento parcial, considera-se como dedução apenas o montante não ressarcido.

§ 5º Se o ressarcimento, efetuado por empresas e entidades de que trata o § 1º, for recebido em ano-calendário posterior ao de sua dedução, o seu valor deve ser informado como rendimento tributável recebido de pessoa jurídica no ano-calendário de seu recebimento.

§ 6º Não podem ser deduzidos os pagamentos que caracterizem investimentos em empresas, tais como títulos patrimoniais, quotas ou ações, mesmo que estes assegurem aos adquirentes o direito à assistência médica, odontológica ou hospitalar.

§ 7º No caso de despesas com aparelhos ortopédicos e próteses ortopédicas ou dentárias, exige-se a comprovação com receituário médico ou odontológico e nota fiscal em nome do beneficiário.

§ 8º Consideram-se aparelhos ortopédicos e próteses ortopédicas:

I - pernas e braços mecânicos;

II - cadeiras de rodas;

III - andadores ortopédicos;

IV - palmilhas ou calçados ortopédicos;

V - qualquer outro aparelho ortopédico destinado à correção de desvio de coluna ou defeitos dos membros ou das articulações.

§ 9º Enquadram-se no conceito de prótese dentária os aparelhos que substituem dentes, tais como dentaduras, coroas e pontes.

§ 10. São dedutíveis como despesas médicas, observadas as exigências previstas no § 6º, quando integrarem a conta emitida pelo estabelecimento hospitalar, ou pelo profissional, os valores gastos com aquisição e colocação de:

I - marcapasso;

II - parafusos e placas nas cirurgias ortopédicas ou odontológicas;

III - lente intraocular em cirurgia de catarata;

IV - aparelho ortodôntico, inclusive a sua manutenção.

§ 11. As despesas com prótese de silicone são dedutíveis desde que seu valor integre a conta emitida pelo estabelecimento hospitalar relativamente a uma despesa médica dedutível, observadas as exigências previstas no § 6º.

§ 12. São dedutíveis as despesas médicas relativas à realização de cirurgia plástica, reparadora ou não, com a finalidade de prevenir, manter ou recuperar a saúde, física ou mental, do paciente.

§ 13. Não são dedutíveis, a título de despesas médicas, os valores pagos na prestação dos serviços de coleta, seleção e armazenagem de células-tronco oriundas de cordão umbilical, uma vez que não se referem a tratamento de doenças ou recuperação da saúde física e mental das pessoas.

Art. 95. Consideram-se despesas médicas ou de hospitalização as despesas com instrução de portador de deficiência física ou mental, condicionadas, cumulativamente à:

I - existência de laudo médico, atestando o estado de deficiência;

II - comprovação de que a despesa foi efetuada com entidades destinadas a deficientes físicos ou mentais.

Art. 96. As despesas de internação em estabelecimento geriátrico somente são dedutíveis se o referido estabelecimento for qualificado como hospital, nos termos da legislação específica.

Art. 97. A dedução a título de despesas médicas limita-se a pagamentos especificados e comprovados mediante documento fiscal ou outra documentação hábil e idônea que contenha, no mínimo:

I - nome, endereço, número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou CNPJ do prestador do serviço;

II - a identificação do responsável pelo pagamento, bem como a do beneficiário caso seja pessoa diversa daquela;

III - data de sua emissão; e

IV - assinatura do prestador do serviço.

§ 1º Fica dispensado o disposto no inciso IV do *caput* na hipótese de emissão de documento fiscal.

§ 2º Na falta de documentação, a comprovação poderá ser feita com a indicação de cheque nominativo ao prestador do serviço.

§ 3º Todas as despesas deduzidas estarão sujeitas a comprovação ou justificação do pagamento ou da prestação dos serviços, a juízo da autoridade lançadora ou julgadora.

Art. 98. São admitidos os pagamentos realizados no exterior, exceto os previstos no § 1º do art. 94, convertidos em reais conforme o disposto no § 2º do art. 56.

Art. 99. As despesas médicas dos alimentandos, quando realizadas pelo alimentante, em virtude de cumprimento de decisão judicial, ou de acordo homologado judicialmente ou de escritura pública, poderão ser deduzidas pelo alimentante na determinação da base de cálculo do imposto sobre a renda na declaração.

Art. 100. Na hipótese de apresentação de declaração em separado, são dedutíveis as despesas médicas ou com plano de saúde relativas ao tratamento do declarante e de dependentes incluídos na declaração cujo ônus financeiro tenha sido suportado por um terceiro, se este for integrante da entidade familiar, não havendo, neste caso, a necessidade de comprovação do ônus.

§ 1º A entidade familiar, para fins desta Instrução Normativa, compreende todos os ascendentes e descendentes do declarante, bem como as demais pessoas físicas consideradas seus dependentes perante a legislação tributária.

§ 2º Se o terceiro não for integrante da entidade familiar, há que se comprovar a transferência de recursos, para este, de alguém que faça parte da entidade familiar.

Anexo VIII da IN RFB 1.500/2014:

Ano-calendário	Quantia (em R\$)
2010	2.830,84
2011	2.958,23
2012	3.091,35
2013	3.230,46
2014	3.375,83
A partir de 2015	3.561,50

É de se observar que no tocante às despesas com saúde não há restrição ao *quantum* a ser deduzido desde que suportadas pelo contribuinte (e em favor de si e de seus dependentes), ao passo que no que se refere à educação, o legislador achou por bem limitar os valores a serem

expurgados da base de cálculo da exação. Esta situação é observada em ambos os diplomas acima mencionados.

Por uma perspectiva apenas constitucional do caso não se justifica a distinção imposta pelo legislador ordinário, vez que constituem objetivos implícitos na interpretação do art. 3º, incisos II, III e IV, da Constituição Federal, além do que ambos os direitos foram erigidos à condição de direitos fundamentais, de eficácia plena, sem prevalência de um sobre o outro, não havendo norma que limite a eficácia plena de direito social (art. 6º, CF).

Art. 3º Constituem *objetivos* fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

(...)

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015)

No escólio de Alexandre de Moraes os direitos sociais “são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV da Constituição Federal”. (Direito Constitucional, 25. Ed., 2010. pg. 197).

Ao agir assim, limitando a dedução com as despesas com educação, o legislador incorre em evidente afronta aos princípios basilares da Carta Constitucional, máxime o da dignidade da pessoa humana, conferindo prevalência à arrecadação fiscal em detrimento do pleno desenvolvimento do cidadão.

Ao Estado caberia o oferecimento de educação de qualidade e gratuita (arts. 205, 208, § 1º e 209, todos da CF).

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

(...)

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

(...)

§ 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

(...)

Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições:

I - cumprimento das normas gerais da educação nacional;

II - autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.

Contudo, não se pode depender da escola pública.

É fato notório o quadro geral da situação da escola pública, abandonada/sucateada há anos e muitos buscam, em sua substituição, as escolas particulares, de valores elevados, vez

que em razão de exercerem atividade privada fiscalizada pelo Estado, submetem-se ao regime de competição e livre concorrência.

A despeito do descumprimento deste dever, o Estado ainda busca tributar parcela da renda do contribuinte, ora parte autora (seus representados), destinada ao custeio das despesas com educação.

Da mesma forma, orientando-se pelo princípio da capacidade contributiva e de consequência o da igualdade, também consagrados pelo Texto Constitucional e, portanto, impositivos ao legislador ordinário, a dedução das despesas com educação deve ser integral.

Do contrário, estar-se-ia tributando renda que não é renda na acepção constitucional, pois, os gastos com educação, são como o próprio nome diz “gastos” que não configuram aquisição de acréscimo patrimonial, fato gerador do imposto de renda, mas sim um decréscimo patrimonial, o que desnaturaria o princípio da capacidade contributiva, assim entendido como a *aptidão, da pessoa colocada na posição de destinatário legal tributário, para suportar a carga tributária, numa obrigação cujo objeto é o pagamento de riqueza lastreadora da tributação* (Regina Helena Costa, Curso de Direito Tributário - Constituição e Código Tributário Nacional, 2. Ed., 2012, Saraiva, pg. 91).

Com efeito, quer sob o prisma constitucional levando-se em conta a igualdade dos direitos sociais (saúde e educação), a necessidade de se garantir o pleno desenvolvimento do cidadão e o respeito à sua dignidade, quer sob a ótica tributária-constitucional, considerando a necessidade de se observar os princípios da capacidade contributiva, a limitação às deduções com educação nos moldes acima definidos, devem ser afastadas, pois inconstitucional.

A este respeito o Órgão Especial do Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região declarou a inconstitucionalidade da expressão “até o limite individual de R\$ 1.700 (um mil e setecentos reais, contida no art. 8, II, alínea B, da Lei 9.250/95” (Arguição de Inconstitucionalidade 0005067-86.2002.4.03.6100/SP, Rel. Des. Fed. Mairan Maia, 11/05/2012).

Dessa forma, reconhecendo o direito à dedução integral dos gastos com educação própria e de seus dependentes, a ré deverá aceitar a declaração de ajuste anual nos moldes expostos nesta decisão.

Caberá, assim, à ré tomar, administrativamente, as providências cabíveis quanto aos ajustes na declaração de imposto renda pessoa física dos representados do autor, pois suficiente para consecução do ora decidido, observando-se, entretanto, a impossibilidade de imposição de penalidades caso, após os ajustes, reste ao autor o dever de pagá-lo, ainda que a destempo.

Nesse cenário, procedente o pedido da parte autora.

Dispositivo.

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido formulado nesta ação, extinguindo o processo com resolução do mérito (art. 487, I, do CPC - Lei 13.105/2015), reconhecendo o direito da parte autora (seus representados), filiados na data da propositura da ação, 23/10/2015, e domiciliados no âmbito do Estado de São Paulo, à dedução integral das despesas com educação própria e de seus dependentes, na base de cálculo do imposto de renda pessoa física, afastando-se a limitação imposta pelo art. 8, II, alínea b, da Lei 9.250/95, cabendo à ré, após a apresentação da declaração de ajuste anual tomar as providências cabíveis para a efetivação do que fora decidido.

Condeno a ré ao pagamento de honorários à razão de 10% sobre o valor da causa atualizado.

Ressalto que não obstante a prolação da sentença já sob a vigência do Novo Código de

Processo Civil, as normas relativas aos honorários são de natureza mista, visto que fixam obrigação em favor do advogado, portanto direito material, além de se reportarem à propositura da ação, momento em que se firma o objeto da lide, que demarca os limites da causalidade e sucumbência, cuja estimativa é feita pelo autor antes do ajuizamento.

Nesse sentido é a doutrina de Marcelo Barbi Gonçalves, em “Honorários Advocatícios e Direito Intertemporal”, <http://jota.uol.com.br/honorarios-advocaticios-e-direito-intertemporal>:

Ora, se a causalidade é dotada de referibilidade ao ajuizamento da petição inicial, é natural que se aplique a regra *tempus regit actum*, de sorte que os honorários sejam disciplinados não pela lei em vigor ao tempo de prolação da sentença/acórdão, senão por aquela vigente àquele primeiro momento. Dessa forma, pode-se dizer que o capítulo condenatório, à semelhança do lançamento tributário (art. 144, CTN), reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação, qual seja, a propositura da ação, e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente revogada.

Veja-se, ainda, que a celeuma doutrinária quanto à natureza jurídica do ato de lançamento - se declaratório da obrigação, ou se constitutivo do crédito tributário -, é despicienda para a questão ora em debate. Com efeito, a despeito da natureza que se lhe queira atribuir, a obrigatoriedade de que os atos substanciais sejam regidos pela lei em vigor ao tempo de seu aperfeiçoamento é uma decorrência da tutela ao ato jurídico perfeito (art. 5º, inc. XXXVI, CRFB), de maneira que não se pode retroagir o NCPC para colher sob seu manto de eficácia ato já consumado.

(...)

E, deveras, outra solução não é possível em um código que busca, incessantemente, evitar as decisões-surpresa. Como é cediço, a decisão de terza via, incompatível com o modelo processual participativo preconizado pelo novo código,[12] é aquela que, em desrespeito aos deveres de cooperação processual, surpreende as partes quanto a aspectos fáticos ou jurídicos da demanda. Ora, se assim o é, o que dizer de uma decisão que frustra a legítima expectativa de despesa decorrente da improcedência do pedido? Essa calculabilidade também não está coberta pelo modelo cooperativo de processo? De fato, o custo *ex ante* de se utilizar um método de resolução de conflitos é um primado ínsito a um bom sistema jurisdicional, de forma que apenas em sociedades de subterrâneo capital institucional os cidadãos socorrem-se do aparelho estatal para compor litígios sem poder antever as consequências possíveis de seu comportamento.

Em palavras outras, o prêmio de risco de um litígio judicial deve, em um sistema constitucional que abraça o princípio da segurança jurídica, assim como em um modelo processual que resguarda as partes de decisões-surpresa, ser um dado prévio à propositura da ação, de modo que o jurisdicionado não seja surpreendido com uma despesa-surpresa que não podia antever quando calculou o custo envolvido.

Assim, em atenção à segurança jurídica, aplica-se o princípio *tempus regit actum*, reportando a origem dos honorários e a avaliação da causalidade e dos riscos de sucumbência à inicial, pelo que as novas normas sobre essa matéria só devem incidir para processos ajuizados após sua entrada em vigor.

Sentença não sujeita a reexame necessário (CPC, 496, § 3º, I).

Oportunamente, ao arquivo.

P.R.I.

São Paulo, 15 de dezembro de 2016.

Juiz Federal HERALDO GARCIA VITTA

PROCEDIMENTO COMUM**0000805-09.2016.4.03.6131**

Autora: UNIÃO FEDERAL – UF

Ré: LUCIANA AMARAL COSTA

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

Juiz Federal: MAURO SALLES FERREIRA LEITE

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 16/12/2016

Vistos, em sentença.

Trata-se de ação de cobrança, processo de conhecimento, procedimento comum, por meio do qual se pretende o ressarcimento ao erário decorrente de pagamento indevido de benefício previdenciário em favor da ré (pensão por morte). Sustenta a autora que a requerida percebeu o benefício ora em comento, por longo período, de forma indevida, porquanto ocultou da entidade pagadora, mediante o concurso de declarações ideologicamente falsas, condição relativa ao seu estado civil (casada), já que ciente de que a declaração da realidade a levaria à perda da benesse. A ação cobra o ressarcimento dos valores percebidos da União Federal no período posterior à convalidação das núpcias da requerida até a data de sua cessação administrativa. Junta documentos às fls. 10/240.

Citada, fls. 247, consta resposta da ré às fls. 250/253, com documentos às fls. 254/262, em que, em prejudicial, se alega a prescrição da pretensão inicial, e, quanto ao mérito, sustenta a requerida que jamais agiu de má-fé ou teve a intenção de lesar o erário.

Réplica às fls. 266/273-vº, com documentos às fls. 274/275.

Vieram os autos conclusos.

É o relatório.

Decido.

Defiro à ré os benefícios da Assistência Judiciária, uma vez que não impugnado pela requerente. *Anote-se.*

Não há preliminares a decidir, nulidades a reconhecer, anulabilidades ou irregularidades a suprir ou sanar. Feito bem processado, contraditório preservado, partes legítimas e bem representadas, encontro presentes os pressupostos processuais e as condições da ação. O feito está em termos para receber julgamento pelo mérito, a teor do que dispõe o *art. 355, I do CPC*.

Antes, porém, de adentrar ao mérito da pretensão inicialmente desenhada, necessário analisar a prejudicial de mérito de prescrição aviada com a resposta da ré. E o faço para afastar o seu reconhecimento.

DE PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. IMPRESCRITIBILIDADE. ATO DE IMPROBIDADE. ALTERNATIVAMENTE CAUSA SUSPENSIVA DO INÍCIO DO PRAZO.

Em primeiro lugar, colhe-se do extenso procedimento administrativo que dá base a petição inicial que a ação aqui em curso revolve, indiscutivelmente, a prática, pela requerida, de atos de improbidade administrativa, no que – isto está incontroverso nos autos, posto que a defesa da ré não refuta esta questão – a mesma, dolosamente, percebeu verbas decorrentes de pagamento indevido de benefício previdenciário, o que somente ocorreu graças às diversas declarações, ideologicamente falsas, prestadas pela beneficiária perante o organismo público promovente, dele escamoteando o seu real estado civil (casada), quando esta situação já não mais correspondia à realidade de fato.

Dispostos, desta forma, o fatos que substanciam o pleito inicial aqui em consideração, conclui-se que, de prescrição, no caso concreto, não se há de cogitar, considerando a natureza jurídica dos atos aqui em escrutínio, incidindo à hipótese o mandamento constitucional insculpido no *art. 37, § 5º da CF*, que consigna a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário decorrentes da prática, como no caso, de atos de improbidade. Nesse sentido, são diversos os precedentes do *E. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO*: AC 00000834120024036106, DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 24/02/2015; AC 00066109420064036000, JUIZ CONVOCADO CIRO BRANDANI, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 10/02/2015; APELREEX 00005229520024036124, DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 27/01/2015.

De modo que, apenas com este fundamento, já seria possível rejeitar, *in totum*, a tese de prescrição da pretensão inicial desenhada pela ré.

De todo modo, e ainda que assim não fosse, o que se admite apenas *ad argumentandum tantum*, o certo é que, em tema de ação de ressarcimento ao erário, tal e qual a ora vertente, o prazo prescricional seria de 5 anos, contados a partir da data da constituição definitiva do crédito no âmbito administrativo. Nesse sentido, indico precedente:

PREVIDENCIÁRIO, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CANCELAMENTO DE BENEFÍCIO. COBRANÇA DE VALORES RECEBIDOS INDEVIDAMENTE. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA.

1. Apelação desafiada em face da sentença que extinguiu o feito, com resolução de mérito, nos termos do art. 269, IV, do CPC, declarando a inexigibilidade dos valores pagos à Apelada, relativos ao recebimento indevido de benefício previdenciário, no período de 11.01.2002 a 01.10.2007, em razão da prescrição quinquenal.
2. É pacífico o entendimento de que a imprescritibilidade contida no art. 37, parágrafo 5º, da Carta Magna, envolve apenas os casos de condenação por atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário. Assim, no caso dos autos, deve-se aplicar a prescrição quinquenal, nos termos do art. 1º, do Decreto nº 20.910/1932.
3. Benefício deferido em 11/01/2002, revisado em 25.06.2007 e suspenso nesse mesmo ano, ao argumento de que houve indícios de irregularidade na concessão do favor legal – reconhecimento indevido de atividade especial e respectiva conversão em tempo comum.
4. Defesa administrativa considerada insuficiente pela Autarquia Previdenciária. Houve a interposição de Recurso Administrativo à Junta de Recursos da Previdência Social - JRPS, o qual foi julgado na sessão nº 456/2008, de 12.09.2008 - Acórdão 8496/2008.
5. Entre a data do ajuizamento da ação – em 15-03-2013 – e a última decisão administrativa em set/2008, não decorreu o prazo prescricional. Prescrição afastada. O seu curso foi suspenso pelo recurso administrativo, nos termos do art. 4º, do Decreto 20.910/32.
6. O INSS também encaminhou à Apelada, em novembro de 2009 – fl. 159 –, o Ofício de Cobrança nº 485/2009, antes de decorrido o prazo de cinco anos, não permanecendo inerte, em relação à restituição ao erário do montante indevidamente recebido pela Ré.
7. Apelação provida (g.n.).

(AC 00002539620134058102, Desembargador Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho, TRF5 - Terceira Turma, DJE - Data: 03/12/2014 - Página: 91)

Solução que, necessário consignar, resgata uma antiga e sensata regra do Direito Romano.

É indubitosa a regência, no caso concreto, a partir do que dispõe o *art. 1º, do Decreto nº 20.910/1932*.

O ponto a elucidar em causa, entretanto, é diverso. Ocorre que, em casos tais como o presente, o prazo prescricional somente inicia o seu fluxo *a partir da data da conclusão do procedimento administrativo* instaurado pela Administração para a apuração do ilícito que redundou nos pagamentos indevidos de que a autarquia pretende se indenizar.

Por força do que dispõe a *Súmula nº 160 do ex-TFR*, amplamente encampada pela ordem constitucional atualmente vigente (*CF, art. 5º, LV*), a suspensão ou cessação de benefício previdenciário depende de prévia apuração das irregularidades apontadas em procedimento administrativo regularmente instaurado em face do segurado. *Antes dessa data (da conclusão do processo administrativo), não existe nenhuma certeza jurídica acerca do fato de serem os pagamentos realizados pelo ente pagador em favor do beneficiário realmente indevidos, razão porque a autora ainda não tem como exercer o seu direito à repetição.* A situação remete, em boa verdade, à pendência de *condição suspensiva* (*CC, art. 199, I*) para o exercício do direito, porque, enquanto pendente discussão administrativa ou judicial acerca do direito do pensionista à percepção – ou não – do benefício, a União também não tem como exercer qualquer pretensão de ressarcimento, porque, nessa situação, não se pode considerar que os pagamentos efetuados em favor da beneficiária *sejam realmente indevidos*. Tudo depende, naquele momento, ainda, de uma conclusão da autoridade administrativa competente acerca do efetivo direito da pensionista aos proventos respectivos, o que não ocorreu.

Essa problemática não é nova no Direito Brasileiro, e já recebeu ponderações muito respeitáveis de nossos mais insignes juristas. Dissertando exatamente sobre as causas obstativas do curso da prescrição, o eminente *SÍLVIO DE SALVO VENOSA*, abordando os casos em que pendente condição suspensiva, assim se manifesta, com fundamento em alentada doutrina:

O Decreto nº 20.910/32, em princípio ainda em vigência, que estipulou prazo de cinco anos de prescrição de dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, determinou no art. 4º que:

“não corre a prescrição durante a demora que, no estudo, no reconhecimento, ou no pagamento da dívida, considerada líquida, tiverem as repartições ou funcionários encarregados de estudar e apurá-la”.

Tal suspensão começa a ter eficácia a partir do momento em que se der “a entrada do requerimento do titular do direito ou do credor nos livros ou protocolos das repartições públicas, com designação do dia, mês e ano” (parágrafo único do art. 4º). Por outro lado, o art. 5º do mesmo diploma estabelece:

“Não tem efeito de suspender a prescrição a demora do titular do direito ou do crédito ou do seu representante em prestar os esclarecimentos que lhe forem reclamados, ou o fato de não promover o andamento do feito judicial, ou do processo administrativo, durante os prazos respectivamente estabelecidos para a extinção do seu direito à ação ou reclamação”.

Deve ser acrescentada outra regra no tocante à suspensão da prescrição: defende-se que não corre a prescrição na pendência de acontecimento que impossibilite alguém de agir, quer em razão de motivação legal, quer em razão de motivo de força maior, consubstanciando-se na regra que a jurisprudência francesa adota, seguindo o brocardo: “*contra non valentem agere non currit praescriptio*” (*contra incapaz de agir não corre a prescrição*). Desse modo, não se deve entender o elenco legal de causas de suspensão e impedimento como número taxativo. Várias leis estrangeiras admitem a regra expressamente. Sobre sua aplicação, entre nós, assim se manifesta Serpa Lopes (1962, v.1, p. 606):

“A regra *contra valentem agere* inspira-se numa idéia humana, um princípio de equidade, e que não pode deixar de ser reconhecida pelo juiz. Cabe, portanto, a aplicação analógica. Mesmo entendida como uma exceção à regra geral, esta não é de molde a encerrar num *numerus clausus* os casos de suspensão da prescrição, sobretudo quando se impõe interpretá-la com o

espírito de equidade”.

Assim, se o titular do direito estiver impedido de recorrer à Justiça, por interrupção administrativa de suas atividades, o princípio deve ser reconhecido (grifos nossos).

[*Código Civil Interpretado*, São Paulo: Ed. Atlas S/A., 2010, pp. 222-223].

Por isso mesmo, ainda que se reconheça que o *dies a quo* do prazo prescricional se instaura quando da efetivação, pelo poder público, dos pagamentos que, posteriormente, vieram a ser considerados indevidos, a sua fluência respectiva fica *suspensa*, somente encetando curso a partir da *data da conclusão administrativa pela irregularidade na concessão do benefício deferido ao segurado*, aplicando-se, ainda que analogicamente, na linha de doutrina, o que dispõe o art. 199, I do *Código Civil*.

No caso aqui em questão, adotado o entendimento preconizado, é fácil verificar que não ocorreu a prescrição quinquenária com relação a nenhuma parcela do crédito da autora. Isto porque, contada da data da última decisão administrativa relativa ao benefício da ora ré, ocorrida aos 27/03/2013 e a ela notificada em 03/04/2013, é fácil verificar, em face da data do ajuizamento (26/04/2016), bem assim a data do despacho ordinatório da citação do ora requerido (CC, art. 202, I) para os termos da presente (27/04/2016, fls. 243), que está mais do que patenteada a *inocorrência da prescrição*, nem mesmo de forma parcial. Fica reconhecido, portanto, o direito da autora a repetir, em toda a extensão pleiteada na inicial. Com tais considerações, ambas aptas, por si sós a sustentar a conclusão que aqui se encaminha, *afasto* a ocorrência da prescrição.

Pelo tema de fundo a ação é de ser julgada *procedente*, integralmente.

DE MÉRITO. A INEXISTÊNCIA DO DIREITO À PENSÃO. SITUAÇÃO DE CASAMENTO DELIBERADAMENTE OCULTADA DA REQUERENTE. MÁ-FÉ DA PERCIPIENTE RECONHECIDA.

Preliminarmente, quanto a esse aspecto, é de ver que a constituição administrativa do crédito aqui em comento foi precedida de regular instauração de procedimento administrativo – aqui trasladado por cópias acostadas às fls. 143/240 –, em que se esclarece à requerida a situação jurídica de seu benefício, facultando-lhe a oportunidade para a oferta de defesa não apenas administrativa, mas também impugnação judicial, que, no caso presente, efetivamente foi exercida pela pensionista, mediante processo de conhecimento pleno que tramitou perante este Juízo Federal (Processo nº 0005511-40.2013.403.6131), de sorte que encontro plenamente atendido o requisito processual de fundo constitucional do *due process of law* (art. 5º, LV, CF). Por outro lado, é de ver que a decisão administrativa que lastreia a petição inicial se apresenta, do ponto de vista formal, devidamente fundamentada em motivos suficientemente claros e objetivos (fls. 144/152), e esclarecidos à parte interessada, que, inclusive, exerceu, na via judicial, o seu direito de defesa (fls. 11/141-vº). Razão pela qual, ao cabo da análise do procedimento administrativo aqui em causa, não se verifica ausência de fundamento ou ilegalidade manifesta a tisanar a higidez do ato *sub examine*.

Quanto ao mérito propriamente dito, é patente a lesão ao direito da requerente, na medida em que a ré percebeu, por décadas a fio, benefício previdenciário a que não fazia *jus*. À oportunidade da sentença proferida na ação que julgou a impugnação desferida pela ré em face do ato administrativo que lhe cortou o pagamento do benefício aqui em causa ficou assentado o seguinte, *verbis*:

As conclusões emergentes do farto conjunto probatório documental que aparelha, seja a inicial, seja a resposta da requerida, deixaram absolutamente claro que dependência econômica

que houvesse entre a requerente – filha maior de servidor público federal – e seu progenitor, ao tempo de seu óbito, *cessou quando da convolação de núpcias pela ora autora*, fato que ocorreu no já longínquo ano de 1989, e intencionalmente omitido da requerida durante os longos anos em que a pensionista percebeu, indevidamente – diga-se –, a benesse.

O *punctum pruriens* da questão aqui controvertida está em que a pensionista autora convolou núpcias posteriormente ao óbito do servidor, e, nesta condição, continuou a perceber os proventos da pensão correspondente, e, o pior, *omitindo, e – por diversas vezes, como fica claro a partir da manifestação da ré –, o fato do conhecimento da ora requerida*.

É mais ou menos evidente que qualquer presunção de dependência econômica que se firme entre filhos e pais, há de cessar com o casamento, ou constituição de união estável dos primeiros, uma vez que se trata de ato jurídico que pressupõe condições de constituição de vida familiar autônoma e independente da vida paterna. Bem por esta razão é que a jurisprudência vem ressaltando que, nestes casos, cessa o direito à percepção da pensão por morte oriunda do instituidor paterno, mostrando-se absolutamente irrelevante, neste sentido, que, anos mais tarde, a dependente possa haver se divorciado. A condição de solteira não se restabelece pelo divórcio, e, portanto, a percepção da pensão por morte passa a se tornar incompatível com a alteração do estado civil da pessoa. Neste sentido:

(...)

Solução que, por óbvio, referenda a decisão administrativa que cassou o pagamento das pensões em favor da autora, uma vez ciente da situação de casamento por ela demonstrada. Nem mesmo o fato de se tratar de pessoa presumivelmente portadora de moléstias afectantes de sua saúde física (situação essa que, rigorosamente, não foi comprovada nos autos), inverteria a conclusão que aqui se anuncia, porque não é o fato de se tratar de pessoa doente que a torna, de modo automático, dependente de terceiros para sustentar a subsistência.

Neste aspecto em particular, por sinal, é de se considerar, por outro lado, que não existe nos autos nenhuma comprovação de que, por qualquer motivo, a requerente ostentasse qualquer tipo de dependência econômica a jungi-la ao lar paterno, notadamente se se considerar aquilo que dispõe o art. 198 do Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União (Lei nº 8.112/90), que:

“Art. 198. Não se configura a dependência econômica quando o beneficiário do salário-família perceber rendimento do trabalho ou de qualquer outra fonte, inclusive pensão ou provento da aposentadoria, em valor igual ou superior ao salário-mínimo”.

É evidente que, ao manter consórcio matrimonial com terceiro por largo período de tempo, (desde 29/07/1989 até 25/10/2007), a requerente desfrutou de aportes financeiros prestados pelo cônjuge, considerando ser o mesmo pessoa empregada em atividade industrial, consoante o demonstra a certidão de casamento junta às fls. 16 destes autos.

Por outro lado, há, no processo, diversos outros indícios que indicam para a inexistência de dependência econômica a jungir a requerente a seu finado progenitor. A autora – e isto, ao que tudo está a indicar, desde o casamento – não mais residia na casa paterna. Em se tratando de situação em que, como no caso, não é lícito presumir a dependência econômica entre as partes, a observação desse dado, edificação e manutenção do lar com economias próprias, ou mediante o aporte de recursos financeiros prestados por terceiros, milita no sentido de descaracterizar a afirmação de dependência econômica em relação ao servidor falecido.

Nesse sentido, aliás, tem-se posicionado a jurisprudência das nossas Cortes Regionais:

(...)

Aliás, é importante que se registre *que eventuais aportes econômicos eventualmente prestados, em vida, pelo servidor falecido, em reforço ao orçamento doméstico, configuram mera liberalidade do doador em prol da donatária, sendo muito pouco a configurar singular situação de dependência econômica da última em relação ao primeiro*.

É até razoável a conclusão no sentido de que *a intercessão financeira do progenitor da autora possa ter, em determinados momentos de sua vida, colaborado à manutenção do patamar*

econômico-social da vida familiar da requerente segundo níveis mais elevados. O que não autoriza a conclusão, em absoluto e de forma nenhuma, que a requerente seja, ou tenha sido, efetivamente, dependente econômica do *de cuius* até o momento de seu falecimento.

De fato, é essa a conclusão que, em mais detida análise, exsurge do contexto probatório que ficou cristalizado nestes autos: a requerente realmente pode ter experimentado significativa ajuda econômica de seu falecido progenitor durante o período em que o mesmo esteve vivo. Isto é típico e até mesmo comum em famílias cujos pais ostentam padrão aquisitivo mais elevado. *Sucedo que, com o casamento, cessa a dependência econômica em relação ao lar paterno a autorizar a requerente a fazer jus à percepção de pensionamento decorrente de óbito.*

Daí porque, sem a prova da dependência econômica entre o instituidor e a interessada, não há suporte para a reinstituição do benefício previdenciário aqui pretendido, vez que desatendidos aos requisitos a que alude o art. 217, I, “e” da Lei nº 8.112/90, na medida em que, em qualquer caso, deve haver a comprovação desse liame econômico entre as partes, o que, *in casu*, não ocorreu. *Verbis*:

“Art. 217. São beneficiários das pensões:

I - vitalícia:

- a) o cônjuge;
- b) a pessoa desquitada, separada judicialmente ou divorciada, com percepção de pensão alimentícia;
- c) o companheiro ou companheira designado que comprove união estável como entidade familiar;
- d) a mãe e o pai que comprovem dependência econômica do servidor;
- e) a pessoa designada, maior de 60 (sessenta) anos e a pessoa portadora de deficiência, que vivam sob a dependência econômica do servidor”.

Não é o caso (g.n.).

De outra parte, mas como já mencionado na sentença aqui em foco, é manifesta a má-fé da requerida quanto à situação aqui em testilha, na medida em que ela oculta, e o faz de forma evidentemente deliberada, condição relativa ao seu estado civil perante o órgão pagador, uma vez que ciente de que o descortínio da verdade a levaria à perda da benesse. Estão catalogadas nos autos diversas declarações ideologicamente falsas prestadas pela requerida com relação ao seu estado civil, o que afasta a sua boa-fé quanto à percepção dos valores respectivos, e impede qualquer argumento que pretenda obstar à repetição de verbas de natureza alimentar.

De se concluir, portanto, ter restado plenamente demonstrado, no âmbito administrativo, a inviabilidade do deferimento desse benefício ao réu, o que respalda a conclusão administrativa adotada pela autarquia previdenciária, conclusão essa que não restou restou infirmada nessa oportunidade.

Os valores pretendidos em repetição pela União Federal não estão controvertidos pela ré, devendo-se, portanto, presumi-los corretos, na forma do que prescreve o *art. 341 do CPC*.

Por tais razões, é *procedente*, em toda a sua extensão, a pretensão inaugural.

DISPOSITIVO

Isto posto, e considerando o mais que dos autos consta, JULGO PROCEDENTE o pedido inicial, com resolução do mérito da lide, na forma do art. 487, I do CPC. Nessa conformidade, *CONDENO* a ré (LUCIANA AMARAL COSTA) a restituir à autora (UNIÃO FEDERAL) todos os valores percebidos a título da pensão por morte aqui em apreço (ref. ao *P.A. nº 25004.011911/2013-86*), nos períodos compreendidos entre *09/07/1989 a 30/03/2013 (fls. 153)*, no valor total de *R\$ 507.915,57*, em valores atualizados para a competência *04/2016* (cf. memória discriminada de cálculo de fls. 231/240). Sobre o montante em aberto, incidirão

juros moratórios na forma dos arts. 405 e 406 do CC c.c. art. 161, § 1º do CTN. Atualização monetária, na forma do Manual de Cálculos da Justiça Federal da 3ª Região.

Sem condenação da ré no reembolso das custas, tendo em vista que a autora não as adiantou. Arcará a ré, vencida, com os honorários de advogado que, com fulcro no que dispõe o art. 85, §§ 2º e 3º do CPC, estabeleço nos percentuais mínimos a que aludem os incisos I a V do mesmo dispositivo, a serem calculados na forma disposta no § 5º. Fica suspensa a execução do montante, nos termos do art. 98, §§ 2º e 3º do CPC.

P.R.I.

Botucatu, novembro de 2016.

Juiz Federal MAURO SALLES FERREIRA LEITE